



DIRITTO SOCIETARIO

Competenza	Cassazione Civile, Sez. VI-1, 15 ottobre 2020, n. 22327 COMPETENZA DEL TRIBUNALE DELLE IMPRESE: IL NESSO NECESSARIO TRA "RAPPORTI SOCIETARI" E "PETITUM SOSTANZIALE" di <i>Valentina de Campo</i>	261 262
Capitale sociale	Cassazione Civile, Sez. VI-1, 22 luglio 2020, n. 15647 LA MOTIVAZIONE DELLE DECISIONI DI AUMENTO E RIDUZIONE DEL CAPITALE SOCIALE di <i>Luca Tronci</i>	267 268
Amministrazione	Tribunale di Milano, Sez. Impr., 27 novembre 2020 PARTICOLARE DECISIONE CONTENUTA IN UN PROVVEDIMENTO EX ART. 2409 C.C. di <i>Vincenzo Salafia</i>	275 277
Amministratori	Tribunale di Roma, Sez. Impr., 10 settembre 2020 POTERI DI RAPPRESENTANZA DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA E INOPPONIBILITÀ DELLE LIMITAZIONI RELATIVE ALLA TITOLARITÀ di <i>Elisabetta Pederzini</i>	279 282
Pegno	Tribunale di Milano, Sez. Impr., 10 settembre 2020 RINUNZIA ALL'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI VOTO DA PARTE DEL CREDITORE PIGNORATIZIO E OPPONIBILITÀ ALLA SOCIETÀ DELLA CONVENZIONE DI VOTO NON ISCRITTA NEL REGISTRO DELLE IMPRESE di <i>Giuseppe Colombo</i>	291 294

VALUTAZIONI E BILANCIO

Litigation claim	IL VALORE DEL DIRITTO AL RISARCIMENTO NELLE CONTROVERSIE PER DANNO (LITIGATION CLAIM) di <i>Mauro Bini</i>	305
-------------------------	--	-----

DIRITTO PENALE COMMERCIALE

Responsabilità degli enti	LA GESTIONE ERMENEUTICA DEL RISCHIO NORMATIVO INTERNAZIONALE NEL CONTESTO DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI di <i>Carlo Piergallini</i>	321
Responsabilità penali degli amministratori	SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA, PROCEDURE FALLIMENTARI E RESPONSABILITÀ PENALI DEGLI AMMINISTRATORI E DIRIGENTI di <i>Ciro Santoriello</i>	328

PROCESSO, ARBITRATO E MEDIAZIONE

Liti societarie	LITI SOCIETARIE E PROCESSO: STRUMENTI DI LAVORO PER UN RAPPORTO NON SEMPLICE di <i>Ilaria Pagni</i>	341
------------------------	---	-----

ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA

LA TUTELA CAUTELARE IN MATERIA SOCIETARIA a cura di <i>Matteo Gabbiani</i>	348
---	-----

OSSERVATORI

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ a cura di <i>Vincenzo Carbone e Romilda Giuffrè</i>	359
--	-----

GIURISPRUDENZA DI MERITO a cura di <i>Alessandra Stabilini</i>	361
CONSOB a cura di <i>Angelo Busani e Giampaolo Grasso</i>	365
FISCALE a cura di <i>Massimo Gabelli</i>	367
EUROPEO a cura di <i>Marco Stillo</i>	371

INDICI

Indice Autori, Cronologico, Analitico	375
---------------------------------------	------------

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi inviati per la pubblicazione alla Rivista Le Società, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".

La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.

La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.

I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.

Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.

Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.

In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.

In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.

La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

F. Annunziata, P. Biavati, C. Consolo, L. De Angelis, G. Fauceglia, G. Ferri, G. Guizzi, F.P. Luiso, V. Meli, S. Menchini, F. Mucciarelli, A. Pericu, M. Perrino, A. Perrone, C. Piergallini, S. Rossi, L. Salvaneschi, L. Stanghellini, G.M. Zamperetti

Competenza

Cassazione Civile, Sez. VI-1, 15 ottobre 2020, n. 22327 - Pres. A. Scaldafferi - Est. M. Marulli - Campeggio Lombardo S.p.a. c. L.E.

Tribunale delle imprese - Competenza - Sezione specializzata in materia d'impresa - Rapporti societari ex art. 3, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 168/2003 - Recesso del socio - Petitum sostanziale

(D.Lgs. n. 168/2003, art. 3, comma 2, let. a); D.L. n. 1/2012, art. 2, comma 1, let. d); L. n. 27/2012, art. 2; art. 42 c.p.c.)

La controversia avente ad oggetto il pagamento di oneri periodici dovuti da un socio alla società per il godimento di un bene sociale, in quanto assicurato da una fonte autonoma rispetto al contratto societario, non appartiene alla competenza della sezione specializzata in materia di impresa, configurabile solo in relazione alle liti in cui sia riconoscibile un immediato radicamento causale rispetto alle vicende societarie ed allo *status* di socio.

La Corte (*omissis*).

2. Va previamente rilevata l'ammissibilità del mezzo dispiiegato poiché, seppur non costa che il provvedimento impugnato, rettamente emesso nella forma prescritta dall'art. 279, comma 1, c.p.c., sia stato pronunciato a seguito di espressa rimessione della causa in decisione e di invito alle parti a precisare le rispettive integrali conclusioni anche di merito, esso attesta, tuttavia, in termini di assoluta e oggettiva inequivocità ed incontrovertibilità, che mediante la sua adozione il decidente abbia voluto esternare la propria determinazione a risolvere definitivamente, davanti a sé, la suddetta questione (Cass., Sez. U, 29/09/2014, n. 20449).

3. Ciò premesso, l'istanza è fondata e merita di essere accolta.

4. Richiamando concetti che questa Corte ha più volte avuto occasione di enunciare circa la competenza che il D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 3, comma 2, nel testo riformulato a seguito del D.L. n. 1 del 2012, art. 2, comma 1, lett. d), che ha previsto la devoluzione a esse delle cause e dei procedimenti, tra l'altro, "a) relativi a rapporti societari" - assegna alle Sezioni specializzate in materia di impresa, va qui ribadito in principio il concetto che "detta competenza si determina in relazione all'oggetto della controversia, dovendo sussistere un legame diretto di questa con i rapporti societari e le partecipazioni sociali, riscontrabile alla stregua del criterio generale del *petitum* sostanziale, identificabile in funzione soprattutto della *causa petendi*, per la intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio" (Cass., Sez. VI-I, 7/12/2018, n. 31691).

Per mezzo di questa relazione, che riconnette sistematicamente il *petitum* alla *causa petendi* si è inteso più esattamente coonestare - come già osservato (Cass., Sez. VI-I, 6/06/2019, n. 15424) - una chiave di lettura del dato normativo che intende mantenere la più stretta sintonia con le finalità che hanno suggerito l'istituzione del giudice specializzato. Non è infatti privo di significato che nel disciplinare le competenze delle predette sezioni specializzate il legislatore non abbia avvertito per tutte le società e per tutte le controversie in cui siano coinvolte soci e società la necessità di promuovere la competitività dell'ordinamento mediante l'implementazione, di un giudice

fortemente specializzato, provvisto, cioè, delle capacità e delle conoscenze indispensabili al fine di assicurare un governo competente di un contenzioso notoriamente ad alto tasso di specialità, restando notoriamente escluse dalla competenza in parola le controversie in materia di società di persone ed in materia di contratti di impresa, nonché quelle, che, pur avendo ad oggetto in senso lato vicende di sicura ineranza ai rapporti societari, restano affidate alla competenza del giudice fallimentare (Cass., Sez. VI-I, 24/10/2017, n. 25163) o del giudice del lavoro (Cass., Sez. VI-IV, 29/07/2016, n. 15798) o del giudice ordinario (Cass., Sez. VI-II, 8/11/2018, n. 28537).

5. Dunque, quando con riferimento alle liti di che trattasi si intende sottolineare il fatto che l'individuazione del giudice competente non possa prescindere dal rapporto tra il *petitum* sostanziale e la *causa petendi*, si esplicita in termini non diversi un'opzione interpretativa che, nel mentre pone mente al fatto che la controversia deve necessariamente investire il tema dei rapporti societari, guarda con più coerenza alle "situazioni rilevanti sulla vita sociale, sia pure in senso ampio con riguardo quindi non solo alle vicende di governo interno, ma anche alla persona del singolo socio nei suoi rapporti (sia pure 'non più' o 'non ancora' in corso) con la società, con gli organi societari e con gli altri soci". (Cass., Sez. VI-I, 24/01/2018, n. 1826). La conseguenza di questo ragionamento, di cui la Corte si è fatta segnatamente interprete in relazione alle controversie aventi ad oggetto l'acquisto di partecipazioni societarie, è che la competenza del Tribunale delle imprese è configurabile solo in relazione a quelle controversie di cui sia riconoscibile il radicamento causale in rapporto alle vicende societarie o, come pure si è detto, il loro "fondamento endosocietario".

6. Ora venendo al caso in esame, detta competenza nella specie non è ravvisabile.

La controversia in questione esula da quelle di cui al D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 3, comma 2, lett. a) in quanto, seppur essa abbia ad oggetto il godimento di un bene sociale, esso non è attribuito al socio in funzione della sua partecipazione alla società, sulla falsariga, per intenderci, della fattispecie disciplinata per le società di persone dall'art. 2256 c.c., che, laddove consente al socio di potersi servire delle cose appartenenti al patrimonio della società se gli altri soci sono

concordi, accorda questo privilegio in considerazione dello *status* rivestito dal fruitore. Il godimento che qui è assicurato al socio ripete infatti la sua causa da una fonte autonoma, tanto che, come riferisce il requirente e riconosce pure la stessa resistente, non sono esclusi dalla possibilità di esservi ammessi anche terzi estranei alla società, sicché il rapporto in questione, pur se la qualità rivestita possa essere una ragione di preferenza, si affianca a quello societario, ma non si confonde con esso. Come del resto questa Corte ha già avuto modo di riconoscere a proposito del diritto di godimento attribuito al contraente in multiproprietà sottolineando, appunto, che quando una società per azioni in base ad un rapporto nascente da convenzione con l'acquirente delle proprie azioni, autonomo dal, seppur collegato, rapporto sociale cui dà vita tale acquisto, attribuisce al socio, verso un corrispettivo periodico e per un periodo di lunga durata coincidente con quella della società, il diritto personale di godimento dell'immobile e dei servizi comuni per una determinata frazione spazio - temporale (cosiddetta multiproprietà azionaria), tale attribuzione non trae vita dallo

status sociale ma, appunto, dalla separata convenzione fra la società e il socio (Cass., Sez. II, 10/05/1997, n. 4088).

7. Il radicamento causale della pretesa della ricorrente in un rapporto autonomo da quello societario rende poi inconfidente il fatto, valorizzato invece in modo altrimenti decisivo anche dal giudice di merito, che la vicenda di che trattasi si collochi in uno scenario segnato anche dalla volontà della resistente di sciogliersi dal vincolo societario manifestando la propria intenzione di recedere dal contratto sociale. La legittimità del recesso non è infatti materia del giudizio incardinato dalla ricorrente, ma neppure è indirettamente evocabile quale ragione di connessione per affermare la competenza del Tribunale delle imprese, dato che non è in base al rapporto sociale che la ricorrente reclama il pagamento delle quote inevase e la sua allegazione, nella dinamica del giudizio, è perciò solo puramente casuale.

8. Il ricorso va perciò accolto e va conseguentemente dichiarata la competenza per materia del Tribunale di Monza.

(*omissis*).

Competenza del Tribunale delle imprese: il nesso necessario tra "rapporti societari" e "*petitum* sostanziale"

di Valentina de Campo (*)

La Suprema Corte, con la sentenza in esame, affronta la questione relativa alla competenza del Tribunale delle imprese ponendo l'attenzione non tanto sulla tipologia di rapporti annoverabili nella definizione di "rapporti societari" di cui alla lett. a) dell'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 168/2003, come da ultimo modificato, quanto piuttosto sullo stretto legame che deve sussistere tra tali rapporti e l'oggetto della controversia sia con riferimento al *petitum* che alla causa *petendi*. La sentenza, in ultima analisi, sembra affermare l'irrelevanza della qualifica di socio del convenuto, ai fini del radicamento della controversia presso il Tribunale delle imprese, laddove l'oggetto della stessa verta attorno a questioni non strettamente connesse a tale qualifica.

*The Supreme Court ruled upon the competence of the so called "Tribunale delle imprese" focusing, in particular, on the requirement of the close connection between "corporate relationships" ("rapporti societari") and the subject matter of the relevant court proceeding both in respect of the so called *petitum* and *causa petendi*, rather than on the materiality of the definition of "corporate relationships" per se (as set out under letter a) of article 3, paragraph 2, of Legislative Decree no. 168/2003 (as last amended)). Ultimately, the decision states that the status of shareholder of the defendant could be irrelevant to determine the competence of the "Tribunale delle imprese" if the subject matter of the relevant court proceeding is not strictly related to such status.*

Il caso

Una S.r.l. conveniva innanzi al Tribunale di Monza una propria socia richiedendone la condanna al pagamento delle quote annuali dovute per l'utilizzo di un'area ad uso piazzola di sosta.

Il Tribunale di Monza, investito della questione, dichiarava la propria incompetenza per materia e la competenza del Tribunale delle imprese di Milano sottolineando come la decisione circa la domanda di condanna al pagamento presupponesse la

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima alla valutazione di un *referee*.

valutazione circa la sussistenza dello *status* di socio in capo alla convenuta.

Avverso tale ordinanza del Tribunale di Monza, declinatoria della propria competenza, presentava ricorso per regolamento di competenza la S.r.l. attrice rilevando come a) spettasse al Tribunale di Monza decidere della controversia tenuto conto del *petitum* e della *causa petendi* della domanda proposta; e b) le somme di cui si chiedeva la condanna al pagamento riguardassero la convenuta in quanto utilizzatrice dell'area di sosta e non in quanto socia della società. La Suprema Corte, accoglieva il ricorso promosso e dichiarava l'annullamento dell'ordinanza impugnata affermando la competenza del Tribunale di Monza sulla base di una serie di considerazioni di seguito analizzate.

La devoluzione della decisione al Tribunale delle imprese: una questione di competenza

La legge di conversione L. 24 marzo 2012, n. 27, modificando le previsioni del D.L. n. 1 del 2012, ha riscritto l'art. 3, D.Lgs. n. 168 del 2003, il quale aveva originariamente istituito le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, ampliando la competenza di tali sezioni e trasformandole in sezioni specializzate in materia di imprese.

Nonostante una recente pronuncia delle Sezioni Unite di segno opposto (1), la Suprema Corte, nella sentenza in commento, rileva anzitutto la correttezza del regolamento di competenza quale mezzo di impugnazione avverso l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 279, comma 1, c.c. in questo modo aderendo implicitamente a quell'orientamento che riconosce alla ripartizione delle

controversie tra la sezione specializzata delle imprese e le sezioni ordinarie del Tribunale la natura di questione sulla competenza non attinente, quindi, alla distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno del medesimo ufficio (2).

La Suprema Corte, in questa occasione, non ripercorre le motivazioni del proprio convincimento, ma vale la pena ricordare alcune delle argomentazioni sostenute in precedenti decisioni. Le sentenze favorevoli ad ammettere il regolamento di competenza, quale strumento di impugnazione, riportano, in particolare, le seguenti motivazioni: (i) il riferimento letterale alla competenza (per materia e territoriale) delle sezioni contenuto nelle rubriche degli artt. 3 e 4, D.Lgs. n. 168 del 2003 (come da ultimo modificati dalla L. n. 27 del 2012), (ii) l'utilizzo, da parte dello stesso legislatore, dell'espressione sezioni "specializzate" rinvenibile nel dettato dell'art. 102 Cost. e pacificamente riferito alle sezioni cui è affidata la competenza in materia agraria; (iii) il fatto che tali sezioni siano state istituite per legge e non tramite provvedimenti organizzativi interni come avviene per gli uffici in cui è ripartito il Tribunale, (iv) la necessità di tutelare con strumenti di impugnazione adeguati la finalità sottesa all'istituzione delle sezioni specializzate ossia quella di garantire speditezza e competenza nella decisione di controversie particolarmente complesse da un punto di vista tecnico-giuridico (3).

Esegesi dell'art. 3, comma 2, lett. a): limitazioni espresse ed interpretative

La devoluzione alle sezioni specializzate in materia di imprese, operata dall'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 168 del 2003, nel testo riformulato dall'art. 2, comma 1,

(1) Cass. Civ., SS.UU., 23 luglio 2019, n. 19882, in *Foro it.*, 2019, 11, I, 3553, ove i giudici hanno sostenuto che "il rapporto tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa, nello specifico caso in cui entrambe le sezioni facciano parte del medesimo ufficio giudiziario, non attiene alla competenza, ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni dell'ufficio giudiziario, da cui l'inammissibilità del regolamento di competenza, richiesto d'ufficio ex art. 45 c.p.c.; deve di contro ritenersi che rientri nell'ambito della competenza in senso proprio la relazione tra la sezione specializzata in materia di impresa e l'ufficio giudiziario, diverso da quello ove la prima sia istituita".

(2) Cass. Civ. 24 luglio 2015, n. 15619, in *www.onelegale.wolterskluwer.it*; Cass. Civ., SS.UU., 29 settembre 2014, n. 20449, in *Giur. it.*, 2015, Cass. Civ. 25 settembre 2009, n. 29690; Cass. Civ. 18 maggio 2010, n. 12153; Cass. Civ. 4 giugno 2010, n. 14251; Cass. Civ. 23 settembre 2013, n. 21762, tutte in *www.onelegale.wolterskluwer.it*; Trib. Napoli 31 maggio 2016, in questa *Rivista*, 1, 2017, con nota di G. Borriello e I. Guadagno. In senso contrario, oltre alle Sezioni Unite di cui alla nt. 1, *ex multis*, Cass. Civ. 7 marzo 2017, n. 5656; Cass. Civ. 22 marzo 2017, n.

7227; Cass. Civ. 24 maggio 2017, n. 13138; Cass. Civ. 23 maggio 2014, n. 11448; Cass. Civ. 20 settembre 2013, n. 21668; 2013; Cass. Civ. 22 novembre 2011, n. 24656, tutte in *www.onelegale.wolterskluwer.it*. Tale interpretazione poggia il proprio convincimento essenzialmente su due argomentazioni: (i) il fatto che i giudici delle sezioni specializzate possano essere investiti (per decisione del presidente del Tribunale o della Corte d'Appello) anche della decisione di controversie diverse, purché ciò non comporti ritardo nella trattazione dei giudizi in materia di impresa e proprietà intellettuale; e (ii) il rilievo che anche l'art. 413 c.p.c. e l'art. 24 l.fall. facciano riferimento al concetto di "competenza" per individuare le cause attribuite al giudice del lavoro del tribunale fallimentare.

(3) Per una compiuta rassegna delle motivazioni, P. Celentano, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, in questa *Rivista*, 2012, 824 ss. il quale ritiene non decisive le argomentazioni di quella giurisprudenza che esclude che la decisione sulla devoluzione alle sezioni specializzate in materia d'impresa sia una questione di competenza.

lett. d), D.L. n. 1 del 2012, non riguarda qualsiasi controversia inerente alla materia societaria riscontrandosi nella disposizione stessa limitazioni sia soggettive che oggettive (4).

Quanto alle limitazioni soggettive, la norma fa riferimento soltanto alle controversie riguardanti determinate tipologie di società: s.p.a., s.a.p.a., s.r.l., società europee (SE) di cui al Reg. CE 2157/2001, società cooperative europee (SCE) di cui al Reg. CE 1435/2003, le stabili organizzazioni di società estere situate nel territorio dello Stato, ovvero le società che rispetto alle precedenti esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento. Restano, pertanto, escluse dal novero delle controversie che possono essere devolute alle sezioni specializzate, quelle riguardanti le società di persone salvo quelle che esercitano (o siano sottoposte ad) attività di direzione e coordinamento.

Quanto alle limitazioni oggettive, la norma si premura di specificare in modo esplicito, con l'elencazione dalla lett. a) alla lett. e), per quali cause e procedimenti si renda necessaria la decisione del Tribunale delle imprese escludendo quindi che il mero coinvolgimento in giudizio di una società delle tipologie appena richiamate sia sufficiente a radicare la competenza presso il tribunale specializzato. L'elencazione di cui alla lett. a), rilevante ai fini della decisione in commento, è stata anche quella che ha sollevato maggiori dubbi interpretativi (5). Il riferimento generico ai "rapporti societari" contenuta nell'*incipit*, seguita da un'ulteriore elencazione di circostanze da intendersi rilevanti ai fini del radicamento della competenza, ha

infatti indotto gli interpreti ad operare diverse ricostruzioni. Secondo un'interpretazione, per "rapporti societari" andrebbero intesi i soli "rapporti sociali" ossia quei rapporti che legano i soci tra di loro e questi ultimi alla società; di conseguenza, l'elencazione contenuta nella seconda parte della norma, in cui sono menzionate ulteriori specifiche controversie (tra cui quelle relative all'azione di responsabilità da chiunque promosse nei confronti degli amministratori), dovrebbe essere considerata tassativa in quanto avente ad oggetto rapporti che non avrebbero potuto essere attribuiti alla competenza delle sezioni specializzate in ragione del solo riferimento ai "rapporti sociali" (6). Diversamente argomentando - l'interpretazione ormai maggioritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza (7) - ritiene che l'espressione "rapporti societari" debba intendersi riferita a tutte le controversie attinenti all'organizzazione e al funzionamento della struttura societaria di tal che la norma risulterebbe composta da: una prima parte, che individua in modo generico e riassuntivo l'oggetto della disciplina e, una seconda parte, contenente una serie di esemplificazioni non tassative riportate dal legislatore al solo fine di escludere ogni dubbio interpretativo circa il significato del generico concetto di "rapporti societari" (8).

Il criterio del *petitum* sostanziale

Ciò posto, in termini di esegesi della norma, vi è da fare, come la Suprema Corte ha fatto, un'ulteriore valutazione onde stabilire la correttezza della

(4) Trib. Napoli 18 ottobre 2016, in questa *Rivista*, 8-9, 2017, 1016 ss. con nota di M. Adorno.

(5) La lett. a) si riferisce alle cause e ai procedimenti relativi a: "rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile 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, le opposizioni di cui agli articoli 2445, terzo comma, 2482, secondo comma, 2447-*quater*, secondo comma, 2487-*ter*, secondo comma, 2503, secondo comma, 2503-*bis*, primo comma, e 2506-*ter* del codice civile".

(6) Sul carattere tassativo dell'elencazione P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, 164; F. Verde, *Il Tribunale delle imprese*, Bari, 2012, 29.

(7) In giurisprudenza, Cass. Civ. 9 luglio 2015, n. 14369, in *www.onelegale.wolterskluwer.it* sostiene che "le controversie a cui si riferisce la lettera a dell'articolo 3 comma 2 del decreto legislativo 168/2003 non sono soltanto le controversie relative ai rapporti sociali intesi come relativi al rapporto tra i soci tra di loro e tra i soci e la società, ma rispetto ai rapporti societari categoria più ampia che comprende anche i rapporti tra la società e i componenti

dell'organo amministrativo"; Trib. Napoli 18 ottobre 2016, cit. per cui "rapporto societario è il rapporto giuridico concernente la struttura o il funzionamento della società"; Trib. Milano 11 giugno 2014, in *Giur. it.*, 2014, 2212, per cui "tutti i rapporti che attengono ai profili organizzativi di ogni fenomeno societario e, quindi, i rapporti fra soci e società, tra soci e organi amministrativi, nonché, appunto, tra organi e società". In dottrina, G. Niccolini, in *Giur. it.*, 6, 2016, in commento a ordinanza del Trib. Massa 4 aprile 2016, sostiene che "i rapporti societari di cui all'articolo tre del decreto legislativo 27 giugno 2003 numero 168 sono quelli endocorporativi che si instaurano tra i soci, fra i soci e la società, fra i soci o la società e gli organi di questi".

(8) Cass. Civ. 9 luglio 2015, cit. In dottrina, sul carattere esemplificativo dell'elencazione di cui alla lett. a), G. Niccolini, *Competenza del tribunale delle imprese sulle controversie tra amministratori e società*, in *Foro it.*, I, 2015, 3887; M. Sandulli, *La competenza del tribunale delle imprese in materia societaria*, in *Nuovo dir. Soc.*, 8, 2013, 14, afferma che "l'esemplificazione ha solo la funzione di menzionare i rapporti per i quali sarebbe potuto sorgere il dubbio della loro ricomprensione nella nozione generale", P. Celentano, *op. cit.*, 819 parla di "esplicitazioni certamente non esaustive". Già nel vigore della disciplina precedente al D.L. n. 1/2012, E. Dalmotto, sub *Art. 1-24*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino - Bonfante - Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2775 faceva riferimento a una "elencazione dalle sembianze più esemplificative che tassative".

devoluzione di una determinata controversia alla decisione del Tribunale delle imprese. Vi è infatti da stabilire quale rilevanza debbano avere i “rapporti societari”, comunque intesi, nell’ambito della controversia di cui si tratta, se sia cioè necessario che essi siano ricompresi nell’oggetto della domanda proposta, ovvero, se sia sufficiente che l’accertamento dell’esistenza (o inesistenza) di tali rapporti avvenga anche solo incidentalmente.

Una parte della giurisprudenza, favorevole ad un’interpretazione estensiva, ritiene di competenza delle sezioni specializzate tutte le controversie in cui la materia societaria rientri nell’oggetto della lite anche solo *incidenter tantum* (9); all’opposto, altra giurisprudenza, in un’ottica simile a quella della sentenza in commento, sostiene la necessità che tali rapporti assumano rilevanza nell’ambito dell’oggetto della domanda ossia del *petitum* e della causa *petendi* (10). Autorevole dottrina, favorevole a sostenere un’interpretazione estensiva della competenza, al pari della prima delle correnti giurisprudenziali richiamate, rileva come la necessità di un’interpretazione più ampia si ricavi implicitamente dal comma 3 dell’art. 3, D.Lgs. n. 168 del 2003 il quale estende la competenza delle sezioni specializzate anche alle cause ed ai procedimenti che presentino ragioni di connessione con quelli di cui ai commi primo e secondo. In quest’ottica, la competenza delle sezioni specializzate, sussisterebbe in relazione a tutte quelle controversie in cui la decisione sull’oggetto della domanda sia anche solo indirettamente influenzata dalla soluzione di questioni societarie ossia quando il rapporto societario abbia carattere pregiudiziale rispetto al *petitum* o alla causa *petendi* (11).

La Suprema Corte, nella sentenza in commento, ribadendo un principio già espresso in recenti

decisioni, ha statuito che la competenza del Tribunale delle imprese debba determinarsi avuto riguardo all’oggetto della controversia ed in particolare al c.d. *petitum* sostanziale, ossia del *petitum* identificabile in funzione della causa *petendi*, definito anche alla stregua dell’“intrinseca natura della posizione giuridica dedotta in giudizio” (12). Il *petitum* sostanziale è stato anche ricostruito dalla dottrina (13) nei termini di “interesse concretamente agito in giudizio” in contrapposizione al *petitum* formale contenuto nella domanda proposta in giudizio (14). Tale interpretazione poggia sulla densa giurisprudenza, anche delle Sezioni Unite, formata con riferimento al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, laddove - fermo il principio per cui la giurisdizione si determina sulla base della domanda - l’accento è stato posto non già sulla prospettazione delle parti, ma sull’oggettiva e intrinseca natura del rapporto giuridico sotteso alle pretese attoree da individuarsi sulla base della *causa petendi* ossia dei fatti allegati dalla parte a sostegno della domanda (15). Sulla scorta di questa ricostruzione, la Suprema Corte, nelle sue precedenti decisioni, aveva escluso - con riferimento all’ipotesi di cui alla lett. b) dell’art. 3, comma 2 di controversie aventi ad oggetto cause e procedimenti relativi al trasferimento delle partecipazioni - la competenza del Tribunale specializzato in relazione ad una vicenda successoria avendo rilevato come l’azione fosse diretta all’accertamento della natura simulata dell’intestazione dell’azienda appartenente al “*de cuius*” e non del trasferimento delle quote societarie; ancora, aveva escluso la competenza delle sezioni specializzate in relazione ad un’azione diretta ad ottenere la nullità di un contratto di intermediazione nell’acquisto di azioni, la cui *causa petendi* è stato ritenuto andasse

(9) Trib. Roma 1° giugno 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 2243.

(10) Trib. Ivrea 11 marzo 2005, in *Giur. mer.*, 2005, 10, 2148 per cui “il necessario accertamento incidentale circa la sussistenza del rapporto sociale in capo al convenuto, non rileva ai fini dell’individuazione del rito da seguire, che va fatta esclusivamente in relazione al ‘*petitum*’ ed alla ‘*causa petendi*’ formulati nelle domande presentate dalle parti”.

(11) M. Sandulli, *op. cit.*, 15.

(12) Cass. Civ. 14 ottobre 2020, n. 22149; Cass. Civ. 7 dicembre 2018, n. 31691, Cass. Civ. 4 aprile 2017, n. 8738, tutte in *www.onelegale.wolterskluwer.it*.

(13) L. R. Perfetti, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2, 1° agosto 2020, 428 il quale evidenzia come l’art. 32, comma 2, c.p.c. conferisca al giudice il compito di “statuire sulla qualificazione giuridica della domanda, indipendentemente dalla richiesta della parte (*petitum* formale), avendo riguardo solo della sua effettiva pretesa (*petitum* sostanziale) e, quindi, in relazione all’interpretazione che vanga fornita dalla Corte dell’interesse concretamente agito in giudizio”; A. Meale, *Il*

petitum sostanziale come criterio di riparto della giurisdizione per i contratti pubblici, in *Urb. e app.*, 3, 2015, 279, definisce il *petitum* sostanziale come “la natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo alla sostanziale protezione accordata in astratto dal diritto positivo”.

(14) Cass. Civ. 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Riv. arb.*, 2013, 4, 913, per cui ai fini dell’applicazione dei criteri di determinazione della propria competenza, il giudice deve operare una valutazione “a priori” degli elementi oggettivi, *petitum* e causa *petendi*, secondo la prospettazione fornita dall’attore nella domanda; conforme, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. lav., 6 maggio 1998, n. 4586.

(15) Cass. Civ., SS.UU., 12 novembre 2020, n. 25578; Cass. Civ., SS.UU., 27 ottobre 2020, n. 23600, Cass. Civ., SS.UU. 26 maggio 2020, n. 9771, tutte in *www.onelegale.wolterskluwer.it*, Cass. Civ., SS.UU. 1° agosto 2006, n. 17461, in *Foro amm. CDS*, 2006, 12, 3282, Cass. Civ., SS.UU., 11 aprile 2006, n. 8374, in *www.onelegale.wolterskluwer.it*; 2006, 4, Cass. Civ., SS.UU., 27 giugno 2003, n. 10243, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1836, Cass. Civ., SS.UU., 7 marzo 2003, n. 3508, in *www.onelegale.wolterskluwer.it*, 495.

individuata nel contratto di investimento e non nel trasferimento delle partecipazioni sociali (16) (17). La Suprema Corte, nella decisione in esame, nel sostenere la propria ricostruzione, sottolinea altresì come l'interpretazione proposta risulti essere maggiormente coerente con l'intento del legislatore (18) di promuovere la competitività dell'ordinamento mediante il ricorso ad un giudice altamente specializzato provvisto delle competenze necessarie per la gestione di un contenzioso particolarmente complesso da un punto di vista tecnico (19). Infine, la Cassazione rileva come l'interpretazione sostenuta, volta a incidere la competenza del Tribunale delle imprese in ragione del *petitum* e della *causa petendi*, finisca, in ultima analisi, per allinearsi a quella corrente interpretativa, già citata, che annovera tra le liti di competenza del Tribunale specializzato tutte quelle aventi un fondamento endosocietario ossia attinenti all'organizzazione e al funzionamento della struttura societaria.

Conclusioni

Alla luce dell'interpretazione fornita, la Suprema Corte giunge, nel caso di specie, ad escludere la competenza del Tribunale delle imprese rilevando come l'utilizzo del bene sociale in questione (la piazzola di sosta) fosse stato attribuito alla socia (utilizzatrice dell'area) non in ragione del suo *status*, ma in virtù di una fonte autonoma che, forse, a scanso di dubbi, sarebbe stato utile precisare (20). Come rileva la Suprema Corte, il rapporto intercorrente tra la socia e la società, finalizzato all'utilizzo della piazzola e fonte degli obblighi di pagamento oggetto della domanda, si affiancava, ma non si confondeva, con il rapporto societario diversamente da quel che avviene per le società di persone laddove l'art.

2256 c.c. consente al socio di servirsi dei beni appartenenti al patrimonio della società proprio in virtù della propria qualifica di socio.

Nel caso di specie, invero, anche a voler assecondare le interpretazioni favorevoli a riconoscere una competenza più ampia delle sezioni specializzate, vi è da rilevare come, anche una decisione eventualmente resa *incidenter tantum* circa la sussistenza o meno dello *status* di socio, non si sarebbe posta in relazione di pregiudizialità rispetto alla decisione della lite principale, per cui non avrebbe potuto attrarre la controversia nella competenza delle sezioni specializzate nemmeno per ragioni di connessione.

È inoltre facile immaginare come un'interpretazione che estenda la competenza delle sezioni specializzate oltre i confini delineati dalla Suprema Corte porterebbe a risultati assolutamente avulsi dall'originale intento del legislatore di garantire un alto grado di specializzazione nel giudizio a liti aventi ad oggetto questioni complesse dal punto di vista del diritto societario.

Volendo infine ricondurre ad un principio quanto affermato dalla Suprema Corte, essa di fatto esclude dalla competenza del Tribunale delle imprese tutto quel contenzioso in cui i rapporti societari rappresentino mere circostanze della controversia irrilevanti ai fini della decisione della stessa. In conclusione, si potrebbe affermare che nemmeno il "più societario" dei "rapporti societari", quale è quello che lega il socio alla società, valga sempre a radicare la competenza presso il Tribunale delle imprese. La Suprema Corte sembra infatti suggerire, per la valutazione della competenza della controversia, un *iter* articolato su due binari del tutto interconnessi: quello del rilievo che il rapporto societario deve avere nell'ambito dell'oggetto della domanda e quello della riconducibilità di tale rapporto nell'alveo di quelli aventi rilevanza endosocietaria.

(16) Cass. Civ. 7 dicembre 2018, n. 31691, cit; Cass. Civ. 4 aprile 2017, n. 8738, cit.

(17) Tra le decisioni di merito che hanno aderito a questa impostazione, vale la pena menzionare quelle che hanno escluso la competenza del Tribunale delle imprese nelle ipotesi di esercizio dell'azione revocatoria; in tali casi è stato rilevato che, da un lato, le partecipazioni sociali rappresenterebbero un oggetto meramente accidentale della domanda ex art. 2901 c.c. e, dall'altro lato, che l'eventuale declaratoria di inefficacia dell'atto dispositivo nei confronti del creditore non esplicherebbe alcun effetto sui diritti sociali, così Trib. Venezia 19 giugno 2019, in *www.ILsocietario.it*, 15 luglio 2019; cfr. Cass. Civ. 5 febbraio 2020, n. 2754 in tema di revocatoria connessa ad un atto di scissione societaria ove, al contrario, si è sostenuto che "l'azione revocatoria dell'atto di scissione societaria, diretta alla declaratoria di inopponibilità al creditore del negozio, rientra tra le controversie devolute alla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa poiché riguarda in via diretta le società coinvolte e, in particolare, i fenomeni modificativi ed estintivi del loro assetto".

(18) Il legislatore, nella Relazione al d.d.l. di conversione del D.L. n. 1/2012, fa riferimento alla necessità di istituire delle sezioni

specializzate in materia di impresa a cui affidare la trattazione di quelle controversie in cui, tenuto conto dell'elevato tasso tecnico della materia, è maggiormente sentita l'esigenza della specializzazione del giudice al fine di ridurre i tempi di definizione delle controversie in cui è parte una società di medio/grandi dimensioni, aumentando in tal modo la competitività di tali imprese sul mercato.

(19) In senso opposto a tale ricostruzione si veda Cass. Civ. 9 luglio 2015, cit. ove si sostiene che "se la *ratio* è di fornire uno strumento più efficiente per la soluzione delle controversie in materia di impresa è ragionevole optare per un'interpretazione estensiva della norma che devolva a tale sezione specializzata il maggior numero di decisioni in materia di imprese". In dottrina, M. Sandulli, *op. cit.* il quale ha ricondotto la scelta di istituire il Tribunale delle imprese alla volontà del legislatore di "creare concorrenza e competitività tra imprese, oltre che a costruire un ambiente favorevole tanto alla costituzione di nuove imprese quanto all'ingresso, nel nostro Paese, di capitali ed imprese straniere".

(20) Cass. Civ. 10 maggio 1997, n. 4088 per un caso di godimento da parte di un socio di un immobile in multiproprietà.

Capitale sociale

Cassazione Civile, Sez. VI-1, 22 luglio 2020, n. 15647 - Pres. A. Scaldaferrì - Est. L. Nazzicone - N.S. c. R.D.

Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Costituzione - Atto costitutivo - Modificazioni - Capitale sociale - Aumento capitale - Deliberazione - Obbligo di motivazione - Esclusione

(Cod. civ. artt. 2438, 2481-bis)

La deliberazione di aumento del capitale sociale di una S.r.l. è legittimamente assunta senza che ne siano esplicitate le ragioni, perché, nel diritto societario, costituiscono un numero limitato le deliberazioni degli organi sociali soggette per legge all'obbligo di motivazione e sebbene, in via interpretativa, ne possano essere individuate altre in cui essa è comunque necessaria (quali le deliberazioni di interruzione del rapporto sociale, gestorio o sindacale), la regola è che tali decisioni, ivi compresa quella di aumento del capitale di cui all'art. 2438 c.c., non richiedono una specifica motivazione.

La Corte (*omissis*).

Rilevato

- che è proposto ricorso, affidato a quattro motivi, avverso la sentenza della Corte d'appello di Catania depositata l'8 settembre 2017, la quale ha accolto l'impugnazione del lodo arbitrale del 28 aprile 2012, che aveva a sua volta annullato le deliberazioni di aumento del capitale sociale, assunte in data 13 settembre 2010 e 26 gennaio 2011 dall'assemblea della S. s.r.l., entrambe recanti l'aumento del capitale da Euro 99.000,00 ad Euro 529.453,22, la prima divenuta inefficace per scadenza del termine della sottoscrizione;

- che la corte del merito, per quanto ancora rileva, ha ritenuto quanto segue: a) l'arbitro unico ha annullato le deliberazioni in questione, reputando che gli aumenti del capitale dovessero avere una motivazione aziendale adeguata, mentre, nella specie, ha riscontrato la "inesistenza assoluta dei presupposti giuridici, economici e finanziari sui quali essi si fondano", dal momento che la società, secondo il lodo, non aveva bisogno di liquidità, posto che le somme già versate dai soci dovevano riqualificarsi come conferimenti e non come finanziamenti; b) il lodo è nullo perché ha violato l'art. 2467 c.c., applicato dagli arbitri: secondo la corte territoriale, invece, tutti i soci avevano eseguito proprio dei finanziamenti in favore della società, con obbligo, quindi, di restituzione, ma la stessa non avrebbe potuto rimborsarli, attesa la sua situazione economico-finanziaria; pertanto, ha concluso nel senso che le deliberazioni di aumento del capitale siano state validamente assunte, sulla base di tale seria ragione per deliberarlo;

- che resistono la S. s.r.l. in liquidazione e gli altri due soci e loro eredi, con unico controricorso;

- che sono stati ritenuti sussistenti i presupposti *ex art. 380-bis c.p.c.*;

- che il ricorrente ha depositato memoria.

Considerato

- che i motivi deducono:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 2467 c.c., avendo la sentenza omesso di considerare che i soci avevano eseguito finanziamenti in favore della società, da riqualificare - come dispone la norma predetta - in

conferimenti, perché operati nella situazione di cui alla disposizione, e, dunque, "nati postergati";

2) omesso esame di fatto decisivo e violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 3, avendo ritenuto la corte del merito che l'arbitro omise di verificare se i soci avessero operato finanziamenti o conferimenti in favore della società, ma non ha ben esaminato il lodo, il quale aveva concluso che si trattava di somme concesse alla società nelle situazioni indicate dalla norma;

3) violazione dell'art. 112 c.p.c., perché le controparti, in sede di impugnazione del lodo, non avevano contestato la natura di crediti postergati di tali importi, ma solo gli effetti di quella situazione, ritenuti dall'arbitro, ossia che, prima degli aumenti di capitale, la società non fosse in una situazione di squilibrio finanziario;

4) violazione degli artt. 1175, 1375 e 2467 c.c., oltre ad omesso esame di fatto decisivo, perché, nella parte rescissoria, la sentenza non ha considerato come i finanziamenti fossero stati concessi in presenza di un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio o in una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento, così disapplicando la norma predetta e mancando di rilevare come, data l'assenza di uno squilibrio finanziario - addotto dalle due deliberazioni di aumento del capitale a loro giustificazione -, gli aumenti costituivano l'espressione dell'intento dei due soci di ledere il terzo, imponendogli un "vincolo forzoso del proprio finanziamento nel capitale sociale";

- che il ricorso è in parte inammissibile, laddove manca di specificità ai sensi dell'art. 366 c.p.c. (terzo motivo) e ripropone un giudizio di fatto, e per il resto è manifestamente infondato, come risulta dall'esame dei quattro motivi: i quali, atteso il presupposto giuridico di fondo che li caratterizza, possono essere congiuntamente trattati;

- che, invero, il ricorrente parte dall'assunto che la deliberazione di aumento del capitale debba recare una propria motivazione giustificativa, a pena della sua annullabilità; - che, tuttavia, l'assunto non ha pregio in diritto: ed invero, le deliberazioni assembleari per le quali la legge prescrive un obbligo di motivazione sono altre; come questa Corte ha già osservato (cfr. Cass. 26 gennaio 2018, n. 2037), nel diritto societario costituiscono un numero limitato le

deliberazioni degli organi sociali soggette per legge all'obbligo di motivazione (artt. 2391 e 2391-bis c.c., art. 2441 c.c., comma 5, art. 2497-ter c.c.), restando di regola i soci liberi di determinarsi senza necessariamente esternare le ragioni delle proprie decisioni; sebbene, accanto alle ipotesi in cui le deliberazioni societarie debbano essere motivate per esplicito dettato normativo, altre possano essere individuate in via interpretativa (quali, sia pure con connotati fra loro parzialmente diversi, le deliberazioni di interruzione del rapporto sociale ex artt. 2287, 2473-bis e 2533 c.c., o del rapporto gestorio ex artt. 2259, 2383 e 2409-duodecies c.c., o sindacale ex art. 2400 c.c.: dove la necessità di verificare la sussistenza della giusta causa, o della fattispecie statutaria, impone di motivare la deliberazione al momento in cui essa viene assunta);

- che, dunque, la regola è che la maggioranza assembleare legittimamente assume le decisioni, ivi compresa quella di aumento del capitale di cui all'art. 2438 c.c., senza l'esigenza di una specifica motivazione secondo parametri dati;
- che, nella specie, le parti e la sentenza discorrono di una deliberazione assunta al fine di rafforzare patrimonialmente la società, e danno atto della sottoscrizione dell'aumento (il secondo deliberato, essendo il primo rimasto senza sottoscrizioni nel termine, in ragione della sospensione da parte dell'arbitro) da parte degli altri due soci, aumento liberato mediante il conferimento dei crediti già vantati verso la società, a titolo di restituzione dei finanziamenti;
- che nessuna delle parti, né la sentenza, discute dell'esistenza di un bilancio inventifero, posto a fondamento dell'aumento, né dell'insussistenza dei crediti conferiti dai due soci a liberazione dell'aumento di capitale: ed anzi, la tesi dell'odierno ricorrente è nel senso che quei finanziamenti fossero già

vincolati in società, per effetto del disposto ex art. 2467 c.c., lamentando il medesimo una situazione societaria che non rendeva necessario quell'aumento di capitale;

- che, tuttavia, tale tesi è infondata, posto che la legge non richiede che la deliberazione con cui l'assemblea decida l'aumento del capitale sociale, a norma degli artt. 2438 o 2481 c.c. e ss., rechi una specifica motivazione volta ad illustrare le ragioni che giustificano tale scelta: si tratta, invero, di una decisione che rientra nel novero delle determinazioni che l'assemblea può del tutto liberamente assumere, pur restando impregiudicata la possibilità, naturalmente, di farne valere altri vizi, vuoi di contenuto, vuoi di procedimento, ed in particolare per eventuali vizi di abuso di potere, in cui eventualmente versi il socio che abbia espresso in quell'assemblea un voto determinante;
- che, tuttavia, dalla sentenza impugnata non risulta questo il tema del ricorso in arbitrato, onde esso esula dal *thema decidendum*;
- che, in definitiva, la delibera di aumento era legittima non perché motivata correttamente dall'esigenza di fondi per la società, ma perché non era obbligatoria una giustificazione della decisione assembleare assunta;
- che, in tal modo corretta la motivazione della sentenza impugnata, a norma dell'art. 384 c.p.c., comma 4, il ricorso va respinto, essendo il dispositivo conforme a diritto;
- che la condanna alle spese deve seguire la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità. (*omissis*).

La motivazione delle decisioni di aumento e riduzione del capitale sociale di Luca Tronci (*)

La Cassazione, sciogliendo il nodo originato da una decisione arbitrale e da una successiva sentenza della Corte d'Appello che non colgono l'effettivo *thema decidendum* oggetto della controversia, afferma, con chiarezza, il (pacifico) principio di diritto per cui le delibere di aumento di capitale sociale *non* prevedono un obbligo di motivazione, restando - di regola - i soci liberi di autodeterminarsi, senza necessariamente esternare le ragioni delle proprie decisioni, con la conseguenza che le deliberazioni assembleari per le quali vige un obbligo di motivazione sono solo quelle espressamente previste dal legislatore, seppure estensibili in via interpretativa ad altre (limitate) fattispecie.

The Supreme Court, dissolving the knot originating from an arbitration decision and a subsequent judgment of the Court of Appeal that do not take over the actual thema decidendum, clearly affirms the (peaceful) principle of law whereing the decisions to increase the share capital do not provide for an obligation to state reasons, while remaining - as a rule - the shareholders free to determine themselves, without necessarily expressing the reasons for their decisions, with the consequence that the shareholders' resolutions for which there is an obligation to state reasons are only those expressly provided for by the legislator, although interpretatively extensible to other (limited) cases.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Il fatto e la decisione

La fattispecie sottesa alla decisione di legittimità trae origine da un aumento di capitale sociale deliberato, a maggioranza, dall'assemblea di una S.r.l. Dagli atti che è stato possibile consultare (1), si evince che l'aumento di capitale sociale offerto in opzione ai soci doveva essere liberato in denaro, con l'espressa possibilità di operare la compensazione con i crediti vantati dai soci stessi per i finanziamenti erogati alla società partecipata (2).

L'applicabilità della compensazione del credito della società per la sottoscrizione dell'aumento con il debito nei confronti del socio-sottoscrittore per il finanziamento erogato (3) - compensazione effettivamente operata, contestualmente alla delibera, dai soci favorevoli all'aumento - è stata probabilmente la causa dell'equivoco che ha tratto in inganno l'arbitro unico e la Corte d'Appello.

Infatti, a seguito dell'impugnativa della delibera, l'arbitro, nominato in applicazione della clausola compromissoria statutaria, ha ritenuto la delibera invalida, argomentando per lo più in base ad una presunta carenza dei "presupposti giuridici, economici e finanziari" sui quali l'organo amministrativo aveva fondato la proposta di aumento del capitale, in quanto, tenuto conto della postergazione legale (*ex art. 2467 c.c.*) dei finanziamenti dei soci (4), la situazione finanziaria in cui versava la società all'epoca della delibera (contrariamente a quanto ritenuto dagli amministratori (5)) era da ritenersi in equilibrio, con la conseguenza che la stessa non necessitava di nuovi conferimenti.

La Corte d'Appello (su ricorso della società) ha dichiarato la nullità del lodo impugnato per violazione dell'art. 2467 c.c., non avendo l'arbitro unico considerato i finanziamenti quale vero e proprio "indebitamento" che, come tale, è suscettibile di restituzione; l'arbitro avrebbe, quindi, erroneamente

classificato gli apporti come "conferimenti", in maniera contraddittoria rispetto a quanto emergeva pacificamente dagli atti di causa e dalle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio da lui disposta, a cui peraltro ha dichiarato di aderire.

La Cassazione è stata adita dal socio sulla scorta di un'argomentazione che - secondo quanto si legge nella sentenza commentata - ancora una volta si concentrava sulla violazione dell'art. 2467 c.c., avendo la sentenza di Appello (secondo la tesi dell'attore) ommesso di considerare che i soci avevano eseguito finanziamenti "nati postergati" e, dunque, da riqualificare in conferimenti (6). La decisione in commento omette di entrare nel merito della censura formulata che, invero, appare priva di fondamento, in quanto la postergazione del finanziamento del socio non incide sull'opportunità dell'aumento del capitale sociale. Nel nostro ordinamento, infatti, non è disposta una riqualificazione contabile del finanziamento "anomalo" come capitale di rischio, con la conseguenza che l'imputazione del finanziamento postergato ad aumento del capitale - quando consentita (7) - è sempre opportuna, perché funzionale a sanare la situazione patologica che costituisce lo stesso presupposto (o, almeno uno dei presupposti) della postergazione: lo squilibrio tra capitale di terzi e capitale proprio.

La Cassazione dipana la matassa causata dalle precedenti decisioni, i cui estensori si sono persi nei meandri della postergazione, e arriva direttamente al vero nocciolo della questione, affermando "semplicemente" che "in definitiva, la delibera di aumento era legittima non perché motivata correttamente dall'esigenza di fondi per la società, ma perché non era obbligatoria una giustificazione della decisione assembleare assunta". Invero, nel diritto societario costituiscono un numero limitato le deliberazioni degli organi sociali soggette per legge all'obbligo di motivazione, restando di regola i soci liberi di

(1) Si ringrazia il Professor Vincenzo Di Cataldo che ha gentilmente messo a disposizione del sottoscritto la decisione arbitrale e parte degli atti del procedimento di appello.

(2) Invero, dal virgolettato della delibera menzionato nella decisione arbitrale, sembrerebbe che la delibera ammettesse il "conferimento dei crediti", con la conseguenza che si tratterebbe di un aumento del capitale sociale a cui dovrebbe applicarsi l'apposita disciplina (che prevede, tra l'altro, la necessità della stima), ma, tralasciando il linguaggio non corretto e poco tecnico utilizzato, non è mai stato messo in dubbio (almeno dagli atti di causa che si è potuto consultare) che si trattasse di un aumento di capitale in denaro.

(3) In argomento, per alcuni rilievi critici, cfr. L. De Angelis, *Commento all'art. 2426 c.c.*, in O. Cagnasso - L. De Angelis - G. Racugno, *Il bilancio d'esercizio*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, 411 ss.

(4) I finanziamenti postergati, secondo la ricostruzione dell'arbitro, non dovrebbero considerarsi nell'ambito della valutazione sullo stato di salute finanziaria dell'impresa.

(5) Dagli atti di causa emerge che il socio che ha impugnato la delibera aveva ottenuto un decreto ingiuntivo per la restituzione dei finanziamenti erogati alla Società.

(6) Sulla differente rilevazione contabile degli apporti a patrimonio rispetto ai finanziamenti dei soci (anche postergati) cfr., tra gli altri, L. De Angelis, *Commento all'art. 2424 c.c.*, in O. Cagnasso - L. De Angelis - G. Racugno, *op. cit.*, 210 ss.

(7) Con riferimento alla compensazione del debito del socio per la sottoscrizione del capitale con il credito vantato dallo stesso nei confronti della società per finanziamenti, v. D. Scano - L. Tronci, *Finanziamenti e versamenti dei soci nelle società partecipate. Rassegna di giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 199.

autodeterminarsi senza necessariamente dover esternare le ragioni delle proprie decisioni.

La motivazione delle delibere assembleari

Il tema della motivazione delle decisioni nelle società di capitali è piuttosto attuale, come testimonia la pubblicazione di due coevi studi monografici (8), e la recente giurisprudenza di legittimità (9). Questa si è piuttosto concentrata sulla giusta causa di revoca degli amministratori che - secondo l'orientamento ormai consolidato (10) - deve essere specificatamente enunciata ed argomentata nel verbale dell'assemblea che delibera la revoca, senza possibilità che la stessa sia integrata nell'ambito dell'eventuale giudizio promosso dall'amministratore revocato (11).

Limitando l'indagine alle decisioni dei soci, la regola è la mancanza di un obbligo di motivazione generalizzato, che tollera alcune eccezioni, così riassumibili: (i) le operazioni sul capitale sociale (esclusione del diritto di opzione, *ex art.* 2441, comma 6, c.c., e riduzione reale del capitale sociale, *ex art.* 2445 c.c., alle quali devono aggiungersi le operazioni di assistenza finanziaria, *ex art.* 2358 c.c. (12)) oggetto di questo commento; (ii) le operazioni straordinarie (13) (artt. 2500-*sexies*, 2501-*quinquies*, 2506-*ter*, c.c.); ed

infine (iii) le delibere influenzate dalla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, *ex art.* 2497-*ter* c.c., dovendo la norma riferirsi non solo alle decisioni degli amministratori, ma anche a quelle dei soci, a meno che non si tratti - secondo la tesi preferita (14) - di delibere assembleari che approvano una proposta dell'organo amministrativo, già oggetto di motivazione.

La motivazione nelle operazioni sul capitale sociale

Le operazioni sul capitale sociale possono definirsi lo specchio della regola generale vigente in materia di motivazione nel diritto societario: là dove, è confermata l'assenza di un obbligo generalizzato di motivazione, che subisce però alcune eccezioni. La delibera di aumento del capitale sociale rientra a pieno titolo nel principio di autodeterminazione dell'assemblea, valorizzandone il contenuto applicativo, sicché la decisione di aumentare il capitale sociale - nei limiti dei confini tracciati dalla giurisprudenza all'istituto dell'abuso del diritto (15), che, pur trovando uno dei principali terreni di elezione proprio nelle operazioni sul capitale (16), non può essere esaminato in questa sede (17) - potrà essere assunta indipendentemente

(8) A.D. Scano, *La motivazione delle decisioni nelle società di capitali*, Milano, 2018; L. Marchegiani, *La motivazione delle deliberazioni consiliari nelle società di capitali*, Milano, 2018.

(9) Cfr., da ultimo, Cass. Civ. 6 ottobre 2020, n. 21495, in questa *Rivista*, 2021, 19 ss., con nota di E. Codazzi, che si concentra però su un altro principio di diritto sancito dalla decisione; questa recente sentenza segue i due precedenti di legittimità (di cui il primo menzionato anche nella decisione annotata): Cass. Civ. 26 gennaio 2018, n. 2037, in *Foro it.*, 2018, I, 864 ss.; Cass. Civ. 12 settembre 2008, n. 23557, *ivi*, 2009, I, 1525 ss.

(10) Trattasi di orientamento che trova numerosi precedenti nella giurisprudenza del Tribunale di Milano, tra cui, *ex multis*, tra le prime decisioni, cfr. Trib. Milano 20 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 983 ss., con nota di R. Weigmann.

(11) Per una differente ricostruzione dei termini del problema, v. A.D. Scano, *La motivazione della giusta causa di revoca degli amministratori di s.p.a. (con una postilla sull'azione sociale di responsabilità)*, in *Riv. Società*, 2020, 968 ss., che considera la "motivazione-contestazione della giusta causa di revoca degli amministratori ... adempimento di natura solamente facoltativa" (*ivi*, 990, 1001).

(12) In materia, cfr., tra gli altri, A. Vicari, *Sub art. 2358 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, I, 737 ss.; C. Cincotti, *Sulla ratio del divieto di assistenza finanziaria*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1106 ss.; I. Demuro, *L'assistenza finanziaria nell'acquisto di proprie azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 229 ss.

(13) Cfr. A.D. Scano, *La motivazione delle decisioni*, *cit.*, 98 ss., che ricostruisce gli obblighi di motivazione in materia di fusione e scissione sulla base delle norme comunitarie.

(14) R. Pennisi, *Sub art. 2497-ter c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, *cit.*, 3073.

(15) In argomento, cfr. P. Montalenti, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in AA.VV., *L'abuso del diritto in materia tributaria, e gli istituti del diritto civile e commerciale*, a cura di F.

Gallo - G. Scognamiglio, Milano, 2019, 116, per il quale "l'abuso del diritto si configura come strumento concettuale diretto ... a comporre la contraddizione tra diritto e giustizia, a riavvicinare forma e sostanza, a reprimere l'uso distorto di schemi normativi, a sanzionare deviazioni 'patologiche degli istituti', a prevenire lo sviamento delle regole verso finalità contrarie al fondamento 'fisiologico' posto dal legislatore" ... "le nuove clausole generali introdotte di recente dal legislatore in materia societaria ... [sono] legate da un *fil rouge* sistematico che può sussumersi nella formula sincretica della *ragionevolezza economica* dell'operazione riconducibile all'espressione anglofona del *business purpose*". In materia di abuso o eccesso di potere, cfr. Cass. Civ. n. 9353/2003; Cass. Civ. n. 1361/2011.

(16) L'abuso del potere della maggioranza nell'ambito delle operazioni sul capitale ha sempre costituito oggetto di vivaci dibattiti dottrinali e giurisprudenziali. In argomento, cfr. A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, 1987; AA.VV., *Casi e materiali di dir. comm.*, 1, *Società per azioni*, Milano, 1974, 1253 ss. Nell'ambito della più recente giurisprudenza di merito, v., *ex multis*, Trib. Milano 6 agosto 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, che afferma: "affinché sia configurabile il vizio di abuso di potere di una delibera di aumento di capitale è onere dell'attore impugnante portare indici di carattere univoco quanto alla dimostrazione di una finalità della delibera di aumento del capitale esclusivamente nel senso della diluizione della partecipazione di minoranza ovvero nel senso di vantaggio ingiustificato per il socio di maggioranza in danno dell'altro". Con riferimento ad un giudizio cautelare volto alla sospensione della delibera di aumento del capitale sociale, v. Trib. Cagliari 9 dicembre 2009, in *Riv. giur. sarda*, 2010, 339 ss., con nota di F. Ciusa.

(17) V., in commento alla medesima decisione, la nota di A.D. Scano, *In tema di motivazione obbligatoria di talune deliberazioni assembleari delle società di capitali*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*, 2021, II, che, invece, si sofferma sull'abuso di potere

dalla situazione patrimoniale e finanziaria in cui versa la società (18), a prescindere dunque da un progetto imprenditoriale di ristrutturazione ovvero di espansione che giustifichi l'apporto di nuovo capitale.

Questa regola subisce un'eccezione, che non si declina sulla base dello scopo dell'aumento (inteso quale finalità delle risorse apportate dai soci a titolo di capitale di rischio, che rientra sempre nelle competenze esclusive dell'organo amministrativo), quanto piuttosto in relazione ai soggetti ai quali la proposta di aumento è rivolta. Dunque, sono solo le "proposte di aumento di capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione" a dover essere illustrate dagli amministratori all'assemblea con apposita relazione "dalla quale devono risultare le ragioni dell'esclusione o della limitazione, ovvero, qualora l'esclusione derivi da un conferimento in natura, le ragioni di questo" (art. 2441, comma 6, c.c.) (19). Per ciò che concerne le operazioni di riduzione reale del capitale, l'obbligo di motivazione è richiesto che

sia previsto già nell'avviso di convocazione dell'assemblea, che deve appunto indicare "le ragioni" della riduzione, ancorché tali ragioni devono essere replicate, in maniera più diffusa, nell'ambito della delibera (20).

Può pertanto affermarsi che le eccezioni al principio di autodeterminazione dell'assemblea (inteso come mancanza di un obbligo di motivare le proprie decisioni) in materia di operazioni sul capitale sociale, si giustificano nell'esigenza di una tutela rafforzata dei soci (nel caso dell'esclusione del diritto di opzione) ovvero dei creditori (nella riduzione del capitale sociale (21)); l'esplicazione della motivazione alla base della decisione si rende funzionale, in prima battuta, a stimolare il confronto dialettico tra maggioranza e minoranza e, quindi, ad un più agevole esercizio del diritto di impugnativa della delibera (22) piuttosto che di opposizione alla stessa, costituendo "la base" del controllo giudiziario innescato dall'eventuale impugnativa (23)".

della maggioranza, e conclude evidenziando come "le due differenti modalità di sindacato (a seconda che la decisione sia motivata o non motivata) fanno emergere la presenza di un *trade off*: se infatti l'obbligo di motivazione implica eccezionalmente una giustificazione anticipata (e immodificabile) della decisione, allo stesso tempo esso consente alla società di godere del vantaggio di circoscrivere l'eventuale controllo del giudice al testo della motivazione (senza possibilità di valorizzare elementi sintomatici dell'abuso reperibili *aliunde*); laddove, in assenza di motivazione obbligatoria, la società è sollevata dal peso della giustificazione preventiva, ma essa è allo stesso tempo esposta (nell'evenienza di un giudizio in cui sia dedotto l'abuso della maggioranza) a un controllo di 'pieno merito' il cui solo limite è rappresentato dalla soddisfazione dell'onere della prova in capo al socio impugnante".

(18) Si noti, infatti, come l'operazione non richieda l'approvazione di una situazione patrimoniale aggiornata, ma solo la verifica che le azioni precedentemente emesse siano state interamente liberate.

(19) A.D. Scano, *La motivazione delle decisioni*, cit., 74 ss., che, evidenziando come "l'obbligo esplicito di motivazione della delibera di esclusione del diritto di opzione quando 'l'interesse della società lo esige' [sia] acquisizione relativamente recente del nostro ordinamento", ricostruisce la giurisprudenza e il pensiero della dottrina (in particolare, le tesi di P.G. Jaeger - L. Mengoni - R. Nobili, contrapposte all'opinione minoritaria di G. Rossi - T. Ascarelli, che già affermavano la sussistenza di un obbligo di motivazione contenuto nella delibera che esclude il diritto di opzione) in materia di motivazione dell'esistenza dell'interesse sociale all'aumento del capitale sociale, in epoca previgente al recepimento nel nostro ordinamento della II^a Direttiva europea in materia societaria; questa, con il d.P.R. n. 30/1986, ha modificato l'art. 2441 c.c., esplicitando l'obbligo di motivazione in ipotesi di esclusione o limitazione del diritto di opzione. L'A. conclude che "l'approccio imperante nel periodo anteriore al recepimento della direttiva europea fosse indiscutibilmente sostanzialista e antiformale. Secondo la visione allora maggioritaria, non era necessario che la motivazione assumesse la forma di un enunciato esplicito".

(20) M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale sociale*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 291; R. Nobili - M.S. Spolidoro, *La riduzione di capitale*, in *Tratto delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, 6*, Torino, 1993. In giurisprudenza, v. Trib.

Milano 22 settembre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. Con riferimento al dibattito riferito alle implicazioni che il richiamo alle "ragioni" e "modalità" della riduzione comporterebbe in merito ai presupposti della delibera di riduzione reale, orfana (a seguito del D.Lgs. n. 6/2003) del requisito dell'esuberanza del capitale rispetto all'oggetto sociale, cfr. M. Ventoruzzo, *Sub art. 2445 c.c.*, in M. Ventoruzzo - G. Sandrelli, *Riduzione del capitale sociale*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013, 5, per cui "la necessità che la relazione degli amministratori indichi le ragioni dell'operazione non pare potersi interpretare come un limite di ordine sostanziale alla facoltà della società di procedere alla riduzione del capitale, senza più doverne dimostrare l'esuberanza, né altre condizioni che surrettiziamente sostituirebbero il requisito che il legislatore ha chiaramente voluto eliminare". Nell'ambito della disciplina previgente, v. C. Montagnani, *Profili attuali della riduzione del capitale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 1 ss.

(21) Con riferimento ai presupposti di accoglimento dell'opposizione alla delibera di riduzione facoltativa del capitale, v. F. Nieddu Arrica, *La rilevanza dell'equilibrio finanziario nelle opposizioni dei creditori alle riduzioni del capitale sociale*, in *Riv. Società*, 2014, 1373 ss.

(22) "La mancanza o irrazionalità delle ragioni della riduzione rappresenterebbe - come minimo - un vizio procedimentale dell'operazione, assoggettando la delibera al rischio di annullamento, oltre a 'facilitare' l'opposizione dei creditori": M. Ventoruzzo, *op. cit.*, 5. Sui vizi della motivazione e l'invalidità della decisione, cfr. A. D. Scano, *La motivazione delle decisioni*, cit., 262 ss.

(23) A.D. Scano, *La motivazione delle decisioni*, cit., 86, prendendo le mosse dalla dottrina e giurisprudenza tedesca, afferma che "emerge, all'esito dell'evoluzione innescata dal diritto comunitario, come l'ordinamento societario italiano si sia spostato da un'iniziale posizione sostanzialista e di dequotazione della motivazione a una connotazione in termini di discorso esplicito e ragionato di sostegno alla delibera ... finalizzato non solo (e non tanto) dalla dimostrazione dell'assenza di interessi extrasociali che abbiano ispirato la maggioranza, ma anche alla positiva indicazione della sussistenza dell'interesse sociale (serio e concreto) che sottende all'esclusione [del diritto opzione], rispetto al quale è ricercata l'adesione della minoranza". Con riferimento al rapporto tra motivazione e controllo della decisione, v., in particolare, *ivi*, 247 ss.

La peculiare disciplina della S.r.l.

Il tema della motivazione della delibera di aumento del capitale con esclusione del diritto di opzione (art. 2481-bis c.c.), nonché di quella di riduzione reale del capitale sociale (art. 2482 c.c.), è peculiare nell'ambito della disciplina della società a responsabilità limitata, che si caratterizza (rispetto alla disciplina della società azionaria) per la mancanza di alcun riferimento all'obbligo di motivare queste decisioni (24). Di qui, le tesi contrapposte di coloro che giustificano il silenzio del legislatore sulla base delle caratteristiche del "tipo", piuttosto che dell'esistenza di tutele ulteriori (quale il diritto di recesso, ex art. 2481-bis, comma 1, c.c.) sconosciute nella S.p.a. (25), rispetto alla dottrina che, invece, argomenta diffusamente l'infondatezza di tali argomentazioni e conclude per l'estensione analogica alla S.r.l. delle norme in materia di motivazione contenute nella disciplina della società azionaria, ravvisando le medesime ragioni di tutela dei soci e dell'integrità del patrimonio comune (26).

La tesi che nega l'esistenza di una lacuna da colmare in via interpretativa appare invero preferibile (27). Infatti, l'opinione che ritiene di integrare con l'analogia la disciplina delle S.r.l. al fine di dare fondamento all'obbligo di motivazione delle delibere di aumento del capitale con esclusione del diritto di opzione e di riduzione reale dello stesso, sembra sottovalutare le specificità proprie delle regole del capitale nelle società a responsabilità limitata (28), che giustificano l'assenza di un obbligo di motivazione delle menzionate decisioni. Il riferimento è, in particolare, alla mancata sottoposizione delle regole dettate per il capitale sociale della S.r.l. ai vincoli

della seconda direttiva comunitaria di armonizzazione del diritto delle società, che ha permesso al legislatore di prevedere regole peculiari in materia di formazione del capitale sociale (con la possibilità di conferire prestazioni d'opera e servizi (29)), stima dei conferimenti in natura (30) e capitale sociale minimo (che può essere determinato in un importo pari anche ad un euro (31), al punto di emarginarlo al ruolo di "vestigia storica (32)").

In questo senso, l'origine degli obblighi di motivazione previsti per le operazioni sul capitale sociale delle S.p.a. è da ricercare nel diritto comunitario (II° Direttiva) e, in particolare, negli artt. 72, comma 4, e 73, comma 2, Dir. UE n. 2017/1132, che, rispettivamente, prevedono che: (a) "l'organo di amministrazione o di direzione è tenuto a presentare all'assemblea una relazione scritta che precisi i motivi per limitare o sopprimere il diritto di opzione e giustifichi il prezzo di emissione proposto"; (b) "nella convocazione dell'assemblea deve essere indicato almeno lo scopo della riduzione e la relativa modalità di attuazione". Regole, queste, che, come noto, non trovano applicazione per le S.r.l., lasciando libero il campo d'azione del legislatore, con la conseguenza che il mancato richiamo alle regole comunitarie in materia di motivazione delle operazioni sul capitale appare una scelta consapevole piuttosto che una lacuna da colmare.

La ricostruzione della motivazione quale garanzia "speciale" a presidio della legalità delle decisioni in esame (33), giustificata dall'esigenza di tutela dei soci e/o dei creditori, non appare, quindi, persuasiva, almeno con riferimento alle operazioni sul capitale sociale. L'affermazione trova conferma nella circostanza che, da una parte, altre importanti tutele previste

(24) Analoga assenza di un obbligo di motivazione si ravvisa altresì nel confronto tra la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori prevista per i due tipi sociali (artt. 2391, 2475-ter c.c.), su cui cfr. S. Corso, *Il conflitto di interessi degli amministratori di s.r.l. e la collocazione del tipo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 653 ss.; Id., *Gli interessi "per conto terzi" degli amministratori di società per azioni*, Torino, 2015.

(25) A. Bartalena, *Sub art. 2481-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno D'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1664; M.S. Spolidoro, *L'aumento del capitale sociale nelle s.r.l.*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, I, 486; O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, 333; M. Speranzin, *Il diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2012.

(26) In questo senso, A.D. Scano, *La motivazione delle decisioni*, cit., 284 ss., ove ampi riferimenti bibliografici sulla tesi opposte.

(27) G. Giannelli, *L'aumento di capitale*, in *Le società a responsabilità limitata*, cit., II, 1582, che, alla luce di sintetica, ma puntuale, ricostruzione storica della disciplina, afferma che "secondo l'attuale normativa, l'esclusione del diritto di sottoscrizione nella s.r.l. non solo è ammissibile e senza limiti, ma può anche essere immotivata".

(28) In materia, cfr. G. Racugno, *Il capitale sociale nelle s.r.l.*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, Studi in onore di Oreste Cagnasso, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 145 ss.; L. Salamone, *Il capitale e i conferimenti*, in *Le società a responsabilità limitata*, I, a cura di C. Ibba - G. Marasà, Milano, 2020, 327 ss.

(29) V., tra gli altri, M. Onza, *L'apporto d'opera e servizi nelle società di capitali. Strutture e funzioni*, Padova, 2008; F. Nieddu Arrica, *Il conferimento di prestazione d'opera e servizi nella s.r.l.*, Milano, 2009.

(30) Cfr., da ultimo, G. Garesio, *La semplificazione dei conferimenti in natura: un obiettivo raggiunto nella s.r.l.?*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico*, cit., 289 ss.;

(31) Cfr., ex multis, G.B. Portale, *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'"importanza quasi-sacramental" al ruolo di "ferro vecchio"?)*, in *Riv. Società*, 2015, 815 ss.; M.S. Spolidoro, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. Società*, 2013, 1085 ss.

(32) M. Campobasso, *Il futuro delle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, 143.

(33) A.D. Scano, *La motivazione delle decisioni*, cit., 294.

per il modello azionario vengono meno, com'è testimoniato dalla "disciplina del *soprapprezzo*, che perde obbligatorietà, venendo meno ogni collegamento con la disciplina della s.p.a. (34)", e, *dall'altra*, sono previste altre regole peculiari, quali, oltre al diritto di recesso, la necessità di un'apposita clausola statutaria che consenta di offrire ai terzi le quote di nuova emissione (35).

Pertanto, il principio sancito dalla sentenza commentata, per cui le delibere di aumento del capitale non richiedono una specifica motivazione, è ancor più ampio in materia di S.r.l., dove non sono previste eccezioni analoghe a quelle del modello azionario, né le stesse possono individuarsi in via interpretativa.

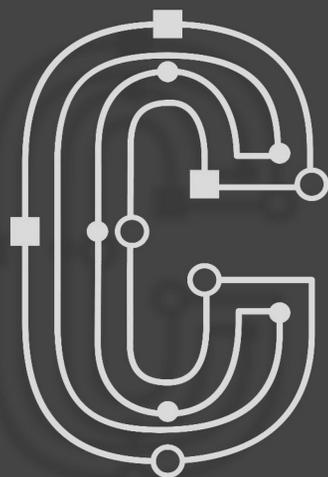
(34) G. Racugno, *Il capitale sociale nelle s.r.l.*, cit., 152, che ritiene la mancanza dell'obbligo di soprapprezzo una "conferma della flessibilità del modello organizzativo della s.r.l.". Conformemente circa la facoltatività del soprapprezzo, Trib. Milano 30 gennaio 2017, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

(35) Cfr., Consiglio notarile di Milano, Massima n. 156 del 17 maggio 2016, per il quale la previsione della clausola statutaria rende così più rigido il regime legale delle S.r.l. rispetto a quello

della S.p.a.; in senso contrario, G. Giannelli, *L'aumento di capitale*, cit., 1585, che attribuisce - condivisibilmente - scarso rilievo alla previsione della clausola statutaria, "dal momento che nulla impedisce che la modificazione dell'atto costitutivo che autorizzi l'esclusione del diritto di sottoscrizione e la modifica statutaria che aumenta il capitale ... siano assunte contestualmente cioè con la stessa delibera".



Carlo, Avvocato d'Affari



LA CERTEZZA DI GESTIRE LA COMPLESSITÀ

Affrontare questioni complesse richiede competenze multidisciplinari e aggiornamento costante.

One LEGALE nasce per questo.

La nuova soluzione digitale di Wolters Kluwer, grazie a fonti complete, aggiornamenti tempestivi, approfondimenti dei migliori esperti e funzioni di ricerca intelligenti, offre risposte puntuali, complete e affidabili.

Perché aggiungere valore alla tua competenza fa grande la differenza.

Scopri di più su [oneLEGALE.it](https://www.wolterskluwer.it/onelegale)

One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

Amministrazione

Tribunale di Milano, Sez. Impr., 27 novembre 2020 - Pres. E. Riva Crugnola - Rel. G. Vannicelli - 3R Energia S.r.l. socia della Fen Energia S.p.a. c. E.R. G., M.S. e N.A.

Società - Società di capitali - Amministratori - Responsabilità - Denuncia al tribunale

(Cod. civ. art. 2049)

Se nel procedimento aperto per effetto del ricorso ex art. 2409 c.c. gli amministratori, in esecuzione di un decreto interlocutorio del Tribunale, hanno provveduto ad eliminare le irregolarità denunciate dal ricorso, non occorre disporre l'ispezione dell'attività della società, compensando le spese processuali sostenute dal ricorrente e dalla società.

Il Tribunale (omissis).

viste le note scritte tempestivamente depositate da tutte le difese (eccezione fatta per gli intervenuti M. G., I. G., GEMMA s.r.l. e FEN s.r.l., che avevano peraltro assunto conclusioni adesive a quelle dei resistenti) a seguito del provvedimento di data 20/10/2020 disponente la sostituzione dell'udienza collegiale del 27/11/2020 con trattazione scritta;

A. richiamate, per quanto riguarda le posizioni assunte dalle parti e lo svolgimento del procedimento sino a quella data, il motivato decreto emesso da questo Tribunale in data 16/7/2020, e in particolare le sue pagine da 2 a 6 inclusa;

B. rilevato che con tale provvedimento il Tribunale, - facendo proprie (e riportandole espressamente) le osservazioni rese dal Collegio sindacale sin dall'assemblea di FEN ENERGIA S.p.A. del 16/5/2019 (cfr. pag. 6 e seg.)

- e ritenuto corretto, "pur nella verosimile vantaggiosità complessiva per la società delle decisioni poi adottate dal consiglio di amministrazione (...) il 26/4/2018 (1) (e il successivo 6/06/2020 (2)) (...) il rilievo formulato dal curatore speciale di FEN ENERGIA nel senso che la decisione del ricorso presentato da 3R ENERGIA s.r.l. - anch'essa, peraltro, indiscutibilmente portatrice nella vicenda di un proprio interesse divergente da quello della società di cui pure è socia - non [potesse] prescindere dalla constatata 'mancanza (...) di una struttura/procedura interna idonea a consentire una gestione di Fen Energia conforme all'art. 2391 c.c. nei casi in cui gli

amministratori siano portatori di interessi rispetto ad un'operazione sociale' (3) (...) soprattutto, in considerazione della struttura eminentemente familiare del gruppo di cui FEN ENERGIA S.p.A. fa parte" (cfr. pag. 7 *ibidem*) ha deliberato, in forza dal combinato disposto degli artt. 2086 co. 2°, 2380-bis co. 1° e 2381 co. 3° e 5° c.c., di assegnare ex art. 2409 co. 4° cod. civ. "agli amministratori convenuti un congruo termine nel quale essi possano adottare un regolamento dell'attività consiliare volto a conformare ex ante e in via generale l'attività del consiglio di amministrazione alle regole dettate dall'art. 2391 c.c.";

C. rilevato altresì che, successivamente a detto decreto, - in ossequio alle statuizioni in esso contenute, il consiglio di amministrazione della FEN ENERGIA S.p.A. ha approvato, nella sua riunione del 28/9/2020 (4), articolato "regolamento dell'attività del consiglio di amministrazione per la gestione dei conflitti di interessi ex art. 2391 del Codice Civile"

- sempre in ossequio alle medesime statuizioni il collegio sindacale ha espresso in data 8/10/2020 (e depositato telematicamente il 21/10/2020) il proprio motivato parere favorevole in merito all'adeguatezza del regolamento agli scopi prefissisi

- la socia ricorrente ha ciò nonostante concluso, ritenendo le irregolarità denunciate ancora attuali (5) e insufficiente il regolamento (6), perché fosse ordinata l'ispezione ex art. 2409 co. 2° c.c. "dell'amministrazione societaria" di FEN ENERGIA, revocando all'esito tutti e tre gli amministratori in carica e nominandone uno giudizialmente;

(1) Cfr. docc. 20 e 21 res.

(2) Cfr. docc. 28 e 28 cur. spec.

(3) Così il curatore speciale Fen Energia S.p.a. a pag. 36 della sua memoria costitutiva.

(4) Cui ha presenziato il Collegio sindacale (cfr. doc. 31 res.).

(5) Perché:

- le delibere del 26 aprile 2018 (docc. 23 - 24 c.s.) e del 18 febbraio 2020 (doc. 29 res.) non sono mai state impugnate da chi aveva il potere e il dovere di farlo;

- i contratti e gli accordi conseguitive (dalla costituzione di T-Lux con Maeci all'85% ai contratti di appalto conclusi da T-Lux con Fen Energia S.p.a. (il 28 dicembre 2018 e il 27 maggio 2019, cfr. docc. 17 e 20 c.s.) sono tuttora in corso di esecuzione e nessuna

iniziativa relativa alla loro validità è stata posta in essere né dagli amministratori né dal Collegio sindacale;

- e la garanzia dovuta in forza della *lex contractus* di gara da Fen Energia per l'eventuale restituzione degli anticipi di prezzo percepiti nel corso dell'appalto aggiudicato a Fen Energia e quindi stipulato con T-LUX in forza delle determinazioni dirigenziali della Provincia di Brescia n. 141 del 9 febbraio 2018 e n. 993 del 30 luglio 2018, rimane intatta.

(6) Perché non approvato in sede assembleare e perché le decisioni rese in sua difformità sono impugnabili - ex art. 2391, comma 3, c.c. - solo dai membri del consiglio stesso o dal collegio sindacale.

- i resistenti hanno invece concluso per sentir accertare che le irregolarità denunciate non erano “più attuali, stante lo spontaneo adempimento dell’organo amministrativo alle disposizioni di legge” e per l’effetto “dichiarare inammissibile e/o improcedibile il ricorso per cessata materia del contendere, oppure, per difetto di un concreto ed attuale interesse ad agire”;

- mentre il curatore speciale di Fen Energia, ritenuto “il venir meno dei presupposti per procedersi all’ispezione” (alla cui richiesta s’era originariamente associato), ha chiesto “dichiararsi la conclusione del procedimento”.

D. ritenuto che gli amministratori convenuti si sono correttamente attenuti ai provvedimenti provvisori emanati a loro carico dal Tribunale col citato decreto del 16/7/2020;

D).1 che infatti il Regolamento adottato il 28/9/2020 dal consiglio di amministrazione (organo certamente titolare, per le ragioni già esposte nel decreto del 16/7/2020, del potere di adottare assetti amministrativi adeguati all’organizzazione della gestione delle potenziali situazioni di conflitto di interessi insiste nelle operazioni con le parti correlate) pare idoneo a rimuovere in futurum irregolarità del tipo di quelle denunciate dalla ricorrente, avendo così formalizzato la disciplina di una procedura interna necessaria e sufficiente - ove, ovviamente, rispettata sotto il controllo del Collegio sindacale - a consentire una gestione conforme all’art. 2391 c.c. nei casi in cui gli amministratori siano portatori di interessi propri rispetto ad un’operazione sociale;

D).2 che pertanto, tenuto anche conto

a) delle precise giustificazioni offerte - sia pur a posteriori - dai resistenti nel merito delle operazioni oggetto di denuncia (e in particolare, delle ragioni che rendevano opportuna una composizione della società veicolo esecutrice dell’appalto aggiudicato a FEN ENERGIA dalla provincia di Brescia nel 2018 assegnandone l’85% a MIECI S.p.A. (7)), alle quali la ricorrente non ha mai specificamente replicato

b) della consolidazione degli effetti, positivi per FEN ENERGIA in forza dei subappalti stipulati con T-Lux s.r.l., di quell’operazione, ormai pressoché interamente conclusa (8),

c) e della circostanza che la titolarità del potere di impugnare decisioni gestorie assunte in contrasto con le regole di prevenzione e sterilizzazione dei conflitti

di interesse dettate dall’art. 2391 c.c. (ed ora recepite nel Regolamento citato) spetta per legge ai membri del c.d.a. e del Collegio sindacale (art. 2391 co. 3° c.c.), senza che ciò ne impedisca l’impugnazione da parte anche dei soci qualora violino direttamente un loro diritto (secondo la regola generale di cui all’art. 2388 co. 4° ultima parte c.c.),

deve ritenersi che le irregolarità denunciate abbiano perso ogni carattere di attualità e non abbiano procurato a FEN ENERGIA alcun concreto pregiudizio né possano produrlo in futuro, sicché non sussistono più i presupposti per adottare a carico della società e dei suoi amministratori i provvedimenti richiesti da 3R ENERGIA s.r.l.; E. ritenuto tuttavia quanto al governo delle spese del procedimento - di cui tutte le parti hanno chiesto la refusione - non potersi negare che furono difformi dall’iter normativo disegnato dall’art. 2391 cod. civ. sia - in actu - i deliberati consiliari del 26/4/2018 e del 5/6/2020, sia - potenzialmente - le decisioni relative agli appalti e agli accordi di associazione del 28/12/2019 e 27/5/2019, onde la denuncia ex art. 2409 c.c. di 3R ENERGIA s.r.l. era, per tale parte, giustificata e fondata; che pertanto, compensate le spese nel rapporto processuale fra gli intervenuti (che non hanno assunto, e nei confronti dei quali non sono state prese, conclusioni) e tutte le altre parti, E. R. G., N. A. e M. S. vanno solidalmente condannati a rifondere:

- a 3R ENERGIA s.r.l., l’importo di euro 3.933,00 (di cui euro 233,00 per anticipazioni non imponibili)

- e alla stessa FEN ENERGIA S.p.A. (e per essa, ai sensi dell’art. 93 c.p.c., direttamente al difensore in proprio avv. Marco BELLORA dichiaratosi antistatario) l’importo di euro 5.700,00 oltre per tutti al rimborso forfettario delle spese generali in ragione del 15% nonché al rimborso del contributo previdenziale di categoria (C.p.a.) e alla rivalsa dell’I.v.a. alle rispettive aliquote di legge,

p.t.m.

letti gli artt. 2409 cod. civ. e 91 e 92 c.p.c.,

1) dichiara esser venuti meno i presupposti per l’adozione nei confronti dei resistenti e della litisconsorte FEN ENERGIA S.p.A. dei provvedimenti di cui all’art. 2409 c.c.;

(omissis).

(7) Oggetto dell’ampia relazione resa dal Presidente Elio Gheza nel corso della riunione consiliare del 18 febbraio 2020 (doc. 29 res.).

(8) Cfr. doc. 29 res., cit., e in particolare la sua pag. 3.

Particolare decisione contenuta in un provvedimento ex art. 2409 c.c. di Vincenzo Salafia

La decisione del Tribunale di Milano è importante perché adegua, nei procedimenti aperti con la denuncia prevista dall'art. 2409 c.c., il potere dell'Autorità giudiziaria alle necessità reali delle imprese societarie, nel senso che non sempre l'ispezione chiesta dai soci ricorrenti sia adeguata alla situazione particolare in cui versa l'impresa societaria.

The decision of the Court of Milan is important because it adjusts, in the proceedings opened with the complaint provided for by art. 2409 of the Civil Code, the power of the judicial authority to the real needs of corporate companies, in the sense that the inspection requested by the plaintiff shareholders is not always adequate to the particular situation in which the corporate enterprise finds itself.

Il contenuto del provvedimento

Nel procedimento introdotto, a norma dell'art. 2409 c.c., dalla S.r.l. 3 R Energia, quale socia della Fen Energia S.p.a., nei confronti degli amministratori di quest'ultima, il Tribunale di Milano ha deliberato di assegnare, ex art. 2409, comma 4, c.c.:

- 1) agli amministratori convenuti un congruo termine entro il quale essi possano adottare un regolamento dell'attività consiliare, volto a sottoporre *ex ante* e in via generale l'attività del consiglio di amministrazione alle regole dettate dall'art. 2391 c.c.;
- 2) di valutare il regolamento dell'attività del consiglio di amministrazione per la gestione dei conflitti di interesse ex art. 2391 c.c. e considerare che il collegio sindacale aveva espresso il proprio motivato parere favorevole al predetto regolamento, come approvato dal c.d.a.;
- 3) di considerare che la socia ricorrente ha concluso, nonostante l'adempimento del c.d.a., che le irregolarità denunciate fossero ancora attuali e congrua quindi ancora l'ispezione dell'amministrazione societaria;
- 4) di considerare che i soggetti resistenti al ricorso hanno invece concluso che le irregolarità non erano più attuali, stante lo spontaneo adempimento dell'organo amministrativo degli obblighi imposti dalle disposizioni di legge;
- 5) di considerare che le irregolarità denunciate abbiano perso ogni carattere di attualità e non abbiano procurato a Fen Energia alcun pregiudizio né possano produrlo in futuro;
- 6) che comunque le spese del procedimento, delle quali tutte le parti hanno chiesto la refusione, devono essere compensate.

La singolarità del provvedimento assunto dal Tribunale consiste nell'aver deciso di concedere agli amministratori il potere di adottare un regolamento dell'attività consiliare in osservanza delle regole

dettate dall'art. 2391 c.c. Questa concessione è stata considerata legittima in quanto comprensibile nell'ambito dei poteri che il terzo comma attribuisce al Tribunale, dinanzi al quale il procedimento regolato dall'art. 2409 c.c. era stato introdotto.

Valutazione questa che trova il proprio fondamento nella facoltà che il terzo comma dell'art. 2409 c.c. conferisce al Tribunale di sospendere l'ispezione chiesta dalla socia ricorrente, in attesa che l'assemblea della società sostituisca gli amministratori ed i sindaci con soggetti di adeguata professionalità.

Il Tribunale ha reputato che l'attribuzione al consiglio di amministrazione del potere di produrre un regolamento, idoneo a disciplinare la sua attività, fosse una concessione del tutto compatibile con la norma che addirittura consente la immediata sostituzione degli amministratori e dei sindaci in carica. Il Tribunale ha correttamente reputato che la sua decisione costituiva la cornice della successiva attività di sostituzione degli amministratori e dei sindaci. In altri termini, a me sembra che il Tribunale di Milano abbia adeguato il proprio intervento alla propria convinzione che la prevista regola della sostituzione degli amministratori e dei sindaci in carica richiedesse un preventivo adeguamento dei loro poteri.

Valutazione della sua correttezza

La conclusione sopra esposta a me sembra la legittima conseguenza delle regole generali riguardanti l'esercizio dei poteri propri degli amministratori.

L'art. 2086 c.c., con riferimento alla gestione dell'impresa in generale, dispone che l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, è tenuto ad istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita

della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento.

In particolare, nell'ordinamento della società per azioni gli artt. 2384, 2386 e 2387 c.c. dispongono che la cessazione degli amministratori per qualsiasi causa comporta la loro sostituzione con deliberazione degli altri, approvata dal collegio sindacale.

L'ordinamento, quindi, contiene un complesso di regole idonee ad assicurare ad ogni società commerciale, sia di persone che di capitale, la presenza di organi amministrativi idonei. Non si riscontrano precedenti giudiziari sul tema dell'affidamento, all'organo amministrativo della società, della redazione di un regolamento idoneo al superamento dei possibili conflitti di interesse dei soci con la società.

Amministratori

Tribunale di Roma, Sez. Impr., 10 settembre 2020 - Pres. G. Di Salvo - Est. G. Romano - Natuna s.p.a., Simalt s.r.l. ed altri c. Fallimento della G.S. Servizi s.c.a r.l. e Astrologo Costruzioni s.r.l.

Società a responsabilità limitata - Amministratori - Rappresentanza - Titolarità - Fonte - Legge

(Cod. civ. artt. 2475-bis, 2475-ter)

Nelle società a responsabilità limitata il potere di rappresentanza non deriva da un'investitura statutaria ma trova la propria fonte nella legge e costituisce perciò una qualifica legale intrinseca di ogni amministratore, il quale di conseguenza ha il potere di vincolare da solo la società indipendentemente dal regime amministrativo prescelto.

Società a responsabilità limitata - Amministratori - Rappresentanza - Titolarità - Limitazioni - Opponibilità - Exceptio doli

(Cod. civ. artt. 2475-bis, 2475-ter)

La dissociazione dei poteri che si genera con l'attribuzione della rappresentanza solo ad alcuni amministratori costituisce una scelta organizzativa interna frutto del potere dispositivo dei soci, e dunque una limitazione che deriva dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, soggetta al regime previsto dall'art. 2475-bis, comma 2, c.c.

Il Tribunale (*omissis*).

1. La domanda deve essere rigettata per difetto di legittimazione attiva di tutti gli attori. In primo luogo, appare del tutto evidente come la legittimazione dei Sig.ri L. ... e D. ... quali consiglieri di amministrazione della G.S. Servizi s.c.a r.l. non sopravviva al fallimento della società da ultimo menzionata. Peraltro, ai sensi dell'art. 2388 c.c., le deliberazioni del consiglio di amministrazione che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione. Tuttavia, il singolo componente del consiglio (legittimato ad impugnare le decisioni dell'organo consiliare di cui fa parte) non è legittimato, in via autonoma, a far valere i vizi o l'inefficacia che possano afferire ad un contratto stipulato dalla società di cui è amministratore ed un terzo.

Quanto alla posizione delle società attrici, la Natuna s.p.a. e la Simalt s.r.l. deducono che il contratto stipulato dalla G.S. Servizi s.c.a r.l. con l'altra convenuta sarebbe inefficace in quanto sottoscritto dal solo Presidente del consiglio di amministrazione della G.S. Servizi s.c.a r.l. e ciò in contrasto con l'art. 6 dell'atto costitutivo a mente del quale la rappresentanza della società spetta "al Presidente, che dovrà agire congiuntamente ad almeno uno dei vicepresidenti".

In questa prospettiva, parte attrice richiama un orientamento della giurisprudenza di legittimità fatto proprio da un noto intervento delle sezioni unite (Cass., sez. un., 3 giugno 2015, n. 11377). In tale arresto si legge che, ai sensi dell'art. 1388 c.c., il contratto concluso dal rappresentante in nome del rappresentato produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato solo se concluso nei limiti delle facoltà conferite al rappresentante. La legge condiziona dunque la verifica dell'effetto negoziale diretto nei confronti del rappresentato alla sussistenza della

legittimazione rappresentativa in capo al rappresentante. Il contratto, già perfezionato nei suoi elementi essenziali, è pertinente al rappresentato soltanto se questi ha autorizzato che lo si stipulasse in suo nome. Invece, il negozio concluso da chi agisce come rappresentante senza essere tale oppure da chi, pur essendo titolare del potere rappresentativo, ne abbia ecceduto i limiti, non impegna la sfera giuridica del preteso rappresentato, cioè della persona il cui nome è stato illegittimamente speso, e ciò perché chi ha agito non aveva il potere di farlo. Si tratta di un contratto - non nullo e neppure annullabile - ma inefficace in assenza di ratifica (Cass., 15 dicembre 1984, n. 6584; Cass., 14 maggio 1997, n. 4258; Cass., 11 ottobre 1999, n. 11396; Cass., 7 febbraio 2008, n. 2860): il negozio stipulato, in rappresentanza di altri, da chi non aveva il relativo potere, è privo di ogni efficacia come tale, potendo acquistarla soltanto in seguito all'eventuale ratifica da parte dell'interessato (Cass., 26 novembre 2001, n. 14944). Il terzo contraente, pertanto, non ha titolo per esercitare nei confronti dello pseudo rappresentato l'azione di inadempimento (Cass., 29 agosto 1995, n. 9061) né quella per l'esecuzione del contratto (Cass., 23 marzo 1998, n. 3076). Si afferma, altresì, che l'inefficacia (temporanea) discende dal fatto che il contratto concluso dal *falsus procurator* costituisce una fattispecie soggettivamente complessa o a formazione progressiva, un negozio *in itinere* o in stato di pendenza, destinato a perfezionarsi con la ratifica del *dominus* (Cass., 8 luglio 1983, n. 4601; Cass., 17 giugno 2010, n. 14618). Ove la spendita del nome non trovi giustificazione nel potere di rappresentanza (si legge in Cass., 9 dicembre 1976, n. 4581) "il negozio non si può ritenere concluso né dal sostituto né dal sostituito ed è perciò improduttivo degli effetti suoi propri, configurando (...) una fattispecie negoziale *in itinere*, al cui perfezionamento è necessario, ai sensi dell'art. 1399 c.c., l'ulteriore elemento della ratifica, solo in conseguenza della quale il regolamento diventa retroattivamente impegnativo

anche per il *dominus*”; “il contratto - *medio tempore*, cioè tra il momento della conclusione e quello della ratifica - è in stato di quiescenza” (Cass., 24 giugno 1969, n. 2267).

Tuttavia, ritiene il Tribunale che i principi ora riportati - che, peraltro, affrontano il problema dell'inefficacia del contratto in relazione alla posizione del rappresentato e non già in relazione alla posizione di terzi soggetti - e fondati sulla interpretazione degli artt. 1388 e 1389 c.c., non siano automaticamente trasponibili in tema di rappresentanza delle società di capitali (sul punto, già, Trib. Roma, 3 agosto 2018).

E, inverò, la disciplina dettata in tema di rappresentanza volontaria è espressamente derogata dall'art. 2475 *bis* c.c., la cui *ratio* è quella di sancire il principio della rappresentanza generale degli amministratori, scindendo lo stesso potere di rappresentanza da quello gestorio, al fine di garantire la tutela dei terzi e la certezza dei traffici giuridici. Secondo la disposizione codicistica da ultimo menzionata, infatti, gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società. Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

Ciò posto, la disciplina dettata per la società a responsabilità limitata si distacca da quella delle società per azioni per ciò che attiene alla “fonte” del potere rappresentativo. Mentre, infatti, nella società azionaria, il potere di rappresentanza spetta soltanto agli amministratori ai quali detto potere sia stato specificatamente conferito in forza di investitura da parte dello statuto ovvero della deliberazione di nomina, nella società a responsabilità limitata il potere di rappresentanza è attribuito a tutti gli amministratori, senza distinzioni. Conseguentemente, nella società a responsabilità limitata, il potere di rappresentanza trova la propria fonte nella legge e sembra connotarsi come una qualità legale intrinseca dell'ufficio di amministratore.

In via generale, quindi, il potere di rappresentanza non deriva da un'investitura *ad hoc*, ma costituisce una qualifica legale intrinseca di ogni amministratore, il quale, di conseguenza, ha il potere di vincolare da solo la società indipendentemente dal regime di amministrazione prescelto. Costituisce, peraltro, oggetto di dibattito se l'atto costitutivo possa attribuire solo ad alcuni amministratori il potere di rappresentanza e, quindi, se sia possibile una dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo. A favore dell'orientamento favorevole, cui questo Collegio aderisce, si rileva che tra le indicazioni che l'atto costitutivo deve necessariamente contenere rientrano quelle concernenti la rappresentanza della società (art. 2463 comma 2, n. 7 c.c.) e che l'art. 2383 comma 4 (richiamato dall'art. 2475 comma 2 c.c.) prevede che “entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando (...) a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente”. D'altra parte, il successivo art. 2475-*ter* c.c. discorre di “amministratori che hanno

la rappresentanza della società” e lascia, quindi, desumere che possono esservi amministratori che non hanno detto potere in conseguenza di limitazioni poste dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina.

In definitiva, l'applicazione delle richiamate norme consente di affermare che, anche nelle società a responsabilità limitata, sia possibile attribuire il potere di rappresentanza soltanto ad alcuni amministratori ovvero ricollegarla alla titolarità di alcune cariche, quale, ad es., la carica di amministratore delegato o di presidente del consiglio di amministrazione: la regola posta dall'art. 2475-*bis*, primo comma, c.c. costituisce una norma di *default* destinata ad assumere rilevanza nel silenzio dello statuto o dell'atto di nomina.

Più problematica la questione se, alla luce del secondo comma della norma, tali limitazioni possano avere rilevanza esterna ed essere opponibili ai terzi. Secondo l'orientamento che appare preferibile, l'esclusione in capo a taluni amministratori della rappresentanza della società costituisce pur sempre una limitazione del potere rappresentativo (considerato nel suo complesso) ed è, quindi, sottoposto alla disciplina del secondo comma dell'art. 2475-*bis* c.c. con conseguente irrilevanza nei confronti dei terzi che non abbiano agito intenzionalmente a danno della società. In questa prospettiva, si afferma che, se il potere rappresentativo discende direttamente dalla legge, la dissociazione dei poteri che si genera con l'attribuzione della rappresentanza solo ad alcuni amministratori costituisce una scelta organizzativa interna, frutto del potere dispositivo dei soci e, dunque, una limitazione che deriva dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, soggetta al regime previsto dall'art. 2475-*bis*, secondo comma c.c.

In applicazione del secondo comma del richiamato art. 2475-*bis* c.c., le limitazioni statutarie - a differenza delle limitazioni legali - dei poteri rappresentativi degli amministratori (nel caso di specie, dei singoli amministratori) non si riverberano in maniera automatica sul contratto sottoscritto dagli amministratori con i terzi, non essendo, se non nel concorso degli altri presupposti indicati dall'art. 2475-*bis* c.c., ad essi opponibili. Ma se al terzo non è (automaticamente) opponibile la limitazione del potere rappresentativo, ciò vuol dire che il contratto stipulato tra la società (in persona di un amministratore in violazione delle limitazioni, soggettive o oggettive, previste nell'atto costitutivo o nello statuto) ed un terzo è in grado di vincolare la società medesima. In altre parole, il rilievo dei limiti al potere rappresentativo si esaurisce sul piano dei rapporti interni alla società giustificando la revoca dell'amministratore dall'incarico gestorio ovvero la proposizione di un'azione di responsabilità nei suoi confronti ovvero ancora, qualora nella società sia presente il collegio sindacale, la denuncia *ex art.* 2408 c.c. Al contrario, la violazione dei limiti in argomento non si traduce in una ragione di invalidità o di inefficacia del negozio stipulato dall'amministratore.

Discende dalle precedenti considerazioni che se il contratto stipulato pur in violazione delle limitazioni statutarie del potere rappresentativo degli amministratori è vincolante per la società, il socio della società non è

legittimato ad impugnare e ad opporre ai terzi eventuali vizi o l'inefficacia di quel contratto. In altre parole, spetta esclusivamente alla società valutare la ricorrenza dei presupposti indicati nel secondo comma dell'art. 2475-bis c.c. (in particolare, l'intenzionalità dell'agire in danno del terzo contraente) e, dunque, agire per "opporre" le limitazioni del potere rappresentativo al terzo e, in definitiva, per svincolarsi dal rapporto contrattuale così sorto.

D'altra parte, la giurisprudenza ha, in più occasioni, evidenziato che il contratto stipulato dall'amministratore di una società eccedendo dai poteri di rappresentanza fissati dall'atto costitutivo e dallo statuto non è affetto da nullità, atteso che tanto l'art. 2384, secondo comma, c.c. quanto l'art. 2475-bis, secondo comma, c.c. prevedono l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni suddette, salvo che si provi che costoro abbiano agito intenzionalmente a danno della società, così escludendo implicitamente che la violazione della disposizione possa essere invocata dal terzo contraente (Cass., 2 dicembre 2004, n. 22669). E la medesima giurisprudenza, escludendo la legittimazione del terzo a far valere le limitazioni al potere di rappresentanza dell'amministratore che derivino da atti interni della società, ha, altresì, escluso che dette limitazioni incidano sulla efficacia o sulla validità dell'atto compiuto dal legale rappresentante in eventuale violazione delle stesse, potendo dar luogo, come detto, soltanto ad azione di responsabilità della società nei confronti dell'amministratore legale rappresentante (Cass., 4 maggio 2001, n. 6291).

Va da sé che se il terzo contraente non è legittimato a far valere le limitazioni convenzionali del potere rappresentativo, giocoforza non può esserlo il socio, in quanto completamente estraneo al rapporto contrattuale.

In definitiva, dai principi ora richiamati, si ricava, da un lato, che la violazione dei limiti convenzionali al potere rappresentativo degli amministratori non dà luogo ad un vizio di invalidità o all'inefficacia del contratto e, dall'altro, che soltanto la società è legittimata, nel concorso degli elementi indicati dal secondo comma dell'art. 2475-bis c.c., ad opporre ai terzi quelle limitazioni.

2. D'altra parte, secondo costante orientamento giurisprudenziale, nelle società di capitali, che sono titolari di distinta personalità giuridica e di un proprio patrimonio, l'interesse del socio al potenziamento ed alla conservazione della consistenza economica dell'ente è tutelabile esclusivamente con strumenti interni, rappresentati dalla partecipazione alla vita sociale e dalla possibilità di insorgere contro le deliberazioni o di far valere la responsabilità degli organi sociali, mentre non implica la legittimazione a denunciare in giudizio atti esterni ed in particolare ad impugnare i negozi giuridici stipulati dalla società, la cui validità, anche nelle ipotesi di nullità per illiceità dell'oggetto, della causa o dei motivi, resta contestabile solo dalla società stessa, senza che in contrario il socio possa invocare la norma dell'art. 1421 c.c. (Cass., 15 novembre 1999, n. 12615). Tale orientamento è stato, peraltro, ribadito e sviluppato (cfr., Cass., 25 febbraio 2009, n. 4579 secondo

la quale nelle società di capitali, dotate di distinta personalità giuridica e titolari di un proprio autonomo patrimonio, l'interesse del socio al potenziamento ed alla conservazione della consistenza economica dell'ente è tutelabile esclusivamente con strumenti interni, ivi compresa la possibilità di insorgere contro le deliberazioni invalide, e non implica la legittimazione a denunciare in giudizio atti esterni, ed in particolare ad impugnare i negozi giuridici stipulati dalla società, la cui validità, anche qualora ne venga sostenuta la radicale nullità, resta contestabile solo dalla società stessa).

Tali principi - pronunziati con specifico riferimento ai vizi di annullabilità e di nullità che possono afferire ad un determinato contratto stipulato da un amministratore - hanno portata, ad avviso di questo Tribunale, generale e, dunque, devono valere anche per l'ipotesi, prospettata (erroneamente, per quel che si è in precedenza chiarito) dagli odierni attori, di inefficacia del contratto. Appare, infatti, del tutto evidente la sostanziale identità delle varie ipotesi considerate: in tutte, l'interesse del socio al potenziamento (o al mancato depauperamento) del patrimonio della società viene tutelato esclusivamente mediante i rimedi endo-societari, di tipo partecipativo o di tipo reattivo, ma non conferisce al socio la legittimazione ad impedire che un determinato contratto stipulato dalla società medesima possa non essere vincolante per la società e, quindi, a far valere l'inefficacia o un vizio di detto contratto.

Né potrebbe ipotizzarsi, al fine di affermare la legittimazione attiva delle società-socie della G.S. Servizi s.c.a r.l., che le attrici abbiano agito al fine di invocare l'inefficacia del contratto stipulato non nella qualità di socio unico della predetta G.S. Servizi s.c.a r.l., bensì in via autonoma. Infatti, sulla base delle stesse deduzioni di parte attrice, nel caso di specie non appare legittimo dissociare lo *status* di socio dall'interesse all'accertamento della nullità ovvero dell'inefficacia. Invero, non si vede quale interesse potrebbe avere la parte a far rilevare la inefficacia del contratto derivato "dall'esterno", prescindendo dalla qualità di socio nella G.S. Servizi s.c.a r.l.

Infatti, il pregiudizio subito dal socio della parte contraente il negozio giuridico costituisce (non già una lesione attuale di un proprio diritto), ma un mero riflesso dei danni eventualmente recati al patrimonio sociale: il socio, anche unico, della società ha solo un interesse "mediato" alla rimozione di un negozio posto in essere dalla società, interesse "mediato", dunque, che non importa una legittimazione a far valere la inefficacia di un contratto.

3. (*omissis*)

4. Segue dalle precedenti considerazioni il rigetto di tutte le domande proposte dalla Natuna s.p.a. e Simalt s.r.l. e dai rispettivi legali rappresentanti, L. ... e D. ... quali consiglieri di amministrazione della G.S. Servizi s.c.a r.l. Restano assorbite le ulteriori eccezioni e domande delle parti.

(*omissis*).

Poteri di rappresentanza degli amministratori di società a responsabilità limitata e inopponibilità delle limitazioni relative alla titolarità

di Elisabetta Pederzini (*)

Una sentenza del Tribunale di Roma che aderisce alla tesi della fonte legale dell'investitura rappresentativa degli amministratori di società a responsabilità limitata rappresenta l'occasione per ripercorrere il tema dell'opponibilità ai terzi del difetto di titolarità dei poteri di rappresentanza e della clausola statutaria di rappresentanza congiuntiva.

The essay concerns the issue of the power of representation of the directors of limited liability companies, which source is recognized directly in the law. So, as assumed by a recent judgement, the lack of the power of representation cannot be invoked against third parties unless it is proved that they intentionally acted to the detriment of the company. The same principle applies when the articles of association force the directors to sign jointly to bind the company: the one and the other provision are considered as an internal limitation of that power.

Il caso

Un Raggruppamento Temporaneo di Imprese risultava aggiudicatario definitivo di una gara d'appalto relativa a lavori di manutenzione bandita da Grandi Stazioni S.p.a.: in vista dell'esecuzione, le società componenti decidevano di costituire, a norma dell'art. 93, d.P.R. n. 207/2010, un'apposita società consortile a responsabilità limitata denominata G.S. Servizi s.c. a r.l. Di essa risultavano quindi socie, rispettivamente, la mandataria Guerrato S.p.a. e le mandanti Natuna S.p.a., con una quota del 16% del capitale, e Simalt S.r.l., con una quota del 27% del capitale. Nel corso della successiva messa in opera, venivano stipulati numerosi contratti di subappalto e fornitura, sottoscritti in nome e per conto della società consortile dalla persona del presidente del consiglio di amministrazione. A mente dell'art. 6 dell'atto costitutivo della G.S., e degli artt. 6 e 13 del relativo statuto, la società era amministrata da un consiglio di amministrazione composto di cinque membri mentre la rappresentanza legale "di fronte ai terzi e in giudizio" era attribuita al suo presidente, il quale avrebbe dovuto tuttavia "agire congiuntamente ad almeno uno dei vicepresidenti" in occasione della stipula di "... ogni contratto, sia esso di fornitura, di assistenza, di consulenza tecnica, progettazione ... inerente lo svolgimento dell'attività sociale; con precisazione che nelle fattispecie da ultimo citate (firma congiunta del presidente e di uno dei vicepresidenti) in caso di disaccordo tra il

presidente e i vicepresidenti la questione sarà rimessa alla decisione del consiglio di amministrazione".

La controversia oggetto della sentenza che si annota riguarda dunque il tema dell'opponibilità della limitazione convenzionale, come risultante dalle richiamate clausole statutarie della società contraente, alla controparte contrattuale, onde ottenere la declaratoria d'inefficacia dei contratti e conseguentemente sciogliersi dai rapporti obbligatori e da ogni vincolo giuridico che da quelli prenda origine.

Nel caso particolare, la controversia viene instaurata nei confronti tanto della società consortile (G.S. Servizi) quanto della società controparte (Astrologo Costruzioni S.r.l.) dalle due società socie della prima (Natuna S.p.a. e Simalt S.r.l.) e dai legali rappresentanti di queste ultime, che compaiono anche personalmente nella loro veste di consiglieri di amministrazione della società consortile convenuta. La richiesta degli attori (le società e le persone fisiche che le rappresentano) al Tribunale di Roma è volta quindi a far dichiarare giuridicamente inefficace il contratto concluso tra G.S. Servizi e Astrologo Costruzioni S.r.l., asseritamente in violazione delle regole rappresentative della società consortile, e conseguentemente dichiarare il contratto medesimo giuridicamente inopponibile alle due società socie della consortile.

Dopo una interruzione dovuta all'apertura della procedura fallimentare nei confronti della G.S. Servizi S.c. a r.l., il processo viene riassunto dalla parte

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

attrice, nella contumacia del fallimento. Il Tribunale adito rigetta tutte le domande formulate dagli attori.

La decisione: la mancanza di legittimazione ad agire

Il Tribunale di Roma disconosce anzitutto la legittimazione ad agire della parte attrice.

Quanto alle persone fisiche, oltre all'osservazione secondo cui la dichiarazione di fallimento della società travolge la legittimazione eventualmente riconoscibile in capo agli organi della stessa, decisivo risulta il rilievo che nega al singolo componente il consiglio di amministrazione una legittimazione individuale ed autonoma a far valere i vizi che affettino un contratto stipulato tra la società amministrata ed un terzo. Quand'anche originati da una deliberazione invalidamente assunta dall'organo nel suo *plenum*, infatti, la tutela apprestata dall'ordinamento alle posizioni dei singoli rimane confinata alla legittimazione all'impugnativa e solo qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 2388 c.c., quindi nei termini e alle condizioni segnate dalla norma, ed in particolare: mancato contributo all'adozione del deliberato per assenza o dissenso, e rispetto del termine decadenziale di novanta giorni, trascorso il quale esso diviene definitivamente inattuabile ed incontestabile (1). Qualora imputabili, invece, esclusivamente all'agire di un amministratore delegato, le prerogative riconosciute dalla legge dovrebbero attenere tutte ad una protezione *a posteriori* e per il futuro del consiglio stesso, e indirettamente della società: revoca e sostituzione del delegato o revoca dell'istituto delegatorio nel suo complesso. Prerogative collegiali l'attivazione delle quali potrebbe farsi risalire ad un singolo amministratore solo postulandone la legittimazione a segnalare al - e sollecitare dal - presidente la convocazione del consiglio per sottoporre al voto la questione.

Al ritenuto difetto di potere individuale dell'amministratore corrisponde dunque una carenza di legittimazione ad agire in giudizio.

Quanto invece alle società, il principio di schietto diritto comune in base al quale l'inefficacia (o, più genericamente, il vizio) che colpisce il contratto stipulato dal falso rappresentante tutela il falso rappresentato ed esclusivamente da questo può essere

fatto valere sembra trovare infatti perfetta e piana corrispondenza nella attribuzione della personalità giuridica e nella reciproca alterità soggettiva tra società e soci che da quella discende: ciò che preclude la riferibilità ai soci *uti singuli* dell'interesse ad agire (2). La titolarità di un distinto patrimonio, vale a dire la perfetta autonomia che separa la situazione patrimoniale della società dalle vicende patrimoniali dei soci, importa infatti che questi ultimi siano destinati a subire indirettamente e solo di riflesso le eventuali conseguenze negative dell'agire falsamente rappresentativo dell'amministratore in nome e per conto della società.

Allorché dal contratto concluso tra l'amministratore privo del potere di rappresentanza e la società derivi un danno, il pregiudizio patito dal socio - da ogni singolo socio - costituisce nient'altro che la ripercussione in termini proporzionali del depauperamento direttamente arrecato al patrimonio sociale. Alla lesione di un interesse proprio, ma che si realizza solo in via mediata e indiretta, non può corrispondere un interesse diretto alla rimozione degli effetti dell'atto che quel pregiudizio abbia causato: donde la pacifica conclusione che riconosce la legittimazione attiva a far valere l'inefficacia (come la nullità o l'annullabilità) del contratto esclusivamente alla società contraente e non già ai suoi soci.

Allo stesso modo non potrebbe il socio chiedere il risarcimento del danno riflesso, vale a dire del danno che configuri la mera ripercussione, parziale e proporzionale, della lesione inferta al patrimonio sociale sul valore della singola quota di partecipazione. Costituisce infatti principio basilare del diritto societario la regola che attribuisce esclusivamente alla società il diritto a domandare ed ottenere il risarcimento del danno, causato dalla illecita condotta degli amministratori, che si produca nel patrimonio sociale e solo indirettamente e di riflesso incida negativamente sul valore della partecipazione del singolo socio.

Come noto, il paradigma generale in materia, espresso dal tenore precettivo di cui all'art. 2395 c.c., si fonda sulla preclusione a che la tutela risarcitoria del danno *riflesso* al valore della partecipazione possa realizzarsi direttamente a favore dell'azionista: scelta di vertice presente nel tessuto originario del codice civile e ribadita anche in occasione della

(1) V. per tutti M. Ventoruzzo, *Art. 2388*, in *Commentario alla riforma delle società - Amministratori*, diretto da Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari, Milano, 2005, 299 ss.; A. Pisani Massamormile, *Invalidità delle delibere consiliari*, ne *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum G.F. Campobasso, 2, Torino, 2006, 513 ss.

(2) "L'inefficacia del contratto tutela il falso rappresentato. Per questo può farsi valere solo da lui: non può rilevarsi d'ufficio; tanto meno può invocarsi dal terzo contraente (che, come visto, è vincolato dal contratto)". Così V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato* a cura di Iudica - Zatti, Milano, 2001, 296. Conforme Cass. Civ. 23 gennaio 1980, n. 570.

Riforma del 2003: beninteso, al di fuori del gruppo, in una società monade, stante il differente modello sotteso all'art. 2497 c.c. che invece riconosce al singolo socio della società "eterodiretta" oltre che al creditore il diritto ad ottenere in proprio la riparazione del pregiudizio alla redditività e a valore della partecipazione (3).

Nell'indicata prospettiva, e a corroborare l'argomentazione e la conclusione sul punto, la pronuncia si richiama ad una sentenza resa dal Supremo Collegio nel 2009 (4). Nel caso oggetto della controversia giudicata in prime cure dallo stesso Tribunale di Roma, una S.r.l. aveva concesso ipoteca sull'unico immobile di proprietà a favore di una banca per garantirne il credito vantato nei confronti di una diversa società: un socio della concedente aveva convenuto in giudizio tanto la società quanto la banca sostenendo che l'atto fosse estraneo all'oggetto sociale e non conforme all'interesse sociale e chiedendo perciò l'annullamento della deliberazione, la cancellazione dell'ipoteca e il risarcimento dei danni. Più precisamente, le domande formulate miravano ad ottenere dal giudice: l'annullamento della deliberazione assembleare in esecuzione della quale l'amministratore aveva concesso ipoteca; la dichiarazione di nullità dell'iscrizione ipotecaria (originariamente formulata come domanda di condanna della banca a far cancellare l'ipoteca); il risarcimento dei danni subiti a causa dell'avvenuta iscrizione ipotecaria su beni in proprietà della società.

Riconosciuta pacificamente la legittimazione a proporre la domanda di annullamento, non essendo controverse la qualifica di socio né l'espressione di un voto contrario all'approvazione della deliberazione, veniva di converso negata la legittimazione attiva individuale a far valere la nullità della garanzia ipotecaria. Il riconoscimento normativo dell'interesse a rendere l'annullamento della delibera assembleare opponibile al terzo che abbia acquistato diritti in base ad atti esecutivi della stessa non equivale infatti ad affermare che il singolo socio possa anche agire direttamente ed individualmente per far annullare o privare comunque di efficacia i negozi intercorsi tra il terzo e la società. "Nelle società di capitali, dotate di distinta personalità giuridica e titolari di un proprio autonomo patrimonio, l'interesse del socio al

potenziamento ed alla conservazione della consistenza economica dell'ente è infatti tutelabile esclusivamente con strumenti interni, ivi compresa la possibilità d'insorgere contro le deliberazioni invalide (oltre che di far valere l'eventuale responsabilità degli organi sociali), ma non implica la legittimazione a denunciare in giudizio atti esterni, ed in particolare ad impugnare i negozi giuridici stipulati dalla società, la cui validità, anche qualora ne venga sostenuta la radicale nullità, resta contestabile solo dalla società stessa" (5).

Grava infatti sugli amministratori, in base al comma settimo dell'art. 2377 c.c., l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti conseguenti all'annullamento, in particolare quelli diretti a rimuovere gli effetti degli atti compiuti in esecuzione del deliberato invalido, se ed in quanto stipulati con terzi di mala fede, ai quali l'annullamento risulti, perciò, opponibile: nel caso di specie, l'eliminazione dell'ipoteca. Ma né può affermarsi che una iniziativa giudiziale di questo tenore competa direttamente al socio né che il socio possa ottenere in proprio il risarcimento dei danni cagionati dall'iscrizione dell'ipoteca, qualora se ne dovesse riconoscere il connotato di estraneità all'oggetto sociale, stante la qualificazione in termini di danno indiretto o riflesso che ne deriverebbe.

In caso di inerzia degli amministratori, dunque di inadempimento rispetto a quegli obblighi di attivazione, il percorso rimediale resterebbe quello dell'azione sociale di responsabilità, esperita ordinariamente nel contesto assembleare o in sede extra assembleare da tanti soci che rappresentino il quinto del capitale: giammai con un intervento diretto o su iniziativa singolare del socio, per rivendicare il ripristino diretto del patrimonio personale. Il paradigma sotteso all'art. 2395 c.c. è stato dalla più recente e attenta dottrina ricondotto ad una esigenza di "canalizzazione" del risarcimento verso la società di ogni danno "sociale", ogniqualvolta il patrimonio sociale non sia in posizione di indifferenza ma ne risulti in qualche misura inciso, in guisa da assicurare, in sede di destinazione della riparazione per equivalente, il rispetto del regime vincolistico impresso dalla legge al patrimonio sociale, con particolare riguardo alle regole poste a tutela dell'integrità del capitale sociale (6). Con ciò escludendo che il

(3) U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010; A. Valzer, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011; Id., *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 3 ss.; G. Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, ne *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum G.F. Campobasso, 3, Torino, 2006, 945 ss.

(4) Cass. Civ. 25 febbraio 2009, n. 4579, in *Foro it.*, 2010, 3, I, 979; e in *Giust. civ.*, 2010, 6, I, 1497.

(5) Conformi: Cass. Civ. 15 novembre 1999, n. 12615, in *Studium juris*, 2000, 451; Cass. Civ. 13 aprile 1989, n. 1788, in *Dir. fall.*, 1989, II, 1066.

(6) Il riferimento è a V. Pinto, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, ne *Il nuovo diritto delle*

fondamento della scelta di canalizzare il risarcimento verso la società possa farsi risalire alla negazione della ricorrenza dei presupposti civilistici della stessa responsabilità aquiliana, al divieto del risarcimento duplice dell'unico danno a carico dell'amministratore responsabile, né tantomeno possa in essa ravvisarsi la naturale conseguenza della personalità giuridica e dell'autonomia patrimoniale perfetta che connotano le società di capitali (7).

Allo stesso modo, e sia pure in un passaggio incidentale, la sentenza riferisce il principio anche all'ipotesi di società unipersonale. Vi si legge infatti che il socio ha sempre un interesse esclusivamente "mediato" alla rimozione di un contratto posto in essere dalla società anche qualora si tratti di socio unico, donde la carenza di legittimazione a farne valere l'inefficacia. Si potrebbe quindi quanto meno dubitare che la pretesa di desumere automaticamente corollari applicativi e criteri interpretativi dal riconoscimento della personalità giuridica e dell'autonomia patrimoniale perfetta alla società per azioni sia la più limpida sul piano metodologico, senza per questo negare la correttezza degli asserti (8).

Segue. La decisione: la clausola di firma congiunta e il dibattito circa la sua opponibilità ai terzi

Il secondo passaggio argomentativo della pronuncia risulta particolarmente meritevole di interesse e suscettibile di approfondimento, dal momento che affronta direttamente i profili sostanziali della fattispecie sottesa alla controversia. Come accennato, nello statuto della società G.S. Servizi s.c. a r.l. era disciplinata una modalità rappresentativa dell'ente definibile "a firma congiunta", vale a dire una clausola atta a regolare l'esercizio delle prerogative negoziali degli amministratori secondo un regime di compresenza tra il presidente e uno dei due vice presidenti del consiglio di amministrazione in sede di stipula: non già tuttavia per l'intero spettro degli atti pertinenti all'oggetto sociale, ma esclusivamente per una serie di contratti dettagliatamente in essa elencati

(subappalto, fornitura, assistenza, consulenza tecnica, progettazione). La ragione risiedeva verosimilmente nel fatto che quei contratti venivano giudicati come maggiormente rilevanti e delicati in fase di trattativa e di perfezionamento, ed infatti la previsione era completata da una regola secondo cui, in caso di eventuale disaccordo tra presidente e vice presidenti, la scelta sarebbe stata affidata ad una deliberazione del consiglio nel suo *plenum*.

Si deve senza dubbio rilevare l'indebita sovrapposizione che così si ingenera tra il piano propriamente gestorio, relativo alla assunzione *interna* delle decisioni in materia di impresa, e il piano prettamente rappresentativo, relativo all'esercizio *esterno* del potere di firma (adombrando piuttosto il diverso problema della dissociazione tra le due componenti dell'amministrazione e delle conseguenze nei rapporti con i terzi), ma l'indizio interpretativo della volontà dei soci resta, a testimonianza di una pretesa maggiore ponderatezza, nel segno del rafforzamento della sicurezza patrimoniale della società.

La clausola di congiuntività costituisce, come noto, un paradigma organizzativo della funzione rappresentativa assai diffuso ed utilizzato nella prassi delle società di capitali, ed altrettanto dibattuto, in dottrina come in giurisprudenza, ne è il trattamento sotto il profilo del rilievo verso l'esterno in termini di efficacia, ovverosia di opponibilità ai terzi contraenti in caso di violazione.

Il tema si inserisce classicamente nella delimitazione dell'esatto perimetro di applicazione del principio sancito all'art. 2384 c.c., e involge la possibile individuazione di limitazioni statutarie della rappresentanza sottratte all'operare della rigorosa regola di inopponibilità (9).

In dottrina la questione è stata tradizionalmente impostata - e la soluzione fondata - su quella contrapposizione concettuale tra titolarità e contenuto della rappresentanza della quale si rinviene traccia già nell'opera che Minervini dedicò nel 1956 alla ricostruzione del rapporto di amministrazione, successivamente ripresa nel 1975 da Abbadessa, quindi tralattivamente e a volte acriticamente richiamata.

società, diretto da Abbadessa - Portale, II, Torino, 2006, 911 ss.; Id., *La tutela risarcitoria dell'azionista tra danno diretto e danno riflesso*, Pisa, 2012, *passim* (ma in part. 63 ss.).

(7) Vi legge invece la giustificazione sostanziale di quel divieto A. Vighi, *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1902, 118 s. Per la prospettiva teorica critica rispetto al concetto di persona giuridica e alla pretesa di trarne conseguenze sul piano interpretativo e applicativo si rinvia anzitutto e classicamente a: T. Ascarelli, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 236 ss.; F. d'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1963, 83 ss.; F. Galgano, *Contratto*

e persona giuridica nelle società di capitali, in *Contr. e impr.*, 1996, 1 ss.; P. Spada, *Diritto Commerciale*, I, *Parte generale. Storia, lessico e istituti*, Padova, 2009, 124. Ogni più ampia ricognizione sul punto esula ovviamente dai limiti dello scritto.

(8) E per la prospettiva metodologica intesa ad avversare l'uso di (pre)concetti a fini interpretativi, già G. Ferri jr., *Situazioni giuridiche soggettive e disciplina societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, 393 ss.

(9) Così V. Calandra Buonauro, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo - Portale, IV, Torino, 1991, 149 ss.

Da un canto, la tesi che ne afferma l'opponibilità alla stregua di mancanza di titolarità attribuisce rilievo decisivo al suo attenersi al conferimento stesso del potere, in ipotesi manchevole in caso di esercizio individuale. Al pari della mancanza assoluta di titolarità anche il difetto relativo dovuto all'assenza del co-rappresentante sarebbe sempre opponibile al terzo, il quale avrebbe il solo onere di verificarne la spettanza in capo a chi agisca in nome della società: la modalità congiuntiva di esercizio verrebbe in altre parole attratta alla sfera della spettanza originaria del potere (10).

Per converso, la riconduzione al principio di inopponibilità ai terzi, salva l'*exceptio doli*, ne valorizza piuttosto l'equiparazione ai vincoli attinenti all'estensione della rappresentanza: allorché il potere sia per scelta statutaria attribuito congiuntamente, tutti gli amministratori debbono ritenersi pienamente titolari di un potere negoziale soggetto a limitazioni operanti sul (diverso) piano delle modalità di esercizio, poiché la necessaria cooperazione nella produzione dell'atto rappresentativo costituisce nullo altro che un condizionamento all'agire (11).

L'antitesi ricostruttiva si ripropone, e trova ulteriore e più solido ancoraggio, con riferimento alla fonte sovranazionale della disciplina. La norma comunitaria della quale l'art. 2384 c.c. costituisce il recepimento (art. 9, par. 3, Dir. 68/151/CEE, ora integralmente rifluita nell'art. 10, par. 3, Dir. 2009/101/CE) statuiva infatti testualmente "Se la legislazione nazionale prevede che il potere di rappresentare la società possa, in deroga alla regola di legge in materia, essere attribuito dallo statuto ad una sola persona o a più persone che agiscono congiuntamente, la stessa legislazione può stabilire che tale disposizione statutaria sia opponibile ai terzi, sempreché essa concerna il potere generale di rappresentare

la società". Il contrasto interpretativo si rivolge quindi alla norma di recepimento: si tratta di stabilire se il legislatore italiano si sia avvalso o meno della concessa facoltà di sottrarre la rappresentanza congiuntiva alla regola generale dell'inopponibilità (12). Su posizioni drasticamente contrapposte e irriducibili i fautori delle due opposte letture. Da un canto, gli autori che sostengono la piena opponibilità della clausola ravvisano un'opzione implicitamente racchiusa nella previsione di cui all'art. 2383, comma 4, c.c., a mente del quale occorre dare pubblicità nel registro delle imprese relativamente alla modalità, disgiuntiva o congiuntiva, di esercizio della rappresentanza. Dall'altro, gli assertori della tesi dell'inopponibilità sottolineano piuttosto la mancanza di una esplicitazione in termini positivi della deroga, come apparentemente richiesto dalla Direttiva (13).

Sul punto occorre tuttavia una precisazione, onde marcare nei suoi esatti confini quella che si è dianzi definita antitesi interpretativa. Secondo un orientamento unanimemente condiviso la previsione della firma congiunta tra più amministratori avente carattere non generale, ma circoscritta a determinati atti o categorie di atti, non potrebbe spiegare automaticamente effetti verso l'esterno e nessun rilievo caducatorio assumere per i terzi contraenti la sua violazione, se non nell'ipotesi di dolosa intenzionalità dell'agire in danno (14).

Sinteticamente, e con inevitabile approssimazione rispetto alla portata del dibattito, due argomenti militano a favore dell'inopponibilità ai terzi di clausole statutarie di rappresentanza congiuntiva solo per taluni atti.

Il dettato testuale della norma comunitaria testé richiamata, anzitutto: solo a condizione di essere estesa a tutti gli atti compiuti dagli amministratori potrebbe quella clausola derogare al paragrafo

(10) G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 165 ss. Per l'orientamento favorevole all'opponibilità, tra gli altri: G. Cabras, *Poteri di gestione e poteri di rappresentanza nella società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, 365 ss.; P. Abbadessa, *La gestione dell'impresa nella società per azioni: profili organizzativi*, Milano, 1975, 153 ss.; G. Laurini, *Statuti di società e certezza dei poteri rappresentativi*, in *Riv. Società*, 1981, 927 ss.; F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 117 ss.; V. Calandra Buonauro, *op. loc. utt. citt.*; Id., *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, nel *Trattato di diritto commerciale* fondato da Buonocore e diretto da Costi, Torino, 2019, 95 ss.; F. Galgano - L. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2006, 476 s.; F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2012, 328.

(11) Si pronunziano invece per l'inopponibilità ai sensi dell'art. 2384, comma 2, c.c.: G. Vidiri, *Gli effetti della clausola statutaria di conferimento del potere di rappresentanza "a firma congiunta"*, in *Giust. civ.*, 1996, 1355 ss.; M. Montanari, *La clausola di*

rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali, in *Giur. comm.*, 1999, I, 18 ss.; M. Franzoni, *Gli amministratori e i sindaci, ne Le società. Trattato*, diretto da Galgano, Torino, 2002, 262 s.; M. Campobasso, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società - Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 470 ss.; G. Zonarone, *Della società a responsabilità limitata*, in *Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, 998 ss.; M. Sciuto, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. Società*, 2014, 19 ss.

(12) V. Calandra Buonauro, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, cit., 97 s., che giudica il problema così ricondotto alla sua corretta impostazione.

(13) Si vedano gli Autori citati alle precedenti nt. 10 e 11.

(14) Tra gli altri: G. Cabras, P. Abbadessa, G. Laurini, F. Bonelli, V. Calandra Buonauro, F. Galgano e L. Genghini, M. Montanari, M. Campobasso, M. Sciuto, *opp. locc. citt.* alle note precedenti.

precedente, a tenore del quale “Anche se pubblicate, le limitazioni ai poteri degli organi sociali che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi”.

Una regola statutaria così concepita contrasterebbe poi all'evidenza con il principio della conformazione legale inderogabile della rappresentanza nelle società di capitali, introducendovi una limitazione, appunto, di ordine contenutistico, in spregio alle istanze di tutela dei terzi nella contrattazione alla quale la legislazione europea e quella interna si ispirano. Ad essi si imporrebbe infatti, volta per volta, una verifica della ricomprensione del singolo atto nel novero delle categorie negoziali per le quali lo statuto richiede la firma congiunta, con un accertamento non immediato, ulteriore rispetto a quello della sola spettanza del potere, oneroso e rischioso in quanto correlato all'espressione di un giudizio soggettivo.

Se quello sommariamente delineato è il panorama dottrinale, altrettanto nota è la vicenda giurisprudenziale che ha interessato la clausola di firma congiunta. In uno scenario di sostanziale e incontrovertito allineamento alle posizioni dottrinali dominanti, si staglia la sentenza Cass. Civ. n. 12420/1995 del Supremo Collegio che ha sovvertito quel consolidato orientamento, affermando la piena applicabilità dell'art. 2384 c.c. anche alla clausola statutaria di rappresentanza congiuntiva generale, poiché essa non priverebbe il singolo amministratore della titolarità di ogni potere rappresentativo, ma semplicemente vi imporrebbe un vincolo, un limite in senso giuridico costituito dalla necessaria partecipazione di altro o altri amministratori (15).

Il principio di diritto così affermato non ha tuttavia trovato seguito alcuno e la pronuncia è rimasta isolata, tanto che alcune successive sentenze di legittimità da taluno ascritte alla tesi favorevole all'inopponibilità si sono espresse a proposito di clausole di rappresentanza congiuntiva non generale ma solo per atti determinati, e sono quindi da considerare “neutre” dal momento che si sono

semplicemente limitate a ribadire l'orientamento pacifico e condiviso (16).

Segue. La decisione: fonte legale della rappresentanza degli amministratori di S.r.l. e inopponibilità delle limitazioni relative alla mancanza di titolarità

In considerazione dell'unanime ricomprensione della (previsione statutaria della) firma congiunta soltanto per determinati atti gestorii al novero delle limitazioni contenutistiche ai poteri di rappresentanza degli amministratori, come tali inopponibili salva la prova del dolo intenzionale del terzo contraente, il tribunale romano avrebbe potuto semplicemente richiamare a fondamento del rigetto delle istanze formulate dagli attori il comma 2 dell'art. 2475-bis c.c.

A corroborare la conclusione già preliminarmente raggiunta in base alla ritenuta carenza di legittimazione ad agire e indipendentemente da quella, infatti, l'inefficacia dei contratti sottoscritti da parte del solo presidente del consiglio di amministrazione di G.S. Servizi s.c. a r.l. non poteva essere giudizialmente dichiarata perché il superamento del limite statutario non sarebbe stato in ogni caso opponibile alla Astrologo Costruzioni S.r.l., controparte contrattuale della quale gli attori non avevano invocato né tantomeno provato l'intenzione di recare danno alla società.

In altri termini, la firma apposta da uno solo dei due amministratori indicati come congiuntamente titolari dei poteri di rappresentanza, benché in spregio alla regola pattizia, vincola la società esponendo il firmatario alle sole conseguenze endosocietarie del suo agire (revoca per giusta causa, azione sociale di responsabilità se ricorrano danni, nei casi più gravi e reiterati denuncia al collegio sindacale, denuncia al tribunale).

Il giudice coglie invece l'occasione per compiere una approfondita digressione sui profili dell'investitura nella funzione rappresentativa, soffermandosi sulle

(15) In linea con la tesi dell'opponibilità: Trib. Genova 29 gennaio 1985, in questa *Rivista*, 1986, 47; App. Roma 9 marzo 1987, in *Foro it.*, 1987, 2835; Trib. Milano 4 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1991, 175; Trib. Milano 3 settembre 1990, in questa *Rivista*, 1991, 1062; Trib. Cagliari 18 settembre 2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 228; App. L'Aquila 14 luglio 1992, in *Giust. civ.*, 1993, 247; Cass. Civ. 23 giugno 1977, n. 2664, in *Giur. comm.*, 1978, 75; Cass. Civ. 5 giugno 1985, n. 3360, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, 381; Cass. Civ. 28 novembre 1987, n. 8852, in questa *Rivista*, 1988, 238; Cass. Civ. 20 agosto 2004, n. 16376, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7 ss.; Cass. Civ. 17 febbraio 2014, n. 3616, in *Dir. giust.*, 2014, 18; Cass. Civ. 3 aprile 2018, n. 8147, in *Mass. Giust. civ.*, 2018. Si distacca, come detto nel testo, solo Cass. Civ. 1° dicembre 1995, n. 12420, pubblicata in *Guida dir.*, 1996, 36; in questa *Rivista*,

1996, 150; in *Riv. not.*, 1996, 1265; in *Giust. civ.*, 1996, I, 1355; in *Notariato*, 1996, 435. In essa si legge “... la mancata partecipazione di uno dei due amministratori all'atto posto in essere dall'altro amministratore determina una situazione riconducibile (...) a quella dell'atto compiuto dal rappresentante senza potere, per il fatto che certamente eccede il suo potere - che è quello di operare congiuntamente - l'amministratore che non tiene conto di tali limiti e non si procura l'assenso e la firma dell'altro coamministratore”. E si veda l'ampia e accuratissima riconsiderazione che del tema fa, proprio a partire da questa pronuncia, M. Montanari, *op. loc. ultt. citt.*

(16) Si v. in particolare: Cass. Civ. 12 aprile 2001, n. 5468, in *Giur. it.*, 2002, 106; Cass. Civ. 22 giugno 2005, n. 13442, in questa *Rivista*, 2006, 586.

peculiarità dell'attribuzione della titolarità della rappresentanza nelle società a responsabilità limitata se poste a confronto con le società per azioni: perviene quindi alla medesima conclusione attraverso un percorso differente ma soprattutto inconsueto.

Ritiene infatti il giudicante che nella società a responsabilità limitata il potere di rappresentanza sia attribuito indistintamente e per legge a tutti gli amministratori: diversamente, nella società azionaria esso spetta soltanto agli amministratori ai quali detto potere sia stato specificamente conferito in forza dello statuto o dalla deliberazione di nomina. Questo significa che nella società a responsabilità limitata il potere di rappresentanza non deriva da un'investitura *ad hoc* ma si connota alla stregua di qualifica legale intrinseca dello stesso ufficio amministrativo e compete perciò a ciascun singolo amministratore in forma disgiunta: ciascun singolo amministratore ha di conseguenza il potere di vincolare da solo/da sola la società indipendentemente dal regime di amministrazione prescelto.

Sulla base della asserita fonte legale, rigetta così le domande degli attori ritenendo comunque inopponibile al terzo la violazione della regola di firma congiunta in quanto la scelta di un qualsivoglia paradigma organizzativo della rappresentanza che deroghi al modello legale va ascritta al novero di quelle "limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo" che il comma 2 dell'art. 2475-bis c.c. rende irrilevanti verso l'esterno benché pubblicate.

Chi scrive sostiene da tempo e convintamente la tesi dell'investitura legale generale degli amministratori di S.r.l. nella funzione rappresentativa, in contrapposizione alla derivazione convenzionale delle prerogative negoziali degli amministratori di S.p.a.: accanto al compiaciuto apprezzamento per l'accoglimento in una sede giurisprudenziale prestigiosa nelle forme di una accurata ricostruzione, è dunque opportuno riproporre le ragioni e le riflessioni onde essa è (stata) argomentata (17).

(17) E. Pederzini, *L'amministrazione e la rappresentanza*, in Bione - Guidotti - Pederzini (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, LXV, Padova, 2012, 334 ss.; Id., *Amministratori di s.r.l. e poteri di rappresentanza*, ne *La governance delle società a responsabilità limitata*, a cura di Pederzini - Guidotti, Padova, 2018, 233 ss.

(18) E. Pederzini, *Amministratori di s.r.l. e poteri di rappresentanza*, cit., 234; Id., *L'amministrazione e la rappresentanza*, cit., 335 s. Concordano sulla derivazione legale del potere di rappresentanza nella S.r.l.: G. Carcano, *Amministrazione della società (Art. 2475)* nel *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari, Milano, 2008, 586; N. Abriani, *Sub art. 2475*, in *Cod. comm. delle s.r.l.*, a cura di Benazzo - Patriarca, Torino, 2008, 348; P. Fiorio, *I poteri di rappresentanza*

Se l'art. 2328, n. 9, c.c. annovera tra le menzioni che devono necessariamente trovare spazio nell'atto costitutivo l'indicazione di "quelli tra gli amministratori ai quali è attribuita la rappresentanza (legale) della società", l'art. 2463 c.c. si limita a richiedere che l'atto costitutivo indichi "le norme ... concernenti la rappresentanza della società" e "le persone cui è affidata l'amministrazione" senza fare menzione alcuna della individuazione di quelli tra gli amministratori ai quali soggettivamente compete il potere di firma. Il comma 1 dell'art. 2475-bis c.c. riafferma anche per la S.r.l. il principio normativo della generalità della rappresentanza senza circoscriverne, almeno testualmente, la portata ai soli amministratori espressamente muniti del potere negoziale di spendita del nome della società. Dalla disposizione si ricava dunque un doppio precetto: solo agli amministratori, comunque nominati, può essere conferita la rappresentanza istituzionale (dunque generale) della società: la rappresentanza generale spetta per legge e originariamente a tutti gli amministratori (18).

Nel modello legale di S.r.l. la titolarità del potere rappresentativo costituisce dunque qualità legale intrinseca, ed originaria, propria di ogni amministratore (19). La naturale inerenza dei poteri rappresentativi alla qualifica di amministratore non può costituire tuttavia regola inderogabile da parte della società se non al prezzo di porre la S.r.l. in una situazione addirittura peggiore rispetto alle società personali, nelle quali i soci sono sempre facoltizzati ad individuare quali tra gli amministratori siano altresì titolari del potere negoziale. Ed infatti la locuzione "amministratori che hanno la rappresentanza della società", non riprodotta né nell'art. 2463 c.c. né nell'art. 2475-bis c.c., è rinvenibile nel comma primo dell'art. 2475-ter c.c. in tema di conflitto di interessi, ed è richiamata al comma 4 dell'art. 2383 c.c. in tema di pubblicità relativa alle modalità di esercizio della rappresentanza,

degli amministratori, ne *Le nuove s.r.l.*, a cura di Sarale, Bologna, 2008, 561 s.; G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 994; F. Bordiga, *Rappresentanza della società*, in *S.r.l. Commentario G.B. Portale*, a cura di Dolmetta - Presti, Milano, 2011, 593; E. Del Prato, *Profili dell'autonomia organizzativa nella s.r.l. plurisoggettiva*, in Vietti, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla "Riforma Vietti"*, Milano, 2014, 525 ss. In senso contrario v. però O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, nel *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, V, Padova, 2007, 234 ss. Dubitativo L. Salvatore, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e autonomia statutaria*, in *Contr. e impr.*, 2003, 1342 ss.

(19) E. Pederzini, *Amministratori di s.r.l. e poteri di rappresentanza*, cit., 235.

applicabile alla S.r.l. in forza del rinvio contenuto all'art. 2475, comma 2, c.c. (20).

Nessuna preclusione incontrano quindi i soci di S.r.l. nello stabilire gli indici in base ai quali selezionare i titolari della rappresentanza (in primo luogo individuando nell'atto costitutivo una o più cariche alle quali essa vada correlata, replicando il paradigma tipicamente azionario) e/o nel definire una modalità congiunta di esercizio del potere di firma (spettante a tutti o solo a taluni amministratori) come nel caso oggetto di controversia. Ma se ciascun amministratore è per legge titolare del potere generale di firma, il precetto statutario che attribuisca la rappresentanza a taluni soltanto degli amministratori ovvero stabilisca una differente regola d'esercizio assolve alla funzione non già di attribuire bensì di *limitare* un potere per legge originariamente spettante (21).

In altri termini, un modello statutario sarebbe destinato a sostituire o comunque derogare alla conformazione legale della rappresentanza istituzionale della società, a discostarsene selezionando i titolari del potere di rappresentanza per "concentrarlo" solo in capo ad alcuni di loro oppure scegliendo come regola dell'agire negoziale un vincolo di congiuntività delle firme in luogo della facoltà individuale di impegnare la società. Scelta convenzionale legittima qualificabile però, al pari di una restrizione contenutistica, alla stregua di limitazione ai poteri di rappresentanza degli amministratori, fatalmente destinata a soggiacere al principio d'inopponibilità salva la prova dell'aver (il terzo) agito intenzionalmente a danno della società, in base al dettato dell'art. 2475-bis c.c. (22). Si può agevolmente ravvisare la *ratio* di un impianto normativo che mette a punto una disciplina della rappresentanza che offra ancor più garanzie ai terzi contraenti rispetto a quella prevista nelle S.p.a. come opportuno contrappeso di un sistema improntato al massimo della flessibilità e della libertà delle forme organizzative, quindi del minimo di certezza nonostante la responsabilità limitata dei soci. A fronte del riconoscimento di uno spazio pressoché illimitato per le determinazioni rimesse all'autonomia statutaria in ordine alle regole di funzionamento e ai modelli organizzativi concernenti l'amministrazione, per

una gamma variabile e variegata di scelte possibili, ancora più urgente è infatti la necessità di garantire ai terzi la sicurezza, in ogni direzione, delle contrattazioni con la società (23).

Il tribunale, invero, dopo avere aderito alla tesi della fonte legale dell'investitura rappresentativa degli amministratori di S.r.l. ("...il potere rappresentativo discende direttamente dalla legge"), radica la conclusione della inopponibilità della clausola di rappresentanza congiuntiva sulla dissociazione tra potere gestorio e potere rappresentativo ("...la dissociazione dei poteri che si genera con l'attribuzione della rappresentanza solo ad alcuni amministratori costituisce una scelta organizzativa interna, frutto del potere dispositivo dei soci e, dunque, una limitazione che deriva dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, soggetta al regime previsto dall'art. 2475-bis, secondo comma c.c.").

Da un canto, è certamente condivisibile l'asserto secondo cui la dissociazione tra potere di gestione e potere di rappresentanza è pienamente attratta nella regola di inopponibilità, *recte* che inopponibile ai terzi sia la mancanza di previo conforme esercizio del sottostante potere gestorio o l'eventuale invalidità dell'atto a contenuto decisionale che la spendita del nome della società abbia comunque preceduto. Assecondando una linea evolutiva costante, la Riforma del 2003 ha infatti portato a compimento quel processo di progressivo distacco che ha condotto a riconoscere quali caratteri indefettibili della funzione rappresentativa delle società di capitali l'inderogabile generalità dell'estensione e l'autonomia dal potere di gestione (24).

Dall'altro, occorre tuttavia tenere ben distinta l'opponibilità o l'inopponibilità del difetto di titolarità della rappresentanza dalla opponibilità o inopponibilità della dissociazione tra gestione e rappresentanza (relativa, come detto, al mancato previo conforme e valido esercizio del potere decisorio). In particolare, in presenza di un consiglio di amministrazione, come nel caso oggetto di giudizio, la clausola di rappresentanza congiuntiva non meno che la concentrazione della rappresentanza in capo ad uno solo degli amministratori non configura affatto una

(20) E. Pederzini, *Amministratori di s.r.l. e poteri di rappresentanza*, cit., 240 s. Id., *L'amministrazione e la rappresentanza*, cit., 338. Diversamente opinando, si finirebbe col porre la S.r.l. in una situazione addirittura peggiore rispetto alle società personali, nelle quali i soci sono sempre facoltizzati ad individuare quali tra gli amministratori siano altresì titolari del potere negoziale.

(21) Cfr. G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 4 s.; V. Calandra Buonauro, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., 128 ss.

(22) E. Pederzini, *op. loc. ultt. citt.*; conviene sul punto F. Bordiga, *Rappresentanza della società*, cit., 593 s.

(23) E. Pederzini, *Amministratori di s.r.l. e poteri di rappresentanza*, cit., 241 s.; Id., *L'amministrazione e la rappresentanza*, cit., 341; un cenno anche in F. Bordiga, *Rappresentanza della società*, cit., 594.

(24) Per tutti si veda V. Calandra Buonauro, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, cit., 77 s.

limitazione statutaria (inopponibile) perché introduce una forma di dissociazione, dal momento che il singolo consigliere non sarebbe stato comunque titolare del potere gestorio, spettante invece all'organo collegiale. L'istituzione di un modello organizzativo che individui il presidente quale unico rappresentante o prescriva la firma congiunta di presidente e vice presidente, escludendo tutti gli altri amministratori, incide direttamente sulla titolarità del potere negoziale, ridisegna in maniera restrittiva il perimetro soggettivo della rappresentanza, e per questo costituisce limitazione statutaria sottoposta al principio di inopponibilità.

Riflessioni conclusive

Occorre conclusivamente rilevare come l'ampia disamina relativa alla fonte del potere rappresentativo solo apparentemente rifletta l'incondizionata adesione del tribunale all'impostazione metodologica che si è definita come la più (risalente e) tradizionale, quella cioè che correla la soluzione in termini di

opponibilità o inopponibilità della clausola di rappresentanza congiuntiva alla contrapposizione tra titolarità e contenuto del potere di firma. Da quella infatti si discosta significativamente per approdare - quanto meno con riferimento alla società a responsabilità limitata - ad un esito che contraddice e sconfessa lo stesso rilievo della antinomia concettuale tra estensione della rappresentanza da un canto, titolarità (e modalità di esercizio) dall'altro.

La conclusione discende piuttosto dalla conformazione legale inderogabile ("anelasticità") dei poteri di rappresentanza organica delle società di capitali. Stabilito che sull'attribuzione a ciascun singolo amministratore dei poteri di rappresentanza in forma disgiunta si fonda l'assetto legale originario della S.r.l., qualunque deroga, qualunque regola intesa ad assegnare o ripartire diversamente il potere negoziale - quale che sia il profilo inciso o coinvolto - costituisce limitazione convenzionale che risulta dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, inopponibile ai terzi salva l'*exceptio doli*.

Pegno

Tribunale di Milano, Sez. Impr., 10 settembre 2020 - Pres. E. Riva Crugnola - Est. G. Vannicelli - N.C. c. Argos S.r.l.

Società - Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Impugnazione di delibera assembleare - Nullità

(Cod. civ. artt. 2352, 2471-bis, 2479-bis, 2479-ter)

L'art. 2352 c.c., richiamato dall'omologa norma dettata per il tipo S.r.l. (art. 2471-bis c.c.), consente che il diritto di voto spetti al creditore pignoratorio "salvo convenzione contraria", la quale può essere successiva all'atto di pegno e "puntuale", vale a dire a valere per una singola riunione assembleare.

Società - Società di capitali - Pegno - Convenzione contraria - Opponibilità

(Cod. civ. artt. 2352, 2471-bis, 2479-bis, 2479-ter)

La convenzione di voto con cui il creditore pignoratorio conferisca diritto di voto al socio, ai sensi dell'art. 2352 c.c., non costituisce modifica sostanziale del diritto di pegno, ma assurge a mero atto dispositivo, limitato ad un singolo atto d'esercizio di una delle facoltà in esso ricomprese; pertanto, per la validità della convenzione può ritenersi imposta formalità ulteriore di quella necessaria e sufficiente a rendere certa e nota alla società, e per essa al presidente dell'assemblea, la traslazione per quella singola seduta del diritto di voto dal creditore pignoratorio al socio suo debitore.

Il Tribunale (omissis).

1. La vicenda sostanziale, e quindi i fatti giuridici sottostanti l'istanza di sospensione degli effetti della deliberazione approvata dall'assemblea della ARGOS s.r.l. il 4/4/2020 svolta dal socio N. C., sono stati adeguatamente sintetizzati dal giudice istruttore nei relativi paragrafi dell'ordinanza reclamata, che pertanto di seguito si ritrascrivono:

"(...) Con atto di citazione notificato via PEC in data 15 aprile 2020 N. C.

- quale socio di minoranza della s.r.l. ARGOS - con partecipazione pari all'1% del capitale sociale - ed ex amministratore unico ha impugnato la delibera assunta - in sua assenza - in data 4 aprile 2020 dall'assemblea dei soci della predetta s.r.l., avanzando altresì istanza di sospensione degli effetti della delibera impugnata;

Va precisato che N. C. ha impugnato anche la delibera assembleare del 24 gennaio 2020 con la quale - sempre in sua assenza - era stato revocato l'incarico di amministratore unico da lui ricoperto ed era stato sostituito da A. P., rappresentante legale della s.r.l. Property socia al 97% di ARGOS.

Con la seconda delibera del 4 aprile 2020 - qui impugnata - l'assemblea dei soci di ARGOS aveva provveduto a 'confermare' la nomina del nuovo amministratore unico, A. P., allo scopo di 'sanare' i vizi denunciati quanto alla delibera di gennaio.

I motivi di impugnazione della prima delibera sono riconducibili a vizi di convocazione, in quanto:

- l'assemblea del 24 gennaio era stata convocata da A. P., quale rappresentante legale della Property s.r.l. socia al 97% del capitale di Argos s.r.l., e, pertanto, da soggetto privo di tale legittimazione in quanto lo statuto di Argos s.r.l.:

- assegna tale facoltà all'organo amministrativo e,
- limita il potere di convocazione in capo ai soci e all'organo di controllo ai soli casi di impossibilità od inerzia dell'organo amministrativo;

- l'avviso di convocazione doveva essere, per espressa previsione statutaria, inviato tramite raccomandata a/r al domicilio risultante a registro imprese almeno 8 giorni prima dello svolgimento dell'assemblea;

- nessun avviso di convocazione è stato mai inviato;

- all'assemblea risultavano assenti oltre all'attore, la socia F. Z., anch'essa socia al 1%, per cui l'assemblea di cui si discute non può considerarsi totalitaria;

I motivi di impugnazione della seconda delibera del 4 aprile 2020 attengono invece in via principale all'illegittima costituzione dell'assemblea dei soci di ARGOS in quanto:

- la delibera è stata assunta con la partecipazione in assemblea dei soci:

o Heredia Fani, con partecipazione dell'1%

o e Property s.r.l. con partecipazione del 97%

- quest'ultima società era tuttavia sprovvista del potere di intervenire in assemblea e di esercitare il voto in quanto aveva concesso l'intera sua partecipazione in pegno a favore di Roma Gas & Power s.p.a.,

- sicché secondo l'attore il diritto di partecipazione e di voto spettava non a Property ma a quest'ultima società,

- considerando l'attore del tutto inefficace verso la società la dichiarazione di 'rinuncia al diritto di voto' rilasciata da Roma Gas & Power s.p.a. a favore di Property.

L'attore lamenta inoltre un'incongruenza fra l'ordine del giorno e il deliberato dal momento che la revoca del precedente amministratore non era prevista fra i punti della convocazione, né tale revoca poteva farsi derivare

come effetto implicito della conferma della nomina del nuovo amministratore.

Quanto al profilo del *periculum* l'attore sottolinea l'interesse della società ad essere gestita e amministrata da chi risulti validamente nominato, venendosi a creare, in caso contrario, una situazione di incertezza pregiudizievole alla società, attualmente adespota, priva di un rappresentante organico nella pienezza dei suoi poteri, stante l'interesse superiore della società ad essere amministrata da di chi sia stato validamente nominato.

La società ARGOS si è costituita in giudizio contrastando tutti i motivi di impugnazione, - precisando in particolare che la delibera del 4 aprile 2020 è stata adottata *ex art. 2377, comma ottavo, c.c.* in sostituzione della delibera del 21 gennaio 2020, in conformità della legge e dello statuto, sicché sarebbero venuti meno tutti i vizi formali di convocazione denunciati dall'attore, - sottolineando, quanto alla questione del *quorum* costitutivo e deliberativo in relazione agli effetti dell'iscrizione nel Registro delle imprese del pegno sulle quote del socio di maggioranza, come le norme richiamate (art. 2352 richiamato per le s.r.l. dall'art. 2471 *bis* c.c.) da controparte siano derogabili nell'accordo fra le parti; accordo in questo caso intercorso fra il creditore pignoratizio e il datore di pegno, senza necessità di particolari formalità per l'opponibilità del patto.

Nelle more del presente procedimento è stata rigettata l'analoga richiesta di sospensione quanto all'efficacia della prima delibera impugnata (...).

2. Il ricorso è stato respinto, apprezzandosi dal primo giudice - nei termini che pure di seguito si riportano - prevalente *ex art. 2378 co. 4° prima parte c.c.* su quello del socio attore, alla luce della volontà approvativa chiaramente manifestata dal 98% della compagine (nonché, indirettamente e proprio attraverso la contestata rinuncia al diritto di voto, dal creditore pignoratizio ROMA GAS & POWER), l'interesse della convenuta alla stabilità del governo societario:

"(...) Va considerato in primo luogo che la mancata sospensione degli effetti della delibera assembleare del 21 gennaio 2020 priva di rilevanza - ai fini che qui rilevano - ad ogni questione relativa al conseguirsi degli effetti fra le due delibere, dal momento che la revoca dell'attore dall'incarico di amministratore unico di ARGOS continua a produrre i suoi effetti e a giustificare la (...) nomina successiva.

Assorbente appare il profilo del *periculum* che in base alla previsione speciale si traduce nella valutazione comparativa che il Giudice è chiamato a fare fra il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione della delibera e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della medesima delibera.

Nel caso di specie si deve infatti tener conto dell'effettiva volontà dei soci di maggioranza, ovvero dei soggetti titolari del diritto di esprimere il voto in assemblea, così come del concreto assetto degli interessi che si è venuto a determinare nella compagine, dal momento che 'la rinuncia al diritto di voto' da parte del creditore pignoratizio, Roma Gas & Power s.p.a., assume in sostanza valore di pieno assenso al cambio di *governance*.

In altre parole anche nel caso di partecipazione all'assemblea della predetta s.p.a. - come voluto dall'attore - la volontà assembleare si sarebbe comunque espressa nel senso contrastato dall'attore, sicché la sospensione degli effetti della delibera impugnata determinerebbe una grave instabilità di *governance* (espressione del conflitto fra soci) indubbiamente dannosa per la società e allo stato non sussistente.

D'altra parte le ragioni economiche che muovono l'attore - connesse all'asserita mancanza di giusta causa di revoca - potranno trovare adeguata tutela, se ed in quanto riconosciute fondate, all'esito di un ordinario giudizio di merito (...).

3. N. C. ha impugnato tale provvedimento denunciando: 3).1 l'erroneità dell'ordinanza reclamata nella parte in cui aveva negato in capo al socio e alla società l'interesse dell'accoglimento dell'istanza cautelare di sospensione della delibera 4/4/2020, in ragione della "mancata sospensione degli effetti della delibera assembleare del 24.1.2020", evidenziando il "corto circuito" decisionale in cui i distinti giudici istruttori investiti della sospensione delle delibere assunte dall'assemblea di ARGOS il 24/1 e il 4/4/2020 erano caduti allorché avevano fondato le rispettive decisioni l'uno su quella resa (o, come nel procedimento n. 12383 - 1/20 R.g., non ancora emessa) dall'altro, senza così scendere all'effettivo esame delle ragioni di rispettiva impugnazione;

3).2 la censurabilità in diritto dell'ordinanza gravata nella parte in cui - omessa qualsiasi disamina nel merito delle ragioni di invalidità delle deliberazioni assunte dall'assemblea del 4/4/2020 - aveva escluso l'esistenza di *periculum* nella valutazione comparativa tra pregiudizio della Società e del socio assumendo la necessità di tener conto della volontà effettiva dei soci di maggioranza, ed affidando a tal fine portata decisiva alla "informe" rinuncia al diritto di voto della creditrice pignoratizia Roma Gas & Power, attesa piuttosto la preminenza dell'interesse sociale a che la volontà della maggioranza in merito alla designazione dell'organo amministrativo avvenga *secundum legem* e alla conseguente regolarità della gestione di un amministratore ritualmente nominato e non caducabile, anche alla luce del fatto che la rinuncia della creditrice pignoratizia a votare in assemblea non era "mai stata manifestata a quanto se ne sa, e comunque (...) mai efficacemente manifestata";

3).3 la ribadita illegittimità della costituzione dell'assemblea del 4/4/2020 e delle delibera finale per violazione delle norme statutarie e codicistiche in punto di *quorum* (rispettivamente) costitutivo e deliberativo, a fronte dell'invalidità e comunque dell'inopponibilità alla stessa ARGOS s.r.l. - per difetto dei dovuti requisiti di forma e di pubblicità - della pretesa rinuncia della creditrice pignoratizia ad esercitare il diritto di intervenire e votare in assemblea, non manifestatasi secondo la regola dettata dall'art. 2470 c.c. (da ritenersi di portata generale, e quindi valevole "non solo con riferimento alla titolarità delle quote bensì anche in relazione ai profili che attengono alla disciplina e all'esercizio di tutti i diritti (di voto e controllo) inerenti le quote di s.r.l.");

3).4 nonché infine in subordine, la ribadita illegittimità delle deliberazioni assunte il 4/4/2020 nella parte in cui esulano dal perimetro dell'O.d.G. di cui agli avvisi di convocazione, riportati nel verbale di assemblea, atteso che l'ordine del giorno non portava alcun riferimento alla revoca dalla carica del C.; la quale non poteva considerarsi quale conseguenza necessaria della nomina alla stessa carica del P.

4. ARGOS s.r.l. ha resistito al reclamo ribadendo sostanzialmente quanto già dedotto in prime cure in punto (i) carattere esplicitamente sostitutivo ex art. 2377 co. 8° c.c. della delibera del 24/1/2020 in capo alla decisione reclamata, (ii) piena efficacia della rinuncia espressa il 3/4/2020 da ROMA Gas & Power S.p.A. - e confermata dalla creditrice il 20/5/2020 - al diritto di voto spettante in quanto valida convenzione contraria ex art. 2352 co. 1° c.c., (iii) legittimazione della sola creditrice pignorataria a far valere eventuali irregolarità della partecipazione di PROPERTY s.r.l. all'assemblea del 4/4/2020, e (iv) gravità delle ragioni che avevano condotto alla revoca dalla carica del C.; evidenziando altresì come il reclamante avesse da ultimo avviato, dietro lo schermo di società riconducibile al suocero A. V., una nuova attività in concorrenza con ARGOS s.r.l. (1).

5. All'odierna discussione le parti sono tornate a illustrare esaurientemente le rispettive posizioni, con particolare riguardo alla valenza da annettere alla dichiarazione del legale rappresentante di Roma Gas & Power di cui al documento 27 prodotto dalla ARGOS in prime cure; e il Collegio s'è riservato di decidere.

6. L'ordinanza reclamata, con le precisazioni e integrazioni che seguono, merita conferma.

6).1 Nel capo dell'ordinanza reclamata cui si riferisce la prima censura il primo giudice - lungi dal negare la sussistenza dell'interesse dell'attore a impugnare la delibera del 4/4/2020 o a sentirne sospendere gli effetti - s'è limitato a ritenere irrilevante la "questione relativa al conseguirsi degli effetti fra le due delibere, dal momento che la revoca dell'attore dall'incarico di amministratore unico di ARGOS continua a produrre i suoi effetti e a giustificare la (...) nomina successiva". Ma ciò, pur certamente vero anche alla luce del rigetto *medio tempore* intervenuto del reclamo proposto dal C. contro la decisione che aveva negato la sospensione della precedente deliberazione del 24/1/2020 (tale per cui, ove anche venisse sospesa per qualunque ragione la delibera di identico oggetto qui *sub iudice*, rimarrebbero allo stato efficaci sia la revoca del C., che la nomina ad amministratore del P.), non toglie che, in senso più ampio e in considerazione dell'esito da lui auspicato delle cause di merito, N. C. abbia certamente interesse alla sospensiva della decisione del 4/4/2020: ché laddove il giudizio di merito n. 12383/20 R.g. dovesse risolversi nell'annullamento del deliberato assembleare del 24/1/2020 egli, se *medio tempore* ottenesse in questa sede la sospensione anche della seconda deliberazione (e in difetto di ulteriori

decisioni qui non pronosticabili), avrebbe diritto a reclamare la propria reintegrazione nella carica amministrativa revocatagli.

6).2 Ma a far difetto in relazione alla seconda impugnazione, per quanto può qui succintamente e sommariamente delibarsi, è il proprio la causa di invalidazione concretamente spesa dall'attore reclamante.

Premessa l'evidenza, alla luce di una semplice interpretazione di buona fede sia dell'avviso di convocazione dei soci di maggioranza assoluta che dell'illustrazione in sede assembleare della proposta, del suo dichiarato scopo "sanante" ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 2479-ter e 2377 co. 8° c.c., quel che qui va verificato è se tale effetto possa dirsi dispiegato; per il che occorre, ovviamente, che la delibera sostitutiva sia priva non solo dei vizi che inficiavano quella sostituita, ma anche di ogni altro e diverso vizio - e segnatamente, da quelli qui denunciati dal C., con particolare riguardo alla dedotta assenza sia del *quorum* costitutivo che deliberativo necessario all'adozione della delibera impugnata.

Assume pertanto rilevanza centrale, come ben compreso dall'attore, la questione relativa alla (in)validità ma, soprattutto, (in)efficacia della scrittura privata con cui la creditrice pignorataria Roma Gas & Power (avente pegno sul 97% di ARGOS s.r.l. detenuto da PROPERTY S.r.l.) ha dichiarato il giorno prima dell'assemblea (3/4/2020) di rinunciare ad esercitarvi il diritto di voto, autorizzando quindi a partecipare all'assemblea (e quindi, evidentemente e necessariamente, ad esprimervi il voto da essa rinunciato) la debitrice pignorataria PROPERTY (2).

Premesso che non è contestata la provenienza della dichiarazione dalla mano e dalla volontà dell'amministratore *pro tempore* di Roma Gas & Power S.p.A. M. A., e che allo stato non vi sono elementi che suffraghino il sospetto che essa non esistesse - come invece espressamente dichiarato, sotto propria responsabilità, dal presidente dell'assemblea - alla data e ora della decisione assembleare del 4/4/2020 (3).

Il Collegio ha apprezzato, e condivide in diritto, la dissertazione del reclamante secondo cui qualsiasi modifica (in senso ampliativo, diminutivo o estintivo) del diritto di pegno, in quanto afferente a vicende circolatorie sia pur parziali delle partecipazioni sociali, richiedeva - per essere opposta ad ARGOS s.r.l. - le stesse formalità previste per la costituzione e l'efficacia dell'atto di pegno, e quindi in ultima analisi quelle previste dall'art. 2470 co. 2° c.c. (iscrizione nel registro delle imprese di scrittura privata autenticata).

Ma il punto è che, fermo il principio generale, non solo lo stesso art. 2352 c.c., richiamato dall'omologa norma dettata per il tipo s.r.l. (art. 2471-bis c.c.), consente che il diritto di voto spetti al creditore pignoratario "salvo convenzione contraria": la quale, nel silenzio della norma, non v'è ragione di dubitare che possa essere sia successiva all'atto di pegno sia "puntuale", vale a dire a valere per una singola riunione assembleare.

(1) Quale sarebbe documentata dai docc. 64 - 68 prodotti in questa sede.

(2) Cfr. doc. 27 res., cit.

(3) Sussistendo anzi elementi documentali di segno convergente e contrario, quali le comunicazioni di cui ai doc. nn. 28, 29 e 30 prodotti dalla ARGOS S.r.l. avanti al giudice istruttore.

Ma anche e soprattutto, che nella specie le parti (Roma Gas & Power e Property) non hanno proceduto ad alcuna modifica sostanziale del diritto di pegno, bensì ad un mero atto dispositivo (di segno, il che è irrilevante, abdicativo) limitato ad un singolo atto d'esercizio di una delle facoltà in esso - per legge e per titolo - ricomprese; per il quale non può pertanto ritenersi imposta dalla regola citata, proprio per non trattarsi di modificazione rilevante sugli assetti proprietari, formalità ulteriore di quella necessaria e sufficiente a rendere certa e nota alla società, e per essa al presidente dell'assemblea, la traslazione per quella singola seduta (ed eventualmente, per quella singola proposta all'ordine del giorno) del diritto di voto dal creditore pignoratizio al socio suo debitore.

E del resto, non si comprenderebbe altrimenti perché, se Roma Gas & Power poteva (come certamente poteva) limitarsi a rilasciare alla socia debitrice PROPERTY una pura e semplice delega per l'assemblea (senza, evidentemente, alcun particolare onere formale se non quello dettato dall'art. 2479-bis co. 2° c.c.), per lo stesso risultato pratico - ove perseguito con una rinuncia ad esercitare il diritto di voto "restituendolo" per quella singola assemblea al socio - sarebbe stato invece necessario un regime formale più severo, e in ultima analisi di fatto impraticabile per le concrete modalità in cui il Registro delle imprese è tenuto. Il che convince in questa sede il Collegio, ferma ogni migliore e diversa determinazione che il Tribunale vorrà assumere al riguardo in sede di decisione della causa, che la dichiarazione recettizia resa sul punto da Roma Gas & Power ad ARGOS s.r.l. menzionata dal presidente in apertura di seduta ed oggi agli atti della società e del

processo, era e rimane valida ed efficace; con il che, restano assorbite tutte le ulteriori censure che, in relazione al contenuto e agli effetti da essa prodotti in merito alla legittimazione a partecipare all'assemblea ed a votare (così come ad impugnare la delibera in caso di sua invalidità o inefficacia), N. C. ha ribadito in questa sede.

6).3 Quanto all'ultima e subordinata doglianza sopra richiamata, può ritenersi allo stato - anche alla luce di quanto già sopra osservato in merito alle ragioni della convocazione integrativa dell'assemblea ex art. 2479 co. 1° c.c. da parte dei soci di maggioranza assoluta (4) - che la convocazione della riunione dei soci del 4/4/2020, espressamente avvenuta alla luce della già intervenuta contestazione dei poteri dell'amministratore neoeletto (P.) da parte dell'amministratore revocato (C.) (5) ed altrettanto espressamente motivata in assemblea dalla volontà di far "venir meno qualunque interesse alla impugnazione della precedente assemblea [del 24/1/2020]" ed eliminare "anche il contenzioso giudiziale sul punto", non pare lasciar spazio al dubbio che la proposta di "conferma [della] nomina [dell'] amministratore unico" incorporasse la conferma anche della previa revoca, pure assunta il 24/1/2020, del precedente amministratore; quale poi effettivamente deliberata dai soci presenti ed aventi diritto al voto.

7. Per tali dirimenti ragioni, che rendono superfluo procedere al riesame (comparativo o meno) del controverso *periculum in mora*, il reclamo va respinto; rimettendo le spese relative - così come per la fase svoltasi avanti al giudice istruttore - alla liquidazione finale che ne farà il giudice della causa di merito. (*omissis*).

Rinuncia all'esercizio del diritto di voto da parte del creditore pignoratizio e opponibilità alla società della convenzione di voto non iscritta nel Registro delle Imprese

di Giuseppe Colombo ()*

Con l'ordinanza in oggetto, il Tribunale di Milano ha rigettato il reclamo, interposto dall'amministratore revocato di una S.r.l., avverso la delibera sostitutiva della delibera di revoca. Il voto determinante ai fini dell'approvazione della delibera sostitutiva era stato espresso da parte del socio pseudo-totalitario, benché la sua partecipazione fosse costituita in pegno e non constasse l'iscrizione nel Registro delle Imprese di alcuna convenzione, rilevante ex artt. 2352 e 2471-bis c.c., col creditore avente ad oggetto l'esercizio del voto. Invero, il voto era stato esercitato dal socio solo in virtù di una rinuncia all'esercizio del diritto di voto rilasciata dal creditore pignoratizio tramite scrittura privata non autenticata. Il Tribunale lombardo ha al riguardo opinato che la convenzione di voto non sia soggetta a particolari oneri formali, né tantomeno alla necessaria iscrizione nel Registro delle Imprese, così accogliendo l'orientamento più liberale. La decisione offre la possibilità di svolgere una generale ricognizione della tematica concernente gli oneri cui è soggetta la convenzione di voto, nonché sui requisiti della sanatoria di decisioni dei soci nulle nella S.r.l.

(4) V. *supra*, in apertura del par. 6).2.

(5) Che aveva già depositato un ricorso cautelare poi rinunciato e procedette pochi giorni dopo (23/3/2020) alla notificazione della citazione introduttiva della causa n. 12383/20 R.g.

(*) Il contributo è stato sottoposto in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

By means of the order issued by the Court of Milan and hereby commented, the same Court rejected a petition filed by the revoked director of a limited liability company, aimed at declaring void and null the substitute decision to the one revoking the plaintiff. The crucial vote in order to approve said decision was cast by an almost-absolute majority quotaholder, albeit his quotas were, at the time, fully pledged and no agreement with the pledgee was filed with the competent Companies' Registry, pursuant to article 2352 and 2471-bis of the Italian Civil Code. Indeed, such a vote had been cast by the aforementioned quotaholder only by virtue of a waiver issued by the pledgee and enshrined in a private, non-notarised document. The Court of Milan has stated, in this regard, that an agreement on the exercise of the voting rights between the pledger and the pledgee in the quotaholders' meeting is not subject to any specific formality, nor to the compulsory filing with the Companies' Register, therefore adhering to a broader legal approach to the matter. The decision offers the opportunity to delve into a broad inquiry of the themes surrounding the formalities required by the agreement on the exercise of voting rights in a quotaholders' meeting, as well as of the existing requirements for the remedies available for null and void decisions adopted by the quotaholders in a limited liability company.

Rigetto dell'istanza di sospensiva di delibera sanante la deliberazione di revoca dell'amministratore

L'ordinanza in commento, resa dalla Sezione Specializzata in materia d'Impresa del Tribunale di Milano, in fase di reclamo, ha confermato la reiezione dell'istanza di sospensiva di una delibera assembleare di S.r.l., formulata dall'ex-amministratore unico di tale società, al contempo socio per una quota pari all'1% del capitale sociale. Specificamente, tramite tale decisione dei soci era stata confermata la delibera di nomina di nuovo amministratore unico, rappresentante del socio di maggioranza, in sostituzione dell'impugnante.

La decisione dei soci *sub iudice* era quindi finalizzata a sostituire - con efficacia sanante *ex art. 2377*, comma 8, c.c. - la precedente delibera assembleare, apparentemente viziata.

Per meglio comprendere le peculiarità della vicenda processuale, merita di essere osservato che il capitale sociale della S.r.l. era detenuto per il 97% (dunque in via pressoché totalitaria) da parte d'una società di capitali, le cui quote erano costituite in pegno a favore di creditrice pignorizia. Il 3% del capitale residuo era, invece, suddiviso in parte eguali fra tre soci, fra cui appunto l'ex-amministratore.

Nel mese di gennaio, con convocazione effettuata il giorno precedente all'assemblea, tramite messaggio telefonico, direttamente da parte del socio di maggioranza, e non dall'amministratore, a dispetto della previsione statutaria (1), ed in assenza di partecipazione del medesimo amministratore e di altra socia di minoranza (2), si era tenuta la prima assemblea, in esito alla quale l'impugnante era appunto stato revocato dalla propria carica e sostituito.

A fronte dell'impugnativa formulata dall'ex-amministratore, la società, nel mese di aprile 2020, prendeva la nuova decisione dei soci, anche ai sensi dell'art. 2377, comma 8, c.c., tramite cui era confermata la nomina del nuovo amministratore unico, ma non esplicitamente la revoca dell'impugnante. La convocazione era effettuata dal sindaco della società, con argomenti all'ordine del giorno stabiliti anche dal socio di maggioranza.

La decisione assembleare era assunta col voto determinante del socio pseudo-totalitario, per effetto della rinuncia all'esercizio del diritto di voto da parte del creditore pignorizio.

L'ex-amministratore, in veste di socio (3), aveva quindi impugnato, ai sensi dell'art. 2479-ter c.c., sia la prima sia la seconda delibera, formulando al contempo ricorsi *ex art. 2479-ter*, ultimo comma, e art. 2378, ultimo comma, c.c., con l'auspicio d'ottenere la sospensione

(1) Per espressa previsione statutaria, l'avviso di convocazione avrebbe dovuto essere "inviato tramite raccomandata a/r al domicilio risultante a registro imprese almeno 8 giorni prima dello svolgimento dell'assemblea", sulla base di quanto si evince dall'ordinanza, in consonanza col disposto di cui all'art. 2479-bis, comma 1, c.c.

(2) Come si evince dall'ordinanza resa, in fase di reclamo, sull'impugnativa della prima delibera, resa in data 23 luglio 2020, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

(3) Stante il fatto che, mentre è dibattuta la facoltà per l'ex-amministratore di impugnare la delibera di propria revoca (per una

generale ricognizione della tematica, affrontata rispetto al tipo S.p.a. ma valevole anche per il tipo S.r.l., *ex multis*, cfr. F. Calagna, *Legittimazione dell'amministratore revocato ad impugnare la delibera di revoca*, in questa *Rivista*, 2013, 1047 ss.; M. Tola, *Legittimazione dell'amministratore a impugnare la propria revoca e "diritto a un ricorso effettivo"*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 601; G. Colombo, *Delibera di revoca del C.d.A. e carenza di legittimazione all'impugnativa dei singoli amministratori*, in questa *Rivista*, 2019, 1257), è pacifica la legittimazione di ogni singolo socio, a dispetto della percentuale di capitale detenuta (cfr., *ex multis*, Trib. Latina 22 giugno 2004, in questa *Rivista*, 2005, 93).

di ambedue, anche in quanto concatenate (giacché l'oggetto della seconda decisione dei soci presupponeva, a livello logico, l'esecuzione della prima).

Il ricorso di prime cure rispetto alla delibera sostitutiva veniva tuttavia respinto, posto anche che la prima delibera non risultava, allo stato, sospesa (4); conseguentemente, la delibera sostitutiva appariva essere logicamente conseguente ad una decisione dei soci ancora valida. Parimenti, il giudice alla cui cognizione era stata posta l'impugnativa della prima delibera, aveva rigettato l'istanza di sospensiva, rilevando che essa risultava sanata dalla delibera sostitutiva.

Inoltre, in riferimento alla presunta irregolare costituzione dell'assemblea che aveva assunto la delibera sostitutiva, il Giudice monocratico aveva rilevato come, al netto di qualsivoglia indagine sul merito della validità della rinuncia al voto da parte del creditore pignoratorio, la mera valutazione comparativa tra i pregiudizi che sarebbero potuti derivare in capo al socio o alla società avrebbe dovuto condurre al rigetto della sospensiva, stante il fatto che il socio quasi-totalitario, con l'accordo del proprio creditore titolare del pegno, aveva espresso il proprio consenso all'impugnata decisione dei soci. Di talché, una nuova delibera avrebbe probabilmente confermato l'esito non desiderato dall'amministratore.

Pertanto, l'impugnante aveva denunciato il presunto "corto circuito" decisionale in cui i distinti giudici istruttori investiti della sospensione delle delibere erano caduti, allorché avevano fondato le rispettive decisioni su quelle altrui, senza concentrarsi nell'effettivo esame delle ragioni di rispettiva impugnazione. Il reclamante aveva quindi insistito per la sospensione dell'esecuzione (anche) della decisione dei soci sostitutiva, deducendo: (i) l'incoerenza tra ordine del giorno e deliberazione assembleare, atteso che con essa era stata confermata la revoca dell'attore pur in assenza d'esplicita indicazione di tale argomento nell'avviso di convocazione; (ii) l'irregolare costituzione dell'assemblea, giacché ad essa aveva partecipato il socio di maggioranza a fronte di un'irrituale - e nella tesi attorea inopponibile - rinuncia all'esercizio del diritto di voto da parte del creditore pignoratorio.

Per contro, la reclamata, oltre a replicare nel merito rispetto alla fondatezza dei motivi di presunta invalidità della delibera, aveva eccepito la carenza d'interesse ad agire del socio, in ragione del definitivo rigetto dell'istanza di sospensione della prima delibera, successivamente alla decisione del reclamo.

Il Tribunale lombardo ha ritenuto, preliminarmente, sussistente l'interesse del socio, *ex-amministratore*, ad ottenere la sospensiva dell'esecutorietà della delibera, ché, in caso di annullamento della prima delibera, se egli avesse ottenuto anche la sospensione anche della seconda deliberazione, avrebbe avuto diritto a reclamare la propria reintegrazione nella carica amministrativa.

Senonché, nel merito, ambe le ragioni d'impugnazione sono state rigettate dal Collegio, il quale ha valutato che l'istanza di sospensiva non fosse sorretta da adeguato *fumus boni iuris*. Ciò pur prescindendo, diversamente dal Giudice monocratico, dalla comparazione tra i potenziali pregiudizi derivanti dall'esecuzione della delibera, in capo al ricorrente ed alla resistente, ai sensi dell'art. 2378 c.c.

Precipuamente, il Collegio ha *de facto* rigettato nel merito (sia pur con sommario scrutinio) le ragioni d'impugnazione, rilevando, con riferimento alla presunta irregolare costituzione dell'assemblea, che la rinuncia al diritto di voto per la singola decisione dei soci da parte del creditore pignoratorio non necessiterebbe di essere effettuata con le formalità prescritte dall'art. 2470, comma 2, c.c.

A detta del Tribunale, la rinuncia al diritto di voto del creditore pignoratorio, per la singola assemblea, potrebbe effettuarsi anche con mera scrittura privata non autenticata, assurgendo a "diversa convenzione", rilevante *ex artt. 2352 e 2471-bis c.c.*, non necessitante di forma solenne.

Con riguardo all'incongruenza tra l'ordine del giorno ed il deliberato, invece, il Tribunale ambrosiano rilevava che, essendo la convocazione "espressamente avvenuta alla luce della già intervenuta contestazione dei poteri dell'amministratore neoeletto da parte dell'amministratore revocato" coll'esplicita "volontà di far 'venir meno qualunque interesse alla impugnazione della precedente assemblea'", doveva implicitamente ritenersi incorporata nell'ordine del giorno la conferma della revoca del precedente amministratore.

La decisione del Collegio merita di essere approfondita sotto più profili.

Sanabilità della decisione dei soci presa in assenza assoluta di informazione

In primo luogo, occorre osservare come l'impugnante abbia denunciato un "corto circuito decisionale" fra

(4) Mentre l'ordinanza di rigetto della sospensiva della seconda delibera era resa il 16 giugno 2020 (e comunicata il 1° luglio 2020), l'ordinanza di rigetto della sospensiva della prima delibera era resa

il 10 (e comunicata il 12) giugno 2020: conseguentemente, le decisioni erano emesse quasi contemporaneamente.

le ordinanze rese in proposito alla sospensiva della prima e della seconda delibera, contestando il fatto che, da un lato, la richiesta di sospensiva della prima delibera veniva rigettata per via della sanatoria disposta con la seconda delibera, mentre, del pari, la richiesta di sospensiva della seconda delibera veniva rigettata siccome la prima delibera non era ancora stata sospesa.

Benché l'argomento sia stato respinto dal Collegio, appare che, in verità, ai fini del rigetto della istanza di sospensiva della prima delibera, in fase di reclamo fosse stato ritenuto "dirimente ... il rigetto da parte del giudice istruttore" della fase cautelare "dell'istanza di sospensione della delibera" sostitutiva (5). Infatti, il Collegio investito dell'impugnativa della prima delibera rilevava che la seconda decisione dei soci, in quanto non sospesa, avesse sostituito ad ogni effetto la prima, sicché, l'impugnante, impregiudicati i diritti risarcitori, non avrebbe avuto, *rebus sic stantibus*, un interesse attuale a sentirne sospendere gli effetti.

Per tale motivo, non poteva che rendersi necessaria una decisione, nel merito, sulla sospensiva della seconda delibera, siccome, laddove il giudizio di merito sulla prima impugnativa si fosse risolto nell'annullamento della decisione dei soci, e la delibera sostitutiva fosse stata sospesa, l'ex-amministratore

avrebbe avuto - per utilizzare le parole del Tribunale - "diritto a reclamare la propria reintegrazione nella carica amministrativa revocatagli".

In altre parole, la sospensione della delibera sanante avrebbe potuto condurre, nell'opinione del Collegio, all'eventuale annullamento della prima delibera ed alla reintegra dell'impugnante nella propria carica (6), in ossequio ai comuni principi civilistici (7).

Forse, più che all'eventuale reintegra dell'amministratore, la cui ammissibilità risulta essere dubbia nell'ambito delle società di capitali *post-riforma* (8), considerando che in caso di reintegrazione, l'amministratore ripristinato sarebbe soggetto ad essere in breve tempo nuovamente rimosso dall'incarico (9), l'interesse ad agire avrebbe potuto essere ricondotto al mero interesse del socio, soprattutto se amministratore *in thesi* invalidamente revocato, alla tutela della legalità statutaria (10).

Peraltro, la seconda delibera pareva volta a sanare non già una delibera meramente annullabile, bensì nulla *tout court* per assenza assoluta d'informazione, atteso che in occasione della prima assemblea, la convocazione dell'impugnante era stata effettuata direttamente dal socio di maggioranza, con messaggio telefonico (11), e soltanto il giorno antecedente all'adunanza.

(5) Nell'ordinanza resa sulla prima decisione dei soci si legge testualmente: "pare assolutamente dirimente, ai fini della presente decisione sommaria e cautelare, il rigetto da parte del giudice istruttore della causa n. 13097/20 R.g. dell'istanza di sospensione della delibera che i soci (della società) hanno assunto, con esplicita valenza sostitutiva della precedente, il 4/04/2020".

(6) Sul punto, la Suprema Corte di Cassazione, sia pur con riguardo alla revoca da una carica rivestita all'interno del C.d.A., pare aver affermato la possibilità di una tutela "reale" in caso di revoca tramite delibera consiliare viziata, statuendo come "allorché la revoca costituisca la risposta ad un'attività di difesa del principio di parità di trattamento, posta in essere con buona fede e correttezza dal soggetto revocato, con il conseguente diritto alla reintegra nella carica, oltre al risarcimento del danno, ove provato" (cfr. Cass. Civ. 4 dicembre 2019, n. 31660, in *Foro it.*, 2020, I, 556).

(7) Cfr. Trib. Verona 30 giugno 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 303; C. Conforti, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, 2007, 526. Sulla necessità di una tutela giudiziale effettiva, che comporti anche la reintegrazione dell'amministratore nella carica, cfr. M. Tola, *op. cit.*

(8) Benché in realtà tale possibilità sia discussa, a seguito della Riforma del 2003: parte della giurisprudenza ha affermato che "l'annullamento della delibera di revoca non comporta comunque la reintegra dell'amministratore revocato nella propria carica" (App. Torino 18 dicembre 2018, inedita; Trib. Ancona 4 settembre 2018, in *DeJure*; Trib. Bologna 4 novembre 2014, in *Pluris*).

(9) Cfr. Trib. Palermo 24 gennaio 2013, in questa *Rivista*, 2013, 1046 ss. Sul punto, cfr. anche Trib. Venezia 21 aprile 2016, in *Pluris*, per cui "la revoca (anche senza giusta causa) è comunque ammessa dall'art. 2383 c.c., che riconosce alle società il diritto di revocare ad nutum l'amministratore, con il solo obbligo di risarcimento del danno qualora manchi la giusta causa" e perciò "sulla base dell'art. 2383 c.c., non può essere annullata con ripristino

della carica". Cfr. anche M. Libertini - A. Mirone - P. Sanfilippo, *Art. 2378, in L'assemblea*, Milano, 2016, 422, nt. 94.

(10) Tale interesse è stato declinato nella tutela della stabilità dell'organizzazione sociale: il medesimo Tribunale di Milano ha ritenuto che l'interesse alla richiesta di sospendere gli effetti della delibera di nomina di un amministratore possa essere ricollegato al "carattere pregiudizievole per la stabilità della stessa organizzazione sociale della permanenza in carica di un organo gestorio invalidamente nominato...di per sé indicativo - nel giudizio di comparazione previsto dall'art. 2378 c.c. quarto comma - della prevalenza dell'interesse della socia alla sospensione, nel caso di mancata adozione di tale provvedimento venendo ad essere compromesso anche l'interesse della società ad una regolare costituzione dell'organo gestorio" (cfr. Trib. Milano 1° dicembre 2020, in *Pluris*; Trib. Milano 5 febbraio 2018, in questa *Rivista*, 2019, 307, con nota di F. Zuti Giachetti, *Efficacia endosocietaria della cessione di partecipazioni di s.r.l. e procedimento di sospensione delle deliberazioni*; analogamente Trib. Roma 24 luglio 2017, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Napoli 22 settembre 2015, in *Pluris*).

(11) Si ritiene che la convocazione di un'assemblea a mezzo messaggio telefonico con conferma di lettura (tramite SMS, ovvero tramite Whatsapp, Messenger e consimili) sia ammissibile, ove tale possibilità sia prevista dallo Statuto: cfr. V.R. Dragani - F. Prenestini, *Convocazione impropria e formazione del consenso nella società per azioni*, in *Riv. Società*, 2018, 693; S. Luoni, *Convocazione dell'assemblea: la PEC in alternativa alla raccomandata*, in *Giur. it.*, 2016, 640; H. Simonetti, *nota a Cass.*, 13 luglio 2007, n. 15672, in *Foro it.*, 2008, I, 1198. In materia di S.p.a. chiusa, *ex plurimis*, C.A. Busi, *Le modalità di pubblicazione o comunicazione dell'avviso di convocazione nelle s.p.a. non quotate*, in *Studi e materiali*, Milano, 2013, 465 ss.; V. Clerici - F. Laurini, *Il procedimento assembleare nella S.p.a.: ipotesi applicative*, in AA.VV., *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di A. Bortoluzzi,

A tale proposito, va osservato preliminarmente che la legittimazione del socio di S.r.l., titolare almeno di un terzo del capitale sociale, ad effettuare direttamente una convocazione assembleare è dibattuta, alla luce del disposto dell'art. 2479, comma 1, c.c. (12), specie laddove lo Statuto disponga che tale facoltà spetti all'organo amministrativo (13). Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, l'esercizio di siffatto potere di convocazione spetta al socio (o ai soci) che rappresenti almeno un terzo del capitale sociale solo in caso di inerzia dell'organo amministrativo (14). Nel caso *de quo* pareva non esservi stata alcuna inerzia dell'amministratore. Inoltre, la convocazione via messaggio, avvenuta solo il giorno prima dell'assemblea (15), era avvenuta con modalità totalmente

diverse da quelle indicate dall'atto costitutivo (16), da parte di un soggetto non legittimato (17) e, dunque, tale da comportare l'invalidità dell'assemblea susseguentemente assunta.

In altre parole, si trattava di una decisione dei soci assunta in assenza assoluta d'informazione (18) e, pertanto, nulla (19).

L'ammissibilità della sanatoria, *ex art. 2377*, comma 8, c.c., di una delibera assunta in assenza assoluta d'informazione è dibattuta: l'art. 2479-ter, ultimo comma, c.c. non richiama direttamente il comma 4 dell'art. 2379 c.c., in tema di sanatoria della nullità, cosicché v'è chi ha ritenuto che la sanatoria trovi applicazione per analogia (20), chi ha ritenuto possibile la diretta applicabilità dell'istituto (21) stante il

Torino, 2004, 105; F. Tassinari, *La convocazione dell'assemblea, ne Il funzionamento dell'assemblea di S.p.A. nel sistema tradizionale*, Milano, 2008, 125.

(12) L'orientamento costante del Tribunale di Milano è quello per cui il socio titolare di almeno un terzo del capitale sociale sia legittimato a convocare l'assemblea, persino in assenza di inerzia degli amministratori: cfr. Trib. Milano 11 dicembre 2020, ordinanza, reperibile in *Consolle Avvocato*; Trib. Milano 3 aprile 2020, in *Quotidiano giuridico*, 2020; Trib. Milano 7 novembre 2019, in questa *Rivista*, 2020, 245; Trib. Milano 7 settembre 2017, in questa *Rivista*, 2017, 1431. *Contra*, Trib. Ancona 14 gennaio 2019, in *DeJure*. In dottrina v'è un ampio prospetto di posizioni: a favore della generale legittimazione conferita al solo organo amministrativo, senza facoltà per i soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale di convocare l'assemblea, neppure in caso di inerzia, cfr. M. Cian, *Le decisioni dei soci: competenze decisorie e decisioni assembleari*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibbà - G. Marasà, Milano, 2020, II, 1362, il quale rileva come l'art. 2479, comma 1, c.c. non introduca espressamente alcuna prerogativa in materia; cfr. R. Rosapepe, *Sub art. 2479-bis*, in *La riforma delle società: commentario del d. lgs. n. 6/2003*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 3, 170. A favore della legittimazione dei soci titolari di almeno un terzo del capitale sociale, *ex plurimis*, O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, 300.

(13) In tal caso, la giurisprudenza suole ritenere che il potere di disporre la convocazione spetti ai soci che rappresentano il terzo del capitale sociale solo in caso di inerzia dell'organo gestorio: cfr. Trib. Bolzano 15 maggio 2019, in *DeJure*; Trib. Roma 1° agosto 2018, ordinanza, reperibile in *Consolle Avvocato*. *Contra*, a favore della generale legittimazione del socio anche in caso di previsione statutaria che accordi la legittimazione a convocare l'assemblea all'organo amministrazione, ed in assenza di inerzia di tale organo, oltre alle citate decisioni del Tribunale di Milano, cfr. Trib. Bologna 19 febbraio 2020, ordinanza, reperibile in *Consolle Avvocato*; Trib. Palermo 21 maggio 2018, ordinanza, reperibile in *Consolle Avvocato*.

(14) Cfr. Cass. Civ. 25 maggio 2016, n. 10821, in *Giur. comm.*, 2017, II, 858.

(15) Quindi in tempo non utile per consentirne la partecipazione all'assemblea: cfr. Cass. Civ., SS.UU., 14 ottobre 2013, n. 23218, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1025, statuiva con un *obiter dictum* che in casi di tal fatta si fosse al cospetto di una delibera assunta in assenza assoluta di informazione. Cfr. F. Riganti, *Il termine per la convocazione dell'assemblea di s.r.l.*, *Ibidem*.

(16) Cfr. G. Palmieri, *Le decisioni con oggetto impossibile o illecito e l'assenza assoluta di informazione*, in *S.r.l.: Commentario*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, dedicato a G.B. Portale, Milano, 2011, 856; Trib. Bologna 18 agosto 2005, in questa

Rivista, 2006, 1009 ss. A favore della validità della convocazione effettuata tramite mezzi diversi rispetto a quelli statutariamente previsti (*i.e.* telegramma piuttosto che raccomandata), cfr. App. Genova 10 agosto 2020, in *DeJure*.

(17) La convocazione era stata infatti effettuata direttamente dal socio la cui partecipazione era costituita in pegno. Al riguardo, va rilevato che è discussa la spettanza dei diritti amministrativi diversi dal voto, in caso di partecipazione sottoposta a vincoli (nonostante il disposto dell'art. 2352, comma 6, c.c.). Recentemente il Tribunale di Milano ha statuito che sia valida la convocazione assembleare effettuata da parte di un socio (titolare almeno del terzo del capitale sociale) la cui quota sia sottoposta a pignoramento (cfr. Trib. Milano 11 dicembre 2020, ordinanza, reperibile in *Consolle Avvocato*); purtroppo, appare diffusa la diversa opinione per cui il potere di convocazione in capo ai soci detentori del terzo del capitale sociale, configurandosi quale attributo del diritto di voto, dovrebbe seguirne le sorti: cfr. L. Calvosa, *Altre vicende delle partecipazioni*, in C. Ibbà - G. Marasà (a cura di), *Le società a responsabilità limitata*, Milano, 2020, I, 754.

(18) Su cui cfr. Cass. Civ. 16 settembre 2019, n. 22987, in questa *Rivista*, 2020, 697.

(19) Cfr. Cass. Civ. 16 settembre 2019, n. 22987, cit.; Trib. Milano 20 febbraio 2020, in *Pluris*; Trib. Milano 27 settembre 2018, in *Pluris*; Trib. Trieste 11 luglio 2018, in *Pluris*.

(20) Cfr. Trib. Venezia 20 maggio 2016, in *DeJure*: la Curia veneta ha statuito che la sostituzione della delibera nulla possa essere effettuata "in applicazione analogica anche alle società a responsabilità limitata dell'art. 2379 comma 4 cc previste in tema di nullità delle deliberazioni assembleari nelle società per azioni, posto che l'art. 2479 ter ultimo comma cc non richiama la disciplina della ratifica delle deliberazioni nulle ma solo la disciplina delle deliberazioni annullabili *ex art. 2377 c.c.*, deve reputarsi che non debba darsi luogo alla pronuncia di nullità, essendo cessata la materia del contendere, in quanto la nuove deliberazioni hanno sostituito quelle impugnate in modo da far venire meno i vizi di convocazione che le inficiavano". Non tratta di analogia, ma di richiamo all'art. 2377, comma 8, c.c. e sua applicazione "in quanto compatibile", P. Reviglione, *La sostituzione delle deliberazioni (e decisioni) invalide nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 923.

(21) Trib. Roma 6 luglio 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Palermo 26 maggio 2017, in *Pluris*. In dottrina, ritiene sia "pacifica l'applicabilità dell'art. 2377, comma 8, c.c. alle delibere nulle", con esplicito riferimento alla S.p.a., ma apparentemente anche alla S.r.l., R. Bonzi, *Profili di diritto sostanziale e processuale in caso di sostituzione della delibera assembleare*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 905, nt. 6; cfr. G. Baralis - P. Ferrero, *L'invalidità delle decisioni (collegiali e non), con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata*, in *AA.VV., Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 297.

richiamo generico dell'ultimo comma dell'art. 2479-ter c.c., anche invocando un'interpretazione estensiva (22), e chi invece l'ha negata *in toto* (23). Discusso è, peraltro, se per le decisioni dei soci nulle possa essere adottato lo speciale procedimento dettato dal comma 1 dell'art. 2479-ter c.c. (24).

Il Tribunale di Milano, implicitamente, ha risolto in senso affermativo la questione (25).

Ciò premesso da un punto di vista preliminare, merita di essere osservato che il Giudice di prime cure avesse coerentemente escluso la possibilità di sospendere l'esecuzione della delibera sostitutiva anche sulla base del mero bilanciamento fra gli interessi dell'impugnante, titolare di una partecipazione pari all'1% del capitale sociale, e quelli del socio di maggioranza, che lo aveva sfiduciato. Ciò benché sia discussa la possibilità di dar corso a siffatto bilanciamento dinanzi a decisioni sociali nulle (26).

Al proposito, risulta evidente che il pregiudizio derivante alla società dalla reintegrazione nella carica dell'amministratore revocato, privo della fiducia dei soci di maggioranza, sia maggiore di quello derivante allo stesso amministratore dalla mancata sospensione (27), considerando anche che, a fronte di una revoca ingiustificata,

permangono impregiudicati gli eventuali diritti risarcitori dell'ex-amministratore (28).

Quanto esposto è, *a fortiori*, condivisibile ove la delibera di revoca sia stata confermata da una delibera sostitutiva adottata dalla quasi totalità del capitale sociale, come nel caso *de quo* (29).

Per tal ragione è essenziale comprendere se la volontà sociale, nell'assunzione della delibera sostitutiva, si fosse effettivamente formata, stante la sussistenza di un pegno sulle quote del socio di maggioranza e la peculiare modalità d'espressione del voto.

Validità del voto esercitato dal socio a fronte della rinuncia del creditore pignoratizio

Il creditore pignoratizio, cui spettava il diritto di voto ai sensi dell'art. 2471-bis c.c., non constando alcuna esplicita convenzione contraria (30), aveva rilasciato, antecedentemente all'assemblea (e per la precisione il giorno precedente) una dichiarazione scritta con cui rinunziava ad esercitare il medesimo diritto di voto, con ciò autorizzando la debitrice a partecipare all'assemblea, nonché, "evidentemente e necessariamente" (*rectius* implicitamente), ad esprimere il voto.

(22) Cfr. A. Daccò, *I rinvii alla S.p.A. e i problemi di compatibilità, in S.r.l.: Commentario*, a cura di Dolmetta - Presti, dedicato a Portale, Milano, 2011, 869; G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata: Artt. 2475-2483, ne Il Codice Civile Commentato*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2010, 1433; O. Cagnasso, *op. cit.*, 322; G.P. Alleca, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, in F. Farina - C. Ibba - G. Racugno - A. Serra (a cura di), *La nuova s.r.l.*, Milano, 2004, 357.

(23) Cfr. N. Iezzi, *Rituali di convocazione, invalidità delle decisioni ed altre vicende "assembleari" nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 185. Si è osservato che a livello letterale dovrebbe opinarsi per l'inapplicabilità del sistema delle delibere sostitutive alle ipotesi delle decisioni dei soci nulle, ma che tale soluzione "benché conforme alla lettera delle norme, sembra poco razionale" (cfr. G. Presti - M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale: Il Società*, Bologna, 2009, 235).

(24) A favore, *ex plurimis*, G. Palmieri, *L'invalidità delle decisioni*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba - G. Marasà, Milano, 2020, II, 1454; G. Guerrieri, *Commento agli artt. 2479, 2479bis, 2479ter c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, III, 2048.

(25) In passato era stata invece invocata la ricorrenza di un'ipotesi di difetto d'interesse ad agire, laddove fosse stata ritualmente adottata una delibera sostitutiva di una in cui il socio non fosse stato convocato: cfr. Trib. Milano 12 gennaio 2010, in *Giur. it.*, 2010, 1321 ss.

(26) Cfr. A. Daccò, *op. cit.*, 870; S. Sanzo, *Sub art. 2377*, in G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 645 ss. Evidentemente, il giudizio di comparazione può avere luogo ove si ritenga che la delibera nulla sia dotata di efficacia: accogliendo la soluzione negativa, in ossequio ai comuni principi civilistici (M. Centonze, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 311; G.E. Colombo, *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, in *Riv. Società*, 2006, 935), una

comparazione tra pregiudizi non avrebbe ragion d'essere, in quanto la delibera sarebbe del tutto improduttiva di effetti.

(27) Cfr. Trib. Palermo 24 gennaio 2013, in questa *Rivista*, 2013, 1046 ss.

(28) Risulta essere del tutto pacifico che l'amministratore di S.r.l. revocato abbia facoltà di agire onde ottenere il risarcimento del danno laddove la revoca sia avvenuta senza giusta causa, pur in assenza di caducazione della decisione dei soci: cfr., *ex multis*, Trib. Bologna 13 giugno 2019, in *Pluris*; Trib. Milano 16 ottobre 2016, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Milano 11 novembre 2013, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

(29) Fermo restando il potere del Tribunale adito di esercitare uno scrutinio sulla delibera sostitutiva onde vagliare l'assenza di vizi: sul punto cfr. Cass. Civ. 13 giugno 2018, n. 13017, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 946; Trib. Roma 28 novembre 2017, in *Il societario.it*, 2018; Trib. Venezia 1° marzo 2016, in *DeJure*; Trib. Salerno 23 giugno 2009, in *DeJure*. *Contra*, ove l'impugnante non abbia impugnato anche la delibera sostitutiva, cfr. Trib. Milano 5 novembre 2020, in *Pluris*.

(30) La *ratio* è stata individuata nel fatto che "legittimato a votare dovrebbe essere il soggetto più interessato a valorizzare i profili patrimoniali della partecipazione sociale", ossia il creditore pignoratizio (cfr. L. Calvosa, *Il pegno della partecipazione*, in *S.r.l.: Commentario*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, dedicato a G.B. Portale, Milano, 2011, 856; S. Gatti, *La disciplina della circolazione delle partecipazioni sociali secondo il d. lgs. N. 6 del 2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 29; B. Libonati, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, 71 ss.). Minoritaria, per quanto autorevole, la corrente dottrinale secondo cui la ragione dell'attribuzione del diritto di voto al creditore pignoratizio dovrebbe risiedere nell'esigenza di calare il diritto reale di garanzia nella dimensione della partecipazione sociale alle società di capitali come forma organizzativa dell'impresa (cfr. G. Partesotti, *Usufrutto e pegno di azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, II, Torino, 1991, 316), con conseguente equiparazione della posizione del creditore pignoratizio a quella del socio.

Il Tribunale meneghino ha correttamente ritenuto che, ai fini della delibazione della validità della delibera, assumesse “rilevanza centrale” la cognizione sulla efficacia di tale scrittura privata, soprattutto in relazione all’idoneità a fungere quale convenzione contraria rilevante ex artt. 2352 e 2471 c.c.

In proposito, l’impugnante eccepiva l’invalidità della rinuncia all’esercizio del diritto di voto da parte del creditore pignoratorio, atteso che essa era stata posta in essere tramite scrittura privata, priva di data certa, destituita dei requisiti formali necessari per modificare l’atto di pegno.

Al riguardo, l’ex-amministratore argomentava che qualsiasi modifica (in senso ampliativo, diminutivo o estintivo) del diritto di pegno, in quanto afferente alla circolazione delle partecipazioni sociali, necessiterebbe, onde essere opponibile alla società, delle stesse formalità previste per la costituzione e l’efficacia dell’atto di pegno; ovvero, oltre alle condizioni di validità dettate dalle comuni disposizioni civilistiche (31), le forme prescritte dall’art. 2470, comma 2, c.c., consistenti nell’iscrizione presso il Registro delle Imprese di atto pubblico o di scrittura privata autenticata (32).

Il Tribunale, tuttavia, pur “apprezza(ndo) e condivide(ndo) in diritto” la tesi del reclamante rispetto alle formalità necessarie per addivenire ad una modifica del diritto di pegno opponibile *erga omnes*, ha ritenuto altresì che gli oneri in oggetto non rilevino rispetto alla rinuncia al diritto di voto del creditore pignoratorio per una singola assemblea. La rinuncia assurgerebbe infatti meramente al rango di “atto dispositivo” di tale diritto, circoscritto, rilevante

quale “convenzione contraria” ex artt. 2352 c.c. e 2471-bis c.c.

Un simile atto di disposizione, non essendo idoneo a modificare, in senso sostanziale, i diritti spettanti al creditore pignoratorio, non sarebbe soggetto, ad avviso del Collegio, alle prescrizioni di cui all’art. 2470, comma 2, c.c., ma necessiterebbe meramente della forma scritta, per poter esser opposto alla società.

D’altronde - opina il Collegio - il creditore pignoratorio ha facoltà di delegare il proprio voto al debitore pignorato, fornendo una semplice delega per iscritto (33), ai sensi dell’art. 2479-bis, comma 2, c.c. (34). Conseguentemente, non avrebbe ragion d’essere immaginare un aggravio formale per una mera rinuncia al voto in assemblea, a beneficio del proprietario della quota.

Rilevanza della rinuncia al diritto di voto del creditore quale “convenzione contraria” ex art. 2352 c.c.

La decisione del Tribunale, improntata a criteri di praticità e tutela della certezza dei rapporti societari, contraddice l’orientamento più rigoroso (invocato dall’ex-amministratore), per cui la convenzione volta a regolare l’esercizio del voto in modo difforme da quanto prescritto dagli artt. 2352 e 2471-bis c.c. sarebbe opponibile alla società solo laddove essa fosse effettuata con le medesime forme necessitate per la costituzione del vincolo (35), ossia, nella S.r.l., con l’iscrizione nel Registro delle Imprese, richiesta per l’opponibilità del trasferimento dei diritti di

(31) Ossia, attesa la natura di pegno di “*diritti diversi dai crediti*”, ex art. 2806 c.c., del pegno di quota di S.r.l. (su cui cfr. Cass. Civ. 27 novembre 2019, n. 31051, con nota di M. Costanza, *Pegno revocabile solo se opponibile*, in questa *Rivista*, 692 ss. e di M.L. Passador, *L’importanza di distinguere rilevanza interna ed esterna: tra deposito ed iscrizione*, in *Giur. it.*, 2020, 1680 ss.; cfr., *ex plurimis*, P. Reviglioni, *Il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata. Il regime legale*, Milano, 1998, 289; M. Stella Richter, *L’elenco dei soci previsto dagli artt. 2435 e 2493. C.c.: osservazioni a margine della legge 310 del 1993*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 345 ss.; favorevoli invece alla riconduzione del pegno di quota all’alveo del pegno di diritti di credito R. Rordorf, *Opponibilità al creditore pignorante del trasferimento di quote di s.r.l. non trascritto nel libro dei soci*, in questa *Rivista*, 1985, 947; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 143) l’iscrizione nel Registro delle Imprese del medesimo pegno.

(32) Il Ministero dello Sviluppo Economico, con nota n. 0127447, datata 5 luglio 2011, ha chiarito che il pegno e l’usufrutto di quote di società a responsabilità limitata possono essere costituiti solo con atto pubblico o scrittura privata autenticata da Notaio, precisando che per tali atti non sia applicabile la procedura prevista per la cessione di quote di S.r.l., prevista all’art. 36, comma 1-bis, D.Lgs. 25 giugno 2008, n. 112, che contempla la possibilità di cedere la quota tramite atto informatico sottoscritto dai contraenti

con firma digitale non autenticata e poi depositato al Registro delle imprese a cura di un intermediario abilitato in base all’art. 31, comma 2-*quater*, L. n. 340/2000.

(33) Sul punto, cfr. C. Angelici, *Le azioni*, in *Il codice civile - Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, 200 s.; R. Sacchi, *L’intervento e il voto nell’assemblea della S.p.A. - Profili procedurali*, in *Trattato della Società per azioni*, a cura di G. Colombo - G. Portale, 3*, Torino, 1994, 140. Per una riconduzione dell’efficacia della convenzione di voto alla facoltà per il socio di farsi rappresentare in assemblea, anteriormente alla Riforma, cfr. G.C.M. Rivolta, *Pegno di quota di società a responsabilità limitata e diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 287 ss.

(34) Si ritiene sia sufficiente che la procura sia scritta *ad probationem*: cfr. P.M. Sanfilippo, *Problemi disciplinari relativi all’adozione del metodo assembleare*, in *S.r.l.: Commentario*, a cura di Dolmetta - Presti, dedicato a Portale, Milano, 2011, 830; F. Magliulo, *Le decisioni dei soci*, in F. Tassinari - C. Caccavale - M. Maltoni - F. Magliulo, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, 367, nt. 132.

(35) Cfr. L. Calvosa, *Altre vicende*, cit., 743, nt. 124; F. Dimundo, *Sub art. 2352*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 99, nt. 49; S. Poli, *Il pegno di azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2000, 381 ss.

partecipazione e, dunque, per la costituzione del pegno, ai sensi dell'art. 2806 c.c. (36).

L'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'atto di trasferimento della quota, del resto, nella S.r.l. surroga e sostituisce l'annotazione a libro soci (37); differentemente, nella S.p.a. il trasferimento delle azioni necessita, per essere opponibile alla società, di essere annotato sul libro dei soci (38) e, secondo una tesi rigorosa, anche sul titolo (39).

A sostegno di tale assunto, è evidenziato che la convenzione contraria atterrebbe alla conformazione stessa del diritto reale limitato, atteggiandosi a patuitazione accessoria al negozio costitutivo, di talché essa dovrebbe essere iscritta secondo le formalità necessitate per la costituzione del vincolo, a pena di inopponibilità (40).

Altresì, è stato rilevato che la disciplina della convenzione contraria non appaia coerente con la disciplina inerente all'obbligo di conservazione della *res* costituita in pegno (41), dettata dall'art. 2790 c.c. (42) e che la ragione della sua sussistenza sia dovuta esclusivamente al fatto che sia il socio, sia il creditore pignoratizio, partecipano all'attività sociale (43). Conseguentemente, la convenzione dovrebbe acquisire rilevanza per la società tramite l'iscrizione a libro soci (44).

Taluni fautori dell'orientamento *de quo* asseriscono altresì che la convenzione contraria dovrebbe essere notificata alla società (45).

All'estremo opposto rispetto ad una tesi tanto rigorosa, consta l'orientamento per cui la convenzione

contraria possa essere convenuta anche oralmente: in tal caso spetterebbe al creditore pignoratizio dichiarare in assemblea l'attribuzione della legittimazione al socio debitore (46), posto che sarebbe sufficiente che la differente convenzione "venga tempestivamente portata a conoscenza della società, bastando all'uopo qualsiasi mezzo idoneo allo scopo" (47).

Il Tribunale insubre pare aver accolto tale ultima prospettazione, laddove ha statuito che non possa imporsi al creditore pignoratizio ed al socio la cui partecipazione sia costituita in pegno altra formalità rispetto a quella di "rendere certa e nota alla società, e per essa al presidente dell'assemblea, la traslazione per quella singola seduta (ed eventualmente, per quella singola proposta all'ordine del giorno) del diritto di voto dal creditore pignoratizio al socio suo debitore".

Col che il Collegio non solo legittima la rinuncia al diritto di voto da parte del creditore pignoratizio per la singola adunanza, ma anche per un singolo punto all'ordine del giorno, ritenendo sufficiente una mera comunicazione orale al presidente dell'assemblea (48). La statuizione dei Giudici milanesi appare coerente con la *ratio*, come ricostruita dalla Corte di cassazione nella sua costante giurisprudenza, su cui riposa il disposto dell'art. 2352 c.c.

A tale proposito, è stato osservato che "il fondamento di questa previsione" è dato dalla "attribuzione al creditore pignoratizio di una tutela del suo diritto reale di garanzia, in coerenza con la natura di tale

(36) Cfr. Cass. Civ. 27 novembre 2019, n. 31051, cit.; Trib. Paola 9 marzo 2002, in *Gius.* 2002, 1885; G.C.M. Rivolta, *op. cit.*, 287 ss.

(37) Cfr. G. Buccarella, *Pegno, sequestro, espropriazione di partecipazioni nella s.r.l.*, Milano, 2012, 29.

(38) Cfr. S. Gatti, *L'iscrizione nel libro dei soci*, Milano, 1969, 100-101.

(39) Cfr. F. Briolini, *Sub art. 2352 c.c.*, in G.B. Portale - P. Abbadessa, Milano, 2016, 606; Id., *Sub art. 2352. C.c.*, in *Delle società - dell'azienda, della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2015, 955, nt. 12; S. Poli, *op. cit.*, 381 ss.; F. Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2012, 269 s.; Id., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 333 ss.

(40) Cfr. F. Di Sabato, *op. loc. ult. cit.*

(41) M. Lisanti, *Carenza di legittimazione del creditore pignoratizio di azioni all'esercizio del diritto di recesso ex art. 2437 c.c.*, in questa *Rivista*, 2003, 1243, opina che il pegno di azioni "non può sfuggire all'applicazione delle norme del libro sesto in materia di pegno su beni mobili, incluse le norme disposte agli artt. 2790 e 2792 c.c."

(42) Cfr. F. Briolini, *op. loc. ult. cit.*; G.M. Buta, *Sulla mancata convocazione del creditore pignoratizio di quota di s.r.l.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 230; A. Luciano, *Usufrutto di partecipazioni sociali ed esercizio dei diritti amministrativi nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 197.

(43) G.C.M. Rivolta, *op. cit.*, riteneva, in contrasto con l'assunto, che il creditore pignoratizio (dell'azionista di S.p.a.) fosse

in linea di principio legittimato all'esercizio del diritto di voto non in quanto partecipante all'attività sociale, ma "per considerazioni d'ordine eminentemente pratico", relative al fatto che "là dove non è addirittura indispensabile alla costituzione del vincolo, è quanto meno normale il trapasso dei titoli azionari dall'azionista al titolare del diritto reale frazionario", cosicché per la società a responsabilità limitata, ove le quote non sono rappresentate da azioni, non avrebbe avuto ragion d'essere fornire il diritto di voto al creditore pignoratizio, "estraneo" rispetto alla compagine sociale. Per una critica a tale posizione, cfr. A. Rossi, *Pegno e pignoratizio della quota di società a responsabilità limitata e diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 472 ss.

(44) F. Briolini, *op. loc. ult. cit.*

(45) Di "notifica" tratta G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1972, 772.

(46) G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1994, 389; G. Scognamiglio, *op. cit.*, 250; Trib. Palermo 12 marzo 1958, in *Giur. sic.*, 1958, 1048 ss., con nota di I. Alcamo, *Opponibilità alla società delle convenzioni riguardanti l'esercizio del diritto di voto nel pegno di azioni sociali*.

(47) Cfr. G. Partesotti, *op. cit.*, 314; cfr. G. Scognamiglio, *Obblighi di comunicazione e concetto di partecipazione sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, 232 ss.

(48) Cfr. G. Cottino, voce *Società per azioni*, in *Novissimo Dig. it.*, XIVII, Torino, 1970, 602.

diritto e del normale intento pratico” perseguito dalle parti (49). Conseguentemente, la disponibilità del diritto di voto è appannaggio delle parti del rapporto pignoratorio (50), le quali sono facoltizzate a strutturarla secondo le proprie necessità.

Coerentemente rispetto a tali principi è maturata la giurisprudenza, pur risalente, della Corte di cassazione, la quale, facendo leva sul “principio di derogabilità” sancito dall’art. 2352 c.c. (51), ha ritenuto che il creditore pignoratorio di azioni, astenendosi dall’impugnare la delibera assembleare adottata con il voto del titolare delle azioni sottoposte a pegno, manifesta tacitamente la volontà di ratificare quel voto, ch’era in sua facoltà di consentire con apposita convenzione (52).

Orbene, se la semplice assenza di impugnazione da parte del creditore pignoratorio della delibera assunta col voto determinante del socio la cui quota sia oppignorata, addirittura in assenza di convenzione *ad hoc*, rende valida la deliberazione, non si vede la ragione per cui la convenzione tra parti del medesimo rapporto pignoratorio, assunta *ex ante*, debba sottostare a rigidi oneri formali quali quelli dettati per la costituzione del pegno (53).

Potrebbe obiettarsi, a fronte di tale ricostruzione, che requisiti di certezza rispetto alla convenzione di voto si impongano ai fini della tutela dell’affidamento della società, la quale, in assenza di patto correttamente registrato, potrebbe ritenersi obbligata ad impugnare, in persona dell’organo amministrativo e di controllo, la delibera assunta col voto determinante di un soggetto non legittimato (54). Tuttavia, potrebbe risultare sufficiente, a tal fine, ottenere certezza circa la paternità della convenzione, nonché l’ascrivibilità della medesima alle parti del rapporto di pegno, da parte del Presidente dell’assemblea, ferma restando l’invalidità della delibera in caso di voto espresso da soggetto non legittimato, e l’eventuale responsabilità del Presidente.

Nel caso *de quo*, stante l’incontestata provenienza della rinuncia dal creditore pignoratorio, non può che

apparire condivisibile la decisione del Tribunale in punto di efficacia della “convenzione contraria”.

Incorporazione “implicita” nell’ordine del giorno della revoca dell’amministratore

Da ultimo, l’ex-amministratore aveva lamentato un’ incongruenza fra quanto previsto all’ordine del giorno e quanto deliberato, posto che la propria revoca non era prevista fra i punti all’ordine del giorno nell’avviso di convocazione, né tale revoca poteva farsi derivare come effetto implicito della conferma della nomina del nuovo amministratore.

Il Tribunale di Milano non ha tuttavia condiviso l’assunto, siccome l’avviso di convocazione, pur non riportando all’ordine del giorno la revoca dell’amministratore, era stato emanato successivamente alla contestazione dei poteri dell’amministratore neo eletto ed era finalizzato, come espressamente chiarito in assemblea, a far “venir meno qualunque interesse alla impugnazione della precedente assemblea” ed eliminare “anche il contenzioso giudiziale sul punto”.

Onde vagliare la correttezza del *decisum* sullo specifico capo di impugnazione, va osservato che nella S.r.l. i contenuti minimi dell’avviso di convocazione debbono essere individuati, salve peculiari disposizioni statutarie, sulla base dell’art. 2366 c.c. (55).

Secondo un consolidato orientamento (56), l’indicazione dell’elenco delle materie da trattare ha la duplice funzione di rendere edotti i soci circa gli argomenti sui quali essi dovranno deliberare, per consentire la loro partecipazione all’assemblea con la necessaria preparazione ed informazione, e di evitare che sia sorpresa la buona fede degli assenti a seguito di deliberazione su materie non incluse nell’ordine del giorno (57).

Si suole opinare che a tal fine non sia necessaria una indicazione particolareggiata delle materie da trattare, ma risulti sufficiente una indicazione sintetica,

(49) Cfr. Cass. Civ. 18 novembre 1961, n. 2698, in *Giust. civ.*, 1962, I, 276; in dottrina, cfr., *ex multis*, A. Asquini, *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 16 s.

(50) Cfr. O. Lo Cigno, *Del lavoro: delle Società per azioni (artt. 2325-2461)*, 1975, 63.

(51) Cfr. Cass. Civ. 10 marzo 1999, n. 2053, in questa *Rivista*, 1999, 947.

(52) Cfr. Cass. Civ. 10 marzo 1999, n. 2053, cit.; Cass. Civ. 2 maggio 1967, n. 811, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, 26.

(53) Opinare diversamente condurrebbe ad assumere la nullità della delibera, secondo la soluzione adottata da App. Roma 11 dicembre 1964 - 28 gennaio 1965.

(54) G. Partesotti, *op. cit.*, 319, tratta della tematica, ritenendo che potrebbe forse ottenersi soluzione attraverso la mediazione del concetto processuale dell’interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c., in quanto il vizio attiene esclusivamente al piano dei rapporti interni tra le parti del rapporto pignoratorio, e dunque su un piano extrasociale.

(55) Cfr. G. Guerrieri, *Sub art. 2479-bis*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei-Alberti, Padova, 2007, 1058.

(56) Cass. Civ. 27 giugno 2006, n. 14814, in questa *Rivista*, 2006, 1382; Cass. Civ. 17 novembre 2005, n. 23269, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass. Civ. 27 aprile 1990 n. 3535, in *Giur. comm.*, 1991, II, 360.

(57) Cfr. Cass. Civ. 27 giugno 2006, cit.

purché chiara e non ambigua, specifica e non generica, che consenta la discussione e l'adozione da parte dell'assemblea dei soci anche delle eventuali deliberazioni consequenziali ed accessorie (58).

Appare pertanto logico rilevare che, al fine della risoluzione del *thema decidendum*, fosse necessario vagliare se, stante la pacifica mancanza d'indicazione della conferma di revoca dell'amministratore tra le materie all'ordine del giorno, la trattazione di tale argomento potesse ritenersi implicita.

Si potrebbe sostenere che un simile approdo non possa ritenersi del tutto condivisibile, anche al lume della giurisprudenza in materia di delibere implicite.

In particolare, si indicano, con tale definizione, le delibere societarie assunte in assenza di un'espressa determinazione dell'assemblea, ma deducibili da altra delibera esplicitamente adottata e dunque sottese alla stessa quali conseguenze intrinseche della medesima (59). Sul punto, successivamente al susseguirsi di indirizzi ondivaghi della giurisprudenza di merito e di legittimità (60), v'è stato il noto approdo delle Sezioni Unite del 2008 (61), con cui è stata affermata l'inammissibilità di delibere tacite e delibere implicite, poiché esse si porrebbero in diretto contrasto con le regole di formazione della volontà della società, ed in particolare con l'art. 2366 c.c. (62), che afferma la necessità, salvo che la legge disponga diversamente, della previa indicazione nell'ordine del giorno degli argomenti sui quali deliberare.

Proprio invocando tale orientamento, in una fattispecie in cui un amministratore lamentava che la propria revoca fosse avvenuta senza che l'argomento *de quo* fosse previsto all'ordine del giorno, mentre era ivi indicato meramente "Sostituzione degli amministratori. Deliberazioni inerenti e conseguenti", il Tribunale di Bologna (63) ha recentemente affermato l'invalidità di una delibera assembleare di S.r.l.,

ritenendo che l'argomento della revoca dovesse essere esplicitato nell'ordine del giorno.

Come osservato dal Tribunale di Ancona, peraltro, nella S.r.l. la revoca dell'amministratore in assenza di indicazione dell'argomento all'ordine del giorno comporta il difetto assoluto di informazione *ex art. 2479-ter*, penultimo comma, c.c. che rileva quale ipotesi di nullità della deliberazione (64).

Senonché, il principio deve coordinarsi con la peculiarità della fattispecie, in cui la delibera sostitutiva aveva ad oggetto la conferma della nomina del nuovo amministratore unico, con il che, logicamente, doveva darsi la conferma della revoca del primo amministratore, che peraltro si era verificata già con la prima decisione dei soci.

Si è dunque al cospetto di una delibera che prevede una revoca implicita dell'ex-amministratore, in quanto la sua permanenza in carica è incompatibile con la decisione adottata: la Cassazione, in casi di tal fatta, quale eccezione al principio di inammissibilità delle delibere implicite, ha ritenuto legittima la delibera adottata, fermo restando il diritto dell'amministratore al risarcimento del danno a fronte dell'assenza di giusta causa (65).

In tale contesto, deve per di più essere considerato che la delibera di revoca dell'amministratore appartiene al novero delle delibere *self-executing* (66), immediatamente efficaci, ed i cui effetti si esauriscono con la revoca del medesimo amministratore (67). Per tale ragione, è stato sostenuto in varie decisioni che persino la sospensione della delibera di revoca non sarebbe idonea a comportare la reimmissione nell'incarico dell'amministratore revocato, in quanto gli effetti della revoca si realizzano ed esauriscono immediatamente e definitivamente (68).

Seppur l'orientamento *de quo* sia contestato (69), cionondimeno la tesi rileva, *a fortiori*, nel caso di specie, in

(58) Cfr. Cass. Civ. 19 luglio 2016, n. 14766, Massima Redazionale a cura di *Pluris*; Trib. Bolzano 15 settembre 2020, in *Pluris*; Trib. Milano 20 febbraio 2020, in *Pluris*; in dottrina, *ex multis*, C. Fontana, "Specificità" dell'ordine del giorno ed annullabilità delle deliberazioni assembleari, in questa *Rivista*, 2006, 1413.

(59) Cfr. M. Urselli, *Revoca implicita degli amministratori: la Cassazione riapre alle delibere implicite?*, in *Riv. not.*, 2010, 184; C.A. Busi, *Assemblea e decisioni dei soci nella società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2008, IV, 1170 ss.; G. Romano Pavoni, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, 74 ss.; V. Buonocore, *Revoca dello stato di liquidazione e proroga tacita delle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, 308.

(60) Riassunti, *inter alia*, da G. Bei, *Sulle delibere implicite, con particolare riferimento al compenso degli amministratori*, in questa *Rivista*, 2009, 36.

(61) Cass. Civ., SS.UU., 29 agosto 2008, n. 21933, in *Giur. comm.*, 2010, 3, II, 36, con nota di G. Gobbo, *Il compenso degli amministratori: delibere implicite e approvazione del bilancio*.

(62) Per posizioni simili, P. Ferro Luzzi, *In tema di deliberazione assembleare implicita, nota a Cass. 24 luglio 1968*, n. 2672, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, 181.

(63) Cfr. Trib. Bologna 13 giugno 2019, in *Pluris*; per una fattispecie simile, Trib. Bologna 20 dicembre 2016, in *DeJure*.

(64) Cfr. Trib. Ancona 14 gennaio 2019, in *Pluris*.

(65) Cfr. Cass. Civ. 19 novembre 2008, n. 27512, in *Riv. not.*, 2010, 181.

(66) Cfr., *ex multis*, I. Kutufà, *La sospensibilità di delibere assembleari già eseguite*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 78 ss.; A. Pavone La Rosa, *La rinnovazione delle deliberazioni assembleari invalide*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, I, 893.

(67) Cfr. Trib. Milano 24 aprile 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2101.

(68) Cfr. Trib. Torino 13 maggio 2019, in *DeJure*.

(69) Cfr. M. Libertini - A. Mirone - P. Sanfilippo, *op. loc. ult. cit.* Per un caso peculiare di reintegra nella carica del Consigliere del C.d.A. dotato di particolari cariche statutarie, rimosso per ragioni discriminatorie, ai sensi dell'art. 28, D.Lgs. n. 150 del 2011, cfr. Cass. Civ. 4 dicembre 2019, n. 31660, in *Foro it.*, 2020, I, 556.

cui l'originaria delibera non era stata sospesa e la revoca dell'amministratore si era ormai verificata. Ciò senza trascurare che, come osservato dal Tribunale in riferimento all'impugnativa della prima decisione dei soci, da un lato la revoca dell'amministratore può essere disposta *ad libitum* dalla società (70), mentre, dall'altro lato, l'ex-amministratore non è privo di tutela, in quanto facoltizzato ad ottenere il risarcimento del danno cagionatogli da una revoca priva di giusta causa (71).

A soluzione diversa si potrebbe forse pervenire in presenza di una clausola statutaria che escludesse il diritto dell'amministratore revocato ad ottenere il risarcimento del danno. Tuttavia, non pare che una simile previsione statutaria sia pienamente legittima, considerando che essa comporterebbe una rinuncia ai diritti futuri dell'amministratore, e che rinunzie di tal fatta sono nulle alla luce della giurisprudenza della Cassazione (72).

(70) Cfr. Cass. Civ. 15 ottobre 2013, n. 23381, in *Dir. fall.*, 2015, II, 398; Trib. Milano 4 luglio 2019, in questa *Rivista*, 2020, 246. In una recente decisione del Tribunale di Milano è stato statuito che la revoca di amministratore di società a responsabilità limitata, nominato a tempo indeterminato, trova la sua disciplina normativa nell'art. 1725 c.c., il cui secondo comma prevede che la revoca del mandato oneroso a tempo indeterminato attribuisca al mandataro il diritto al risarcimento del danno, in assenza di giusta causa, soltanto se la revoca non sia stata comunicata con congruo preavviso (cfr. Trib. Milano 24 aprile 2020, Massima redazionale a cura di *Pluris*).

(71) Cfr. Cass. Civ. 11 novembre 2019, n. 29078, in *Pluris*; in tema di società a responsabilità limitata, *ex plurimis*, Trib. Milano 8 ottobre 2015, in *Quotidiano Giuridico*. Il medesimo principio, per

orientamento ormai consolidato della Suprema Corte, vale anche per la revoca di deleghe ai membri del C.d.A.: cfr. Cass. Civ. 25 febbraio 2020, n. 4954, in *Pluris*; Cass. Civ. 15 aprile 2016, n. 7587, in *Pluris*.

(72) Cfr., ante-riforma, Trib. Bologna 21 giugno 1995, in questa *Rivista*, 1997, 953; in tema di S.p.a., ma con principi analogicamente applicabile alla S.r.l., cfr. Trib. Ancona 13 aprile 2019, in *eclegal*. L'orientamento è coerente con la posizione della Cassazione, ad avviso della quale la rinuncia è ammissibile in riferimento a diritti già maturati e dal contenuto determinato, di talché, ad esempio, è affetta da nullità la rinuncia al diritto alla liquidazione del trattamento di fine rapporto da parte del lavoratore ancora in servizio (cfr. Cass. Civ. 28 maggio 2019, n. 14510, in *D&G*, 2019).

Litigation claim

Il valore del diritto al risarcimento nelle controversie per danno (*litigation claim*)

di Mauro Bini

Una controversia legale per danno concretamente subito legittima ad un risarcimento. Il diritto al risarcimento (*litigation claim*) è un'attività potenziale, in quanto condizionata al verificarsi di un evento (il giudizio favorevole) al di fuori del controllo dell'entità che ne è titolare. È frequente il caso in cui due esperti dotati di eguali capacità e competenze giungano ad attribuire ad un *litigation claim* valori significativamente discosti. Contribuiscono a ciò tre circostanze: (i) una certa confusione fra il valore del danno, l'esito di una possibile conciliazione fra le parti ed il valore del *litigation claim*; (ii) le diverse prospettive (configurazioni di valore) adottabili nella stima del *litigation claim* (valore d'uso e/o valore di mercato); (c) la mancanza di chiarezza sugli addendi ed i sottraendi che concorrono a formare ciascuna configurazione di valore. L'articolo analizza i tre aspetti e propone una formula valutativa per ciascuna delle due diverse configurazioni di valore (valore d'uso e valore di mercato).

Litigation claims are contingent assets. Contingent assets are HTVA (Hard to Value Assets). The valuation of litigation claim is not reliable, yet. The estimates of the same litigation claim by two experts with the same body of knowledge and the same technical skills could be far apart. The main reasons are: (i) not clear specification of the differences among values of damage, settlement and litigation claim; (ii) different basis of value (intrinsic value vs. market value) and (iii) no clarity about the constituents of the value of litigation claim. The article focuses on these three issues suggesting a valuation formula of litigation claims.

1. Cosa è il *litigation claim*

Una società che abbia avviato una controversia legale per un danno (da inadempimento contrattuale o da illecito extracontrattuale) concretamente subito (e non pretestuosamente lamentato) è titolare dal punto di vista economico di un *litigation claim* (rappresentato dal genuino diritto al risarcimento).

I diritti legali (*claim*), in quanto possano generare benefici futuri, rappresentano un'attività sotto il profilo economico (1), anche quando i relativi benefici - come nel caso dei *litigation claim* - sono condizionati al verificarsi di un evento (il giudizio favorevole) al di fuori del controllo dell'entità che ne è titolare. La circostanza che si tratti di benefici "condizionati" fa ricadere i *litigation claim* in una

particolare categoria di attività, denominate "attività potenziali" (o *contingent asset* o *latent asset*).

La circostanza che i benefici siano condizionati ad eventi al di fuori del controllo dell'entità, impedisce che le attività potenziali possano essere iscritte in bilancio, qualunque siano i principi contabili adottati (OIC o IAS/IFRS). Ciò naturalmente non significa che i *litigation claim* non abbiano valore. L'assenza di rilevazione contabile non è di per sé indice di assenza di valore economico: basti pensare agli intangibili formati internamente (marchi, tecnologia, relazioni di clientela, ecc.). Ed in effetti sono molte le occasioni in cui è richiesta la stima del valore del *litigation claim*:

(1) Le attività potenziali o condizionate (*contingent asset* o *latent asset*) non sono iscrivibili in bilancio. Non sono dunque attività rilevabili contabilmente (anche quando sono probabili).

Tuttavia vi è obbligo di darne indicazione in bilancio in nota integrativa.

- a) nell'ambito della determinazione del valore dell'azienda (parte attrice nella controversia legale) a fini di cessione, di fusione, ecc.;
- b) ai fini della stima del *fair value* dell'*earn-out* legato all'esito della controversia eventualmente negoziato in sede di acquisizione dell'azienda;
- c) ai fini di fornire ad una parte della controversia una base di riferimento nel tentativo di conciliazione stragiudiziale.

Alla diffusa necessità di disporre di stime dei *litigation claim*, nella pratica si contrappone un'affidabilità ancora molto contenuta delle stime. È molto frequente infatti che due esperti dotati di eguali competenze e di eguali conoscenze (*common body of knowledge*) giungano a risultati molto dispersi fra loro. La ragione di valori incontrollabilmente soggetti va ricondotta a tre principali circostanze:

- i. una certa confusione fra valore del danno, esito della possibile conciliazione fra le parti e valore del *litigation claim*;
- ii. le diverse prospettive (configurazioni di valore) adottabili nella stima (valore d'uso e valore di mercato);
- iii. la mancanza di chiarezza in merito agli addendi ed i sottraendi che concorrono a formare ciascuna configurazione di valore.

L'articolo analizza questi tre aspetti al fine di giungere ad una formula generale di valutazione per ciascuna delle due configurazioni di valore (valore d'uso e valore di mercato).

2. Cosa non è il *litigation claim*

La stima del *litigation claim* non va confusa con la stima del danno. Il danno corrisponde alla richiesta risarcitoria (il *petitum*) da parte del soggetto o dei soggetti che hanno subito gli effetti negativi dell'inadempimento contrattuale o dell'illecito. Dalla stima del danno è escluso qualsiasi correttivo che consideri: la probabilità di successo della causa (sentenza favorevole), l'ammontare del risarcimento che potrebbe essere riconosciuto nel giudizio (2), i costi ed i tempi del giudizio, la capacità del soggetto citato in giudizio di adempiere al risarcimento (rischio di

controparte) e l'incertezza che grava su tutte le variabili precedenti (probabilità, danno riconoscibile, costi e tempi). Dunque *litigation claim* e danno non solo esprimono concetti economici (e misure) diversi, ma sono stimati anche facendo uso di criteri di valutazione diversi. La valutazione del *litigation claim* è fondamentalmente un esercizio di stima *forward looking*, mentre la valutazione del danno è un esercizio di stima fondamentalmente *backward looking*.

L'attività potenziale non è il danno, ma il diritto al risarcimento, il cui valore è funzione oltre che del danno in sé anche di tutte le altre variabili di cui si è fatto cenno e che la stima del danno (correttamente) deve escludere.

Il *litigation claim* è un'attività (potenziale) per parte attrice esattamente come è una passività (potenziale) per il soggetto inadempiente-convenuto. La caratteristica distintiva delle attività potenziali consiste nel fatto che il loro valore non corrisponde a quello delle correlate passività potenziali, al contrario di quanto accade per tutte le altre attività i cui valori coincidono con quelli delle corrispondenti passività. Si pensi ad un titolo obbligazionario (che per l'emittente è una passività e per il sottoscrittore è un'attività): l'obbligazione non può che avere un unico valore di mercato (qualunque sia il punto di vista: emittente o sottoscrittore). Nel caso di attività e passività potenziali questa coincidenza viene meno: la passività potenziale ha un valore sempre maggiore del correlato *litigation claim* in quanto il rischio accresce il valore della passività potenziale, mentre riduce il valore dell'attività potenziale (3). Sulle ragioni per cui il valore delle passività potenziali non coincide con il valore delle attività potenziali corrispondenti avevo già dedicato un articolo su questa stessa rivista (4) e non occorre in questa sede soffermarsi ulteriormente.

La modalità di stima del *litigation claim* è funzione anche della finalità della stima stessa. Se infatti la stima del *litigation claim* è richiesta ai fini di una possibile conciliazione, il valore del *litigation claim* deve prescindere dal possibile esito della conciliazione stessa. Se invece la stima del *litigation claim*

(2) Il danno riconosciuto a seguito dell'inadempimento contrattuale colposo come è noto riguarda solo le conseguenze dirette e prevedibili, mentre il danno da illecito extracontrattuale e da inadempimento contrattuale doloso riguarda anche le conseguenze imprevedibili.

(3) Il valore della *claim* (*contingent asset*) non corrisponde al valore della corrispondente *contingent liability* in quanto:
- alla *liability* occorre sommare il *load factor* (il premio da riconoscere ad un ipotetico assicuratore per trasferire una passività incerta);

- al *claim* occorre invece detrarre il costo del rischio (in quanto un ipotetico investitore richiederebbe di essere remunerato dal rischio attraverso un prezzo più contenuto).

L'effetto del rischio è tanto maggiore quanto più rilevante è la posta in gioco e quanto meno diversificabile è il rischio stesso.

(4) Si veda M. Bini, *Passività potenziali: valutazioni di bilancio e convenienza a transigere*, in questa Rivista, 2019, 728.

rientrasse nella stima dell'intero valore dell'impresa titolare di questo diritto e la conciliazione fosse una possibile soluzione della controversia, la stima dovrebbe riflettere anche questo scenario.

La distinzione ha rilievo perché il valore del *litigation claim* (di per sé) non coincide con il più probabile esito di un'eventuale conciliazione fra le parti. Le ragioni sono riconducibili alla presenza di elementi che sono riflessi in un'eventuale conciliazione, ma che una stima del *litigation claim* finalizzata ad orientare in una conciliazione deve escludere, infatti:

- la stima del *litigation claim* è scevra, da un lato, di qualsiasi appetito per il rischio (*risk appetite* (5)) che possa indurre una parte a continuare comunque la causa legale a prescindere dai benefici realizzabili con la conciliazione e, dall'altro lato, di qualsiasi appetito di conciliazione (*settlement appetite*) riconducibile all'avversione al c.d. "rischio di pentimento *ex post*" (*regret aversion* (6)), che consiste nel pentimento di non aver conciliato una causa, la cui conciliazione avrebbe comportato un migliore risultato rispetto alla sentenza definitiva. Atteggiamenti entrambi frequenti nei casi di *large litigation*;

- la stima del *litigation claim* deve anche escludere gli effetti indiretti dei possibili esiti della causa che concorrono a definire l'esposizione soggettiva delle parti (attrice e convenuta) al *litigation risk* e che possono accrescerne o ridurne il *settlement appetite*. Gli effetti indiretti di una sentenza sfavorevole sono maggiori per le cause nelle quali il danno è elevato (*large litigation*) e la presenza di effetti indiretti rilevanti può suggerire alle parti di superare l'*adversial mindset* che contraddistingue le rispettive posizioni specialmente nella fase iniziale della causa.

Di seguito l'articolo tratta della valutazione di un *litigation claim* ai fini di una ipotetica conciliazione e quindi sono esclusi tutti gli elementi (sopra citati) che concorrono a definire il risultato dell'eventuale conciliazione fra le parti, ma dai quali la stima del valore del *litigation claim* deve necessariamente

prescindere quando deve fungere da base di riferimento in una trattativa di conciliazione (non potendo incorporare la previsione del risultato della conciliazione stessa). Nell'analisi che segue è escluso anche il rischio di controparte, nel senso che la stima del *litigation claim* presuppone che la controparte sia adempiente in caso di giudizio ad essa sfavorevole. In questi casi, il valore del *litigation claim* deve esprimere il valore cui parte attrice rinuncia nell'eventuale conciliazione e deve prescindere sia dagli effetti indiretti che una sentenza sfavorevole comporterebbe sia dai benefici attesi che un'eventuale conciliazione potrebbe generare. La stima del *litigation claim* non ha, né deve avere alcun valore predittivo sull'esito di una eventuale conciliazione fra le parti (7).

La propensione delle parti a conciliare è in genere riconducibile alla presenza (o meno) di un *decision standard* (8) (e/o di precedenti autorevoli) di riferimento ed alla distanza che le parti stimano caratterizzi la specifica causa rispetto al *decision standard* o ai precedenti.

La scelta se conciliare o meno (ed a quali condizioni) corrisponde ad una scelta gestionale di *risk management*, in quanto la conciliazione finisce per essere la via attraverso cui le parti eliminano l'incertezza. Tale scelta poggia sulla stima del *litigation claim*, ma è logicamente successiva.

L'analisi sin qui svolta ha permesso di chiarire perché il valore del *litigation claim* non debba essere confuso né con la stima del danno, né con l'esito di una eventuale conciliazione fra le parti.

Le differenze assumono rilievo in quanto:

- il danno - come si è chiarito - non è un'attività (è una richiesta di risarcimento destinata a tradursi in attività sotto condizione di un giudizio favorevole del Tribunale), mentre il *litigation claim* è un'attività, ancorché condizionata - *contingent* o *latent*;

- il valore del *litigation claim* non esprime il più probabile risultato di conciliazione fra le parti, in

(5) R.J. Rhee, *A price Theory of Legal Bargaining: an Inquiry into the Selection Settlement and Litigation under Uncertainty*, in *Emory Law Journal*, 56, 2006, 619-92.

(6) Quando si decide di continuare una causa rifiutando un'offerta di conciliazione ci si espone al rischio di pentimento *ex post*, in quanto ad esito della causa potrà accadere che il risarcimento riconosciuto sia inferiore ai benefici cui si è rinunciato con la conciliazione. Invece se si decide per la conciliazione, la causa si interrompe e non si saprà mai quale sarebbe stato l'esito della causa. Va considerata poi la natura binaria del rischio (sentenza favorevole o sfavorevole) alla quale si accompagna la circostanza secondo cui il valore atteso dall'esito della causa non rappresenta il valore più probabile, ma un valore che non si verificherà mai (in quanto la causa o sarà vinta o sarà persa). Queste circostanze favoriscono il c.d. *settlement appetite*. Chris Guthrie, *Better Settle*

than Sorry: The Regret Aversion Theory of Litigation Behaviour, *University of Illinois Law review*, 43, 1999, 43-90.

(7) Diverso è il caso in cui la stima del *litigation claim* sia richiesta per stimare il valore di un'azienda a fini di acquisizione o fusione. In questi casi il valore del *claim* deve considerare fra i possibili scenari futuri oltre allo scenario di successo ed allo scenario di insuccesso della causa anche lo scenario di eventuale conciliazione con la controparte prima dell'esito definitivo.

(8) Il *decision standard* identifica quell'insieme di elementi rilevanti della causa che, alla luce dell'esito di cause simili, rendono prevedibile l'esito della causa, in quanto permettono di identificare il "livello di colpa" e la "sostanza economica" necessari affinché il giudice riconosca al danneggiato il ristoro del danno. G.L. Priest Benjamin Klein, *The selection of disputes for litigation*, in *The journal of legal studies*, XIII, 1984, 1-55.

quanto prescinde tanto dalle propensioni delle parti a continuare il giudizio o a porne fine attraverso una conciliazione quanto dagli effetti indiretti sulle parti di una sentenza sfavorevole/favorevole.

Il valore del *litigation claim* pertanto è:

- sempre inferiore al valore del danno perché deve riflettere un insieme di minuendi, quali: la probabilità che il danno venga effettivamente riconosciuto, i tempi, i costi, i rischi, ecc.;
- indipendente dall'eventuale conciliazione fra le parti, quando la finalità della valutazione consiste nel fornire un riferimento per valutare la convenienza a conciliare o meno a fronte di altri possibili benefici (9).

3. Size e rischio

Nella stima del valore dei *litigation claim* la dimensione (*size*) del possibile risarcimento conta. La ragione va ricercata nell'incertezza immanente nella stima. Formulare una previsione dei possibili esiti del giudizio, non significa formulare una profezia sull'esito finale del giudizio e sull'importo del risarcimento (10). Previsione e predizione non sono sinonimi. Se nella stima del *litigation claim* ci si limitasse a far uso di valori predefiniti (come se la previsione fosse predizione) della probabilità di esito positivo del giudizio, del valore atteso del risarcimento, dei tempi e dei costi della causa senza considerare l'incertezza che grava sulla previsione di queste variabili, significherebbe assumere la neutralità al rischio dei soggetti coinvolti. Questa assunzione è legittima nella valutazione di portafogli di cause piccole e routinarie (*portfolio claim*) rispetto alle quali sia ragionevole assumere una piena diversificazione del rischio (in logica assicurativa), ma non nel caso di *litigation claim* di dimensioni rilevanti.

I rischi di un c.d. *single matter litigation claim* di dimensioni rilevanti insistono su due profili:

- a) l'esito della sentenza, da cui discende:
- un rischio (c.d.) binario (*binary risk*): la sentenza o riconosce il diritto al risarcimento o non lo riconosce.

Quindi esiste sempre il rischio che il *litigation claim* si trasformi in una perdita per parte attrice (quando la sentenza è sfavorevole e sono stati sostenuti costi legali della causa (11));

- un rischio più elevato quando:
- la causa legale è ancora nelle fasi iniziali;
- non vi sono evidenze di casi simili (precedenti sentenze) dai quali desumere una probabilità di successo;
- vi è molta incertezza con riguardo al giudizio finale, in quanto non esiste un *decision standard* (o se si preferisce una *ratio decidendi*) di riferimento del giudizio;
- b) l'importo del risarcimento, i costi ed i tempi del giudizio che costituiscono quantità incerte (tanto più incerte quanto più il giudizio è nelle fasi iniziali).

In linea generale i *litigation claim* più difficili da valutare sono proprio i *single matter* (o *single case*) nelle fasi iniziali del procedimento, in quanto l'incertezza è massima a causa: (i) dell'assenza di una casistica di riferimento (ogni caso è a sé e non vi sono casi precedenti autorevoli ed influenti); (ii) dell'assenza di una *ratio decidendi* di riferimento, che può far prevedere l'esito della causa (il cui risultato può essere casuale e arbitrario); (iii) della scarsa informazione sull'evolvere della causa stessa (l'informazione conosciuta è ancora ridotta rispetto all'informazione che sarà conoscibile nel prosieguo dell'iter giudiziario).

Per trattare adeguatamente questa incertezza, i criteri di stima di un *litigation claim*, da un lato, sono più sofisticati di quelli in uso nella stima del valore di altre attività, ma dall'altro, poggiano su una base informativa caratterizzata da molto minore precisione (in quanto i *litigation claim* ricadono nella categoria dei c.d. *Hard-To-Value Asset* - HTVA). La minore accuratezza della stima è una condizione ineliminabile in quanto è intrinseca alla natura dell'attività (elevato *inherent risk*) al pari di quanto accade per altre tipologie di HTVA (12). Il compito del valutatore in tutti questi casi consiste nel minimizzare il rischio di valutazione (inteso come distorsione del risultato = *bias* = errore ϵ con media diversa

(9) La conciliazione richiede l'accordo delle parti. Ciascuna parte detiene il diritto di comprare l'opzione a disposizione dell'altra di continuare la causa, rinunciando alla conciliazione. Molte possono essere le ragioni per cui una parte non accetta di conciliare, nonostante l'offerta dell'importo riconosciuto sia giudicata dall'altra parte generosa (superiore al risparmio di costi ed ai rischi cui ci si espone non accettando). Le principali ragioni possono essere ricondotte: ad una distribuzione asimmetrica di informazioni fra le parti, ad una peculiare esposizione al rischio di una parte, al sistema di *governance* e di decisione di una parte o più semplicemente ad un atteggiamento ostinatamente *adversal*.

(10) Si legga il seguente passo tratta di M. De Felice, *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di "incontrollabile soggettivismo*

della decisione", in A. Carlo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 46: "L'incerto resta incerto (non ci sono scorciatoie verso la certezza): il futuro non può essere indovinato, la previsione non è predizione".

(11) In teoria il *litigation claim* può assumere dunque anche valori negative. Quando la sentenza non riconosce il diritto a nessun risarcimento ed al contempo parte attrice ha sostenuto costi. Come si spiegherà più oltre nella presente perizia si è assunto che il valore minimo del *litigation claim* nello scenario più sfavorevole sia pari a zero.

(12) Si veda M. Bini, *La stima del valore di mercato delle attività difficili da valutare (Hard-to-Value-Asset) in tempi di Covid-19*, in questa Rivista 2020, 871.

da zero), mentre non può in nessun modo intervenire sull'*inherent risk* che rimane pertanto elevato (13).

4. Configurazioni di valore

Il valore di qualsiasi attività può essere stimato adottando due diverse prospettive: la prospettiva dell'utilizzo dell'attività e la prospettiva della sua cessione. Pertanto si hanno due diverse categorie di valori: il valore d'uso (che nel caso del *litigation claim*, corrisponde al valore attuale del beneficio atteso dal proseguire la causa sino al giudizio finale) o il valore di scambio (che nel caso del *litigation claim*, corrisponde ovvero il valore al quale l'attività potrebbe essere convertita in cassa o scambiata con altre attività). Il valore d'uso esprime il valore per il quale il danneggiato dovrebbe essere indifferente fra conciliare o continuare la causa, prima di considerare gli effetti indiretti di una sentenza sfavorevole ed i benefici di un accordo. Il valore di scambio dovrebbe invece esprimere il valore cui potrebbe essere ceduto o finanziato il *litigation claim* (14). Si tratta di un valore che riflette l'illiquidità dell'attività e l'avversione al rischio di un generico partecipante al mercato.

La differente prospettiva di valutazione (uso o scambio) nel caso dei *litigation claims* assume rilievo con riguardo a due profili principali:

- il grado di liquidità dell'attività (un *litigation claim* è per sua natura illiquido e ciò comporta che il valore di scambio sia sempre inferiore al valore d'uso);
- il rischio da considerare nella stima del valore (il *litigation claim* è un'attività particolare - un *contingent asset* (15) - che risente del rischio in due direzioni opposte, in quanto essendo attività condizionata incorpora il valore di un'opzione. Accade così che una maggiore incertezza relativa al risarcimento se, da un lato, si traduce in minor valore del sottostante all'opzione rappresentato dal valore attuale del valore atteso del risarcimento stesso, dall'altro, si traduce in maggiore *time value* dell'opzione. Come si vedrà oltre, la componente *contingent* (opzionale) del valore è catturata dal valore d'uso, mentre normalmente non è riconosciuta nel valore di scambio.

(13) "Like hard-core pornography, claim value is hard to define (...)", M. Steinitz, *How Much is That Lawsuit in the Window? Pricing Legal Claims*, in *Vanderbilt Law Review*, 66, 2013, 1888-1924.

(14) Negli Stati Uniti, in Australia ed in UK esiste un mercato del *funding* dei *litigation claim*, nel quale investitori specializzati anticipano le somme necessarie alle spese legali in cambio di una remunerazione dell'investimento su base *non recourse* (l'investitore non può pretendere nulla se la causa ha un esito negativo per il danneggiato) ed indicizzata al grado di rischio della causa come stimato dall'investitore stesso.

I PIV - Principi Italiani di Valutazione così definiscono le due configurazioni di valore:

a) valore intrinseco

"PIV I.6.8. (...) Il valore intrinseco esprime l'apprezzamento che un qualsiasi soggetto razionale operante sul mercato senza vincoli e in condizioni di trasparenza informativa dovrebbe esprimere alla data di riferimento, in funzione dei benefici economici offerti dall'attività medesima e dei relativi rischi". E nel commento al principio è chiarito che: "Il valore intrinseco riflette la realtà operativa (...) del bene oggetto di valutazione nelle sue condizioni correnti". Ciò significa nel caso dei *litigation claim* che il valore intrinseco della pretesa risarcitoria corrisponde al valore attuale dei benefici attesi netti, allo stato attuale della causa, considerate le probabilità di successo, i tempi ed i costi che qualsiasi soggetto razionale stimerebbe sulla base della migliore informazione disponibile alla data della valutazione ed il rischio che grava su tali previsioni (che si riflette sia nel tasso di sconto, sia nel valore opzionale dell'informazione che deve ancora essere svelata). Pertanto esprime il valore cui parte attrice rinuncia nel caso di conciliazione.

b) valore di mercato

PIV I.6.3 "Il valore di mercato di un'attività (...) è il prezzo al quale verosimilmente la medesima potrebbe essere negoziata, alla data di riferimento dopo un appropriato periodo di commercializzazione, fra soggetti indipendenti e motivati che operano in modo informato, prudente, senza essere esposti a particolari pressioni (obblighi a comprare o a vendere)". Di per sé un *litigation claim* non può essere venduto o acquistato, ma solo risolto per conciliazione o per giudizio. Quindi il valore di mercato è una misura solo teorica. Il valore di mercato del *claim* dovrebbe corrispondere al valore del danno che un partecipante al mercato potrebbe ritenere ragionevolmente riconoscibile in giudizio al netto dei costi di causa ed attualizzato ad un tasso che esprima un premio per il rischio ragionevolmente allineato alle condizioni di mercato ed uno sconto per la mancanza di liquidità del *claim*.

Per la stessa ragione per cui la quotazione (valore di mercato) di un titolo quotato può differire anche

(15) Un *contingent asset* ha in sé una componente opzionale. Il valore di qualsiasi opzione può essere scomposto in due componenti elementari: il *time value* e l'*intrinsic value*. L'*intrinsic value* è funzione del valore corrente del sottostante ed esprime il valore che avrebbe l'opzione se scadesse alla data di valutazione (da "morta"), mentre il *time value* è funzione - fra l'altro - della volatilità del sottostante e della vita dell'opzione ed esprime il valore dell'opzione da "viva". Mentre il *time value* è tanto maggiore quanto maggiore è la volatilità del sottostante, il valore del sottostante (e quindi l'*intrinsic value*) è inversamente correlato alla volatilità del sottostante.

significativamente dal suo valore intrinseco, anche il valore di scambio del *litigation claim* può differire significativamente dal suo valore intrinseco.

Già in precedenza si è rilevato come l'incertezza che grava sulla stima di un *contingent asset* non ne consenta una stima precisa e puntuale. Nel caso dei *litigation claim*, poi, l'assenza di un *pricing* competitivo (16) - per l'assenza di un mercato di riferimento - e l'incertezza che governa qualsiasi causa legale accresce ancor di più l'imprecisione della stima.

5. Caratteristiche del *litigation claim*

Fin qui si è chiarito che:

- il valore del *litigation claim* non coincide con la stima del danno (pretesa risarcitoria), ma è significativamente inferiore a tale valore (17) in relazione a diversi profili di natura giuridica (probabilità di successo) ed economica (costi, tempi e rischi);

- la stima del *litigation claim* al fine di iniziare una possibile trattativa di conciliazione esprime il valore cui si rinunciarebbe in una eventuale conciliazione e quindi esclude tanto gli effetti indiretti (negativi) di una eventuale sentenza sfavorevole quanto i benefici indiretti di un accordo (specie se si tratta di un accordo ad ampio spettro);

- le configurazioni di valore rilevanti nel caso di una possibile trattativa di conciliazione sono rappresentate sia dal valore d'uso (prospettiva del continuare la causa) sia dal valore di mercato del *litigation claim* (valore che sarebbe riconosciuto da un partecipante al mercato nel valore della società comprensivo del diritto). Il valore d'uso è superiore al valore di

mercato in quanto non considera lo sconto per mancanza di liquidità mentre cattura il valore dell'opzione legata al dischiudersi di nuova informazione con l'avanzamento della causa;

- la stima del *litigation claim* riferito ad un *single matter* (privo di precedenti giudiziari di cause simili (18) e di un ben definito *decision standard*) di dimensioni rilevanti si caratterizza per il massimo grado di imprecisione nelle fasi iniziali della causa, per via dell'incertezza sull'esito della causa stessa (19). Infatti, nonostante il *best effort*, buona parte dell'informazione (tipicamente l'orientamento del soggetto giudicante) si "svela" durante l'iter della causa e dunque non è conoscibile all'inizio della causa stessa. Questa è anche una delle ragioni del perché questo tipo di *claims* (*single matter*) - specie se di grande importo - spesso sono conciliati in stadi più avanzati del giudizio, nonostante ciò comporti il sostenimento di costi legali che, attraverso una conciliazione anticipata, potrebbero essere evitati. La confidenza nella stima della probabilità di successo della causa è funzione del rapporto fra l'informazione già conosciuta all'inizio della causa e l'informazione ancora da conoscere (conoscibile) nell'iter della causa come percepita dalle parti. Naturalmente, con l'avanzare del giudizio, tale rapporto (e la confidenza della stima) non può che crescere (20). Inoltre, con l'avanzare del giudizio, le previsioni di esito della causa formulate dalle parti tendono a convergere e se i costi di conciliazione sono inferiori ai costi del continuare la causa entrambe le parti dovrebbero trovare più conveniente la conciliazione (21).

(16) L'assenza di un mercato di riferimento impedisce di far uso nella stima del valore di mercato del *litigation claim* dell'approccio di mercato. Per questa ragione sia il valor intrinseco sia il valore di mercato sono stimati facendo riferimento all'*income approach*, dove la principale differenza attiene al costo del rischio.

(17) Normalmente il danno è un multiplo del valore del *litigation claim*, principalmente a causa della incertezza e dei tempi della sentenza definitiva.

(18) Quando si dispone di evidenze con riguardo all'esito di cause simili, la frequenza di casi con esito positivo corrisponde ad una misura ragionevole ed obiettiva della probabilità di successo della causa. La probabilità diviene indipendente dalle aspettative delle parti e finisce per catturare tutta l'incertezza dell'esito della causa (si parla in questo caso di *statistical probability*). In particolare è possibile riferirsi al valore atteso (probabilità x danno), trascurando la varianza sulla base dell'ipotesi di neutralità al rischio (propria di una prospettiva assicurativa di danni ripetuti). La conseguenza è che l'esito della causa è prevedibile e non vi è necessità di alcun aggiustamento per il rischio. In molti Paesi sono stati compiuti sforzi per disporre di misure di previsione dell'esito di una sentenza sulla base della giurisprudenza. Nei paesi di *civil law* il caso più recente è quello di Predictice (www.predictice.com), una società nata nel 2016, che fornisce stime di esito dei contenziosi sulla base dell'analisi di precedenti giudiziari simili, attraverso sofisticate tecniche di "lettura" delle sentenze (basate sull'intelligenza artificiale).

Se invece non si dispone di evidenze con riguardo all'esito di cause simili, la identificazione di una probabilità oggettiva è impossibile. Si parla in questi casi di *inductive probability* definita come "il grado di confidenza al quale è razionale attribuire ad una ipotesi o ad una proposizione relativamente ad una data evidenza" M.G. Bulmer, *Principles of Statistics*, Dover Publications, NY, 1979.

(19) La confidenza nella stima della probabilità di successo ha una relazione con il grado di conoscenza che è funzione a sua volta della fase della causa. Con il progredire della causa l'incertezza si riduce e la confidenza aumenta.

(20) È importante chiarire che la probabilità di successo - soggettivamente stimata - e la confidenza della stima sono concetti distinti. La confidenza esprime l'incertezza della stima della probabilità di successo. Al progredire della causa, anche se la probabilità di successo stimata non cambia, la confidenza normalmente cresce e con essa si riduce l'incertezza della stima. Probabilità di successo e confidenza non sono correlate. Al progredire della causa la confidenza cresce, mentre la probabilità di successo può aumentare o diminuire.

(21) Fatta eccezione per i casi in cui elevato è il *risk appetite* di una parte. Il *risk appetite* può essere dettato dal fatto che il valore della causa è per una parte significativamente inferiore in termini relativi rispetto al valore del proprio *equity* cosicché l'esposizione degli azionisti al rischio della causa è proporzionalmente inferiore.

La circostanza secondo cui al progredire della causa le parti acquisiscono più informazione permette di comprendere anche perché nelle fasi iniziali del procedimento una componente non trascurabile del valore d'uso (= il valore attuale dei benefici attesi dal continuare la causa) sia rappresentata dal valore opzionale del continuare il giudizio. Nelle fasi iniziali del procedimento, infatti:

a) il valore dell'esito atteso della causa (Risarcimento atteso x Probabilità stimata di esito favorevole) al netto dei costi della causa stessa, scontato ad un tasso che esprime l'incertezza della stima per il tempo che ancora manca al giudizio finale, è al minimo, in quanto: l'incertezza è massima; i costi legali sono in larga misura ancora da sostenere; ed i tempi del giudizio finale sono estesi (al contrario di qualunque altra attività a vita definita per la quale il trascorre del tempo ne riduce il valore, nel caso del *litigation claim* - a parità di probabilità di successo e di valore atteso del risarcimento - il valore aumenta con il trascorrere del tempo (22));

b) il valore (*time value*) dell'opzione di continuare la causa (l'opportunità di acquisire nuova informazione non disponibile né conoscibile all'inizio della causa) è invece al suo massimo semplicemente perché la vita dell'opzione (coincidente con la durata della causa) e l'incertezza dell'esito della causa sono massime. Il *time value* dell'opzione si riduce al progredire della causa sino ad annullarsi in coincidenza con il giudizio finale. Inoltre nelle fasi iniziali del procedimento:

a) è più facile che le probabilità di successo/insuccesso della causa soggettivamente stimate da ciascuna delle due parti siano più distanti fra loro, rispetto alle stesse stime formulabili in una fase più avanzata della causa. Inoltre, nella fase iniziale della causa, la stima della probabilità che venga riconosciuto un risarcimento nel giudizio definitivo formulata da parte attrice è in genere superiore alla stessa stima formulata da parte convenuta (*adversial mindset*);

b) il rischio riduce il valore del *litigation claim* di parte attrice meno che proporzionalmente di quanto aumenti la *litigation liability* (23) di parte convenuta in quanto la componente opzionale del valore del *claim* cresce al crescere del rischio ed in parte compensa la riduzione di valore del sottostante (il valore attuale del valore atteso del risarcimento).

L'effetto consiste nell'ampliare il c.d. *bid-ask-spread* nella negoziazione per la conciliazione fra le parti. Sotto il profilo economico, infatti, con la conciliazione è come se:

- parte convenuta comprasse il *litigation claim* di parte attrice;

- ed al contempo parte attrice comprasse da parte convenuta l'opzione di contestare la ricostruzione dei fatti nel corso del giudizio.

Ciascuna parte dunque offre (*bid*) il prezzo meno favorevole per la controparte e chiede (*ask*) il prezzo più favorevole per sé stessa. Via via che la causa avanza il *bid ask spread* - che scaturisce dall'incertezza associata all'esito del giudizio - tende a ridursi, parallelamente alla riduzione dell'incertezza sull'esito della causa (ed al minore valore dell'opzione, la cui vita residua si riduce).

Queste considerazioni permettono di comprendere perché per nessun'altra attività la stima del valore è così "*point in time*", ovvero suscettibile di modificarsi in relazione alla data della stima (che definisce l'informazione disponibile), come nel caso dei *litigation claim* nelle fasi iniziali del procedimento (24). L'informazione disponibile, alla data della valutazione, definisce il grado di incertezza relativamente a cinque principali parametri di stima (25):

a) la probabilità di successo;

b) il danno riconoscibile;

c) i costi legali ancora da sostenere;

d) i tempi che mancano al giudizio definitivo;

e) il rischio che grava su tutte le variabili precedenti.

(22) Ciò significa anche, come si illustrerà oltre, che riducendo la durata della causa legale il valore del *litigation claim* aumenta (al contrario di qualunque altra attività che produce benefici lungo la sua vita economica per la quale riducendone la vita utile, si riduce anche il valore).

(23) Il maggior valore della *liability* è legato al *risk load factor* (il c.d. margine dell'assicuratore).

(24) Questa è un'ulteriore importante differenza fra il danno ed il *litigation claim*. Il danno non cambia al modificarsi dell'informazione relativa alla causa - se non in casi particolari quando ne è messa in dubbio la causalità economica o giuridica - mentre il valore del *litigation claim* cambia di continuo in relazione al modificarsi del possibile esito della causa e della confidenza della previsione.

(25) Negli Usa è spesso citato lo storico caso di Northpoint contro Verizon. Northpoint ha citato in giudizio Verizon per aver

inadempiuto il contratto di acquisto di Northpoint stessa senza motivazione e lamentando un danno di 3 miliardi di dollari. A causa delle povere performance conseguenti alla mancata integrazione, Northpoint non fu in grado di pagare alcuni fornitori che avanzarono richiesta di fallimento. Northpoint fu dichiarata insolvente in quanto il valore di mercato delle sue attività era stato stimato inferiore al valore di mercato delle sue passività. Northpoint oppose ricorso a quella decisione mostrando come il valore di mercato del *litigation claim* era alla data in cui i creditori avevano richiesto la dichiarazione di insolvenza fosse pari a 457,7 milioni di dollari e che per effetto del valore del *contingent asset* il valore di mercato delle attività superava il valore delle passività. Il giudizio stabilì (30 mesi dopo) un risarcimento a favore di Northpoint di 181 milioni di dollari. Cfr. S. Kam - A. Reinemann - C. Puiggali - J. Ruiz, *Valuation of Litigation*, in *Valuation Strategies*, march/april 2006, 1-11.

6. Evoluzione del giudizio e valore del *litigation claim*

Sin qui si è illustrato come l'incertezza costituisca la cifra distintiva della stima del *litigation claim*, al contrario della stima del danno che prescinde completamente non solo dalla probabilità di successo della causa, ma anche dall'incertezza relativa all'esito, ai costi ed ai tempi della causa (26). L'incertezza dipende da due principali fattori:

a) il rischio c.d. generale, che attiene al grado di prevedibilità dei tempi e dei costi del giudizio dello specifico organo deliberativo. Quanto più l'esito del giudizio è casuale (*random*) ed arbitrario (privo di un *decision standard/ratio decidendi* di riferimento) tanto maggiore è il rischio generale, poiché l'esito della causa è difficilmente prevedibile (27). Naturalmente questo rischio è significativamente diverso da giurisdizione a giurisdizione (ed all'interno della stessa giurisdizione da tribunale a tribunale). Il rischio generale è ineliminabile e fa riferimento al grado di imprevedibilità dell'esito della causa per via dell'assenza di una *ratio decidendi* di riferimento cui le parti possano fare razionalmente affidamento; circostanza che persiste per tutta la durata della causa. Il grado di rischio generale può essere maggiore o minore in relazione ai presidi giuridici che lo specifico ordinamento prevede per garantire uniformità di applicazione della norma (28);

b) il rischio c.d. specifico, che attiene al grado di complessità dello specifico giudizio, in relazione a: la presenza o meno di casi simili (influenti ed autorevoli); l'informazione disponibile; il grado di dimostrabilità del danno, ecc. Il rischio specifico è principalmente funzione dell'informazione disponibile in relazione allo stadio della causa. Più la causa progredisce, minore è il rischio specifico, per effetto di un maggior peso dell'informazione conosciuta rispetto alla informazione ancora da conoscere (o

percepita come tale). Il rischio specifico si esaurisce progressivamente con l'avanzare della causa, parallelamente all'informazione ancora conoscibile. I profili di rischio assumono tanto maggiore importanza quanto più la posta in gioco è elevata (*large litigation*) e quanto più la causa è nella sua fase ancora iniziale. L'incertezza riduce il valore del *litigation claim* ed aumenta al contempo la propensione alla conciliazione al fine di eliminare l'incertezza del giudizio definitivo. Nei casi di *single matter litigation claim* di importo rilevante non è possibile ridurre il rischio specifico attraverso la diversificazione (al contrario di quanto accade con le cause routinarie e ripetute) e quindi il rischio specifico influenza (negativamente) il valore del *litigation claim*. Poiché il rischio riduce il valore del *litigation claim* (29) ed al contempo aumenta il valore della *litigation liability* il *bid-ask spread* nei *single matter litigation claim* è (in proporzione) superiore (30).

Per cause di minore importo di natura routinaria il valore del *litigation claim* tira ad essere pari al valore atteso (Risarcimento atteso x Probabilità di esito favorevole) al netto dei costi della causa, scontato ad un tasso che esprime un premio solo per il rischio generale.

Quando invece la posta in gioco è elevata ed al contempo le parti sono molto confidenti della stima delle probabilità (soggettivamente) assegnate all'esito della causa, vale la regola secondo cui se le probabilità stimate sono:

- significativamente divergenti, è interesse delle parti continuare la causa, in quanto la conciliazione comporterebbe un eccessivo sacrificio di valore rispetto all'esito atteso da ciascuna parte;
- ragionevolmente convergenti, è interesse delle parti tentare una conciliazione per risparmiare i costi del continuare la causa (normalmente più elevati dei costi di conciliazione).

(26) È importante chiarire che probabilità di successo della causa ed incertezza non sono sinonimi. Data una probabilità attesa di successo l'incertezza riguarda la distribuzione delle probabilità intorno al valore atteso.

(27) Non è questa la sede per affrontare il grande tema nei rapporti tra diritto ed economia della "calcolabilità giuridica", tuttavia è chiaro che una ridotta calcolabilità si traduce in un esito di più difficile stima. Sulle ragioni per cui un sistema capitalistico subisca in silenzio la perdita della calcolabilità giuridica si rinvia a N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità Giuridica*, Bologna, 2017, 17-27 e più estesamente N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

(28) Si vuole qui fare riferimento, con riguardo al nostro Paese, all'art. 360-bis c.c. (introdotto nel 2009) che prevede un filtro di ammissibilità dei ricorsi in Cassazione: in base a questa norma il ricorso è inammissibile "quando il provvedimento impugnato ha

deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa". Norma analoga, in relazione al giudizio in appello, è l'art. 348-bis c.c. La volontà del legislatore sembrerebbe andare nella direzione di attribuire un valore sempre più stringente del precedente (una sorta di progressiva giurisdizionalizzazione del nostro ordinamento).

(29) Si è detto in precedenza che il rischio riduce il valore attuale del valore atteso del risarcimento, ma dà valore all'opzione legata all'informazione che si deve ancora dischiudere. Tuttavia il primo effetto (riduzione del valore attuale del valore atteso del risarcimento) è normalmente superiore al secondo (valore dell'opzione).

(30) In linea di principio ciò dovrebbe comportare una maggiore propensione delle parti a conciliare. Maggiore è la differenza fra il valore della *contingent liability* ed il valore del *contingent asset* maggiore è la c.d. *Zone of Possible Agreement* (ZoPA).

7. La formula valutativa

L'analisi precedente ha permesso di identificare le principali variabili di *input* che concorrono a formare rispettivamente il valore d'uso ed il valore di mercato del *litigation claim*.

Si tratta di nove variabili:

1. Probabilità di riconoscimento del torto = probabilità di successo della causa per parte attrice (P);
2. Ammontare di danno riconoscibile = risarcimento (R);
3. Costi legali ancora da sostenere sino al giudizio definitivo (C);
4. Tempi necessari al giudizio definitivo (T);
5. Rischio specifico (σ_s);
6. Rischio generale (σ_g);
7. Avversione al rischio della specifica entità (A_e);
8. Avversione al rischio del generico partecipante al mercato (A_{pm});
9. Benefici conseguenti al risarcimento di una *large litigation* (k).

Le variabili 1 e 2 concorrono a definire, attraverso una funzione di distribuzione di probabilità, l'*expected value* del risarcimento nel caso di sentenza favorevole, la probabilità di sentenza favorevole, la volatilità del risarcimento medio atteso.

I costi legali (variabile 3) rappresentano un minuento da detrarre dall'*expected value* del risarcimento.

Le variabili da 4 ad 8 concorrono a definire gli elementi necessari a calcolare il periodo di attualizzazione dell'*expected value* del risarcimento ed il relativo tasso di sconto, oltre agli elementi (rischio specifico e rischio generale) necessari a calcolare il valore dell'opzione *call* (che esprime il valore dell'informazione ricavabile dal proseguire la causa) e della opzione *put* (che esprime lo sconto per la mancanza di liquidità del *litigation claim*).

La variabile 9 esprime il beneficio che un risarcimento di grande importo dischiude consentendo di realizzare investimenti che altrimenti l'entità beneficiaria dovrebbe finanziare *full equity*. Come è noto l'annuncio di un aumento di capitale a pagamento comporta una reazione negativa di borsa, così come un aumento di capitale di dimensioni importanti per una società non quotata può comportare una diluizione dei precedenti azionisti (costi di agenzia sui mezzi propri). Il risarcimento permette di evitare l'aumento di capitale ed i costi di agenzia ad esso associati.

Si ottengono così le seguenti formule generali:

$$\text{Valore d'uso: } V_u = J / (1 + r_e)^T - C \times P / (1 + r_e)^T + \pi + (k \times P) / (1 + r_e)^T \quad [1]$$

dove:

V_u = valore d'uso del *litigation claim*.

J = *Expected Value* del risarcimento = $P \times R$; dove P è la probabilità di successo della causa ed R è il risarcimento medio atteso in caso di successo della causa.

r_e = tasso di sconto che considera il costo del tempo ed il rischio che grava sulla previsione di P di R , di C e di T nella prospettiva della specifica entità = $f(r_f, \sigma, A_e)$.

T = tempi necessari al giudizio definitivo.
 C = costi legali da sostenere sino al giudizio definitivo (se si assume che i costi legali in caso di sentenza sfavorevole siano trascurabili - prossimi a zero - il valor atteso dei costi legali è pari a $C \times P$).

π = valore dell'opzione *call at the money*, con vita pari a T e sottostante pari al valore attuale dell'*expected value* del risarcimento: $J / (1 + r_e)^T$.

k = reddito opportunità (= costo di agenzia evitato) conseguente alla possibilità di effettuare investimenti *full equity* senza ricorrere ad AuCAP, in caso di ottenimento del risarcimento.

$$\text{Valore di mercato: } V_m = J / (1 + r_{pm})^T - C \times P / (1 + r_{pm})^T - L \quad [2]$$

dove:

V_m = valore di mercato del *litigation claim*.

J = *Expected Value* del risarcimento = $P \times R$; dove P è la probabilità di successo della causa ed R è il risarcimento medio atteso in caso di successo della causa.

r_{pm} = tasso di sconto che considera il costo del tempo ed il rischio che grava sulla previsione di P , di R , di C e di T nella prospettiva del partecipante al mercato = $f(r_f, \sigma, A_{pm})$.

T = tempi necessari al giudizio definitivo.
 C = costi legali da sostenere sino al giudizio definitivo (se si assume che i costi legali in caso di sentenza sfavorevole siano trascurabili - prossimi a zero - il valor atteso dei costi legali è pari a $C \times P$).

L = sconto per la mancanza di liquidità, misurato da una opzione *put at the money*, con vita pari a $(T - t)$ e sottostante pari al valore attuale dell'*expected value* del risarcimento: $J / (1 + r_{pm})^T$. La vita dell'opzione pari a $(T - t)$ considera il fatto che il rendimento del partecipante al mercato già considera l'illiquidità del *claims* per il numero di anni (t) medio del portafoglio *claims* da questi detenuto.

t = vita media del portafoglio di *litigation claims* di un partecipante al mercato (31).

(31) Cfr. par. 8.

Dal confronto fra le formule [1] e [2] per la stima rispettivamente del valore d'uso e del valore di mercato del *litigation claim* è facilmente ricavabile che esse fanno uso di tre componenti comuni [*expected value* del risarcimento (J); Costi legali (C) e Tempi necessari al giudizio (T)] mentre differiscono per altre quattro componenti. Le differenze riguardano:

- il tasso di sconto che, nel caso del valore d'uso (r_e), riflette la prospettiva della specifica entità, mentre nel caso del valore di mercato (r_{pm}), riflette la prospettiva del partecipante al mercato;
- il valore dell'opzione *call* (π) che il valore d'uso annovera fra gli addendi mentre il valore di mercato lo esclude;
- lo sconto per mancanza di liquidità (-L) che costituisce un sottraendo nella stima del valore di mercato, ma non del valore d'uso;
- il costo evitato di aumenti di capitale necessari a finanziare investimenti *full equity* [$(k \times P)/(1+r_e)^T$], che il valore d'uso include fra gli addendi mentre il valore di mercato lo esclude.

I quattro elementi di differenza meritano un breve commento.

Differenza nei tassi di sconto (r_e vs. r_{pm})

La differenza nei tassi di sconto trova fondamento nella diversa natura dei valori che le due configurazioni (valore d'uso e valore di mercato) esprimono. Nel caso del valore d'uso il rendimento (r_e) rappresenta un costo opportunità del capitale, ovvero il rendimento che si potrebbe trarre da un investimento di pari rischio. Come vedremo più avanti questo rendimento può essere desunto dall'IRR (*Internal Rate of Return*) di fondi specializzati nel finanziamento di cause legali in forma *non recourse*.

Nel caso del valore di mercato, invece, il tasso di sconto (r_{pm}) esprime il costo marginale dei finanziamenti che un partecipante al mercato dovrebbe accendere per acquistare il *legal claim*. Questo costo è rappresentato dal costo medio ponderato di due forme di finanziamento rispettivamente con *liquidity preference* (finanziamento *senior*) e senza *liquidity preference* (finanziamento *junior* subordinato).

Dunque la differenza fra i tassi risiede nella diversa natura: costo opportunità (= mancato rendimento di investimento alternativo = IRR di fondi specializzati = r_e) nel caso di valore d'uso e costo medio ponderato

dei finanziamenti *senior* e *junior* (= r_{pm}) nel caso di valore di mercato.

Valore dell'opzione *call* (32)

Il valore corrente di un'opzione *call at the money* coincide con il *time value* dell'opzione stessa (= valore che è funzione della volatilità del sottostante - rappresentato dal risarcimento atteso - e del tempo che ancora intercorre prima della sentenza definitiva).

Si tratta del valore legato alla dispersione dei possibili esiti della causa rispetto all'*expected value* del risarcimento ($R \times P$); dispersione destinata progressivamente a ridursi con il progredire della causa. Il *time value* dell'opzione è destinato a consumarsi per intero alla data del giudizio finale, ma prima del giudizio, l'incertezza sul giudizio stesso accresce - a parità di altre condizioni - il valore del *litigation claim* per parte attrice che intenda continuare la causa.

Il *time value* dell'opzione è escluso invece dalla stima del valore di mercato del *litigation claim*, perché è irrealistico assumere che l'ipotetico acquirente del *claim* sia disposto a riconoscere una componente di valore meramente potenziale. Ciò significa che il valore del continuare la causa finisce per essere una componente di valore (opzionale) solo nella prospettiva del soggetto che ha subito il torto (ovvero solo nel calcolo del valore d'uso). Rinunciando a mantenere il *claim* e trasferendolo a terzi il soggetto che ha subito il torto sacrifica la componente opzionale in parola.

Sconto per la mancanza di liquidità

Un *litigation claim* è un'attività illiquida. Il valore di mercato di un'attività esprime il controvalore monetario corrente realizzabile dalla vendita dell'attività stessa alla data di valutazione e presuppone dunque la sua monetizzazione. La trasformazione in cassa di un'attività illiquida ha un costo (sconto per la mancanza di liquidità) che può essere approssimato al valore dell'ipotetica opzione *put at the money* che occorrerebbe acquistare per rendere liquida l'attività (nativamente) illiquida.

Il valore d'uso - in quanto non adotta una prospettiva di scambio - non deve riflettere alcuno sconto per la mancanza di liquidità.

Costo evitato di *Aucap* necessario ad effettuare investimenti *full equity*

Una caratteristica tipica delle *large litigation* consiste nella possibilità di ricevere risarcimenti di grande

(32) La c.d. *Financial Theory of Litigation* individua nella varianza dell'informazione che si rende disponibile con il proseguimento della causa il valore dell'opzione *call* implicita nel valore del *litigation claim*. "[T]he larger the variance, the more dramatic and potentially valuable the information waiting to be disclosed during

the course of the lawsuit and the larger the value of the plaintiff's option to continue or to abandon the litigation (...)" J.A. Grundfest - P.H. Huang, *The Unexpected Value of Litigation: A Real Options Perspective*, in *Stanford Law Review*, 58, 2006, 1267-1336.

importo. La disponibilità di somme rilevanti consente all'entità che li riceve di poter finanziare investimenti strategici che per loro natura richiedono di essere finanziati con *equity* senza dover effettuare aumenti di capitale. Aumenti di capitale a pagamento comportano in genere costi di agenzia. La disponibilità delle somme ottenibili con il risarcimento (in quanto di potenziale grande importo) genera una riserva di liquidità che consente di evitare aumenti di capitale e conseguentemente ne evita il costo. Naturalmente questo beneficio attiene esclusivamente al valore d'uso in quanto è un beneficio godibile solo con l'uso dell'attività (= continuazione della causa).

8. Gli *input* della valutazione

Identificate le formule generali di valutazione è necessario fornire delle linee guida per la stima dei parametri di *input* che le alimentano. Di seguito l'analisi si concentra su:

- l'*expected value* del risarcimento;
- i tassi di sconto nella prospettiva della specifica entità e del partecipante al mercato;
- le componenti di valore riconducibili alle opzioni (*call* e *put*);
- la stima dei costi di Aucap evitati.

L'*expected value* del risarcimento

L'*expected value* rappresenta la media dei possibili esiti delle cause ponderata per le probabilità di manifestazione degli esiti stessi. Quanto più ampio è lo spettro dei possibili esiti tanto minore è la confidenza associabile all'*expected value*. A minore confidenza si accompagna maggiore rischio.

La confidenza è inversamente correlata al livello di: a) rischio generale, ovvero alla presenza o meno di un *decision standard/ratio decidendi* che renda prevedibile l'esito della causa;

b) rischio specifico, che riguarda la complessità della causa ed il grado di informazione conosciuta rispetto all'informazione conoscibile nel corso della causa.

Come si è detto in precedenza, il rischio specifico si riduce con l'avanzare della causa, mentre il rischio generale non si riduce.

Nei paragrafi precedenti si sono illustrate le ragioni per cui:

a) nel nostro ordinamento (*civil law*) la prevedibilità della sentenza è minore rispetto ad altri ordinamenti (*common law*);

b) nelle fasi iniziali di cause aventi per oggetto *single matter litigation claim* di grandi dimensioni (prive di

precedenti influenti ed autorevoli), l'imprevedibilità dell'esito della causa è massima.

L'imprevedibilità dell'esito della causa riguarda due diversi profili:

1) l'imprevedibilità del giudizio finale di riconoscimento o meno delle ragioni del torto subito (sentenza favorevole o sentenza sfavorevole);

2) l'imprevedibilità, nel caso di sentenza favorevole, dell'ammontare del risarcimento che potrà essere riconosciuto.

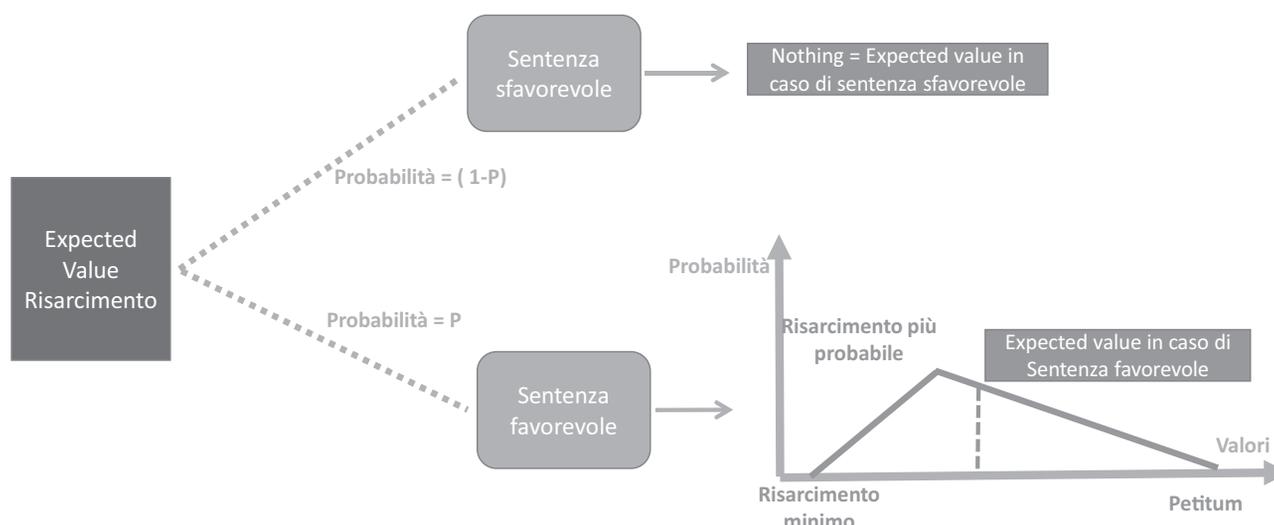
Un grafico (graf. 1) permette di comprendere come l'incertezza concorra a definire l'*expected value* del risarcimento sulla base: (i) delle probabilità di sentenza favorevole e (ii) della distribuzione dei possibili risarcimenti in caso di sentenza favorevole. Come illustrato nel grafico, occorre dapprima definire le probabilità di una sentenza favorevole o sfavorevole e secondariamente definire il valore atteso del risarcimento che il giudizio definitivo potrebbe riconoscere. A quest'ultimo riguardo il grafico assume una distribuzione triangolare dove il risarcimento massimo è rappresentato dal *petitum*, e gli altri due momenti della distribuzione sono il risarcimento più probabile ed il risarcimento minimo. Il valore atteso del risarcimento, nel caso di distribuzione triangolare, è pari alla media semplice dei tre momenti.

I tassi di sconto

La scelta del tasso di sconto deve considerare il rischio binario della particolare attività rappresentata dal *litigation claim* riconducibile alla probabilità P di vedere riconosciuto il valore atteso del risarcimento ed alla probabilità $(1-P)$ di non veder riconosciuto nulla. Qualunque investimento caratterizzato da una probabilità non trascurabile di perdere l'intero capitale (rischio estremo) richiede una remunerazione elevata in grado di compensare tale rischio. Questa è la ragione per cui l'investimento in attività che presentano il rischio di perdere l'intero capitale (generalmente rappresentati dai cc.dd. *alternative investment*: investimenti in società in fase di *start-up*; investimenti in NPL, ecc.) offrono rendimenti sistematicamente superiori a quelli ricavabili attraverso criteri tradizionali, quali CAPM, Fama-French, ecc., che si riferiscono a categorie di investimento più tradizionali (azioni, bond, ecc.) caratterizzati da un profilo di rischio più contenuto (e solo episodicamente estremo).

Nel caso di attività che possono comportare la perdita integrale del capitale, assume particolare rilievo la

Graf. 1. L'expected value del risarcimento



distinzione fra rendimento richiesto (o rendimento *target*) e rendimento atteso.

Il rendimento richiesto (o *target*) corrisponde al rendimento contrattualmente definito in un contratto di finanziamento. È il tasso che il finanziatore richiede sulla base del rischio che il finanziamento apporta ad un portafoglio di attività della stessa natura al fine di poter ricavare - da un portafoglio di attività simili - in media il rendimento atteso. Un semplice esempio numerico può essere utile per meglio comprendere la differenza fra rendimento richiesto e rendimento atteso. Assumiamo che per un ipotetico finanziamento esistano solo due possibili scenari a termine: il valore del bene su cui è scritto il finanziamento varrà zero con probabilità pari al 50%, oppure varrà 100 con probabilità pari al 50%. Se il finanziatore - tenuto conto del rischio particolarmente elevato dell'investimento (vi è il 50% di probabilità di perdere tutto) - intende realizzare un rendimento pari al 20% (= rendimento atteso) la somma che può anticipare a titolo di finanziamento è pari al valore attuale del flusso atteso a termine scontato al tasso del 20% [= 41,66 = (100 x 50%) / (1+20%)]. Per ottenere tale rendimento è necessario che il contratto di finanziamento definisca l'impegno per il finanziato di rimborsare a scadenza un valore di 100. Siccome il finanziatore stima che il finanziato sarà in grado di rimborsare 100 solo con probabilità pari al 50% il rimborso atteso è 50 ed il rendimento atteso dal finanziamento è appunto il 20% (= 50/41,66 - 1). Tuttavia il rendimento richiesto da

contratto è pari al 140% = 100/41,66, in quanto il debitore si impegna a rimborsare 100 alla scadenza del contratto (= obbligo di adempimento). Se il finanziatore disponesse di un portafoglio ben diversificato di finanziamenti (ad esempio un portafoglio di 100 finanziamenti della stessa specie fra loro indipendenti) ed avesse investito 4.166 (= 41,66 x 100), a scadenza si troverebbe con 50 investimenti che valgono zero e 50 investimenti che valgono 100 (controvalore 5.000), da cui trarrebbe il rendimento atteso del 20% = 5.000/4.166 - 1.

Da questa breve spiegazione emergono due elementi chiave:

- il tasso al quale scontare il valore atteso del risarcimento coincide con il rendimento atteso, non con il rendimento richiesto (o *target*);
- il rendimento atteso coincide con il rendimento di un portafoglio diversificato di *alternative investment* della stessa specie.

Negli Stati Uniti, in Australia e più di recente nel Regno Unito si sono diffusi intermediari (denominati PELF- *Private Equity Litigation Fund*) specializzati nel finanziamento di cause legali su base *non recourse* (33). La clausola *non recourse* prevede che se il giudizio definitivo è sfavorevole, il finanziatore non ha diritto a nulla (vi è obbligo di adempimento solo in caso di giudizio favorevole). Questo tipo di finanziamenti di fatto allinea gli interessi del finanziatore a quelli del finanziato (la parte attrice di una causa legale = *plaintiff*), legandoli al medesimo destino (di rischio estremo).

(33) Si tratta del c.d. mercato primario dei *litigation claim*. Non esiste ancora, neppure in quei paesi, un mercato secondario dei *litigation claim* Cfr. M. Steinitz, *Whose Claim Is It Anyway? Third-*

Party Litigation Financing, in *Minnesota Law Review*, 95, 2011, 1268-82.

Dai rendimenti dei PELF è possibile trarre elementi utili per la definizione del tasso di sconto ai fini della stima rispettivamente del valore d'uso e del valore di mercato del *litigation claim*:

- tasso di sconto ai fini del valore d'uso (r_e). Già in precedenza si è richiamato il fatto che il tasso di sconto ai fini della stima del valore d'uso del *litigation claim* debba esprimere un rendimento opportunità di investimenti di pari rischio. A tal fine si può utilizzare il rendimento di PELF, con l'avvertenza di compiere maggiorazione per considerare la minore prevedibilità dell'esito delle cause in un ordinamento di *civil law* rispetto ad un ordinamento di *common law* (come USA, Australia e UK, i paesi in cui operano i PELF) (34).

- tasso di sconto ai fini del valore di mercato (r_{pm}). In precedenza si è illustrato come - ai fini del valore di mercato del *litigation claim* - il tasso utilizzato debba esprimere il costo del capitale che un ipotetico partecipante al mercato dovrebbe sostenere per finanziare la conversione in cassa del *litigation claim*. Poiché il rendimento ricavato dai portafogli PELF si riferisce a finanziamenti *non recourse* con *liquidation preference* (*senior*) pari ad una frazione del valore del *claim* (normalmente intorno al 10/15%), occorre considerare che la parte residua del prezzo di acquisto del *litigation claim* deve essere finanziata con finanziamenti *junior* (più rischiosi e più costosi).

Le opzioni embedded

Due componenti della formula generale sono rappresentate rispettivamente una *long call* ed una *short put*, entrambe *at the money*. La caratteristica delle opzioni *at the money* consiste nel fatto che il loro valore è per intero rappresentato dal "time value", in quanto il loro valore intrinseco, ovvero il valore che avrebbero se scadessero alla data della valutazione sarebbe pari a zero (35).

Il *time value* delle opzioni è funzione di due variabili principali (durata dell'opzione e volatilità del sottostante) così identificabili:

1) la durata dell'opzione *call* è pari a T, ovvero la durata stimata della causa mentre la durata dell'opzione *put* è pari a (T - t) ovvero la maggiore durata

della causa rispetto alla durata media dei finanziamenti *non recourse* dei PELF (36);

2) nella stima della volatilità del sottostante (σ_R) è necessario considerare sia il *binary risk* della sentenza (favorevole o sfavorevole) sia la deviazione *standard* della distribuzione (normalmente triangolare) dei possibili risarcimenti in caso di sentenza favorevole. La logica da seguire è la seguente. Poiché gli eventi di sentenza favorevole o sfavorevole sono fra loro indipendenti la varianza del risarcimento [$\sigma^2(R)$] è pari alla media delle varianze degli esiti di sentenza favorevole e di sentenza sfavorevole, ponderata per il quadrato delle rispettive probabilità. Ponendo l'esito della sentenza sfavorevole pari a zero, in formula avremo:

$\sigma^2_R = (1-P)^2 \times \sigma^2(0) + P^2 \times \sigma^2(R$ della distribuzione triangolare) = $P^2 \times \sigma^2[R$ della distribuzione triangolare]

da cui:

assumendo, ad esempio che P sia pari al 60% e trasformando R in $\log(R)$ (per disporre di una distribuzione normale dei rendimenti), avremo la deviazione *standard* dei rendimenti di R pari a:

$\sigma_R = 60\% \times \sigma(\text{rendimenti di R della distribuzione triangolare}) = 60\% \times \sigma[\log(R \text{ della distribuzione triangolare})]$.

Al fine di disporre dei valori di R e trasformarli in logaritmi naturali per poi calcolarne la deviazione *standard* si fa uso di norma del Metodo Montecarlo.

Il beneficio del risarcimento di grandi dimensioni

In precedenza si è ricordato che la principale caratteristica delle *large litigation* consiste nel poter disporre di un risarcimento che dischiude all'entità che lo riceve la possibilità di realizzare investimenti che andrebbero altrimenti finanziati *full equity*. A solo titolo di esempio una misura potrebbe essere ricavata dalle conseguenze negative dell'annuncio di aumenti di capitale da parte di una società quotata: il beneficio del *litigation claim* è il valore attuale della conseguenza negativa evitata.

Uno studio recente relativo agli aumenti di capitale sul mercato italiano (37) misura il *Cumulative*

(34) Una riflessione sull'importanza del precedente giudiziale nei sistemi di *common law* e di *civil law* è contenuta in P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, 37-44. L'incalcolabilità dell'esito della sentenza è sostenuta da N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. Un tentativo quantitativo di misurazione della prevedibilità dell'esito della sentenza, sulla base di parametri qualitativi è contenuta in L. Viola, *Combinazione di dati e prevedibilità della decisione giudiziaria*, in *La nuova procedura civile*, 3, 2019.

(35) L'opzione è *at the money* quando il prezzo di esercizio = valore corrente dell'attività. Quindi il valore intrinseco: valore corrente dell'attività - prezzo di esercizio = 0.

(36) Occorre infatti considerare che il rendimento dei PELF già include un premio per il rischio di illiquidità, che tuttavia è funzione della duration media dei finanziamenti dei PELF.

(37) G. Di Martino - F. Busatto, *Equity Rights Issue and dilutive effect: evidence from Italian Listed Companies*, in *International Business Research*, Vol. 11, n. 10, 2018, 94-110.

Abnormal Return (CAR) nella finestra - 1 giorno; + 1 giorno rispetto alla data dell'annuncio dell'aumento di capitale a pagamento realizzati sul mercato di borsa italiano nel periodo 2007- 2016.

9. Conclusioni

In conclusione è opportuno ricapitolare alcuni concetti chiave che l'articolo ha voluto mettere a fuoco. Il *litigation claim* costituisce un'attività solo potenziale (questa è la ragione per cui non può essere contabilizzata) in quanto è condizionata al verificarsi di un evento (sentenza favorevole) al di fuori del controllo dell'entità che ha subito il torto (= *contingent asset* o *latent asset*).

Il valore del *litigation claim* è funzione della prevedibilità dell'esito della sentenza in termini di: probabilità di esito favorevole, tempi del giudizio e risarcimento atteso. Minore è la prevedibilità (la confidenza delle stime sulle tre variabili che definiscono l'esito della sentenza) minore è il valore del *litigation claim*.

La stima del valore di un *litigation claim* richiede l'adozione di criteri più sofisticati rispetto ai criteri in uso per la valutazione di altre attività (non potenziali) e poggia su elementi informativi meno sicuri e affidabili (in quanto si tratta di un c.d. *Hard-To-Value-Asset*; HTVA). Elevato *inherent risk* significa elevata volatilità dei risultati della stima al variare di alcuni *input* chiave (*key driver*).

Il *litigation claim* è soggetto a due tipi di rischio:

- il rischio (binario) legato all'esito della sentenza: favorevole o sfavorevole: ciò comporta che il valore corrente dell'attività pur esprimendo il valore attuale dei flussi medi attesi sia un cattivo previsore del valore futuro. Il valore medio atteso non è il valore più probabile e fa riferimento ad uno scenario che non è possibile si realizzi. Infatti se la probabilità di esito favorevole fosse pari al 50% e nel caso di esito sfavorevole il risarcimento fosse pari a zero, il valore corrente del *litigation claim* sarebbe pari al valore attuale del 50% del risarcimento atteso a termine, anche se è noto che la sentenza non potrà che essere favorevole o sfavorevole: e quindi o ci sarà il risarcimento o non ci sarà (lo scenario intermedio non è uno scenario possibile);

- il rischio di stima del risarcimento che potrà essere riconosciuto, il quale è funzione della fase della causa e quindi: dell'informazione conosciuta rispetto all'informazione conoscibile; dell'esistenza o meno di *decision standard/ratio decidendi* di riferimento e/o di precedenti influenti ed autorevoli; della complessità della causa, ecc.

Nelle fasi iniziali della causa entrambi i rischi sono al loro massimo livello, in quanto l'informazione disponibile è ancora ridotta. Nella valutazione di attività condizionate il rischio opera in due direzioni opposte: da un lato riduce il valore attuale del risarcimento atteso e dall'altro aumenta il valore della componente opzionale (*conditional*) del valore del *claim*.

Il *litigation claim* non solo non coincide con la stima del danno, ma non coincide neppure con la previsione del più probabile risultato di una conciliazione fra le parti. Ciò per via del fatto che la stima del *litigation claim* esclude ogni valutazione in merito agli effetti indiretti conseguenti ad una sentenza sfavorevole ed i benefici indiretti che possono essere realizzati attraverso un accordo, oltre alle circostanze che:

- il valore del *liquidation claim* - a parità di attese fra le parti - è sempre inferiore al valore della corrispondente *liquidation liability*;

- nelle fasi iniziali delle cause le attese fra le parti divergono sensibilmente;

- a parità di importo assoluto lo *shareholder value at risk* (ovvero la percentuale dell'*equity* a rischio) è funzione della dimensione relativa delle parti (e ciò contribuisce a definire l'avversione al rischio delle controparti stesse e di conseguenza la propensione a conciliare);

- *large litigation* sono normalmente poco diversificabili e quindi la differenza fra valore della *liability* e del *claim* è proporzionalmente più ampia, a parità di attese.

Vi sono due diverse possibili configurazioni di valore di un *litigation claim*: valore d'uso e valore di mercato. Il valore d'uso (valore intrinseco) esprime il valore attuale dei benefici attesi netti, allo stato attuale della causa, considerate le possibilità di successo, i tempi, i costi ed i rischi che qualsiasi soggetto razionale stimerebbe sulla base della migliore informazione disponibile alla data della valutazione e di un tasso che esprime il costo opportunità del capitale (= rendimento di *alternative investment* di pari rischio). Pertanto il valore d'uso esprime il valore cui si rinuncia nel caso di conciliazione.

Il valore di mercato (valore di scambio) esprime invece il valore teorico al quale si potrebbe smobilizzare il *litigation claim* al netto di uno sconto per la mancanza di liquidità del *claim* e del premio per il rischio specifico richiesto da un partecipante al mercato che si esponesse al rischio di un finanziamento *non recourse* per l'integrale valore del risarcimento atteso.

Il valore d'uso di un *litigation claim* è sempre superiore al valore di mercato per quattro principali ragioni:

a) nella stima del valore d'uso il tasso di sconto dell'*expected value* del risarcimento è inferiore in quanto esprime un costo opportunità di un *alternative investment* di pari rischio, mentre nella stima del valore di mercato il tasso di sconto rappresenta il costo di finanziamenti *non recourse* con e senza *liquidation preference*;

b) il valore d'uso riflette anche la componente opzionale (= *time value* di una *call at the money*) del *contingent asset*, che rappresentando un valore meramente potenziale, è escluso dal valore di mercato (in quanto è improbabile che un investitore

possa riconoscere nel valore di smobilizzo del *litigation claim* tale componente);

c) il valore di mercato include uno sconto per la mancanza di liquidità (= *time value* di una *put at the money*) che il valore d'uso esclude non essendo un valore di scambio;

d) il valore d'uso considera anche i benefici che un risarcimento di grande importo è in grado di generare in capo al danneggiato, permettendo di realizzare investimenti che andrebbero finanziati *full equity* e evitando i tipici costi di agenzia sull'incremento di mezzi propri.

Marco,
Avvocato e Curatore Fallimentare

SICURO DI SAPER AFFRONTARE IL CAMBIAMENTO

One LEGALE

presenta *Experta Crisi d'Impresa*

La soluzione unica per affrontare le diverse fasi previste dalla **Legge Fallimentare** e dal nuovo **Codice della crisi d'impresa**. Un innovativo sistema di risorse informative multidisciplinari per offrire una consulenza di valore: grazie a guide pratiche, codici commentati, action plan, checklist, procedure operative, formule, quesiti e molto altro.

Da oggi, gestire efficacemente ogni situazione è una certezza.

Scopri di più su info.onelegale.it

One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

Responsabilità degli enti

La gestione ermeneutica del rischio normativo internazionale nel contesto della responsabilità da reato degli enti

di Carlo Piergallini (*)

Declinata la morfologia del rischio normativo multinazionale, è tracciato un percorso argomentativo funzionale al governo di simili rischi da parte degli enti multinazionali con riguardo al sistema della responsabilità *ex crimine* della *societas* vigente nel nostro Paese.

Moving from the outline of the multinational regulatory risk's morphology, it has been traced an argumentative path aimed at the management of similar risks by multinational entities with regards to the system of ex-crime companies responsibility in force in our country.

La responsabilità *ex crimine* della *societas* come luogo d'incontro di effetti intranormativi e spinte autoregolative

Si fa fatica a immaginare il "Penale" nel diritto globale. Il suo DNA - è ben noto - stride con quello della globalizzazione. Il diritto penale è sempre stato, per sua natura, *territoriale (statuale)*, *hard* (sul piano delle *fonti*) e *digitalizzato* (secondo un modello decisionale di tipo "classificatorio", che condiziona in termini oppositivi i giudizi imputativi: tipico/atipico, colpevole/non colpevole, ecc.). Trattati invero confliggenti con i connotati che si è soliti riconoscere al *diritto* per come determinato dal fenomeno della globalizzazione: *senza confini*, con *fonti plurime, flou* (1).

Si può allora ritenere che la globalizzazione del diritto abbia sensibilmente scosso il fortino penalistico, provocando crepe che ne minacciano la stabilità. Gli *attacchi più acuminati* si consumano, prevalentemente

sul piano delle *fonti*. È sotto gli occhi di tutti che l'irruzione di componenti internazionali e sovranazionali ha profondamente sovvertito l'idea del diritto penale come "spazio chiuso" e ordinato (2). Ormai convergono, nel "Penale", sistemi normativi diversi ma simultaneamente applicabili, secondo una logica di "internormatività giuridica" (3). E nel tentativo di ricomporre le torsioni che si generano, spicca il ruolo della giurisdizione, sempre più 'portata' a ragionare per "principi" che non alla stregua delle "regole" (divenute sempre più instabili) (4).

Dunque, il diritto globale condiziona prevalentemente dall'"alto" il sistema penale.

D'altra parte e al contempo, si registrano pure fibrillazioni dal "basso". Soprattutto sul versante del *diritto penale dell'economia* e di quello chiamato a confrontarsi con le emergenze della *Risikogesellschaft* (5), la globalizzazione veicola istanze di *autonormazione* da parte da parte di *soggetti privati* e di *comunità epistemiche*, che si "auto-ritengono" più efficienti rispetto allo

(*) Il contributo è stato sottoposto in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Per un rapido affresco, accompagnato dalle principali indicazioni bibliografiche, cfr., volendo, C. Piergallini, *lus sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. Paliero - S. Moccia - G. De Francesco - G. Insolera - M. Pelissero - R. Rampioni - L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 119 ss.

(2) Particolarmente efficace la descrizione di V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, spec. Cap. I.

(3) Così, M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986, 268.

(4) Cfr. C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1129 ss.

(5) È d'obbligo il rinvio al lavoro di U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

Stato nella disciplina degli interessi coinvolti. Traspare l'idea di un "diritto vivente", generato dalla società mediante l'organizzazione di gruppi, capaci di adattarsi con maggiore efficacia alle innumerevoli forme dell'agire umano e alle sollecitazioni che provengono dal mondo (dominante) della 'tecnica' (6). Uno degli esempi più vistosi di una simile convergenza tra il fenomeno della internormatività e le istanze autoregolatrici è rintracciabile nell'ambito della *responsabilità ex crimine della societatis*, specie quando questa assume diramazioni operative transnazionali.

Per un verso, infatti, l'ente collettivo è chiamato a confrontarsi con la "nazionalità" dei diversificati regimi normativi e, per altro, collegato verso, con i sistemi di *compliance*, frutto di autonormazione. Si è al cospetto di un *trend* internazionale in cui l'ideologia della *prevenzione* del rischio-reato si insinua nel diritto penale: basti pensare ai *compliance programs* statunitensi, strumenti privilegiati nel diritto penale delle attività economiche (7). Ciò muove dalla presa d'atto dell'incapacità dello Stato di erigersi a solitario "combattente" della criminalità economica, sì da favorire l'avvio e il successivo consolidamento di una *partnership* con i soggetti privati nella co-regolamentazione delle attività economiche, nell'acquisita consapevolezza del ruolo *incipiente* delle società commerciali, che, allo stesso tempo, sono "causa" dei fenomeni criminali (covano nel ventre delle organizzazioni complesse) e "rimedio" degli stessi (l'organizzazione è in grado di individuarli e governarli).

In definitiva, attraverso un meccanismo di autonormazione "regolamentata", la *compliance* preventiva è affidata dallo Stato agli enti collettivi. In alcuni settori, soprattutto sul versante della *lotta alla corruzione*, si è assistito ad una fioritura di strumenti ultranazionali o "locali" di autoregolamentazione privata (8).

(6) Spicca, sul punto, la riflessione di Ehrlich, che, ben prima della globalizzazione, in contrapposizione all'idea di un diritto "autoritario", gerarchicamente distribuito, prospettava l'idea di un "diritto vivente", prodotto dalla società mediante l'organizzazione di gruppi, capaci di adattarsi alle innumerevoli forme dell'agire (E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913).

(7) Cfr., in argomento, C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, 102 ss.

(8) Cfr. l'accurata indagine sul tema della *compliance* anticorruzione a livello internazionale (sfociata, tra l'altro, nella costruzione di un modello standard anticorruzione denominato *Anti-Bribery Compliance Model*), di S. Manacorda - F. Centonze - G. Forti (a cura di), *Preventing Corporate Corruption*, Springer, 2014. Più in generale, sulla disciplina della corruzione in ambito internazionale, si rinvia all'accurata analisi di V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012.

(9) Per una approfondita ricostruzione della struttura e della funzione del D.Lgs. n. 231/2001, si vedano A. Fiorella, voce

Il rischio normativo multinazionale

L'istanza della *compliance* preventiva dei rischi-reato ha trovato espressione, all'interno del nostro ordinamento, nel D.Lgs. n. 231/2001, fungendo da perno della c.d. *colpevolezza di organizzazione*, la quale trova nel modello il suo *supporto materiale* (l'organo "respiratorio") (9).

In molte aree giuridiche - europee e non - si è assistito e si assiste ad una autentica "caccia alla colpevolezza" nella responsabilità dell'ente (10), significativa della propensione verso una *sogettivizzazione* dell'illecito dell'ente in termini di indispensabile *rimprovero personale*, secondo un modello che coniuga il piano delle garanzie con quello della prevenzione. È infatti evidente come la prospettazione di *chances* difensive collegate all'adozione del modello motivi i soggetti collettivi alla prevenzione del reato.

Di conseguenza, per una *societas*, di respiro *multinazionale*, si profila, sullo sfondo, un *nuovo, sfaccettato rischio*, che si va ad aggiungere a quelli tipicamente riconducibili all'attività economica. Si allude al *rischio normativo (parimenti) multinazionale*, che rimanda una *morfologia tentacolare*. *Multinazionale*, perché l'ente dovrà confrontarsi con gli apparati normativi dei Paesi in cui decide di operare, associandolo agli altri rischi dell'agire economico. *Tentacolare*, perché i predetti apparati normativi esteri possono manifestare *svariati prolungamenti (sotto-sistemi)*, attraverso il rinvio ad ulteriori dispositivi normativi, di rango inferiore, e ad atti di autonormazione. Se provassimo a raffigurare, sinteticamente, l'*estensione* di tale rischio, si potrebbe pervenire alla seguente declinazione morfologica:

- (a) rischio da *giurisdizione*;
- (b) rischio "disciplinare", riferibile ai (diversi) sistemi di responsabilità sanzionatoria della *societas*;
- (c) rischio da *compliance*, integrato dal reticolato di disposizioni normative e non (autoregolamentazioni)

Responsabilità da reato degli enti collettivi, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5101 ss.; D. Pulitanò, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 953 ss.

(10) Oltre alla più volte richiamata esperienza statunitense e alla ben nota tradizione giuridica australiana (impennata sopra una concezione "reattiva", "culturale" della colpevolezza), per le quali si veda C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., 102 ss. e 163 ss., si segnala la recente "penetrazione" del nostrano "sistema 231" in alcuni Paesi, come la Spagna, il Cile e, da ultimo, l'Argentina. In generale, anche nelle esperienze giuridiche in cui rimane saldo l'ancoraggio ad impostazioni "organicistiche", di impronta oggettiva, (impennate, come è noto, sulla teoria dell'*identificazione* e della *vicarious liability*, per le quali si rinvia all'illustrazione di G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, 35 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 104 ss.), la giurisprudenza tende, mano a mano, ad inoculare "pillole" di colpevolezza organizzativa.

relative alla prevenzione e alla gestione del rischio-reato, finalizzate a ridurre il rischio di applicazione di sanzioni e/o a poter fruire di alleggerimenti del carico sanzionatorio.

L'ente multinazionale, per sua natura chiamato a confrontarsi con una pluralità di ordinamenti giuridici, dovrà metabolizzare ciascun tentacolo di tale rischio, per come sopra declinato, o potrà arrestarsi, invece, al più ristretto nocciolo duro dell'apparato normativo estero con il quale si imbatte? È un interrogativo, questo, che, è inutile nascondere, amplifica la complessità dell'accertamento dell'illecito "transnazionale" dell'ente.

Si agitano sullo sfondo *valori contrapposti*: da un lato, per fare un esempio, quello di evitare comode fughe dalla giurisdizione o, addirittura, la possibilità di "prescegliere" la stessa (c.d. fenomeno del *forum shopping*); dall'altro lato, quello di garantire uno statuto insopprimibile di *garanzie*, specie sul versante del *concreto esercizio del diritto di difesa*. Questa tensione dialettica impone un *delicato bilanciamento*: se si dovesse richiedere all'ente l'introduzione e la gestione di tutte le sfaccettature del rischio normativo multinazionale, il diritto alla difesa potrebbe subire una fenditura irreparabile. Si tratta, allora, di individuare un punto di *ragionevole equilibrio*.

In quest'ottica, la prima questione, destinata a porsi, è quella dell'*applicazione della legge (di quale legge) nello spazio*. Viene cioè in gioco il problema della *giurisdizione*, che, nel contesto del D.Lgs. n. 231/2001, ha attirato l'attenzione per una supposta parziale lacuna di disciplina - dal lato, cioè, dell'ente estero operante in Italia (diversamente dall'ipotesi, eguale e contraria, dell'ente italiano operante all'estero, per la quale provvede l'art. 4, D.Lgs. n. 231/2001, estendendo, a determinate condizioni, la disciplina italiana) -, ma che può ritenersi superato dalla giurisprudenza, la quale riconosce senza incertezze l'applicabilità del decreto all'ente estero privo di articolazioni organizzative in Italia in presenza di un reato-presupposto *ivi* commesso da un "suo" soggetto (11). E ciò, fondamentalmente, in ragione della riconosciuta permeabilità della normativa al diritto penale, in particolare agli artt. 3 e 6 c.p. (12).

Va da sé, allora, che un argine agli effetti dell'universalizzazione della disciplina prevista dal codice penale, che prolunga i suoi effetti sull'ente, possa

essere costituito proprio da un *recupero del ruolo della colpevolezza di organizzazione in sede di accertamento dell'illecito dell'ente*.

Colpevolezza organizzativa e principio di territorialità: l'esercizio in concreto del diritto di difesa

Calandoci sul terreno del profilo "disciplinare" del rischio normativo, l'onere *conoscitivo* della società non potrà non ricomprendere la *struttura* del sistema estero, limitatamente ai *presupposti imputativi* e all'*arsenale sanzionatorio*. E, quanto ai primi, è noto come, in estrema sintesi, il panorama internazionale rilascia due tipologie di sistemi: quelli fondati sul mero ricorso alla *identification theory* e alla *vicarious liability*, da un lato, e quelli imperniati, in aggiunta, sulla *colpevolezza di organizzazione*, variamente articolata, dall'altro lato.

Si tratta, a ben vedere, come per la giurisdizione, di un rischio che viene soppesato, atteso che il 'costo' di eventuali illeciti è, come è noto, una delle componenti che influenzano il processo decisionale dell'ente.

Posto allora che i rischi normativi da "giurisdizione" e da "disciplina" devono essere "metabolizzati" e gestiti dall'ente, non resta che soffermarsi sulla terza sfaccettatura del rischio normativo: quello da *compliance*, destinato a rilevare nei sistemi ancorati sulla colpevolezza di organizzazione e solcato da regolamentazioni diverse, non solo per ragioni geografiche, ma anche politiche, normative e culturali.

Tali sistemi richiedono, sostanzialmente, l'apprestamento di un *reticolato di cautele* (procedimentali e sostanziali) teleologicamente rivolte a minimizzare ragionevolmente il rischio-reato. La loro incidenza può riverberarsi sul terreno del *processo* o del *diritto sostanziale*. La prima evenienza riguarda i Paesi in cui l'esercizio dell'azione penale è discrezionale: davanti ad un apparato preventivo ritenuto adeguato ed effettivo, l'organo dell'Accusa si asterrà, di regola, dal formalizzare un'imputazione a cui faccia seguito il processo (rinuncia all'azione). Nel secondo caso, gli effetti riguarderanno la struttura dell'illecito, nel senso che l'esito decisivo potrà appuntarsi su un difetto di rimproverabilità, con conseguente proscioglimento per la carenza di un estremo costitutivo dell'illecito dell'ente, oppure in una dichiarazione

(11) Tra le altre, Cass. Pen. 7 aprile 2020, n. 11626; Trib. Lucca 31 luglio 2017, n. 222, in *Giur. pen. web*, 20 agosto 2017; Trib. Milano, Ufficio G.I.P., ord. 27 aprile 2004, in questa *Rivista*, 10, 2004, 1282, con commento di F. Pernazza.

(12) Sul tema cfr. A.F. Tripodi, *Il diritto penale degli enti nello spazio: deantropomorfizzazione e globalizzazione a confronto*, in *Arch. pen. web*, 1, 2019, 1 ss., al quale si rinvia anche per una panoramica delle posizioni dottrinali emerse intorno alla problematica.

di non punibilità, laddove l'assenza di colpevolezza di organizzazione renda inopportuno il ricorso alla pena (13).

Una volta preso atto dell'ossatura di simili sistemi, vi è da chiedersi a quale tipo di compliance preventiva debba soggiacere l'ente estero attratto dalla giurisdizione nostrana.

È prefigurabile, dinanzi ad un siffatto rischio, un ente che, assunte le sembianze di una cane da tartufo, setacci i contenuti della prevenzione imposta da ciascuno Stato allo scopo di adeguarvi? Per quanto "capace", un ente, gravato da un simile, sconfinato obbligo, non è nella condizione di svolgere un adattamento - continuo ed incessante - alle disposizioni preventive dello Stato in cui opera, che potrebbero persino fomentare problemi di compatibilità con la propria struttura giuridica ed organizzativa.

È doveroso ricordare che soprattutto la prevenzione dei reati dolosi, espressivi della criminalità del profitto, è essenzialmente implementata, nel panorama giuridico internazionale:

a) per una (ridotta) parte da *strumenti normativi* e da *best practices* internazionali; e

b) per altra (prevalente) parte, da atti di *autonormazione*.

A differenza della criminalità colposa, in cui l'apparato di cautele è in ciascuno Stato oggetto di specifica disciplina normativa, per i reati dolosi non sono reperibili esaustivi e conchiusi cataloghi di cautele normativizzate, agevolmente consultabili. È la *societas* che, dopo aver "guardato dentro sé stessa" (*risk assessment*), individua i rischi-reato potenzialmente esistenti, ne misura il grado di avveramento (*l'intensità*) e, successivamente, forgia i corrispondenti presidi cautelari telelogicamente orientati a ridurre ragionevolmente i rischi emersi (*risk management*). Sul piano delle fonti delle cautele, fatta eccezione per il ridotto strumentario "positivizzato" eventualmente disponibile, ci muove, perciò, prevalentemente sul terreno che, nella colpa penale individuale, viene ricondotto alla figura della "colpa generica", che, come è noto, rilascia una caratura di origine *socio-esperienziale*, in cui il livello della diligenza dovuta viene commisurato, ad esempio, nel nostro Paese, sulla figura dell'"agente-modello", deputata ad impersonare le pretese oggettive di diligenza accampate dall'ordinamento (14). Al

cospetto di un quadro così variegato, sul terreno dell'*eziologia* delle cautele, che danno forma e contenuto alla colpevolezza di organizzazione, pretendere che una società multinazionale adegui la propria *compliance* preventiva a quella declinata in ciascuno Stato potrebbe ingenerare una paralisi operativa, frutto della inevitabile "babele" prevenzionistica, vieppiù implementata dalla prevalente natura autonormata dei presidi cautelari. Così, per fare un esempio, nei Paesi che accordano rilievo alla colpevolezza di organizzazione, gli enti possono avvalersi, per dare corpo e anima alla strategia preventiva, di linee-guida adottate da associazioni di categoria (si pensi, in Italia, a quelle licenziate da Confindustria), di codici di autodisciplina, di determinazioni provenienti da autorità di vigilanza (15), ecc.

In definitiva - vale la pena ripeterlo - se un ente estero dovesse rincorrere, nei più svariati mercati in cui opera, la diversificata congerie di atti a scopo preventivo, autonormati e non, ciò si tradurrebbe nell'imposizione di un obbligo oggettivamente insuscettibile di adempimento. Per quanto provvisto di una "megacompetenza", di regola associabile alla maggiore efficienza dell'agire collettivo, essa non può sfociare nella richiesta di dare corpo ad una sorta di superomistico "agente-modello universale". Siamo al punto. Ecco che il principio di territorialità, declinato in rapporto all'ente, genera un'antinomia autenticamente "valoriale", compendiabile nel dipolo: *obbligatorietà - estesa - della giurisdizione domestica vs. esercizio in concreto del diritto di difesa*.

Pertanto, esigenze legate all'esercizio, *effettivo e concreto*, del *diritto di difesa* (art. 24, comma 1, Cost.) impongono che l'ente, attratto dalla giurisdizione universale di uno Stato (come il nostro) che incentra l'illecito della *societas* sulla colpevolezza di organizzazione, possa far valere tale fondativo diritto, appellandosi al rispetto della *compliance* preventiva *del suo Paese*, sia essa eteronormata che spontaneamente autonormata.

Una diversa soluzione è destinata a pregiudicare irrimediabilmente il diritto di difesa, degradandolo al piano della mera "apparenza" (un vuoto simulacro), per manifesta impossibilità dell'ente di "ritagliare", in modo continuativo, il suo arsenale preventivo a seconda dello Stato in cui opera.

(13) Per un'analisi di tali sistemi, v. V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., *passim*.

(14) Per un esame della fisionomia dell'"agente-modello", non soltanto sul piano della responsabilità individuale ma anche all'interno delle organizzazioni complesse, sia consentito il rinvio a C. Piergallini, voce *Colpa*, in *Enc. dir., Annali X*, 2017, Milano, 231 ss.

(15) Sprovviste di forza normativa: si pensi, per fare un esempio nostrano, sia pure concernente il diverso piano della prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, di cui alla L. n. 190/2012, alle *determinazioni* e ai *pareri* dell'*Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC), che non hanno natura normativa, ma che costituiscono uno strumento di supporto orientativo del disegno della strategia anticorruptiva delle pubbliche amministrazioni.

In conclusione, il principio di universalità della nostra giurisdizione, per come configurato nell'art. 6 c.p., non può certo prolungarsi fino al punto di assorbire pure l'assetto preventivo di cui una società multinazionale si è dotata. Detto altrimenti, non si può riconoscere al modello di organizzazione e al presidio dell'organismo di vigilanza, che marcano il nostro sistema, una simile forza espansiva, che imporrebbe agli enti esteri di replicarne addirittura il lessico (16).

L'indispensabile edificazione di un principio di assimilazione nella *compliance*

Esigenze di *giustizia* - dunque, di *ragionevolezza* - fanno sì che la dilatazione della territorialità debba trovare un *contenimento*, ancora una volta in omaggio al *diritto di difesa*, in una sorta di *principio di assimilazione*, che consenta di apprezzare il *profilo funzionale* della *compliance* a cui si è sottoposto l'ente estero, vale a dire la sua *idoneità preventiva*, al di là della *diversa nomenclatura* giuridica (17). Per questa via, si evita di sottoporre le società estere, che operano in Italia, ad un trattamento capace di alimentare "fughe" dal mercato italiano e inoltre manifestamente deteriore rispetto a quello riservato agli enti, con sede principale in Italia, che operano all'estero: questi, proprio grazie al riferimento normativo alla "sede" (art. 4, D.Lgs. n. 231/2001), potranno avvalersi dello strumentario difensivo predisposto negli artt. 6 e 7, D.Lgs. n. 231/2001; per contro, quelli esteri, attratti dalla nostra giurisdizione, rischierebbero di vedersi negata la "difesa" in ragione della portata pure universalistica della specifica *compliance* delineata nel decreto, non altrimenti surrogabile.

L'operatività dell'indicato principio di assimilazione andrebbe sottoposta alla convergente ricorrenza dei seguenti *requisiti*.

(a) Prima di tutto, occorrerà verificare l'esistenza di una *compliance*, che, a prescindere dalla sua *qualificazione nominalistica*, tramandi *finalità di prevenzione dei rischi-reato*, cristallizzate, non solo nella mera esposizione dei valori perseguiti (alla stregua di un codice etico), ma altresì in strumenti operativi aziendali (codici di comportamento, linee-guida, protocolli, procedure, ecc.) *idonei* a conseguire lo scopo preventivo.

(b) Successivamente, è da saggiare l'*effettività* del sistema preventivo apprestato: la *compliance*, cioè, non deve risolversi nella istituzione di apparato meramente burocratico-cartolare, ma rilasciare una inequivocabile *funzionalità operativa*.

Ricorrendo tali condizioni, non dovrebbero sussistere ostacoli al riconoscimento della sostanziale assimilabilità di un simile sistema prevenzionistico a quello delineato nel D.Lgs. n. 231/2001. Li accumulano lo "scopo" (la *riduzione ragionevole del rischio-reato*) e il "mezzo" (l'*arsenale preventivo* efficacemente ed effettivamente apprestato).

Occorre, tuttavia, confrontarsi con una possibile *obiezione* all'auspicata assimilazione.

Si potrebbe sostenere che essa trovi un insormontabile ostacolo nella previsione, nel decreto n. 231, dell'*organismo di vigilanza*, che, lo si sa, costituisce un autentico *novum* nell'ambito del diritto societario e non appare, dunque, rinvenibile in ordinamenti esteri. L'originalità dell'istituto potrebbe, perciò, predicarne l'infungibilità, così da vanificare la sostenibilità del delineato paradigma dell'assimilabilità. Del resto, appare quantomeno eccentrico che una società multinazionale, munita da una ramificata configurazione organizzativa, crei una specifica "cellula", denominata organismo di vigilanza, esclusivamente *ratione loci*, cioè per le sole attività svolte in Italia, magari pure occasionalmente, o, addirittura, perché sottoposta alla nostra giurisdizione per aver "acceduto", ai sensi dell'art. 110 c.p., ad un reato altrui, di cui solo un frammento ha interessato il nostro territorio. Si tratterebbe di una "singolare creatura" destinata a sovvertire i principi più elementari che plasmano la disciplina della "progettazione della organizzazione aziendale" (18).

Un'analisi più attenta rivela, tuttavia, l'infondatezza di una simile obiezione, la quale finirebbe per compromettere ogni tentativo di assimilabilità con la *compliance* nostrana. Risulta, in effetti, tutt'altro che irresistibile la tesi della non rintracciabilità di siffatto organismo negli ordinamenti stranieri.

Date per conosciute le caratteristiche strutturali (*indipendenza, autonomia, professionalità, continuità d'azione*) e funzionali (*vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello, cura del suo aggiornamento*) dell'organismo di vigilanza (19), va osservato come già nel decreto n. 231 sia riconosciuta la *fungibilità*

(16) Così, A. Alessandri, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 559.

(17) Nella stessa direzione di senso, per un richiamo, in chiave dogmatica, alla categoria dell'inesigibilità, cfr. A.F. Tripodi, *Il diritto penale degli enti nello spazio*, cit., 20 ss.

(18) Compendiata nel celebrato volume di H. Mintzberg, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996.

(19) Per un'indagine dettagliata, si veda A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, 2019.

dell'organismo: l'art. 6, comma 4-bis, prevede che le funzioni dell'organismo possono essere svolte, nelle società di capitali, dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo della gestione, sì da rendere tutt'altro che 'esclusiva' la scelta di incardinare un organismo *ad hoc*. A maggior ragione, deve essere riconosciuta una *analoga fungibilità* alle società estere, proprio tenendo presente che si è al cospetto di un istituto esclusivamente nostrano.

Per conseguire detto obbiettivo, si è dell'opinione che occorra muoversi sul piano *funzionale*.

Atteso che l'organismo svolge compiti di controllo e di vigilanza, sarà sufficiente, all'ente estero, avere incardinato ed implementato *funzioni di controllo interno* sull'adeguatezza e sull'effettività della prevenzione. Su questo terreno, le grandi organizzazioni complesse, multinazionali e non, rilasciano un ampio e variegato strumentario. Proviamo a scrutarlo da vicino.

Spicca, su tutti, la funzione di *internal audit*, ormai radicata a livello internazionale (20), che ha il compito:

- a) di valutare i processi di *governance*;
- b) di contribuire al miglioramento di tali processi;
- c) di controllare i processi esposti a rischi, compresi quelli normativi, segnalando possibili azioni di miglioramento.

Dette funzioni di controllo devono essere condotte tramite un approccio sistematico e *risk-based*. Si è dinanzi, perciò, ad una funzione di *staff* (opera, cioè, al di fuori dell'autorità di *line*, perciò *indipendente*), che riporta all'organo di governo di una società (ad esempio, il consiglio di amministrazione) e che svolge l'attività seguendo specifiche *scansioni procedurali*. Provando a tracciare una sinossi, la funzione *audit* si snoda, di regola, secondo le seguenti fasi:

- a) programmazione annuale del piano dei controlli sulle aree aziendali;
- b) esecuzione dei controlli;
- c) esito dei controlli, che possono sfociare in rilievi (associati a carenze gravi, rilevanti, moderate o marginali), raccomandazioni e azioni correttive;
- d) assegnazione di un termine entro il quale porre in essere le azioni correttive;
- e) *follow up*, diretto a verificare l'effettiva esecuzione delle azioni correttive.

I controlli vengono svolti tenendo conto dei rischi (compresi i rischi-reato) che insistono in ciascuna area e della *normativa* che ne conforma l'attività, anche di origine *endoaziendale* (codici etici, codici di comportamento, *compliance programs*, modelli di organizzazione, procedure operative, ecc.). Oltre a verificare il rispetto della normativa e delle procedure aziendali, i controlli possono altresì sfociare nella segnalazione di *insufficienze* degli stessi contenuti della *policy* aziendale: spetterà, poi, alla società colmare le lacune censurate.

Si è al cospetto di una funzione che può essere, senza particolari difficoltà, *assimilata* all'organismo di vigilanza ex D.Lgs. n. 231/2001, del quale riproduce, in buona sostanza, i compiti.

Ma non è tutto.

Le società di capitale, italiane ed estere, quotate in borsa, sono altresì provviste di ulteriori importanti funzioni: l'*Enterprise Risk Assessment* (ERA) e l'*Enterprise Risk Management* (ERM). Proposte nel 2004 dal Co.S.O. (*Committee of Sponsoring Organisations of the Tradeway Commission*), hanno lo scopo di valutare e migliorare la gestione dei rischi aziendali, compresi quelli normativi (tra i quali il rischio penale). Si inseriscono nell'ambito del *Sistema del Controllo Interno* (SCI), che contribuisce a mantenere l'organizzazione aziendale orientata alla salvaguardia dei seguenti obbiettivi: conformità delle operazioni alle leggi, ai regolamenti e alla normativa endoaziendale; affidabilità ed integrità delle informazioni (trasparenza e tracciabilità delle stesse); salvaguardia del patrimonio aziendale; efficacia ed efficienza delle operazioni.

Viene, poi, in considerazione la ormai diffusa figura del *Compliance Officer*, che supervisiona e gestisce le tematiche di *compliance* (compresa la prevenzione dei rischi-reato) all'interno dell'organizzazione, assicurando che la struttura sia conforme ai requisiti dettati dalla regolamentazione e che le risorse umane agiscano nel rispetto delle procedure interne. Pur trattandosi di una funzione indipendente dai vertici della società (visto che i controlli si rivolgono pure all'organo di governo della stessa), è, tuttavia, da precisare che si è al cospetto di un "vertice", esso stesso, della società, che esercita funzioni direttive. Di conseguenza, è il requisito dell'indipendenza che non coincide con il nostrano organismo di vigilanza (21).

(20) Si pensi, per tutti, agli "Standard internazionali per la pratica professionale dell'internal auditing", forgiati dal *The Institute of Internal Auditors and Guidance*, negli Stati Uniti, sottoposti a periodiche revisioni. Questo Istituto organizza l'insieme delle disposizioni normative (*authoritative guidance*), suddivise in due categorie: *guidance* vincolanti e *guidance* raccomandate.

(21) Sulla figura del *Compliance Officer* nei sistemi anglosassoni, si veda A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente*, cit., 473; e, per uno specifico approfondimento nel sistema statunitense, V. Mongillo, *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in *Dir. Pen. Cont.*

Spicca, infine, la figura dell'*official de cumplimiento*, prevista nel sistema spagnolo, che replica il DNA dell'organismo di vigilanza, trattandosi di un soggetto autonomo e indipendente rispetto ai vertici della società, sprovvisto di poteri di gestione (22).

Come si può apprezzare, la ricognizione delle esperienze internazionali sul terreno del "controllo interno" dimostra l'esistenza di una pluralità di funzioni, spesso operanti in sinergia, che paiono, ovviamente per *analogia*, accostabili ai compiti di vigilanza e controllo che il decreto n. 231 assegna al "neofita" organismo di vigilanza.

Il rischio sullo sfondo: la variabile del potere valutativo del giudice

L'analisi si rivelerebbe parziale se non tenesse conto del rischio immanente alla valutazione di idoneità e adeguatezza della *compliance* preventiva affidata all'organo giudiziario. Trattasi di un rischio che, come è noto, contraddistingue il sistema 231 e che, non di rado, sospinge gli enti a privilegiare l'adozione del modello in un'ottica riparatoria.

Breve. In assenza di predeterminati parametri di valutazione, è il giudice che si issa a regolatore del sistema, senza che se ne possano prevedere le mosse. È nostra convinzione che i rischi-reato, riferibili alla *societas*, non possano essere riversati nell'alveo di quelli "comuni", da affidare al dominio della colpa generica. Essi abbracciano *beni giuridici di ragguardevole spessore, non di rado muniti di caratura transnazionale*. Sarebbe, quindi, auspicabile, sia sul piano interno che su quello internazionale, una progressiva implementazione dei processi di autonormazione, orientati a rilasciare *standards* cautelari di generale applicazione. Ci si dovrebbe, cioè, decisamente muovere in

direzione della *positivizzazione di protocolli cautelari* destinati ad assurgere alla dignità di *best practices*, da sviluppare secondo gli schemi di un'*azione proceduralizzata* (diretta ad individuare, prima, e a formalizzare, poi, le cautele), che coinvolga gli attori del processo e, dunque, davanti ai rischi transnazionali, organismi e agenzie internazionali (23).

Una simile operazione di individuazione e di formalizzazione delle cautele non potrà ignorare il *background* informativo, vale a dire la necessità che i protocolli cautelari realizzino un'osmosi sia con le migliori evidenze scientifiche disponibili, sia con gli indici qualitativi mutuati dai formanti giurisprudenziali.

In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, governata da linee-guida e protocolli terapeutici (24), si dovrebbe puntare al confezionamento di *modelli e protocolli "pilota"*, destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di "dettaglio". Sarebbe, infine, opportuno che protocolli, così costruiti, fossero assistiti da una *presunzione, iuris tantum, di idoneità preventiva*, superabile dal giudice solo attraverso l'adempimento dell'obbligo di motivare la *dissenting opinion*.

In questa maniera, il giudizio di idoneità del modello si potrebbe conformare a quel paradigma che nel diritto penale individuale corrisponde al dominio della colpa specifica, forma di colpevolezza che ben si sposa con le prerogative - di serialità operativa, di rilevanza dei beni in gioco, di affinamento della relativa cornice nomologica - dell'attività di impresa e che, tornando conclusivamente sull'esigenza di contenimento del potere valutativo dell'organo giudiziario, garantirebbe un tipo di accertamento meno "libero" e una maggior fiducia nel sistema da parte degli enti.

Riv. Trim., 3, 2018, 153 ss., il quale segnala come dall'archetipo anglo-americano sembrano derivare le corrispondenti figure degli ordinamenti spagnolo, cileno, peruviano e argentino e, in ultima analisi, individua prima di tutto nel profilo dell'indipendenza il crinale più problematico nella prospettiva di una convergenza, a livello internazionale, delle normative in materia.

(22) Su tale figura, cfr., ancora, A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente*, cit., 483 e V. Mongillo, *La vigilanza sull'attuazione*, cit., 161 ss.

(23) Il percorso di "positivizzazione" (autonormata) delle cautele delineato nel testo era già stato illustrato in un nostro precedente saggio, peraltro in un'ottica "interna" al sistema 231: cfr., C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, parte II, 228 ss.

(24) Per un'approfondita analisi del ruolo delle linee-guida medico-sanitarie sulle dinamiche imputative del reato colposo, si veda M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.

Responsabilità penali degli amministratori

Società a partecipazione pubblica, procedure fallimentari e responsabilità penali degli amministratori e dirigenti

di **Ciro Santoriello** (*)

Il contributo esamina quali possano essere le responsabilità dei vertici delle società *in house* o a partecipazione pubblica in caso di dichiarazione di fallimento o di apertura della procedura di liquidazione giudiziale come si esprime il D.Lgs. n. 14 del 2019. Inoltre, prendendo spunto da una recente decisione di merito, si verifica se ed a quali condizioni di eventuali fatti di bancarotta possano rispondere anche gli esponenti politici che siedono al vertice dell'ente pubblico che detiene quote di partecipazione nella società fallita.

The contribution examines the responsibilities of the heads of in-house or public participation companies in the event of a declaration of bankruptcy or the opening of the judicial liquidation procedure, as expressed in Legislative Decree. 14 of 2019. In addition, taking as a starting point a recent decision of the court, it is examined whether and under what conditions of possible bankruptcy events can also be met by the political ex-leaders who sit at the top of the public body holding stakes in the fallita company.

1. Introduzione

Come è noto, le c.d. società *in house* sono società di diritto privato, solitamente costituite sotto forma di società di capitali, che operano nell'interesse esclusivo di un ente pubblico, che ne detiene la totalità del capitale. Ovviamente al vertice di tali imprese siedono soggetti dotati dei necessari poteri di direzione, gestione e controllo e su cui gravano anche significative responsabilità penali (1), di cui tuttavia è assai arduo definire i confini, posto che in proposito non è possibile rifarsi semplicemente al solo dato normativo, senza considerare le funzioni ed i compiti che, nel nostro paese, sono attribuiti alle persone giuridiche in parola.

Se infatti è vero che i gestori di società pubbliche sono senz'altro destinatari del trattamento

penalistico riferito ai pubblici ufficiali o quantomeno agli incaricati di pubblico servizio e quindi non vi è alcun dubbio che costoro possano rispondere, in virtù della suddetta veste, dei reati di concussione, corruzione, ecc., non può trascurarsi il fatto che al contempo questi enti collettivi sono soggetti di diritto privato e quindi sui vertici degli stessi gravano una serie di obblighi di carattere civilistico, la cui inosservanza è di regola presidiata anche sul versante penalistico. Tuttavia, quando la condotta dei dirigenti delle società *in house* viene ad essere sottoposta al vaglio del diritto penale con riferimento - non alla violazione della normativa che governa il comportamento del pubblico funzionario, ma in relazione - ai profili attinenti le scelte più propriamente imprenditoriali e di carattere manageriale il ricorso al diritto

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) G. Viciconte, *La vexata quaestio della responsabilità penale dei soggetti che operano nell'ambito delle società a partecipazione statale*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1479; Id., *Responsabilità penale del personale degli enti privatizzati*, *Ibidem*, 1997, 1479; F.

Fimmanò - A. Laudonia, *La responsabilità penale degli organi di società a controllo pubblico*, in AA.VV. (a cura di F. Fimmanò - A. Catricalà - R. Cantone), *Le società pubbliche*, II, Napoli, 2020, 965; F. Fimmanò, *I profili di responsabilità penale degli organi sociali di società pubbliche*, in A. Jazzeffi - A. Bove, *La legge anticorruzione*, I, Napoli 2014, 82.

penale nella valutazione dell'attività delle società a partecipazione pubblica si presenta in più di una circostanza assai problematico, quando non addirittura incongruo e inopportuno.

Nelle pagine che seguono non saranno esaminate le conseguenze derivanti dalla ritenuta appartenenza dei dirigenti delle società *in house* alla pubblica amministrazione, trattandosi di argomento sostanzialmente privo di profili ed aspetti problematici (2). Le nostre riflessioni invece saranno riferite alle responsabilità penali da riconoscere a tali soggetti quali amministratori e dirigenti di società di diritto privato, soffermandoci in particolare sulle previsioni incriminatrici operanti in caso di emersione di una crisi economica e patrimoniale: è infatti quando si deve applicare alle società *in house* il diritto penale fallimentare, previsto ora dal R.D. n. 267 del 1942 ed un domani dal D.Lgs. n. 14 del 2019, che la presenza nella compagine sociale di enti pubblici fa emergere incongruenze ed incertezze.

2. Brevi cenni sulle società *in house*

Posto che, come detto, la definizione dei confini della responsabilità penale di quanti operano ai vertici delle società *in house* è fortemente condizionata dalle particolari caratteristiche di tali persone giuridiche, che sono sì soggetti di diritto privato ma al contempo si differenziano per più aspetti dalle società in cui non compare un socio pubblico o in cui questi non detiene la totalità del capitale sociale (3), è opportuno soffermarsi brevemente sui caratteri di queste imprese.

In proposito, per espresso dettato normativo - giusto quanto dispongono gli artt. 5 e 192, D.Lgs. n. 50 del 2016, il c.d. Codice dei contratti pubblici - le società *in house* si contrassegnano perché a) come detto, l'intero capitale (salvo alcune deroghe) appartiene ad enti pubblici; b) più dell'80% delle attività della società *in house* è effettuata nei confronti dell'ente pubblico controllante; c) l'ente pubblico esercita sulla società *in house* un controllo analogo a quello che esercita sui servizi che essa stessa eroga (4).

(2) Non vi sono dubbi circa il fatto che a quanti svolgono un ruolo apicale (pur se non di vertice) all'interno delle società a partecipazione pubblica vada attribuita, con riferimento al diritto penale ed in particolare in relazione ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. 314 c.p., la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di un pubblico servizio. È vero che le società in questione non rientrano nell'ambito della pubblica amministrazione in senso stretto e di conseguenza chi provvede alla direzione di queste persone giuridiche non ha un rapporto diretto con la P.A. né è un dipendente della stessa, ma questa circostanza non incide sulla qualificazione giuridica dei soggetti in questione come pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio ai sensi degli artt. 357 e 358 c.p. posto che dopo la riforma del 1990, il legislatore ha definitivamente accolto la concezione c.d. funzionale-oggettiva della nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, non considerando invece più rilevante l'eventuale rapporto di dipendenza del singolo dallo Stato o da altro ente pubblico (A. Fiorella, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 566; B. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 1999, 254; P. Severino di Benedetto, *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio*, in *Dig. pen.*, X, Torino, 1995, 513; A. Vallini, *Le qualifiche soggettive*, in F. Palazzo (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, 745. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. Civ. 28 marzo 2017, n. 15482).

Anche la dottrina ritiene che il processo di privatizzazione dei c.d. enti pubblici economici ha investito solo l'aspetto formale della veste giuridica di tali soggetti, essendo per il resto immutato il controllo da parte dello stato sulla loro gestione economica, con la conseguenza che i dipendenti e dirigenti degli enti stessi sono tuttora pubblici ufficiali (R. Ballestrini, *Le qualifiche soggettive di cui agli artt. 357 e 358 c.p.: aspetti vecchi e nuovi in riferimento al criterio "oggettivo funzionale" nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Ind. pen.*, 1998, 596; A. Carmona, *Dagli enti pubblici economici alle public companies: un problema insoluto negli artt. 357 e 358 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 192; G. Ciani, *Brevi considerazioni sullo statuto penale dei dipendenti dell'Ente Poste*, in *Cass. pen.*, 1997, 1362; S. Del Corso, *Lo statuto penale delle imprese pubbliche: "vizi privati e pubbliche virtù"*, *ivi*, 1987, 1531; B. Romano, *I delitti*, cit., 290; L. Garofalo, *Truffa ai danni*

dell'E.N.E.L. e natura giuridica dell'ente, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 948; G. Santacroce, *Aspetti penali della "privatizzazione" delle imprese pubbliche. Modificazioni "mediate" della fattispecie criminosa e successione di leggi penali*, in *Foro it.*, 1994, II, 605; G. Viciconte, *La vexata quaestio*, cit., 1479; O. Di Giovine, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini fra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 2011, 1889; V. Manes, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, 150; D. Falcinelli, *Il soggetto pubblico. Tracce di una nozione penale "per funzione"*, in *archiviopenale.it*). Quanto alla giurisprudenza, l'orientamento dominante è nel senso che la trasformazione degli enti pubblici in società per azioni e la successiva alienazione di quote di partecipazione a privati non ha comportato di per sé il venir meno della qualifica di pubblici ufficiali dei dipendenti, continuando tali soggetti a perseguire una finalità pubblica ed essendo la loro attività disciplinata in gran parte da norme di diritto pubblico (Cass. Pen. 17 marzo 2016, n. 15113; Cass. Pen. 6 giugno 2018, n. 25649; Cass. Pen. 28 giugno 2016, n. 40747; Cass. Pen. 10 gennaio 2018, n. 594).

(3) In proposito si ricorda che le società *in house* non vanno confuse con quelle genericamente a partecipazione pubblica. Per quest'ultime l'unica particolarità di rilievo è rappresentata dalla circostanza che parte del capitale sociale fa capo ad enti pubblici, mentre nelle società l'intero capitale (salvo alcune deroghe) appartiene ad enti pubblici.

(4) La bibliografia sulle società *in house* è imponente. In questo lavoro, dedicato a profili esclusivamente penalistici, non si ritiene opportuno soffermarsi sulla stessa. Ci si limita solo ad alcuni richiami a scritti recentissimi: F. Capalbo - A. Menale, *Le società a partecipazione pubblica in Italia ed all'estero: numeri ed incidenza sull'economia*; R. Ranucci, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definizioni fra diritto comune societario e testo unico delle società a partecipazione pubblica*; M. Coppola, *Il ritorno del diritto comune delle società in house alla luce del testo unico delle società partecipate*; A. Bove, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelli del codice dei contratti pubblici*; L. Imparato, *Il modello della società in house*, tutti in AA.VV., (a cura di F. Fimmanò - A. Catricalà - R. Cantone), *Le società pubbliche. Fenomenologia di una fattispecie*, I, Napoli, 2020; V. Donativi, *Le società a partecipazione*

Il particolare rapporto di controllo che si instaura fra i due soggetti - socio pubblico e società - è senz'altro la caratteristica più rilevante delle persone giuridiche in esame. La nozione di "controllo analogo" è stata originariamente elaborata in sede di giurisprudenza comunitaria (5), la quale sul finire degli anni novanta ha ritenuto la compatibilità con il diritto comunitario degli affidamenti diretti, a condizione però che l'ente locale esercitasse sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che quest'ultimo realizzasse "la parte più importante della propria attività" con l'ente o con gli enti locali controllata, e nel nostro ordinamento è comparsa per la prima volta nell'art. 113, comma 5, D.Lgs. n. 267 del 2000, poi successivamente più volte modificato. L'utilizzo di tale espressione è riferita alle ipotesi in cui a) l'intero capitale azionario dell'ente *in house* è a partecipazione pubblica, b) l'ente pubblico ha un controllo sul bilancio e sulla qualità dell'amministrazione della persona giuridica, c) sempre all'ente pubblico titolare del controllo spettano poteri ispettivi diretti e concreti sull'attività della società, con possibilità anche di procedere all'ispezione dei luoghi di produzione, d) la società *in house* dipende totalmente, in tema di strategie aziendali, dalle indicazioni provenienti dai vertici della pubblica amministrazione (6).

Come si vedrà, la presenza di questo rapporto fra i due soggetti - P.A. e società *in house* - fa ritenere ad alcuni che fra i responsabili di fatti di *mala gestio* di rilievo penale che possono riscontrarsi nella direzione dell'impresa collettiva possano rientrare anche soggetti che non rivestono alcun ruolo dirigenziale all'interno della società ma hanno posizione di vertice nell'ente

pubblico che detiene l'intero capitale societario e che in tale veste possono condizionare le scelte imprenditoriali dell'ente.

Quanto al trattamento giuridico che è riservato dall'ordinamento alla crisi economica e patrimoniale di tali imprese, in tale ambito nessun rilievo riveste invece la presenza nella compagine sociale di un soggetto di natura pubblica, né rileva il particolare legame corrente fra questo socio e la persona giuridica, né infine alcun risalto è attribuita alla natura delle attività prestate dalle società *in house* le quali di regola garantiscono alla collettività di un determinato territorio prestazioni e servizi di interesse o rilievo pubblico di particolare importanza (si pensi al trasporto in città o a servizi mensili o alla gestione dell'acqua pubblica ecc.). In proposito, infatti, la giurisprudenza è ormai costante nel sostenere che tali persone giuridiche possono essere senz'altro soggette alle diverse procedure di esecuzione concorsuale, giacché la natura pubblica di uno dei soci è irrilevante rispetto alla ragione sociale della società, la quale essendo di regola una società per azioni si vede destinataria della relativa disciplina dettata dal codice civile (7): "la relazione interorganica sussistente tra l'ente pubblico e la società *in house providing* non incide sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica, dovendosi mantenere pur sempre separati i due enti - quello pubblico e quello privato societario - sul piano giuridico-formale. Da tanto discende l'assoggettabilità a fallimento anche della società sulla quale il socio pubblico esercita il controllo analogo" (8).

Coerentemente alla tesi secondo gli enti in parola possono essere sottoposti ad una procedura

pubblica, Milano, 2016, 3; Id., "Società controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, I, 747; F.E. Rizzi, *La società in house: dalla natura giuridica al reparto di giurisdizione*, in questa *Rivista*, 2018, I, 71; S. Fortunato - F. Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate ed in house providing*, Milano, 2017.

(5) Corte di Giustizia UE, C-107/98, 18 novembre 1999, Teckal.

(6) Anche con riferimento alla nozione di controllo analogo la bibliografia è assolutamente imponente e per le medesime ragioni già richiamate nella nota precedente ci si limita in questa sede ad un'indicazione sommaria.

In particolare, cfr. R. Ranucci, *Società pluripartecipate: controllo pubblico, controllo analogo congiunto e partecipazioni "pulviscolari"*, in *Riv. cortei dei conti*, 5, 2019, 22; Id., *Le società a controllo pubblico: forme e modalità di controllo da parte di una pluralità di soci pubblici*, *ivi*, 3, 2019, 179; F. Cuccu - F. Massa Felsani, *La nozione di controllo*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, 76; F. Fimmanò, *L'abuso di etero direzione della società pubblica*, in AA.VV., (a cura di F. Fimmanò - A. Catricalà - R. Cantone), *Le società pubbliche*, cit., 33.

(7) Cass. Civ. 7 febbraio 2017, n. 3196, secondo cui "la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali (e

dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico) comporta per un verso che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza". Si veda anche Cass. Civ. 2 luglio 2018, n. 17279 e Cass. Civ. 6 dicembre 2012, n. 2199, in *Fallimento*, 2014, 493 ss., con nota di G. D'Attorre, *La fallibilità delle società in mano pubblica*.

Per una ricostruzione degli orientamenti sulla fallibilità delle società *in house*, cfr., G. D'Attorre, *Le società pubbliche e in mano pubblica*, in A. Jorio - B. Sassani (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali. I. Introduzione generale. Il fallimento*, Milano, 2014, 307 ss.; G. Racugno, *Sub art. 14*, in G. Meo - A. Nuzzo (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, 201 ss.; F. Goisis - E. Codazzi, *La crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2017, 397; F. Fimmanò, *Insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento*, in AA.VV. (a cura di F. Fimmanò - A. Catricalà - R. Cantone), *Le società pubbliche*, II, cit., 1067; Id., *La natura delle società pubbliche e la conseguente fallibilità*, in *www.giustiziacivile.it*, 16 gennaio 2018; AA.VV., *Le società pubbliche: ordinamento crisi di insolvenza*, Milano, 2011, 119.

(8) Cass. Civ. n. 5346 del 2019.

concorsuale si deve riconoscere che i vertici degli stessi sono destinatari dei diversi obblighi che secondo i dettami del codice civile e della normativa fallimentare gravano su quanti che rivestono analoga posizione in una (“normale”, si potrebbe dire) società con soci interamente privati. Si potrebbe concludere, dunque, che chi amministra società a partecipazione pubblica dovrebbe ritenersi tenuto a tutelare il relativo patrimonio sociale, a garantire l'economicità della gestione, ad operare in assenza di conflitti di interessi, ad esporre correttamente i dati contabili dell'impresa e quant'altro, ecc.; a noi però pare che questa conclusione non sia così definitiva come appare: l'applicazione agli amministratori e dirigenti delle società pubbliche dell'art. 216, R.D. n. 267 del 1942 è tutt'altro che priva di problemi.

3. Fallimento delle società *in house* e responsabilità penale degli organi di vertice

La tesi secondo cui gli amministratori e dirigenti delle società a partecipazione pubblica sono destinatari dei precetti penali posti a presidio della corretta direzione delle società commerciali non presenta profili problematici fin quando la società è *in bonis* e quindi gli amministratori sono impegnati in quella che possiamo qualificare come gestione ordinaria dell'azienda: in tale fase dell'attività imprenditoriale, infatti, l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 2621 ss. c.c. a coloro che hanno in gestione le società a partecipazione pubblica segue, per così dire, linee interpretative usuali, non rinvenendosi profili di criticità nel chiamare a rispondere il dirigente dell'area contabilità dei delitti di falso in bilancio quando predisponga un bilancio intenzionalmente mendace, quand'anche la falsità sia intesa ad impedire l'emergenza di perdite che imporrebbero gli enti pubblici a ricostituire, quali soci, il capitale sociale; del pari, nulla impedisce che gli amministratori di società pubblica possano rispondere della normativa in tema di conflitto di interessi quando versi nella situazione descritta dall'art. 2634 c.c., così come ancor meno perplessità sussistono con riferimento all'applicazione dell'art. 2635 c.c., ecc.

Tale conclusione è giustificata dalla circostanza che le diverse fattispecie delittuose richiamate dalle previsioni incriminatrici presenti nel codice civile descrivono i vari comportamenti illeciti in maniera sufficientemente tassativa e rigorosa e soprattutto sanzionano comportamenti la cui illiceità e rilevanza penale è immediatamente percepibile dal destinatario del precetto penale.

Si pensi al delitto di falso in bilancio. Non c'è nessuna ragione per cui un bilancio possa vedere alterate le sue poste rispetto alla veridicità delle stesse; si può discutere della correttezza di una valutazione, se i criteri per tale stima sono diversi a seconda che si tratti di una società con soli soci privati o di una società private a partecipazione pubblica, ma si tratta di considerazioni che stanno “a monte” rispetto a quanto dispone il precetto penale il quale impone che la valutazione del cespite vada esposta secondo le modalità che il soggetto ritiene corrette, senza che lo stesso possa addurre alcuna legittimazione per iscrivere poste diverse da quelle che ritiene veritiere. Analoghe considerazioni possono valere, sempre ragionando in termini esemplificativi, con riferimento al reato di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c., laddove l'amministratore sa bene che deve astenersi dal disporre del patrimonio aziendale quando il relativo atto negoziale lo veda versare in una situazione di conflitto di interessi, essendo in qualche modo coinvolto nella contrattazione anche a titolo personale e non semplicemente come dirigente della società.

Insomma, negli artt. 2621 ss. c.c. si trova l'indicazione di moduli comportamentali fissi e determinati, la cui eventuale violazione è verificabile considerando in via immediata e diretta quale è stato il comportamento del soggetto al momento dei fatti, senza che sia in qualche modo possibile richiamare, a giustificazione della particolare tipologia di redazione del bilancio adottata, la natura dell'attività esercitata, la rilevanza pubblica o l'interesse collettivo del servizio fornito alla collettività, ecc.

L'ottica con cui affrontare la tematica, invece, cambia completamente quando si tratta di applicare alle società pubbliche le fattispecie, come detto sicuramente operanti anche nel settore *de quo*, di bancarotta fraudolenta ed in particolare quando si tratti di discutere se vi sia stata o meno distrazione o dissipazione di parte del patrimonio sociale.

Come è noto, il reato di bancarotta fraudolenta - specie quando si presenti *sub specie* di distrazione o dissipazione, appunto - non presenta un substrato naturalistico immediatamente percepibile. Tale conclusione è palese quando si raffrontino i delitti di cui agli artt. 216 ss., R.D. n. 267 del 1942 al reato, ad esempio, di omicidio: chiunque, a prescindere dalle sue conoscenze di diritto penale, sa cosa significa cagionare la morte di un uomo e quando tale evento possa dirsi verificato; di contro, se il pubblico ministero accusa l'imprenditore di aver distratto parte del patrimonio sociale è assai più complessa

l'individuazione del fatto materiale contestato e che integra quello che l'ordinamento penale qualifica come bancarotta.

Sicuramente, sono ipotizzabili circostanze in cui, a prescindere dall'utilizzo di terminologia dall'oscuro significato - come appunto il ricorso alle espressioni "distrazione, dissipazione", ecc. -, la qualificazione criminale della condotta è indiscussa. L'amministratore che utilizza i soldi della società per soddisfare fini meramente privati (si pensi, ad esempio, a regalie a componenti della propria famiglia o a spese voluttuarie di cui beneficia la sua persona) evidentemente commette un illecito, che, in caso di successivo fallimento viene qualificato come bancarotta fraudolenta patrimoniale mediante distrazione di disponibilità della società: l'imprenditore che abbia tenuto tali condotte potrebbe difendersi sostenendo di ignorare che il suo comportamento era destinato ad avere un trattamento sanzionatorio così severo, potrà cercare di giustificarsi affermando che pensava di commettere solo un illecito civile, ma in ogni caso la qualificazione negativa di tali vicende è indiscussa e la loro repressione in ambito penale assolutamente costante e quindi sono irrilevanti le motivazioni che in senso contrario potrà cercare di formulare l'amministratore che abbia depredato le casse della persona giuridica da lui diretta e voglia giustificarsi asserendo di ignorare che con la sua condotta violava la normativa penale fallimentare. Analoghe considerazioni possono formularsi, con riferimento alla fattispecie di bancarotta prevista dall'art. 223, comma 2, n. 2, R.D. n. 267 del 1942 (in seguito art. 329, comma 2, n. 2, D.Lgs. n. 14 del 2019), che punisce la causazione del fallimento a mezzo di operazioni dolose. Tipicamente tale fattispecie ricorre nel caso in cui l'amministratore di società omette scientemente e costantemente il doveroso versamento delle imposte ed in particolare il versamento delle ritenute d'acconto e degli acconti I.V.A., finanziando così di fatto la sua attività mediante l'inadempimento tributario: in questo modo, però, l'imprenditore, se da un lato paga alcuni sui debitori (in particolare quelli che con maggiore insistenza

reclamano l'adempimento delle loro spettanze e che sono in grado, se non pagati, sono in grado di arrestare l'attività imprenditoriale: tipicamente, fornitori, istituti di credito e dipendenti), dall'altro matura un sempre più cospicuo debito verso l'erario, debito che comprende, oltre ai tributi non versati anche le sanzioni e i dovuti interessi, ed aggrava così il dissesto della sua azienda portandola al fallimento (9).

Ci sono però numerose ipotesi di bancarotta in cui una tale evidenza circa l'illiceità della condotta non sussiste ed in cui anzi la riprovevolezza dei comportamenti descritti dalla norma è, almeno in prima battuta, fortemente discutibile - specie in presenza di un imprenditore che agisce per salvaguardare in tutti i modi l'operatività della sua azienda. Il diritto penale fallimentare spesso utilizza per descrivere il comportamento vietato formule elastiche e prive di un referente semantico certo e determinato, come quando si punisce la condotta di distrazione o si sanzionano le c.d. operazioni dolose (10), con il che diventa assai complesso individuare, in relazione a singole circostanze sottoposte alla valutazione del giudice penale, quando la fattispecie incriminatrice possa dirsi effettivamente integrata: indubbiamente distrarre parte del patrimonio sociale significa sottrarre tali beni alla destinazione che gli è propria, ma quale è la corretta modalità di gestione dei beni sociali sulla scorta della quale valutare la possibile rilevanza penale della condotta concretamente assunta dall'imprenditore? Del pari, una scelta gestionale che si presenti, all'esito di una valutazione complessiva che interviene diverso tempo dopo la decisione, disastrosa per l'azienda, intanto potrà dirsi "dolosa" ex art. 223, comma 2, n. 2, R.D. n. 267 del 1942 (e non semplicemente economicamente erronea) nella misura in cui la si possa qualificare come distonica rispetto agli obiettivi propri di un amministratore societario, ma, per l'appunto, quali sono i risultati cui questo soggetto deve tendere? (11). Fin quando si rimane nell'ambito della società "private" *tout court*, la risposta ai quesiti menzionati è, entro certi limiti, agevole: opera in tali circostanze il principio secondo cui l'imprenditore deve gestire e

(9) Sulla rilevanza penale di tale condotta, Cass. Pen. 12 luglio 2018, n. 32005; Cass. Pen. 1° giugno 2019, n. 1984; Cass. Pen. 6 settembre 2018, n. 40100. In dottrina, P. Chiaraviglio, *La rilevanza dell'omesso versamento di contributi nel diritto penale del fallimento*, in questa *Rivista*, 2015, 893; A. Lanzi, *La nuova bancarotta fraudolenta per precedente reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 10, 22.

(10) In senso critico S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale fra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Padova, 2012, 80; D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 40; F. D'Alessandro, *Le disposizioni penali*

della legge fallimentare, Commentario alla legge fallimentare, diretto da C. Cavallini, IV, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, 2010, 13; A. D'Avirro - E. De Martino, *I reati di bancarotta societaria. Distrazioni, infedeltà ed operazioni dolose*, Milano, 2013, 46.

(11) Sulla problematicità di tali considerazioni, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale fra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Padova, 2019; A. Ingrassia, *Rischio d'impresa come rischio penale? Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Pavia, 2018.

salvaguardare in maniera economica il patrimonio della propria società e le sue scelte devono essere dirette a massimizzare i profitti e contenere le perdite ed ogni ingiustificato allontanamento da tale criterio direttivo può dar luogo a responsabilità (non solo civili, ma anche, per le ragioni anzidette,) penali, per cui, al più, si potrà discutere della razionalità economica di una determinata scelta negoziale (si pensi all'annosa discussione circa la rilevanza penale delle c.d. svendite sottocosto o dei c.d. pagamenti di salvataggio) (12), ma una volta accertate le conseguenze negative che da tali condotte sono derivate per il patrimonio aziendale in ragione della scelleratezza del comportamento dell'imprenditore, nessun dubbio residua circa la necessità di far ricorso alle sanzioni penali.

Le medesime considerazioni invece non possono essere richiamate con riferimento alle società pubbliche ed alle scelte di gestione delle stesse quando tali scelte risultino in qualche modo suggestionate o condizionate dal tipo di servizio reso e dalla identità dei soggetti che del servizio vengono a beneficiare. Indubbiamente, l'amministratore di una società di smaltimento rifiuti il quale stabilisca una tariffa per gli utenti troppo bassa rispetto al costo effettivo sostenuto dall'impresa opera in maniera diseconomica e si avvicina pericolosamente a porre in essere una tipica condotta di dissipazione, con conseguente possibile responsabilità penale - in caso di fallimento (difficilmente scongiurabile, evidentemente) della società - per il delitto di bancarotta fraudolenta. Se però, a fronte di una tale imputazione, l'amministratore della società replicasse all'accusa sostenendo che, nella determinazione del prezzo del servizio, il criterio del costo era solo uno dei molti da considerare in quanto andava valutato, ad esempio, anche il profilo della sostenibilità da parte dei cittadini di una tariffa più alta ovvero che la tariffa più economica risultava, per così dire, "educativa" nei confronti della popolazione sollecitandola a smaltire i rifiuti in maniera più sostenibile per l'ambiente, la tesi (giuridicamente inattaccabile) secondo la diseconomicità della gestione equivale a dissipazione

fraudolenta del patrimonio sociale si presenta meno convincente (13).

Le società *in house*, come detto, sono un modello di gestione dei servizi pubblici attraverso il quale uno o più enti pubblici affidano la gestione di servizi pubblici locali ad una società di capitali, a partecipazione interamente pubblica e le Pubbliche Amministrazioni riconoscono nell'affidamento *in house* uno strumento particolarmente utile per il perseguimento delle loro finalità istituzionali. Alla luce di queste finalità che le imprese a totale partecipazione pubblica devono perseguire, per la soddisfazione di esigenze di carattere collettivo e che vanno al di là del perseguimento di un proprio profitto, è dunque ben possibile riconoscere apprezzamento anche nei confronti degli amministratori di società *in house* che operino costantemente in perdita senza ottenere alcun utile ma agiscano comunque in maniera confacente agli obiettivi loro assegnati dall'ente pubblico.

Applicare *tout court* il diritto penale fallimentare anche nei confronti di amministratori delle società pubbliche, senza richiedere alcuna forma di adeguamento alla particolare natura e finalità di tali soggetti, rappresenta - non una scelta ponderata ed equilibrata, diretta alla prevenzione di illeciti criminosi bensì - una risposta sbagliata se non addirittura demagogica alle problematiche che si presentano in tale ambito. La sanzione penale per fatti di bancarotta presuppone una negativa valutazione circa le modalità di direzione dell'impresa fallita ma tale giudizio in sede penale può essere formulato solo sulla base del criterio della economicità e profittabilità dell'attività aziendale, parametri che, invece, come detto, non esauriscono gli elementi sulla base dei quali apprezzare le scelte gestionali dei vertici di questi enti commerciali; è la politica, invece, che deve esprimere il giudizio circa la corretta gestione di un'impresa pubblica, circa la diseconomicità/economicità o del quanto di diseconomicità che un'azienda pubblica può permettersi perché è la politica che deve assumersi la scelta di decidere se un determinato servizio (in ragione dei diversi benefici, non valutabili in termini meramente economici) può essere reso alla collettività anche facendo registrare una perdita patrimoniale (14).

(12) Sulla necessità di porre un argine al possibile utilizzo della normativa penale fallimentare quale modalità per sanzionare ogni atto di disposizione dei beni aziendali che risulti anomalo e censurabile in un'ottica imprenditoriale, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale fra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Padova, 2019, 33; A. Ingrassia, *Rischio d'impresa e rischio penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Torino, 2020, 3; A. Fiorella - M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2012, 42.

(13) Sul fatto che il ricorso a società a partecipazione pubblica che non facciano della ricerca del profitto il loro obiettivo esclusivo sia una modalità per valorizzare ed educare la collettività a comportamenti virtuosi, A.V. Banerjee - E. Duflo, *Una buona economia per tempi difficili*, Bari, 2020.

(14) Il tema è particolarmente attuale in questo tragico periodo, in cui l'epidemia di Covid sta drammaticamente condizionando le nostre vite. È noto che un fattore che può incidere fortemente sulla diffusione del virus è il sovraffollamento sui mezzi di

4. Fallimento delle società *in house* e responsabilità penale dei vertici politici locali. Premessa

La frase con cui abbiamo terminato il precedente paragrafo rischia di prestarsi ad un equivoco, quasi che possa ipotizzarsi una responsabilità penale, per vicende interessanti la società *in house*, in capo agli organi politici - sindaci, assessori, governatori di Regione ecc. - che siedono al vertice degli enti locali (comuni, città metropolitana, regioni, ecc.) a loro volta soci della persona giuridica a partecipazione pubblica.

Non è assolutamente questo il nostro pensiero. Sicuramente è ipotizzabile il coinvolgimento di fatti criminali di tali soggetti quando gli stessi pongano in essere una qualche forma di concorso e collaborazione con gli amministratori ed i dirigenti della società pubblica: risponde senz'altro del delitto di corruzione il sindaco che induce l'amministratore di una società *in house* ad affidare determinati lavori ad un privato il quale in precedenza gli avesse versato del denaro, ma perché in tale circostanza possa parlarsi di violazione del disposto di cui all'art. 319 c.p. è essenziale la partecipazione alla vicenda del soggetto apicale dell'impresa a partecipazione pubblica perché è a costui che compete la decisione circa l'affidamento dell'appalto e quindi l'adozione dell'atto contrario ai doveri di ufficio il cui compimento integra il reato di corruzione. Di contro, posto che gli esponenti politici a capo del socio pubblico non svolgono alcun ruolo all'interno della società *in house*, quando i vertici della persona giuridica non collaborano in tal senso, ci pare di dover ritenere che gli (illeciti) intenti dell'esponente politico rimangono privi di riflessi penali proprio perché al politico non competono decisioni sulla gestione dell'azienda.

Questa nostra impostazione pare però essere contraddetta da una decisione del Tribunale di Salerno che ha ritenuto il sindaco di un comune responsabile per fatti di bancarotta connessi al fallimento di una partecipata in via totalitaria dall'ente locale presso cui lo stesso rivestiva l'incarico (15). Valorizzando la particolare natura ed il modello organizzativo delle c.d. società *in house*, la sentenza in questione sembra prospettare un'interpretazione estensiva del

concetto di "amministratore" indicato quale responsabile dei reati di bancarotta in esame, finendovi per ricomprendere per l'appunto anche il Sindaco del Comune che possa o abbia esercitato il controllo analogo nei confronti di tali imprese - prescindendo dunque dal ricorso alla figura dell'"amministratore di fatto" ovvero di concorrente nel delitto fallimentare commesso dagli altri imputati.

La questione, come si vede, è tutt'altro che di poco momento, ma prima di verificare se tale forma di estensione della responsabilità penale sia corretta è il caso di riassumere il contenuto della decisione del giudice campano (16).

5. (Segue): La decisione del Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Salerno n. 606 del 2019

Nel giudizio innanzi al tribunale di Salerno il Sindaco di un Comune era imputato del reato di c.d. bancarotta impropria di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, R.D. n. 267 del 1942 (ora art. 329, comma 2, n. 2, D.Lgs. n. 14 del 2019), per aver cagionato, insieme con gli altri amministratori e sindaci della società, con dolo o comunque per effetto di operazioni dolose il fallimento di una società *in house* partecipata al 100% dall'ente locale presso cui l'imputato esercitava le sue funzioni. I fatti contestati ruotavano intorno a quattro aspetti della gestione aziendale, censurandosi a) la mancata convocazione dell'assemblea straordinaria al fine di deliberare i necessari adempimenti in presenza di una perdita di esercizio che aveva ridotto il capitale al di sotto del minimo legale consentito, b) innumerevoli irregolarità amministrative e contabili concernenti l'affidamento dei lavori a terzi da parte della società, in violazione dell'evidenza pubblica, che impedivano alla società di recuperare dal Comune le somme versate a favore degli operatori economici selezionati, c) l'assunzione di nuovi dipendenti in assenza delle condizioni economico-patrimoniali per far fronte a tale impegno di spesa, ed infine d) irregolari operazioni di sconto bancario, utilizzando fatture emesse nei confronti del Comune nonostante che i crediti in esse rappresentati fossero già stati saldati.

trasporto pubblico: orbene, come qualificare la scelta dell'amministratore di un'azienda di trasporto che scegliesse, per rimediare al problema, di procedere all'acquisto di altri mezzi di circolazione i quali, però, superata tale fase di emergenza, saranno destinati ad essere sicuramente poco utilizzati in futuro, sicché l'investimento avrebbe un ritorno economico molto modesto se non nullo? In questo caso, si dovrebbe parlare di scelta dissennata, limitando il giudizio alle ricadute economiche della decisione sulla consistenza del patrimonio aziendale, o riconoscere che con tale

sacrificio economico i vertici dell'azienda hanno inteso raggiungere altri obiettivi, conformi alla *mission* attribuitagli?

(15) Giudice dell'udienza preliminare, sentenza, Trib. Salerno n. 606 del 2019.

(16) Per un'analisi completa, G. Barbato, *La responsabilità penale del sindaco (organo politico) in ordine al fallimento della società in house partecipata dal comune*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 11.

Tralasciando qui ogni considerazione circa la sussistenza oggettiva delle carenze nella gestione dell'impresa (che viene evidenziata in maniera efficace ed indiscutibile nella decisione), il punto di interesse della sentenza è rappresentato dalla parte in cui la stessa espone le ragioni per cui di tali criticità debba risponderne penalmente anche il sindaco del Comune socio unico dell'impresa ovvero un soggetto che - stante l'assenza di qualsiasi ruolo all'interno della persona giuridica fallita - non risulta formalmente ricompreso nell'alveo di quanti (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società) possono commettere il delitto di bancarotta. La risposta positiva al quesito è motivata essenzialmente richiamando le caratteristiche delle società *in house*, rispetto alla cui gestione - specie allorquando risultino, come accaduto nel caso di specie, accertate delle situazioni tali da compromettere la sana gestione finanziaria dell'ente (17) -, l'azionista pubblico ha un potere di ingerenza diretta riconducibile non già alle facoltà ordinarie riconosciute dal codice civile in capo al socio dell'ente collettivo, ma quale espressione di una sorta di rapporto gerarchico nei confronti degli organi amministrativi dell'impresa, sostanzialmente riconducibili ad uffici dipendenti della stessa pubblica amministrazione azionista. Sulla scorta di questa ricostruzione, secondo la sentenza in esame il Sindaco deve ritenersi quale amministratore della società *in house* ovvero soggetto che, in ragione della peculiare natura della persona giuridica controllata dall'ente locale, è titolare "di un pregnante potere di controllo e di direzione sugli organi amministrativi della società, e dunque in grado di condizionarne concretamente i poteri di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi nell'attività economica svolta dalla società", così rientrando pienamente nel *genus* dei soggetti attivi del reato proprio oggetto di contestazione. Il punto centrale della decisione, dunque, è rappresentato dalla circostanza che l'impresa fallita nella cui gestione sono stati riscontrati fatti di bancarotta, pur essendo una persona giuridica di diritto privato, rientrava nella categoria delle società *in house*: con riferimento a tali società, infatti, secondo il giudice salernitano, è possibile individuare soggetti responsabili della direzione ed amministrazione ulteriori e diversi da quelli cui ordinariamente tali funzioni sono

attribuite ed in particolare delle criticità nella gestione possono essere chiamati a rispondere (anche penalmente) quanti rivestono una carica politica negli enti pubblici che sono soci di tali società.

La ricorrenza di una forma di controllo piena e totale sull'ente da parte del Comune - che nel caso di specie era socio totalitario dell'ente partecipato -, andando a delineare tra gli organi amministrativi della società e l'ente pubblico un rapporto di gerarchia *lato sensu* inteso, avrebbe imposto secondo la decisione in esame di riconoscere in capo al Sindaco il "ruolo dell'amministratore, non come amministratore di 'fatto' nel senso classico del termine, ma come soggetto che, in ragione della peculiare natura della società è dotato di poteri di amministrazione e di gestione propri dell'amministratore". In particolare, nella sentenza si evidenzia come il regolamento comunale in materia di controlli interni e di trasparenza per le cariche elettive e di governo assegnasse in capo ai servizi amministrativi dell'ente e all'unità organizzativa preposta al controllo sulle partecipate l'effettivo controllo sulla gestione della società *in house*, al fine di verificarne l'operato nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità, prevenendo tuttavia al contempo che nel caso in cui fossero state rilevate circostanze tali da compromettere la sana gestione finanziaria dell'ente in ordine ai rapporti intercorrenti con la società *in house*, gli uffici competenti avrebbero provveduto ad interpellare gli organi politici previa presentazione di una proposta di risoluzione delle problematiche accertate.

È in virtù di tale previsione che, riscontrata la grave situazione di difficoltà economica in cui versava l'impresa, il Sindaco era stato chiamato ad esercitare i poteri che gli attribuiva la situazione di controllo analogo intercorrente fra ente locale e società *in house*, rimanendo egli però completamente inosservante ai propri doveri. Come si legge in sentenza, il politico imputato aveva partecipato all'assemblea dei soci in cui, nonostante le macroscopiche irregolarità contabili, di fatto avallava l'operato degli amministratori, sollecitando solo formalmente questi ultimi all'adozione di un piano industriale e di un progetto di risoluzione delle problematiche finanziarie della società, che invece avrebbe continuato ad operare per anni, nonostante il grave stato di dissesto; aveva

(17) In particolare, secondo quanto è dato leggersi nella sentenza, nel caso di specie era previsto che, mentre al di fuori delle ipotesi di emergenza finanziaria, il potere di controllo riconosciuto all'ente pubblico era esercitato a mezzo dell'intervento degli uffici dirigenziali del comune, nel caso in cui fosse stata accertata la

grave compromissione finanziaria della società, invece, le relazioni istruttorie dei dirigenti avrebbero dovuto essere trasmesse agli organi politici, con eventuali proposte di risoluzione delle problematiche riscontrate.

parimenti condiviso la scelta di assumere nuovi dipendenti da parte dell'ente *in house*, nonostante l'assenza dei relativi presupposti di sostenibilità economico-finanziaria; si era più volte interfacciato con i creditori della partecipata, invitandoli a soprassedere temporaneamente dall'esercizio di azioni legali per il pagamento delle relative spettanze.

Tali elementi depongono dunque per la consapevole partecipazione del Sindaco alle imprudenti scelte gestorie societarie, così contribuendo alla deliberazione delle operazioni dolose contestate, le quali conclusivamente erano imputate al Sindaco "nella sua qualità di rappresentante dell'ente, titolare di un pregnante potere di controllo e di direzione sugli organi amministrativi della società, e dunque in grado di condizionarne concretamente i poteri di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi nell'attività economica svolta dalla società". Il giudice campano ritiene di trovare ragioni di conferma alle sue conclusioni in diverse pronunce della Cassazione che ritengono che il rapporto tra gli enti in esame si risolva nel senso di qualificare la società *in house* come mera articolazione interna del socio pubblico, e quindi come vera e propria *longa manus* dell'ente locale, di tal guisa che l'affidamento diretto non consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo in senso stretto: la società *in house*, dunque, "non potrebbe ritenersi terza rispetto all'amministrazione controllante, ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione" (18) tanto che la disciplina in tema di responsabilità civile o erariale degli amministratori della pubblica amministrazione controllante in ordine alle società *in house* viene rinvenuta nella normativa in materia di direzione e coordinamento di società di cui agli artt. 2497 ss. c.c. (19).

Sul punto, va ricordato come la stessa dottrina in effetti riconosca che l'esercizio del controllo analogo sulle società a partecipazione pubblica da parte dell'ente affidante può essere ricondotto all'attività di direzione e coordinamento, con la possibile applicazione dell'art. 2497 c.c., anche in ragione del fatto che, operando l'ente azionista essenzialmente nell'interesse della collettività o dell'ente stesso,

potrebbe pienamente rinvenirsi in diverse circostanze quell'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società sottoposte alla direzione, che costituisce l'elemento materiale dell'illecito di cui al citato art. 2497 (20).

6. (Segue): Considerazioni critiche sulla responsabilità penale degli organi politici per fatti di bancarotta delle società *in house*

A nostro parere, pur dovendosi prendere atto dell'orientamento giurisprudenziale che, relativamente ai rapporti tra ente *holder* e società *in house*, riconosce gli organi politici a capo del primo quali possibili soggetti titolari di una attività di direzione e coordinamento nei confronti della società partecipata, non è affatto corretto sostenere che agli effetti penali il Sindaco o i dirigenti competenti all'esercizio del controllo analogo nei confronti della società *in house* andrebbero qualificati amministratori o organi apicali di quest'ultima con conseguente applicazione nei loro confronti delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 223 ss., R.D. n. 267 del 1942.

A prescindere dalle perplessità manifestate da altri circa la qualificazione della lettura del dato normativo operato dal giudice di Salerno (anziché quale esplicitazione di un'interpretazione estensiva) come una forma di interpretazione analogica *in malam partem*, in quanto tale inammissibile in sede penale (21), diverse considerazioni ci pare impediscano di aderire alla posizione espressa in sentenza. In particolare, la decisione in commento non si confronta adeguatamente proprio con quella giurisprudenza che ha ritenuto le società di capitali a partecipazione pubblica assoggettabili al fallimento in quanto soggetti di diritto privato. In tali decisioni, infatti, si sottolinea con particolare insistenza che "la posizione dell'ente pubblico all'interno della società [è] unicamente quella di socio in base al capitale conferito, senza che gli sia consentito di influire sul funzionamento della società avvalendosi di poteri pubblicistici, né detta natura privatistica della

(18) Cass. Civ., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26823.

(19) Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, con nota di F. Fimmanò, *Le Sezioni unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in questa *Rivista*, 2019, 67; Id., *Ente pubblico holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, *Ibidem*, 2020, 350.

(20) F. Fimmanò, *Il macro problema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò - A.

Catricalà, Roma, 2016, 72; Id., *La responsabilità da dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. fall.*, 2010, 724; M. Carlizzi, *La direzione unitaria delle società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 1177.

(21) G. Barbato, *La responsabilità penale del sindaco*, cit., par. 6, secondo cui "invero, dal punto di vista prettamente formale sembrerebbe che il Sindaco rivesta la qualifica di mero socio della partecipata, e non già di amministratore: come è noto, l'art. 223 l.f. esclude dal novero dei soggetti attivi dei reati ivi contemplati il semplice socio".

società è incisa nell'eventualità del cosiddetto controllo analogo...[il quale] non incide affatto sul piano giuridico-formale, tra pubblica amministrazione ed ente privato societario, è pur sempre il centro di imputazione di rapporti posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante" (22).

Da queste precisazioni discendono diverse conseguenze per il tema che ci interessa. Intanto, se la società *in house* è una persona giuridica di diritto privato allora occorre riconoscere che la sua *governance* ed i relativi poteri di gestione e direzione sono disciplinati dal diritto civile, il quale conferisce tali potestà solo a soggetti ben determinati cui la qualifica rilevante viene attribuita e riconosciuta sulla base di criteri formali e ben definiti dal legislatore. Solo gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori, i dirigenti preposti all'assetto contabile ecc. possono svolgere all'interno dell'impresa le relative funzioni riconnesse all'assunzione di tali ruoli e si è amministratore, sindaco, ecc. sulla base di quanto prevede la disciplina del diritto societario, senza possibilità di far ricorso ad una ricostruzione diversa di tali figure soggettive prendendo spunto dalla circostanza che il legislatore pare attribuire ad altri e diversi soggetti poteri di intervento nelle vicende societarie; di questa impostazione evidentemente è tributario anche il diritto penale che quando menziona alcuni protagonisti della gestione di un'impresa, come per l'appunto l'amministratore, il sindaco, ecc., fa quindi riferimento alla definizione che di tali figure fornisce la normativa civilistica, senza alcuna possibilità di differenziarsene.

In una sola ipotesi è possibile prescindere dalla definizione normativa che il legislatore fornisce dei

titolari dei suddetti poteri di gestione e controllo dell'impresa ovvero nel caso in cui le relative funzioni siano svolte di fatto da soggetti che risultino privi della qualifica formale richiesta dalla norma per la sussistenza dell'illecito. È evidente il richiamo alla nozione di amministratore di fatto (23) che trova cittadinanza tanto nel diritto civile (24) che nell'ambito penalistico (25), ma il cui richiamo non è pertinente in sede di commento della sentenza del tribunale di Salerno posto che il giudice campano perviene alla decisione di condanna non sulla base di un ritenuto concorso fra amministratori dell'impresa fallita ed organo politico dell'ente locale, qualificato per l'appunto quale amministratore di fatto dell'impresa, bensì individuando nel Sindaco del comune un amministratore a pieno titolo della società *in house*. In secondo luogo, una volta riconosciuto che la disciplina in tema di funzionamento dell'organizzazione delle società *in house* segue, anche con riferimento all'individuazione dei soggetti titolari dei relativi poteri di gestione e controllo, i dettami del codice civile, ne segue inevitabilmente che coloro che - come il Sindaco dell'ente locale che partecipa alla compagine sociale - rivestono la mera qualifica di socio non hanno alcuna possibilità giuridica di porre in essere quei comportamenti che invece, secondo la sentenza in parola, erano ritenuti doverosi per escludere la responsabilità per il delitto di bancarotta da causazione del dissesto.

Per comprendere il perché di questa conclusione, bisogna considerare attentamente la natura delle condotte contestate al Sindaco del comune, le quali - nonostante la diversa qualificazione che ne fornisce la decisione (26) - avevano chiaramente un

(22) Cass. Civ. 22 febbraio 2019, n. 5346. Insistono sulla alterità subiettiva intercorrente tra ente pubblico e persona giuridica, anche Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406.; Cass. Civ. 7 febbraio 2017, n. 3196.

(23) Va detto peraltro che in un'occasione, la Cassazione (Cass. Pen. 14 aprile 2016, n. 15639) ha riconosciuto anche la possibilità di riconoscere cittadinanza, in sede penale, al cosiddetto sindaco di fatto ovvero al soggetto che faccia parte del Collegio sindacale pur non essendo più revisore dei conti con il che la sua nomina, sotto un profilo civilistico, viene ad essere irregolare. Secondo i giudici di legittimità, quest'ultima circostanza è, in sede penale, irrilevante nel senso che non esclude la responsabilità penale del soggetto il quale, come componente del Collegio sindacale, abbia intenzionalmente omissso di intervenire nella prevenzione del reato.

(24) Cass. Civ. 6 ottobre 2020, n. 21497; Cass. Civ. 8 ottobre 2020, n. 21730. In dottrina, N. Abriani, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.

(25) Sulla nozione di amministratore di fatto, per la giurisprudenza penale da ultimo, Cass. Pen. 6 febbraio 2020, n. 12912; Cass. Pen. 16 giugno 2020, n. 18320. In dottrina, si vedano, con particolare riferimento all'art. 2639 c.c., che ha segnato il riconoscimento anche normativo di tale figura, V. Napoleoni, *Art. 2639*, in AA.VV., *Codice commentato delle società*, a cura di G. Bonfante

- D. Corapi - L. De Angelis - V. Napoleoni - R. Rordorf - V. Salafia, III ed., Milano, 2011, 2699; A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, diretto da F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2012, 49 e 130; P. Veneziani, *Art. 2639*, in AA.VV., *I reati societari*, a cura di A. Lanzi - A. Cadoppi, Padova, 2007, 314.

Più in generale, G. Debernardi, *Sulla responsabilità dell'amministratore di fatto per omissso controllo sull'operato dell'amministratore di diritto*, in *Giur. it.*, 2013, 1176; P. Palladino, *L'amministratore di fatto fra reati fallimentari e reati societari*, in *Cass. pen.*, 2005, 3088; A. Fiorella, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2001, 56; E. Amati - L. Baron, *I soggetti attivi*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di N. Mazzacupa - E. Amati, Padova, 2016, 225.

(26) In proposito, la decisione pare confondere due profili che invece vanno tenuti ben distinti. In sentenza si fa menzione di circostanze (si pensi alla partecipazione alle assemblee in cui erano esposte le criticità finanziaria dell'impresa, alle relazioni inviate dai funzionari responsabili della gestione delle partecipate, ai rapporti con i creditori aziendali ecc.) che, oltre ad attestare la conoscenza della crisi della partecipata da parte del Sindaco, eventualmente possono consentire di attribuire a quest'ultimo la

carattere omissivo e non certo positivo e commissivo. Infatti, le operazioni dolose causative del dissesto erano consistite a) nella mancata convocazione dell'assemblea straordinaria stante la significativa perdita di esercizio, b) nella commissione di innumerevoli irregolarità amministrative e contabili concernenti l'affidamento dei lavori a terzi da parte della società in violazione delle procedure di evidenza pubblica, c) nell'assunzione, irragionevole ed insostenibile economicamente, di nuovi dipendenti, d) nel ricorso ad irregolari operazioni di sconto bancario; nella decisione, tuttavia, nessuno di tali comportamenti risulta assunto dal capo dell'amministrazione locale, sicché deve concludersi che a quest'organo viene rimproverato, in un'ottica appunto di ricostruzione omissiva delle condotte illecite, di non aver convocato l'assemblea straordinaria a fronte delle perdite riscontrate, di non aver impedito l'affidamento dei lavori in violazione dell'evidenza pubblica, di non essersi opposto all'assunzione di nuovi dipendenti, di non aver censurato le irregolari operazioni di sconto bancario.

Ciò posto, per ritenere allora fondata l'imputazione mossa al Sindaco - che, alla luce di quanto ora detto, si fonda sulla violazione dell'obbligo di impedire l'altrui condotta criminosa giusto quanto prevede l'art. 40 cpv. c.p. -, occorre dimostrare che egli quale (rappresentante dell'ente pubblico) socio dell'impresa fallita, era titolare di poteri idonei ad arrestare il comportamento criminoso dei vertici della società *in house*. Tale conclusione è però difficilmente sostenibile posto che alla luce della disciplina civilistica non è nemmeno pensabile che un socio possa impedire che l'amministratore provveda all'assunzione di dipendenti o proceda allo sconto bancario di determinate fatture o determini le modalità di affidamento di lavori a soggetti terzi in violazione o con l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica (27).

qualifica di amministratore di fatto della società *in house*: si tratta, in effetti, di comportamenti positivi, di vere e proprie condotte attive, ma che nel caso di specie non integrano il rimprovero mosso all'imputato, cui viene invece contestato di non aver agito per rimediare alla situazione nonostante fosse a conoscenza delle criticità aziendali e nonostante - presupposto questo nient'affatto corretto come vedremo nel testo - fosse in grado di intervenire per impedire la commissione degli illeciti.

(27) Più complesso invece è il tema della convocazione dell'assemblea dei soci, in quanto la possibilità che a tale adempimento provvedano i singoli soci dipende dalle circostanze concrete della vicenda ed in particolare da quanto dispone in proposito l'atto costitutivo.

(28) D. Morgante, *Le azioni di responsabilità relative a società a partecipazione pubblica*, in AA.VV. (a cura di F. Fimmanò - A. Catricalà - R. Cantone), *Le società pubbliche*, cit., II, 895; D. Racugno, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica*

Ovvio che il socio non deve necessariamente rimanere inerte (e sicuramente non può farlo quando si versi in un'ipotesi di *mala gestio* di una società a partecipazione pubblica) se riscontra l'esistenza di tali irregolarità, ma le facoltà che in proposito gli riconosce la normativa civilistica sono prive di efficacia impeditiva e possono dar luogo solo ad una reazione, per così dire, "difensiva", nel senso che nelle ipotesi che abbiamo richiamato al socio è rimessa la facoltà di provvedere alla rimozione degli amministratori incapaci, infedeli o criminali. Questa scelta è presumibilmente ineludibile quando il socio sia un soggetto pubblico che veda il proprio patrimonio leso dalle condotte assunte dai vertici dell'azienda *in house*, posto che il mancato esercizio di un tale potere espone i vertici degli enti locali ad azioni di responsabilità contabile ed amministrativa (28), ma la conclusione non cambia nel senso che si tratta sempre di modalità di gestione della cosa pubblica che laddove non osservate espongono a responsabilità diverse da quelle di carattere penale (29).

Da ultimo, una riflessione va dedicata al c.d. amministratore di fatto, figura cui, come detto, può farsi ricorso per individuare un'eventuale forma di responsabilità per fatti connessi alla gestione dell'impresa *in house* in capo a soggetti - come potrebbe sostenersi per il Sindaco di un Comune socio della società partecipata - che pur privi delle qualifiche societarie richiamate dalla disciplina normativa ne esercitino comunque, in via di fatto appunto, le funzioni ed i poteri.

Per certi aspetti, in vicende analoghe a quelle oggetto della decisione in commento il richiamo alla nozione in parola pare essere assai pertinente posto che secondo la giurisprudenza il soggetto che assume la qualifica di amministratore di fatto è gravato dell'intera gamma di doveri che competono all'amministratore di diritto, per cui, ove concorrono le altre condizioni di ordine oggettivo e

e doveri degli organi sociali, *ivi*, II; T. Miele, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche e la giurisdizione della Corte dei conti*, *ivi*, I; C. Ibbà, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 13.

(29) Sul fatto che la scelta circa la nomina e la revoca degli amministratori di società pubbliche segua sempre logiche di carattere privatistico, M. Coppola, *Sulla natura privatistica degli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci di società pubbliche*, in AA.VV. (a cura di F. Fimmanò - A. Catricalà - R. Cantone), *Le società pubbliche*, cit., I, 203; F. Fimmanò, *L'ordinamento delle società pubbliche fra natura del soggetto e natura dell'attività*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 12; S. Picone, *Il controllo pubblico nelle società miste pubblico-pubblico e pubblico-privato*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 419.

soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, fra i quali vanno ricomprese anche le ipotesi di colpevole e consapevole inerzia di fronte a comportamenti delittuosi assunti da terzi, in applicazione della regola di cui all'art. 40 c.p. - con la conseguenza, per l'appunto, che all'amministratore di fatto compete anche un obbligo di vigilanza sul comportamento dell'amministratore di diritto (30). Al contempo, però, occorre considerare che, anche in virtù di quanto dispone l'art. 2639 c.c., perché possa parlarsi di amministratore di fatto non è sufficiente che il singolo episodicamente si intrometta nella gestione dell'azienda per il compimento di alcune attività, ma occorre un esercizio

continuativo e significativo dei relativi poteri (31); occorre dunque che il giudice riscontri la presenza nella vicenda sottoposta al suo esame di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive, in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società (quali sono i rapporti con i dipendenti, i fornitori e clienti) ovvero in qualsiasi settore gestionale di detta attività (sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare), senza far derivare la qualifica in parola dalla semplice circostanza che il soggetto formalmente privo della carica abbia avuto un qualche, pur significativo, coinvolgimento nelle operazioni di bancarotta (32).

(30) Cass. Pen. 30 marzo 2016, n. 12793; Cass. Pen. 19 settembre 2017, n. 42759.

(31) Cass. Pen. 9 marzo 2015, n. 9958.

(32) Cass. Pen. 20 settembre 2019, n. 38884; Cass. Pen. 12 dicembre 2017, n. 55409.

IL TRUST

ISTITUZIONE, GESTIONE,
CESSAZIONE

di Angelo Busani

€ 70

Cod. 00244739

“Il trust in Italia” esamina la materia del trust alla luce dell’esperienza professionale ormai trentennale maturata in questo ambito dall’autore, **offrendo risposte per tutti i problemi che sorgono in sede di istituzione e di gestione di un trust.**

L’opera si caratterizza per:

- la chiarezza dell’esposizione,
- l’autorevolezza dei contenuti,
- l’esposizione di ragionamenti teorici a sostegno delle soluzioni concrete presentate,
- l’indicazione di soluzioni operative per tutti i casi che si presentano nella prassi professionale quotidiana.

Fa parte della Collana **“La Biblioteca del Wealth Management”**.

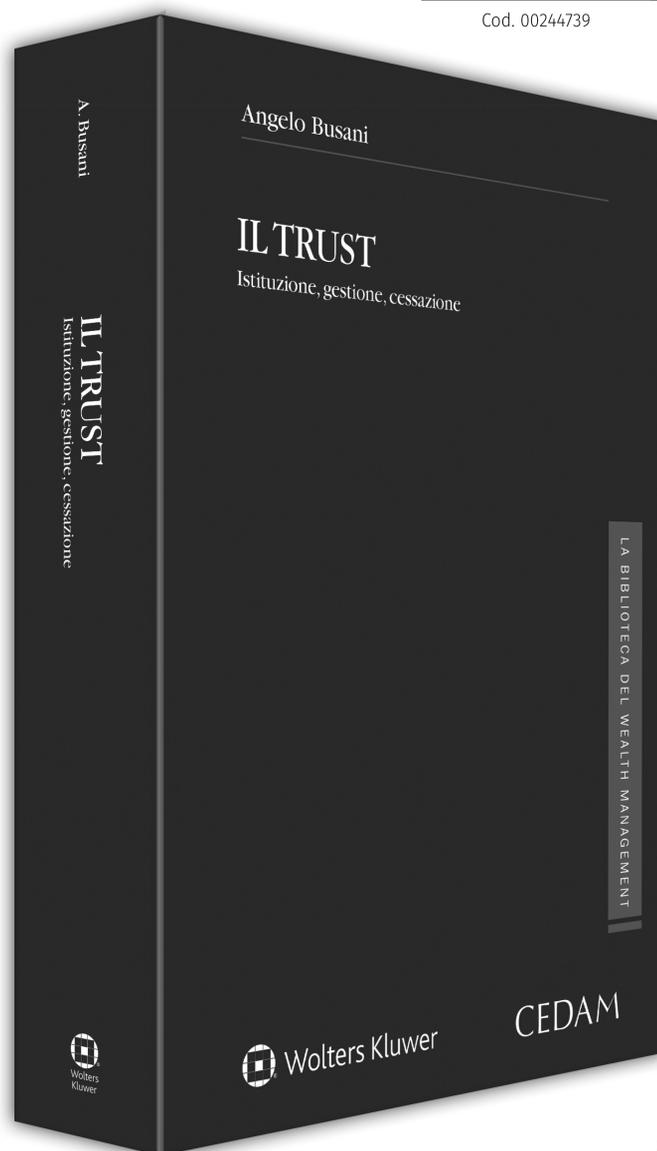
ACQUISTALO SUBITO

 on line su shop.wki.it

 info.commerciali@wki.it

 Rivolgeti al tuo consulente editoriale

 Nelle migliori librerie



 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

Y16H1BN

Liti societarie

Liti societarie e processo: strumenti di lavoro per un rapporto non semplice

di Ilaria Pagni

Le caratteristiche delle liti societarie richiedono strumenti di lavoro adeguati. Le categorie e gli schemi del processo di cognizione non sempre si attagliano all'agire societario: chi introduce le liti o le decide deve coniugare immaginazione e metodo rigoroso, se non vuole incorrere in quelle soluzioni bizzarre o incompatibili coi principi processuali che talora si leggono sulle riviste.

Le peculiarità sono tante. Il processo civile ha tradizionalmente ad oggetto situazioni soggettive a carattere statico mentre nelle controversie societarie il giudice si confronta su un potere in divenire, e qualche volta non ancora esercitato: spesso è più necessario prevenire che intervenire *ex post*, ad impedire che si consolidino situazioni non più reversibili a fronte delle quali residuerebbe soltanto la tutela risarcitoria. Servono inoltre risposte rapide che suggeriscono un ricorso attento alle misure cautelari: la duttilità dello strumento dell'art. 700 c.p.c., irrinunciabile per far fronte a pericoli altrimenti irreparabili, dev'essere combinata con le misure tipiche che il codice civile ha previsto. È frequente - e difficilmente districabile - l'intreccio tra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria, e il ricorso ai procedimenti in camera di consiglio.

L'A. accenna ad alcune delle questioni che più frequentemente si pongono quando i rapporti societari vengono calati nella dimensione del processo e cerca di offrire alcuni criteri di massima per affrontarle. Se le liti societarie sono feconde di spunti per lo studioso del processo, lo studio del processo può fornire alle liti societarie la risposta a tanti degli interrogativi che la pratica, in quel settore, quotidianamente pone.

Corporate litigation requires adequate tools. Civil proceedings are not always suitable for corporate action: who introduces disputes or decides them must combine imagination and a rigorous method in order to avoid those solutions, bizarre or incompatible with procedural principles, that sometimes appear in magazines. There are many peculiarities. Civil proceedings traditionally concern static subjective situations, whereas in corporate litigation the judge faces powers which are shifting or even not yet exercised: it is often more crucial to impede than to intervene ex post, so as to prevent irreversible situation from consolidating, in respect of which only compensation would be possible. The need of rapid responses suggests an accurate recourse to precautionary measures: the flexibility of the instrument laid down by art. 700 c.p.c., which is indispensable to front irreparable dangers, must be combined with the typical measures provided for by the civil code. It is frequent - and hard to untangle - the interweaving of contentious and voluntary jurisdiction, as well as the use of "in-camera" proceedings. The author refers to some of the issues that most frequently arise when corporate relations are placed in the dimension of litigation and tries to offer some broad criteria to face them. If corporate disputes are fertile with ideas for the scholar of the trial, the study of the trial can provide an answer to many of the questions that practice in the field of corporate disputes raises on a daily basis.

Liti societarie e processo, criticità e strumenti di lavoro

Il rapporto tra il diritto societario e il processo civile non è un rapporto semplice.

Nelle liti societarie tutto si atteggia in modo particolare: le situazioni soggettive, l'oggetto del processo e del giudicato, la natura e l'efficacia della sentenza che interviene sul potere deliberativo, il modo di operare delle condizioni dell'azione, il rapporto tra tutela specifica e risarcitoria. E l'elenco potrebbe continuare.

In fondo, anche la creazione di un rito societario, nel 2003, al di là di ogni giudizio sulla bontà del tipo prescelto, rispondeva all'esigenza di sperimentare un modello processuale diverso, una sorta di tutela giurisdizionale differenziata per un settore particolare del diritto sostanziale, immaginata per un giudice che richiedeva quella specializzazione che sarebbe stata prevista anni più tardi, quando la L. 24 marzo 2012, n. 27 ha istituito il tribunale delle imprese.

Il caso, notissimo, che qualche anno fa ha visto contrapposto il Consiglio di amministrazione di TIM S.p.a., il socio Vivendi S.a. e il Collegio sindacale di Telecom Italia S.p.a., è emblematico della peculiarità delle liti societarie e comprova l'esigenza di rinnovate riflessioni sul rapporto tra esigenze del diritto commerciale e principi del processo.

La vicenda nasceva da un conflitto tra organi sociali. Il Tribunale di Milano ha dovuto affrontare molteplici questioni che erano state sollevate sotto il profilo processuale: dato che il ricorso cautelare di sospensiva si inquadra in un giudizio di merito di impugnativa della delibera del collegio sindacale, proposto dalla maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione, poi doppiato da una speculare iniziativa del socio di maggioranza Vivendi S.a., occorre, per decidere della legittimazione al ricorso, innanzitutto stabilire quali fossero le situazioni soggettive degli amministratori e del socio lese dalla delibera del collegio sindacale che si era sostituito agli amministratori nell'esercizio di un potere spettante a questi ultimi. Inoltre, occorre verificare se le delibere del collegio sindacale fossero o meno impugnabili in difetto della previsione espressa dell'azione. La controversia richiedeva anche una risposta giudiziaria immediata, e il Tribunale si è pronunciato entro pochi giorni dalla proposizione del ricorso.

Gli interrogativi che il Tribunale di Milano ha dovuto affrontare nel caso di specie sono una conferma della difficoltà di adattare le categorie del processo civile ad un settore dell'ordinamento in cui si è abituati a ragionare più in termini di vicende organizzative che di situazioni soggettive, e del fatto

che i tempi rapidi dell'agire societario richiedono un intervento altrettanto tempestivo, ad evitare il consolidarsi di situazioni non più suscettibili di essere poste nel nulla.

Anche nelle fattispecie più tradizionali, quelle di impugnativa delle delibere assembleari, spesso si fatica ad individuare la situazione soggettiva per la cui protezione si agisce. Ed è difficile anche individuare l'oggetto del processo, a maggior ragione quando la delibera da impugnare manchi, o si tratti di prevenirla l'adozione oppure di influire preventivamente sul suo contenuto. Del resto, immaginare forme di controllo giudiziale delle modalità di corretto esercizio di un potere in divenire è cosa assai diversa dal ragionare di rimedi che hanno per oggetto situazioni soggettive a carattere statico, o tutt'al più gli atti e i negozi nei quali l'esercizio del potere si è tradotto.

L'impugnativa di un contratto ha caratteristiche differenti dall'impugnativa di una delibera assembleare, anche se per entrambe si richiamano i concetti di annullamento e di nullità. La delibera è espressione di un potere che può essere riesercitato e per questo la pronuncia deve avere un'efficacia conformativa che nelle impugnative del contratto non occorre. Il tema non è dissimile da quello dell'efficacia della sentenza di annullamento dell'atto amministrativo su cui da sempre il dibattito è aperto. Non che il processo civile non conosca casi simili. Anche nell'impugnativa di un licenziamento si fronteggiano, come nell'art. 2377 c.c. e diversamente da quel che accade col contratto, due poteri (il diritto potestativo di impugnare e il potere di licenziare), ma in quel caso i problemi sono minori. Non solo perché nel caso del potere deliberativo assicurare il corretto funzionamento dell'organizzazione sociale, e reintegrare l'ordine giuridico violato, è assai più complicato che intervenire sul potere datoriale, che è a rime obbligate; ma anche perché, ad assolvere le esigenze di tempestività dell'intervento giurisdizionale - che in materia di licenziamento sono ampiamente assicurate dal provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* o dalla rapidità della fase urgente del c.d. rito Fornero, finché ci sarà - talvolta non basta neppure la sospensiva prevista dall'art. 2378 c.c., che non sempre tiene dietro al potere in divenire, quando la situazione di fatto evolve nelle more del procedimento e produce effetti insuscettibili di venire eliminati.

Cenni all'oggetto del processo e del giudicato nei giudizi di impugnativa

Il tema dell'oggetto del processo nelle impugnative di delibere assembleari o consiliari porta con sé questioni

applicative di particolare importanza. È ben diverso che quell'oggetto venga individuato nell'esistenza del potere della maggioranza, nella questione di legittimità della delibera, o nell'accertamento dell'inidoneità dell'atto a produrre i propri effetti.

In materia contrattuale le Sezioni Unite, con le sentenze del 2014 (Cass. Civ., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass. Civ., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26243), hanno stabilito che nell'azione di nullità del contratto, e nelle azioni di annullamento, risoluzione e rescissione, l'oggetto del processo e del giudicato è costituito non già dal diritto potestativo fondato sul singolo motivo dedotto in giudizio, ma dal negozio e dal rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce.

Per le Sezioni Unite, qualunque sia la domanda proposta il bene della vita è rappresentato dal rapporto giuridico nella sua interezza, indipendentemente dall'effetto fatto valere in giudizio o dalle ragioni di invalidità o inefficacia di volta in volta addotte. La Cassazione parifica le impugnative negoziali tra di loro, ricostruendole come azioni in cui ricorre sempre la fattispecie del negozio ad efficacia eliminabile, incompatibile con la dimensione della nullità contrattuale. La conseguenza è che la Corte ritiene sempre rilevabile la nullità del contratto ad opera del giudice indipendentemente dal tipo di azione proposta (e anche per una causa diversa da quella fatta valere dall'attore, visto che comunque il *thema decidendum* è il rapporto nella sua integrità), anche se non sempre al rilievo dell'invalidità seguirà la dichiarazione della stessa, potendo il giudice optare per una pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda, in forza dei principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, oppure più semplicemente escludere l'invalidità, *re melius perpensa*, alla luce dell'istruttoria svolta.

Nel contempo la Cassazione ha riaffermato il principio dell'ampiezza del giudicato, estendendolo agli antecedenti logici necessari (col ricorso al principio del vincolo al motivo portante del precedente giudicato di rigetto): aprendo così la strada ad una serie di giudicati impliciti, sulla "non nullità" dell'atto, o sulla sua "nullità", tanto in caso di rigetto della domanda originaria quanto in caso di accoglimento, a seconda che il giudice non abbia né rilevato né dichiarato il difetto, oppure se, in caso di rigetto, la sentenza, dopo aver proceduto al rilievo dell'invalidità, l'abbia dichiarata in motivazione, argomentando il rigetto su di essa. L'unico caso in cui non si forma alcun giudicato implicito è nell'ipotesi di rigetto della domanda originaria (sia essa di

adempimento o di impugnativa) per effetto della ragione più liquida ovvero in conseguenza dell'esame esclusivo di una questione assorbente.

È interessante osservare che quando la Corte si è trovata a riprendere questi principi con riferimento all'impugnativa della delibera assembleare e nel caso omologo dell'impugnativa del licenziamento, lo ha fatto arrivando a conseguenze diametralmente opposte.

Nel caso della delibera assembleare la Cassazione ha fatto piena applicazione delle statuizioni contenute nelle pronunce delle Sezioni Unite del 2014. Così, con la sentenza Cass. Civ., Sez. I, 4 maggio 2016, n. 8795, la Corte ha ritenuto che non fosse viziata da ultrapetizione la pronuncia del giudice che, sul rilievo officioso di un vizio radicale della rappresentazione contabile-finanziaria della società, emergente dalla delibera di approvazione del bilancio, annessa al contratto di compravendita ma non oggetto di specifica contestazione, avesse fondato il rigetto della domanda di pagamento del prezzo di un pacchetto azionario. È vero che non si aveva, nella specie, una impugnazione diretta della delibera di approvazione del bilancio: ma la Corte ha rilevato che quest'ultimo formava parte integrante, nei suoi valori riassuntivi, del contratto di cessione del pacchetto azionario, oggetto dell'azione di annullamento per dolo e di risoluzione per inadempimento, e ha ragionato come se si fosse dinanzi ad una azione di impugnativa di delibera, concludendo nel senso che "posta la violazione di norma imperativa come *causa petendi* della domanda di accertamento dell'invalidità assoluta di una delibera di approvazione del bilancio - secondo la configurazione tradizionale; o, se si preferisce, direttamente del bilancio - non incorre in ultrapetizione il rilievo officioso (o comunque, sulla base di un'allegazione successiva all'*edictio actionis*), di un vizio di nullità emergente dagli atti, pur se non specificamente indicato nella prospettazione della domanda".

Così per la Corte la rilevabilità *ex officio* di cause di nullità del contratto diverse da quelle denunciate dalla parte, in ragione della natura non eterodeterminata delle stesse, è apparsa suscettibile di applicazione estensiva anche nel sottosistema societario, sebbene le deliberazioni assembleari non possano propriamente assimilarsi ai contratti. Con la conseguenza che, nonostante la formale elisione, nel novellato art. 2379 c.c., del richiamo espresso agli artt. 1421 - 1423 c.c., ha ritenuto sussistente - in forza della naturale *vis expansiva* del principio generale - il potere del giudice di pronunciare la nullità di una delibera anche in difetto di un'espressa deduzione di

parte, o per profili diversi da quelli enunciati: purché desumibili dagli atti ritualmente acquisiti al processo e previa provocazione del contraddittorio sul punto, nei giudizi promossi nella vigenza dell'attuale art. 101 c.p.c.

Diversa, come si diceva, la posizione assunta dalla Cassazione con riferimento al giudizio di impugnativa del licenziamento. Così la sezione lavoro, nella sentenza Cass. Civ. 24 marzo 2017, n. 7687, e in altre successive, ha concluso che, in ossequio al principio dispositivo, non fosse consentita al ricorrente la tardiva deduzione, né al giudice la rilevazione d'ufficio, di una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte nell'atto introduttivo. A questo risultato la Corte è giunta ritenendo che nel giudizio sul licenziamento si discuta del potere datoriale e non del rapporto di lavoro, e che il diritto potestativo di impugnativa debba considerarsi eterodeterminato, nel senso che si identifica solo sulla base dei motivi fatti valere per privare di efficacia l'atto impugnato.

Come si vede, nonostante la somiglianza tra le due vicende (in entrambe viene in gioco un potere di tipo latamente negoziale, che si traduce in un atto - in un caso la delibera, nell'altro il licenziamento - del quale si chiede l'accertamento dell'inidoneità a produrre gli effetti conseguenti), la giurisprudenza perviene ad esiti diversi, perché interpreta diversamente l'oggetto della lite. La sentenza del 2016, anziché assecondare l'idea che l'oggetto del processo nelle azioni di impugnativa di delibere assembleari sia perimetrato dai singoli motivi di invalidità dedotti in concreto come ha ritenuto la Corte per l'impugnativa del licenziamento, ha riconosciuto che l'azione è unica ed è sempre la medesima, vuoi che si deduca l'esistenza di alcuno dei vizi ex art. 2377 c.c., vuoi che si allegino quelli indicati dall'art. 2379 c.c. La tesi seguita dalla Cassazione, in questo caso, assume una valenza di sistema nella ricostruzione del ruolo e del potere del giudice nella rilevazione di profili di invalidità di atti che sono espressione del potere deliberativo e apre ulteriori scenari che non si sono ancora finiti di esplorare.

Le società nel processo tra situazioni soggettive tradizionali e vicende organizzative

Collegato al tema dell'oggetto del processo è quello, più generale, della struttura delle situazioni soggettive che si rinvencono nella materia societaria.

Da questo punto di vista, di nuovo il caso Telecom è certamente emblematico.

Per arrivare ad assicurare il corretto funzionamento dell'organizzazione sociale e la reintegrazione di un ordine giuridico violato al suo interno, a fronte dello sconfinamento delle attribuzioni del collegio sindacale nell'ambito delle prerogative del consiglio di amministrazione, è stata necessaria qualche forzatura.

La controversia poneva un problema di accertamento del non corretto esercizio di un potere - quello dei sindaci - di sostituirsi agli amministratori nell'integrazione dell'ordine del giorno, ovvero, se si preferisce, un problema di verifica del rispetto delle regole obiettive che presiedono all'azione di diversi organi sociali; un potere, quello esercitato in via sostitutiva dai sindaci, che si è tradotto in un atto destinato, peraltro, ad avere effetti solo sul corretto svolgimento, rappresentandone una fase, di un più ampio e complesso procedimento deliberativo, quello assembleare, e ad avere solo indirettamente incidenza su situazioni giuridiche soggettive tutte da identificare.

E invero, quanto agli amministratori, una situazione soggettiva che potesse dirsi lesa dalla delibera dei sindaci, e che rappresentasse il titolo della legittimazione ad impugnarla, sembrava in realtà mancare - e non a caso lo stesso Tribunale ha ommesso di individuarla - a meno di non volerla identificare (ma si sarebbe trattato, in definitiva, di ricorrere a una *fiction iuris*) in un "diritto" del consiglio di amministrazione al rispetto delle proprie competenze, contro l'usurpazione perpetrata da parte del collegio sindacale. Ma non meno problematica era anche l'individuazione del diritto del socio che lo legittimasse, *ad instar* di quanto previsto dall'art. 2388 c.c., ad impugnare la delibera dei sindaci. Infatti il diritto di voto - nel caso di specie il diritto a poter votare il rinnovo integrale del consiglio di amministrazione - che il Tribunale ha evocato per fondare la legittimazione ad agire del socio impugnante costituisce anch'esso una posizione puramente strumentale, destinata a esaurire la propria funzione all'interno del procedimento assembleare, e non tale da acquisire la dignità di una posizione autonomamente tutelabile.

Sono casi in cui è complicato sia immaginare le situazioni soggettive legittimanti la richiesta di tutela sia individuare l'oggetto del processo (perché manca la delibera da impugnare, o si tratta di prevenirla l'adozione oppure di influire preventivamente sul suo contenuto). Il problema - concretissimo, come dimostrano non solo il caso Telecom ma anche altre vicende, come quelle che hanno dato vita all'orientamento della giurisprudenza milanese in tema di

ammissibilità di una tutela cautelare pre-assembleare - è la difficoltà di immaginare forme di controllo delle modalità di corretto esercizio del potere prima che esso si esprima in atti destinati ad incidere sulle situazioni giuridiche dei soci. Ed è complicato in questi casi anche costruire una tutela cautelare, perché il dover prefigurare la successiva causa di merito (obbligo sussistente anche nel caso della misura anticipatoria ex art. 700 c.p.c.) riporta l'operatore al punto di partenza.

Se, per superare l'ostacolo, si prova a sostenere che il processo abbia ad oggetto, anziché un rapporto giuridico difficile da scorgere, il potere nel suo farsi, si va in controtendenza non solo con la già ricordata giurisprudenza delle Sezioni Unite, che esclude che nelle impugnative negoziali oggetto del processo possa essere il diritto potestativo anziché il rapporto, ma anche con gli approdi del processo amministrativo, che da tempo ha abbandonato l'idea del processo all'atto a favore del processo sul rapporto. D'altra parte, la dottrina giuscommerciale ci insegna che nelle controversie occasionate dall'esercizio del potere deliberativo non è semplice predicare l'esistenza di un rapporto giuridico tra le parti, perché le posizioni dei soci sono difficilmente ricostruibili secondo l'archetipo del diritto soggettivo e farlo comporterebbe il rischio di ipostatizzare figure di situazioni soggettive che mal si attagliano alle vicende societarie. Il processo alla delibera, infatti, trascende la dimensione individuale, anche se richiede che chi agisce sia titolare di una posizione qualificata che giustifichi la richiesta di rimuovere la regola di azione che la società, con la delibera approvata, ha inteso darsi, e di ottenere una sentenza che accerti i corretti criteri cui si dovrà eventualmente conformare la maggioranza che deliberi nuovamente sulla materia sulla quale aveva disposto con l'atto caducato.

La discussione sul ruolo del socio che impugna e sull'ampiezza (e i limiti) dell'intervento del giudice rimane aperta. I punti fermi, per l'operatore che voglia sottoporre a controllo l'agire societario, saranno, da un lato, che l'impugnativa delle delibere assembleari per annullamento e nullità non è rivolta all'eliminazione di eventuali lesioni dei diritti dei soci (che nella specie potrebbero anche mancare), ma ad un più generale obiettivo di ripristino della legalità dell'azione societaria, venuta meno per la violazione delle regole legali o statutarie o per vizi di contenuto della delibera, che non debbono essere necessariamente fonte di lesione alla partecipazione sociale; dall'altro, che se l'esercizio del potere

consiste nel dare un certo assetto agli interessi in conflitto, il giudice, pur non potendosi mai sostituire nell'esercizio del potere a chi lo ha posto in essere, sconfessando l'assetto consacrato nell'atto impugnato finirà necessariamente col concorrere a determinare le linee di un nuovo assetto.

La mancata previsione del rimedio: come colmare le lacune. La revoca dell'amministratore nelle s.r.l.

Un'altra questione che ricorre frequentemente nelle liti societarie si ha quando il tipo di azione che appare necessaria alle esigenze del caso concreto non è stata espressamente prevista dal legislatore.

In linea generale, la risposta al quesito si rinviene nel principio dell'effettività della tutela, per il quale l'interesse della parte ad una forma di tutela adeguata al contenuto della situazione sostanziale la rende ammissibile nei limiti della massima strumentalità tra diritto e processo: atipicità dei rimedi e atipicità dell'azione si ricavano dall'art. 24 Cost., escludendosi così la necessità della espressa previsione normativa. In questo modo, per esempio, si risolve la questione dell'ammissibilità dell'azione sociale di responsabilità, non prevista nelle S.r.l. e nei gruppi, o quello, esaminato di nuovo nella vicenda Telecom, dell'azione di impugnativa della delibera del Collegio sindacale.

Altra cosa è la necessità di norme esplicite quando la tutela richiesta abbia natura costitutiva.

In questo caso, senza la previsione di legge, il rimedio non è ammissibile.

È questo il caso dell'azione di revoca dell'amministratore di S.r.l., che nell'art. 2476, comma 3, c.c. è prevista solo come rimedio cautelare e non come azione di merito, e della sua sostituzione con un amministratore giudiziario, contemplata unicamente nell'art. 2409 c.c. per le società per azioni adesso esteso anche alle S.r.l. grazie al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

Iniziando da quest'ultimo profilo, l'ammissibilità della nomina di un amministratore giudiziario nel giudizio promosso ex art. 2476 c.c. dev'essere esclusa, così come non è possibile immaginare una forma di osmosi tra i due procedimenti che suggerisca l'idea che in entrambi si possa chiedere la nomina dell'amministratore giudiziario.

Se è vero infatti che con la riforma del 2003 la modifica del presupposto della denuncia al tribunale (con l'aggiunta, alla condotta illecita di amministratori e sindaci, del requisito della potenzialità dannosa) ha avvicinato la denuncia agli scopi dell'azione di

responsabilità, è altrettanto vero che le somiglianze debbono fermarsi qui, ricordandosi che nell'art. 2409 c.c. non si ha un giudizio contenzioso avente ad oggetto una controversia su diritti - come nel caso dell'art. 2476 c.c. - ma un processo in cui, nelle forme del rito camerale, è chiesto al giudice di gestire l'interesse della società in crisi di legalità, e che perciò i due strumenti debbono procedere in parallelo senza intersezioni inammissibili.

Sotto l'altro profilo, se cioè la misura cautelare di revoca sia strumentale, oltre che all'azione di responsabilità, anche all'azione di merito di revoca che il legislatore non ha espressamente previsto, il discorso è più complesso.

È noto che la Corte costituzionale, nel dicembre del 2005, con un tratto di penna ha creduto di risolvere il problema del *petitum* del giudizio di merito, affermando che la qualificazione cautelare della revoca "ben può essere intesa nel senso di strumentale (ed anticipatoria rispetto) ad una azione volta ad ottenere una sentenza di revoca degli amministratori, per ciò solo che nella gestione della società sono presenti gravi irregolarità e v'è mero pericolo di danno per la medesima".

Ma sull'ammissibilità di una simile azione rimane lecito nutrire forti dubbi, per il carattere costitutivo della pronuncia.

Prova troppo l'argomento per cui l'art. 2476, comma 3, c.c., consentendo al singolo socio che agisce in responsabilità di chiedere un provvedimento cautelare di revoca, non imporrebbe una domanda di merito risarcitoria ma consentirebbe di proporre anche domanda di revoca per giusta causa.

Non si può accedere, infatti, all'idea che l'art. 2476 c.c. sia la norma di diritto positivo da cui desumere l'ammissibilità di una misura definitiva di revoca non prevista dal legislatore, dato che è il contenuto della misura cautelare che si ricava dall'azione di merito e non il contrario. Né convince la tesi che la disposizione su cui costruire la richiesta di revoca nel giudizio di merito sia l'art. 2259 c.c., per la somiglianza tra società a responsabilità limitata e società di persone, perché ciò richiederebbe comunque un'applicazione analogica della previsione che l'art. 2908 c.c. in ogni caso non consente.

Nella tutela costitutiva, nel cui alveo l'eventuale sentenza di revoca dell'organo gestorio si andrebbe a iscrivere, si spezza infatti quel rapporto tra l'accertamento giudiziale e la realtà sostanziale che si traduce nella natura normalmente dichiarativa della sentenza, e la valenza innovativa che la pronuncia del giudice assume in tali casi è la ragione per cui

l'ordinamento pretende il rispetto della tipicità, il cui marchio appone su essa.

Qualunque sia l'azione di merito alla quale è strumentale, il rimedio previsto dall'art. 2476, comma 3, c.c. è comunque uno strumento da gestire con prudenza, e con una attenta valutazione del *periculum in mora*.

La revoca dell'amministratore sovverte infatti i principi propri della tutela cautelare, giacché essa finisce per atteggiarsi, una volta disposta, come misura che scardina l'assetto organizzativo della società, con effetti che non sono suscettibili di essere rimossi neppure nel caso in cui nel successivo processo a cognizione piena emerga l'infondatezza degli addebiti posti a fondamento della tutela invocata.

In tal senso, la misura rappresenta un *unicum* nel quadro della disciplina del procedimento cautelare, che dev'essere sempre informata al principio della provvisorietà della misura, la quale dovrebbe perciò poter essere sempre in grado di perdere automaticamente i propri effetti col ripristino immediato dello *status quo ante*. Invece, la pronuncia che dovesse rigettare la domanda di merito - sia essa di risarcimento o di revoca, a questo punto non importa - non potrebbe in nessun caso far rivivere il rapporto di amministrazione la cui cessazione è stata determinata dal provvedimento cautelare, dato che nelle società di capitali il rapporto di amministrazione si costituisce attraverso determinazione (e comunque ad iniziativa) dei soci, sulla quale di certo il giudice non può incidere con un provvedimento che tenga luogo di una decisione di questi ultimi.

In conclusione

Le caratteristiche delle liti societarie richiedono che la risposta dell'ordinamento tenga conto della specificità di quelle controversie sotto molteplici profili, quelli che si sono ricordati e altri che si potrebbero ancora menzionare.

L'operatore deve saper maneggiare bene le categorie generali adattandole alla peculiarità delle vicende che si trova di fronte, con un necessario sforzo di immaginazione, nell'introdurre le liti o nel deciderle, che non deve però mai produrre quelle soluzioni bizzarre e incompatibili coi principi processuali che ogni tanto si leggono sulle riviste.

Il legislatore, dal canto suo, dovrebbe riuscire a ideare un processo rapido come quello cautelare, ma, diversamente da quello, non necessariamente correlato ad un processo a cognizione piena che sfoci in una pronuncia atta alla cosa giudicata.

Servirebbe probabilmente un tipo di processo ascrivibile alla categoria dei procedimenti sommari-semplificati-esecutivi, se non fosse per la difficoltà che nelle controversie societarie l'efficacia della pronuncia che si invoca quasi mai è quella (o solo quella) della sentenza di condanna, tipica di quel genere di procedimento; e che tenga conto della peculiarità della posizione delle parti e della particolare natura delle vicende organizzative che ne sono oggetto.

Quanto al rito cui il legislatore potrebbe pensare, si è detto da più parti che una buona intuizione del legislatore del 2003 era stata la creazione del processo camerale societario, che rappresentava certamente un modello di processo flessibile, capace di adattarsi a molte delle esigenze che la materia pone. Se ne potrebbero mutuare alcuni tratti in un processo pensato per la tutela contenziosa, rispettoso dell'art. 111 Cost. ma a più ridotta rigidità formale rispetto al rito ordinario di cognizione, e che risponda meglio al principio di proporzionalità di quanto non faccia l'attuale modello scandito per fasi, in cui una volta arrivati all'udienza di precisazione delle conclusioni debbono passare altri ottanta giorni prima che il giudice studi la causa e la decida, dovendo leggere centinaia di pagine di memorie che ripetono sempre la stessa cosa per il timore che nessuna delle memorie precedenti venga letta.

L'idea di un processo rapido a cognizione piena non toglie valore al rilievo iniziale da cui si era partiti, e cioè che le controversie commerciali si caratterizzano, più di altre, per essere giocate in chiave essenzialmente cautelare: in materia societaria si è chiamati quotidianamente a lavorare sulla duttilità dello strumento dell'art. 700 c.p.c., per far fronte a pericoli altrimenti irreparabili, interrogandosi sui contenuti possibili di una misura che dev'essere pur sempre ritagliata sull'azione di merito anche quando questa non verrà mai proposta. Natura anticipatoria del provvedimento cautelare e strumentalità allentata dello stesso non significano infatti che chi propone la domanda interinale non debba avere cura di indicare in modo compiuto quale sarebbe il giudizio di merito da proporre, se non vuole incorrere in pronunce di inammissibilità. E atipicità del provvedimento urgente non significa rinuncia al principio della domanda, nel nome di un potere generale di cautela rimesso alla discrezione del giudice.

Tante altre sono le cose che si potrebbero dire. Certo è che, se le liti societarie sono feconde di spunti per lo studioso del processo, lo studio del processo può fornire alle liti societarie la risposta a tanti degli interrogativi che la pratica, in quel settore, quotidianamente pone.

La tutela cautelare in materia societaria

a cura di Matteo Gabbiani

L'itinerario, ripercorrendo i più recenti arresti della giurisprudenza, ricostruisce lo stato dell'arte e i contrasti che si sono manifestati sugli aspetti maggiormente problematici in tema di diritto cautelare societario. Il lavoro muove dall'analisi dei provvedimenti di sospensione delle deliberazioni adottate dall'assemblea dei soci e dagli altri organi delle società di capitali, per poi affrontare il tema della tutela cautelare dei diritti particolari dei soci tanto nella fase pre-assembleare quanto nei rapporti con l'organo amministrativo, terminando con la ricostruzione del controverso istituto della revoca cautelare dell'amministratore nelle società a responsabilità limitata. *The study, going through the most recent jurisprudence, reconstructs the state of the art and the contrasts emerged on the most problematic aspects of corporate precautionary law. The work starts from the analysis of the measures of suspension of the resolutions adopted by the shareholders' meeting and by the other organs of corporations, and then addresses the issue of the precautionary protection of the particular rights of the shareholders in the pre-assembly phase and in the relations with the administrative body, ending with the reconstruction of the controversial institution of the precautionary revocation of the director in limited liability companies.*

La tutela cautelare assume nell'ambito del diritto societario una centralità tutta particolare. Le esigenze di celerità della risposta giurisdizionale si manifestano in questo settore in modo più forte che altrove e mal si conciliano con i tempi inevitabilmente lunghi del processo a cognizione piena. Emerge qui la necessità che la lite endo-societaria sia composta in tempi rapidi e la tutela cautelare è certamente lo strumento principe adoperato per far fronte a tali problematiche. Non a caso, è proprio nel diritto processuale societario che il legislatore ha sperimentato per la prima volta nel 2003 quell'allentamento del nesso di strumentalità fra tutela urgente e giudizio di merito che qualche anno dopo è stato esteso a tutte le misure cautelari idonee ad anticipare gli effetti della sentenza resa all'esito del procedimento ordinario, ammettendo che il provvedimento mantenga i propri effetti indipendentemente dall'avvio o dalla conclusione del processo a cognizione piena.

Il bisogno di risposte rapide da parte del giudice si confronta tuttavia con l'altrettanto forte esigenza di stabilità degli atti e dei rapporti societari, stabilità che i provvedimenti cautelari non sempre sono in grado di assicurare data la loro natura strutturalmente provvisoria.

Inoltre, come la miglior dottrina processualistica e giuscommercialistica insegna da tempo, il diritto societario non può essere spiegato applicando rigidamente le categorie tradizionali del diritto privato, quali la nozione di negozio giuridico e di diritto soggettivo, e attorno alle quali è tuttavia costruito e pensato il processo civile.

Da queste tensioni prende le mosse il presente lavoro, che intende ricostruire gli aspetti maggiormente problematici che interessano, alla luce della più recente giurisprudenza, i principali provvedimenti cautelari in materia societaria, dando conto dei frequenti contrasti interpretativi che caratterizzano un settore come questo, dove, posta la non ricorribilità per cassazione dei provvedimenti cautelari, raramente la Suprema Corte ha occasione di pronunciarsi e di esercitare la funzione nomofilattica che svolge altrove.

L'analisi muoverà dalla ricostruzione dell'istituto della sospensiva delle deliberazioni adottate dall'assemblea nelle società di capitali, tema che per complessità e importanza in termini di quantità di pronunce rinvenute sul tema, assume un ruolo centrale nell'ambito del sistema del diritto cautelare societario, anche in considerazione del fatto che esso costituisce il modello sul quale vengono costruiti i provvedimenti di sospensione delle deliberazioni degli altri organi societari; si passerà dunque al problema della tutela urgente dei diritti particolari dei soci, fra i quali spiccano i diritti informativi, funzionali al controllo della

La sospensione delle delibere assembleari

gestione da parte degli amministratori; per concludere, con la ricostruzione dell'istituto della revoca dell'amministratore nelle S.r.l., che tuttora si caratterizza per essere al centro di un acceso dibattito in giurisprudenza.

Il carattere incidentale dell'istanza di sospensiva

Come accennato, la sospensione delle deliberazioni assembleari assume un ruolo cardine nel sistema della tutela cautelare in ambito societario.

L'istituto trova la propria principale fonte di regolamentazione all'interno dell'art. 2378, secondo cui "con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione, l'impugnante [la delibera assembleare] può chiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione".

Il primo aspetto problematico da affrontare riguarda le modalità di proposizione dell'istanza di sospensiva. In particolare, si tratta di chiarire se sia possibile o meno concedere il provvedimento cautelare in questione prima che venga instaurato il giudizio di merito.

Sul punto, l'orientamento pressoché granitico in giurisprudenza ritiene che vada esclusa la possibilità di richiedere il provvedimento *cautelare ante causam*. Si osserva infatti che il ricorso ex art. 2378, comma 3, c.c., costituendo rimedio cautelare tipico in campo di impugnazione della delibera assembleare, debba essere proposto con le forme rigorosamente disciplinate da tale norma e, dunque, depositato in una con l'atto introduttivo del giudizio a cognizione piena (**Trib. Torino 13 maggio 2019**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Bologna 11 gennaio 2018**, in *DeJure*; **Trib. Milano 31 maggio 2018**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Tale conclusione viene giustificata per il fatto che, nel rapporto fra le disposizioni rispettivamente contenute nell'art. 669-ter c.p.c. (in tema di competenza cautelare anteriore alla causa di merito) e nell'art. 2378 c.c., le seconde prevalgono sulle prime, costituendo, quanto al procedimento, diritto speciale derogativo del diritto generale (**Trib. Roma 10 ottobre 2019**, in questa *Rivista*, 2020, 15 ss.). Inoltre, dalla formulazione dell'art. 2378, comma 3, c.c. viene ricavata la volontà del legislatore che della domanda cautelare conosca lo stesso giudice chiamato a pronunciarsi sul merito dell'impugnazione (**Trib. Bologna 11 gennaio 2018**, cit.; **Trib. Milano 31 maggio 2018**, cit.).

Il carattere incidentale dell'istanza di sospensiva non esclude, peraltro, che la stessa venga promossa in un momento successivo all'introduzione del giudizio di merito, dal momento che il riferimento operato dall'art. 2378 c.c. alla contestualità del deposito del ricorso cautelare a quello della citazione va inteso nel senso che il legislatore abbia voluto semplicemente correlare la proposizione dell'istanza cautelare alla pendenza del giudizio di merito (**Trib. Torino 13 maggio 2019**, cit.; **Trib. Firenze 23 febbraio 2017**, in www.ilcaso.it; **Trib. Napoli 24 marzo 2016**, in www.giustiziacivile.com). Alla stessa stregua, la giurisprudenza ha avuto modo di specificare anche come non sia necessario, a dispetto della lettera dell'art. 2378 c.c., che l'istanza cautelare sia formalmente contenuta in autonomo ricorso, ben potendo la stessa essere formulata all'interno dello stesso atto di citazione introduttivo del giudizio a cognizione piena (**Trib. Firenze 27 maggio 2020, n. 928**, inedita).

La possibilità che la sospensiva venga chiesta *ante causam* viene negata anche qualora l'istanza cautelare sia richiesta ex art. 700 c.p.c.

Il ricorso al rimedio cautelare atipico viene infatti escluso per difetto del requisito di residualità cui risulta condizionato, essendo prevista dall'ordinamento la misura cautelare tipica di cui all'art. 2378, comma 3, c.c. per far fronte al periculum in mora derivante dalla mancata sospensione della delibera invalida (**Trib. Milano 8 agosto 2019**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Torino 13 maggio 2019**, cit.; **Trib. Bologna 11 gennaio 2018**, cit.). Tuttavia, la stessa giurisprudenza che esclude in astratto la possibilità di far ricorso alla tutela cautelare atipica precisa come questa torni in concreto esperibile qualora il rimedio di cui all'art. 2378, comma 3, c.c. non sia effettivamente praticabile o per invocare provvedimenti cautelari diretti a neutralizzare pericoli diversi da quello tipico (**Trib. Bologna 11 gennaio 2018**, cit.; **Trib. Firenze 23 febbraio 2017**, cit.). La giurisprudenza ha inteso piegare il rigore del carattere necessariamente incidentale dell'istanza di sospensiva riconoscendo la possibilità di agire in via cautelare *ante causam* nei casi in cui il giudizio di impugnazione sia devoluto alla cognizione arbitrale o qualora dalla prospettazione della parte istante sia possibile desumere la difficoltà di incardinare per tempo la domanda di merito (**Trib. Milano 23 aprile 2012**, in questa *Rivista*, 2012, 830 ss., secondo cui nella materia dell'impugnativa delle delibere assembleari può essere necessaria una tutela impellente, non potendosi negare il diritto ad una pronuncia urgente per diritti che possono subire pregiudizio imminente e irreparabile anche in un momento precedente all'instaurazione della causa di merito).

La competenza a emettere il provvedimento di sospensiva qualora l'impugnazione della delibera sia devoluta in arbitrato

L'art. 35, comma 5, D.Lgs. n. 5/2003 prevede che, qualora in forza di una clausola compromissoria venga devoluta in arbitrato una controversia avente ad oggetto la validità

di delibere assembleari, agli arbitri compete sempre il potere di disporre la sospensione della delibera impugnata.

Tale previsione apre il problema di stabilire se la competenza cautelare dell'organo arbitrale concorra o meno con quella del giudice ordinario.

Sul punto si registrano diversi orientamenti interpretativi.

Secondo una prima impostazione, l'attribuzione ex art. 35, D.Lgs. n. 5/2003 del potere in capo agli arbitri di concedere la sospensiva non escluderebbe la competenza cautelare del giudice ordinario fintanto che l'organo arbitrale sia stato nominato e sia concretamente in grado di provvedere, in quanto fra il momento della proposizione della domanda d'arbitrato e la formazione dell'organo arbitrale trascorre un lasso di tempo non breve, nel corso del quale deve comunque essere garantita la possibilità per la parte che ha impugnato la delibera di ottenere la sospensione in via d'urgenza della stessa (**Trib. Milano 12 marzo 2018**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Napoli 6 febbraio 2012**, in questa *Rivista*, 2012, 563 ss.).

Ad avviso di un'altra giurisprudenza, invece, la competenza cautelare del giudice ordinario non dovrebbe limitarsi alla fase in cui l'organo arbitrale non sia ancora costituito e non sia in grado di provvedere, mantenendosi invece intatta per tutta la durata del procedimento arbitrale (**Trib. Roma 26 aprile 2018**, in *Foro it.*, 2018, I, 3221 ss.). Tale conclusione viene giustificata, in prima battuta, per il fatto che la finalità della disposizione di cui all'art. 35, comma 5, D.Lgs. n. 5/2003 non consisterebbe tanto nella ripartizione delle competenze cautelari arbitrali e giudiziali quanto nella volontà di ampliare il novero delle controversie societarie devolvibili in arbitrato, devoluzione che verrebbe appunto incentivata dal riconoscimento del potere di concedere la sospensiva direttamente in capo agli arbitri. Inoltre, viene prospettata una (discutibile) lettura costituzionalmente orientata della norma, dal momento che gli arbitri potrebbero subordinare ai sensi dell'art. 816-*septies* c.p.c. la prosecuzione del giudizio al versamento anticipato delle spese del procedimento, con conseguente possibilità che la parte che invoca la tutela di un proprio diritto se la veda preclusa in ragione dell'impossibilità di procedere al pagamento.

Secondo una diversa prospettiva, l'art. 35 attribuirebbe il potere di sospendere la delibera impugnata in arbitrato soltanto al giudice privato e non al giudice ordinario (**Trib. Torino 13 maggio 2019**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Secondo questa prospettiva, la norma lascerebbe infatti trasparire l'intenzione del legislatore di evitare ogni possibile intromissione dell'autorità giudiziaria ordinaria nella potestà decisoria devoluta agli arbitri per effetto della clausola compromissoria. Si rileva, così, che, diversamente opinando, si andrebbe a creare un'inaccettabile sovrapposizione tra poteri cautelari, con la conseguenza che, nel caso in cui il giudice ordinario rigetti la domanda di sospensiva, si aprirebbe il problema della possibilità di riproporre la medesima istanza dinanzi al collegio arbitrale ovvero, nel caso in cui la tutela cautelare venga dal Tribunale negata, quello di individuare la competenza a conoscere di un'eventuale domanda di revoca o modifica ai sensi dell'art. 669-*decies* c.p.c. Quanto alle potenziali lesioni del diritto di difesa del ricorrente dovute all'impossibilità di ottenere un provvedimento di sospensiva nelle more della costituzione dell'organo arbitrale, esse vengono fugate sottolineando come ciò non sia altro che il frutto della libera scelta delle parti che, con la previsione della clausola compromissoria, hanno di fatto rinunciato alla possibilità di adire il giudice ordinario in via cautelare.

La natura conservativa o anticipatoria del provvedimento cautelare di sospensiva

La questione certamente più complessa e controversa che interessa l'istituto della sospensione riguarda la natura anticipatoria o conservativa del provvedimento cautelare.

La soluzione a questo interrogativo è peraltro densa di importanti conseguenze applicative, in quanto da essa dipende (almeno per come viene impostato il problema dalla giurisprudenza e da larga parte della dottrina) la possibilità o meno di concedere la sospensione delle deliberazioni già compiutamente eseguite, delle deliberazioni c.d. *self-executing* e delle delibere a contenuto negativo, nonché il regime ultrattività degli effetti del provvedimento cautelare. Qualora infatti alla sospensiva venga riconosciuto carattere anticipatorio, il provvedimento di sospensiva potrà porre nel nulla gli effetti giuridici realizzati e da realizzare della delibera impugnata, anticipando, pur provvisoriamente, l'effetto demolitorio e conformativo spiegato dalla sentenza di annullamento, e troverà applicazione il regime della strumentalità allentata di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., al che la misura cautelare conserverà i propri effetti in caso di estinzione del giudizio di merito (come sopra illustrato il problema della mancata instaurazione del giudizio non si pone in quanto l'istanza di sospensiva non può essere promossa *ante causam*). Per contro, se alla sospensiva si attribuisce funzione meramente conservativa, il provvedimento cautelare potrà soltanto cristallizzare la situazione esistente al momento della sua emanazione, impedendo che la delibera impugnata produca ulteriori effetti o venga portata ulteriormente ad esecuzione, mentre resteranno fermi gli effetti già prodotti e gli atti esecutivi già posti in essere; inoltre, il provvedimento cautelare non sarà in grado di mantenere fermi i propri effetti qualora il giudizio di merito si estingua.

L'orientamento maggiormente diffuso nella giurisprudenza di merito ritiene che il provvedimento di sospensiva abbia natura anticipatoria, sul presupposto che, da un punto di vista

qualitativo, il bene della vita attribuito in sede cautelare sia lo stesso che verrebbe accordato all'esito del giudizio di merito dalla sentenza che accolga l'azione di impugnativa, ossia l'inefficacia della delibera e il ripristino dello *status quo ante* (**Trib. Roma 12 giugno 2019**, in questa *Rivista*, 2020, 20 ss.; **Trib. Roma 10 ottobre 2019**, cit.; **Trib. Napoli 18 gennaio 2019**, in *Foro it.*, 2019, I; **Trib. Napoli 5 febbraio 2018**, in *Giur. comm.*, 2018, II, 1049 ss.; **Trib. Bologna 24 gennaio 2018**, in *DeJure*). Tale conclusione sarebbe imposta, ad avviso di questa giurisprudenza, dalla lettera dell'art. 35, D.Lgs. n. 5/2003, il quale attribuisce agli arbitri il potere di sospendere l'*efficacia* della deliberazione impugnata e non la sua mera *esecuzione* (come dispone invece l'art. 2378, comma 3, c.c.), al che sarebbe illogico ritenere che il giudice ordinario sia titolare di un potere decisorio inferiore a quello attribuito agli arbitri.

In forza del carattere anticipatorio del provvedimento cautelare viene quindi riconosciuta la possibilità di concedere la sospensiva anche qualora la delibera impugnata sia già stata compiutamente eseguita. Si osserva infatti che "la sospensione oper[a] sul piano degli effetti giuridici e non su quello della mera realtà fenomenica, risultando quindi svincolata dalle modificazioni della realtà nel frattempo intervenute, le quali dovranno essere confermate alla nuova situazione giuridica sotto il profilo degli aspetti restitutori e ripristinatori", così che "l'unico limite alla concedibilità della sospensione va individuato nella avvenuta compiuta produzione degli effetti giuridici dell'atto impugnato, che comporti esiti irreversibili" (**Trib. Roma 12 giugno 2019**, cit.).

In applicazione di tali principi, è stata riconosciuta la possibilità di disporre la sospensione di una delibera di aumento del capitale sociale anche se interamente attuata, in quanto idonea a conservare comunque una sua efficacia quale atto presupposto di fatti, atti e attività posti in essere dalla società (**Trib. Napoli 18 gennaio 2019**, cit.).

Allo stesso modo, si è riconosciuta la possibilità di concedere la sospensiva di una delibera di nomina dell'organo amministrativo ancorché già trascritta nel Registro delle imprese, in quanto ritenuta "susceptibile, *ex se*, di arrecare irreparabile pregiudizio alla parte ricorrente, interessata ad ottenere nel merito l'annullamento della delibera" (**Trib. Bologna 24 gennaio 2018**, cit.).

Pur restando nell'ambito dell'orientamento che vede nella sospensiva un provvedimento cautelare a carattere anticipatorio, è stata invece negata la possibilità di sospendere una delibera che abbia autorizzato la stipula di un "accordo-quadro" una volta intervenuta la sottoscrizione di detto accordo, in quanto gli effetti sul gruppo organizzato sarebbero determinati non più dalla delibera impugnata ma direttamente dall'accordo sottoscritto ovvero dagli atti posti in essere a valle di quest'ultimo (**Trib. Roma 10 ottobre 2019**, cit., che adito in sede di reclamo giunge a conclusioni opposte a quelle cui era pervenuto il giudice di prime cure **Trib. Roma 12 giugno 2019**, cit.).

Viene riconosciuta inoltre l'ammissibilità dell'istanza di sospensiva rivolta nei confronti di delibere c.d. *self-executing e*, in particolare, delle delibere di approvazione del bilancio (**Trib. Palermo 12 marzo 2018**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Milano 26 giugno 2018**, *Ibidem*; **Trib. Milano 31 maggio 2017**, *Ibidem*). A tal proposito, si è tuttavia precisato che la sospensione della delibera di approvazione di bilancio debba in concreto ritenersi ammissibile "soltanto qualora la stessa sia seguita da altre deliberazioni che si fondino su di essa ovvero costituisca il presupposto di altre deliberazioni, di regola contestuali", difettando in caso contrario del requisito del *periculum in mora* (**Trib. L'Aquila 13 marzo 2020**, in questa *Rivista*, 2020, 816 ss.).

Sul presupposto che la sospensione operi sul piano dell'efficacia giuridica e non su quello dell'esecuzione materiale della delibera impugnata, la giurisprudenza si è spinta fino a riconoscere l'ammissibilità della sospensione di una delibera a contenuto negativo (**Trib. Napoli 5 febbraio 2018**, cit.). In realtà, la possibilità di sospendere (e ancor prima impugnare) una delibera di stampo negativo è fortemente dibattuta. In particolare, l'orientamento prevalente ritiene che sia "strutturalmente impossibile l'impugnazione della deliberazione negativa" e che pertanto "non appare razionalmente comprensibile l'istanza di sospensione dell'efficacia di una simile deliberazione della quale essa è priva" (**Trib. Roma 13 aprile 2018**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it), rilevandosi inoltre come il provvedimento cautelare non potrebbe comunque essere concesso difettando in tali casi il requisito del *periculum in mora* (**Trib. Roma 20 novembre 2018**, in *Foro it.*, 2019, I, 1815 ss.).

Secondo una diversa ricostruzione, peraltro fatta propria di recente dalla Corte di cassazione, al provvedimento di sospensiva deve essere riconosciuta natura conservativa (**Cass. Civ. 7 ottobre 2019**, n. 24939, in www.judicium.it; **Trib. Firenze 27 maggio 2020**, cit.; **Trib. Bologna 28 marzo 2014**, in *Foro it.*, 2014, I, 2241 ss.). Ad avviso della Suprema Corte, se si attribuisse infatti alla sospensiva natura anticipatoria si finirebbero per anticipare in sede cautelare effetti inscindibilmente collegati alla pronuncia costitutiva di annullamento, effetti che, secondo l'orientamento prevalente (**Cass. Civ., SS.UU., 22 febbraio 2010**, n. 4059, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 171 ss.), si producono soltanto al passaggio in giudicato della sentenza di merito.

Su tali presupposti, è stato dunque escluso che il provvedimento di sospensiva sia idoneo a mantenere i propri effetti qualora il giudizio di merito si sia estinto (**Cass. Civ. 7 ottobre 2019, n. 24939**, cit.) e che la sospensiva possa operare con riferimento a delibere già compiutamente eseguite, rilevandosi come la sospensione “abbia senso solo se utile ad evitare pregiudizi futuri discendenti dalla delibera stessa”, visto che “quelli già verificatisi potranno essere eliminati solo in forza della sentenza finale che disponga l’annullamento dell’atto viziato” e “non con un provvedimento di sospensione, necessariamente efficace solo per l’avvenire” (**Trib. Firenze 27 maggio 2020**, cit.).

Il periculum in mora

Ai sensi dell’art. 2378, comma 4, c.c., il giudice investito dell’istanza di sospensiva decide “valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell’esecuzione della deliberazione”.

La norma costituisce deroga al principio generale in base al quale il presupposto del pericolo debba essere parametrato sulla posizione del ricorrente e viene letta come espressione della scelta del legislatore di privilegiare la stabilità degli atti della società in quanto valore essenziale per il buon funzionamento dell’impresa collettiva sul mercato (**Trib. Roma 10 ottobre 2019**, cit.).

L’art. 2378, comma 4, c.c. richiede dunque la valutazione della sussistenza di un nesso causale fra l’esecuzione (o comunque la protrazione dell’efficacia) della deliberazione impugnata e il pregiudizio temuto e implica l’apprezzamento comparativo delle gravità delle conseguenze derivanti, sia al socio impugnante sia alla società, dalla esecuzione o dalla rimozione della deliberazione impugnata (**Trib. Roma 26 aprile 2018**, cit.). Il provvedimento cautelare potrà essere concesso soltanto ove si ritenga prevalente il pregiudizio lamentato dal socio rispetto al corrispondente pregiudizio che potrebbe derivare alla società per effetto della paralisi dell’attività sociale determinata dalla sospensiva.

In applicazione di questi principi, la giurisprudenza riconosce prevalente il pregiudizio subito dalla società tutte le volte in cui, per effetto della sospensiva, potrebbe concretizzarsi una causa di scioglimento della società o comunque venga minata la sopravvivenza operativa dell’ente. In particolare, in ipotesi di impugnativa della delibera di approvazione di bilancio, viene negata la tutela cautelare qualora l’effetto della sospensione si ripercuota sulla delibera di ricostituzione del capitale sociale, con conseguente impossibilità di ancorare la redazione del bilancio di esercizio ai criteri di c.d. “going concern” (**Trib. Firenze 27 maggio 2020**, cit.; **Trib. Milano 12 luglio 2018**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Milano 12 marzo 2018**, *Ibidem*).

Per contro, è riconosciuto prevalente l’interesse del socio qualora venga richiesta la sospensiva della delibera di nomina dell’organo amministrativo, osservandosi che “la società come tale non è titolare di qualificate posizioni soggettive in ordine al fatto che l’organo amministrativo o di controllo siano composti da determinate persone piuttosto che da altre” (**Trib. Milano 24 luglio 2018**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Milano 16 marzo 2018**, *Ibidem*).

La sospensione delle delibere consiliari

Fortemente dibattuta in passato, la possibilità di impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione è oggi riconosciuta espressamente dall’art. 2388 c.c., così come formulato per effetto della riforma del diritto societario.

Tale norma, nel disciplinare l’azione di impugnativa, attribuisce la legittimazione all’organo di controllo e agli amministratori assenti o dissenzianti, limitando tuttavia quella dei soci ai soli casi in cui la deliberazione sia direttamente lesiva di un loro diritto. Il socio impugnante dovrà quindi allegare e dimostrare l’incidenza sfavorevole che la delibera assume sulla rispettiva sfera giuridica soggettiva e non potrà limitarsi a lamentare l’inidoneità della decisione a perseguire l’interesse dell’ente collettivo. Infatti, come precisato dalla giurisprudenza, tale previsione costituisce “il riflesso *in subiecta materia* della irresponsabilità dei soci per le conseguenze del proprio operato (essendo il loro rischio limitati ai conferimenti) quale contrapposta invece alla responsabilità degli amministratori - illimitata ed eventualmente solidale - per il pregiudizio eventualmente arrecato al patrimonio sociale da essi gestito da propri atti ed operazioni violativi di legge o di statuto” (**Trib. Milano 29 marzo 2014**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

Stante il richiamo oggi operato dall’art. 2388, comma 3, c.c. alla disciplina dettata in tema di impugnazione di delibere assembleari, è pacifico in giurisprudenza che il rimedio cautelare nei confronti delle determinazioni assunte dall’organo gestorio sia esperibile nelle stesse forme dell’istanza di sospensiva di cui all’art. 2378, commi 3 e 4, c.c. sinora esaminata. In applicazione del principio generale di sindacabilità delle decisioni dell’organo amministrativo di società di capitali contrarie alla legge o allo statuto, tale disciplina, espressamente dettata in tema di società per azioni, viene poi estesa alle società a responsabilità limitata (**Trib.**

La sospensione delle delibere del collegio sindacale

Milano 5 dicembre 2019, in *DeJure*) e, in forza dell'art. 2519 c.c., alle società cooperative (**Trib. Roma 3 agosto 2016**, in *IlSocietario.it*).

Pertanto, al pari di quanto abbiamo visto per la sospensione delle delibere assembleari, è richiesto che il ricorso cautelare sia depositato contestualmente al deposito dell'atto di citazione con il quale viene impugnata la delibera consiliare e si nega, per difetto del requisito di residualità, la possibilità di promuovere l'istanza di sospensiva nelle forme del ricorso ex art. 700 c.p.c., con conseguente esclusione di una tutela cautelare *ante causam* (**Trib. Roma 3 agosto 2016**, cit.).

A differenza delle delibere assembleari e, oggi, delle delibere consiliari, manca con riferimento alle decisioni adottate dall'organo di controllo una norma che ne preveda espressamente l'impugnabilità. La possibilità di aggredire le deliberazioni assunte dal collegio sindacale è stata tuttavia di recente riconosciuta, seppur, a quanto consta, da un'unica pronuncia (**Trib. Milano 23 aprile 2018**, in questa *Rivista*, 2018, 906 ss.).

Sul presupposto che le regole di impugnabilità delle deliberazioni assembleari e consiliari di cui agli artt. 2378 e 2388 c.c. siano espressive di un principio generale di sindacabilità delle deliberazioni di tutti gli organi sociali per contrarietà alla legge o all'atto costitutivo, il Tribunale milanese ha infatti ritenuto possibile la sospensione (e a monte l'impugnazione) delle delibere assunte dal collegio sindacale nei casi (eccezionali) in cui esse siano di per sé produttive di effetti diretti nei confronti dell'organizzazione societaria ovvero rispetto alla posizione dei singoli soci, "pena un difetto di tutela rispetto a situazioni omogenee contrastante con i principi costituzionali ex artt. 3 e 24 Cost."

Posta così la generale ammissibilità dell'impugnazioni delle delibere del collegio sindacale a contenuto gestorio, il regime della legittimazione ad agire per l'impugnativa è stato ricostruito applicando in via analogica il dettato dell'art. 2388 c.c. Pertanto, si considera legittimato all'impugnativa e all'istanza di sospensione il consiglio di amministrazione e i suoi singoli componenti, la cui posizione è stata assimilata a quella degli amministratori assenti o dissenzienti rispetto a una delibera assunta dall'organo gestorio, nonché i singoli soci, qualora la delibera si mostri direttamente lesiva dei loro diritti.

La tutela cautelare pre-assembleare

Se l'istanza di sospensiva ex art. 2378 c.c., come visto, rappresenta lo strumento principe che l'ordinamento mette a disposizione per fornire tutela cautelare nei confronti delle deliberazioni assunte dagli organi societari, si tratta di vedere adesso se la giurisprudenza riconosca la possibilità di ottenere provvedimenti cautelari prima che tali deliberazioni vengano effettivamente adottate. Si parla, in queste ipotesi, della c.d. tutela cautelare pre-assembleare, tutela rivolta cioè non tanto al prodotto quanto al procedimento di formazione del deliberato.

A tal riguardo, la giurisprudenza è oggi incline a ritenere pienamente ammissibile, nelle forme del ricorso ex art. 700 c.p.c., una tutela cautelare preventiva rispetto alla stessa celebrazione dell'assemblea (orientamento inaugurato da **Trib. Milano 29 marzo 2012**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* e confermato, tra le più recenti, da **Trib. Genova 21 marzo 2017**, in *Corr. giur.*, 2019, 678 ss.; **Trib. Genova 19 settembre 2018**, *Ibidem*, 671 ss.; **Trib. Milano 1° agosto 2018**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Milano 23 novembre 2018**, in *DeJure*; **Trib. Milano 1° agosto 2018**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Milano 15 gennaio 2019**, *Ibidem*; **Trib. Milano 6 febbraio 2019**; **Trib. Milano 31 agosto 2019**, in *DeJure*).

Sul presupposto che "tutte le situazioni 'giustiziabili' ex post [debbano] godere di una tutela interinale volta a evitare che la durata del processo possa andare a danno di chi abbia ragione", è stato infatti riconosciuto che non osta all'ammissibilità di un provvedimento cautelare sul comportamento da tenersi in assemblea il fatto che per la mancanza di una delibera impugnata non sussista la violazione attuale di un diritto, in quanto la tutela d'urgenza è in grado di prescindere dalla verifica di un danno, richiedendo semplicemente la possibilità che questo si verifichi (**Trib. Milano 29 marzo 2012**, cit.). Sarebbe infatti lo stesso principio di effettività della tutela giurisdizionale a imporre l'ammissibilità di misure capaci di arginare l'eventualità che per effetto dell'adozione di una delibera assembleare il socio subisca un pregiudizio irreparabile ex post (**Trib. Genova 19 settembre 2018**, cit.).

Né il ricorso alla tutela cautelare innominata sarebbe in questi casi escluso per la presenza nell'ordinamento del rimedio tipico di cui all'art. 2378 c.c., presupponendo quest'ultimo lo svolgimento della assemblea e l'instaurazione di un giudizio di merito che potrebbe anche richiedere un tempo non trascurabile per la sua attivazione (**Trib. Milano 29 marzo 2012**, cit.). Del pari, in caso di tutela cautelare pre-assembleare volta ad ottenere l'accertamento del diritto del socio di esercitare il diritto di voto in assemblea, il requisito della residualità del provvedimento ex art. 700 c.p.c. è stato ritenuto integrato in quanto costruito attorno ad un *petitum* diverso da quello che caratterizza l'istanza di sospensiva ex art. 2378 c.c., risolvendosi

La tutela cautelare dei diritti informativi del socio

nell'un caso nell'ordine di consentire l'accesso alla assemblea e il voto e nell'altro nella sospensione della delibera viziata (**Trib. Milano 31 agosto 2019**, cit.).

La concessione del provvedimento cautelare resta tuttavia subordinata ad uno scrutinio particolarmente attento sulla sussistenza del *periculum in mora*, che in questi casi assume contorni peculiari dal momento che la sua valutazione deve essere rapportata alla (effettività della) tutela successiva offerta dall'impugnativa della delibera assembleare (**Trib. Genova 19 settembre 2018**, cit.).

Sul punto si registrano tuttavia arresti in senso contrario. La possibilità di concedere un provvedimento cautelare di inibitoria all'esercizio del voto è stata infatti di recente esclusa "per carenza del requisito della residualità, essendo previsto dall'ordinamento il rimedio *ad hoc* dell'impugnazione di delibera (...) con la relativa facoltà di richiedere la sospensione in via cautelare dell'esecuzione della delibera impugnata, sicché (...) il pericolo prospettato non potrebbe dirsi giammai irreparabile" (**Trib. Milano 17 maggio 2019**, in *DeJure*).

Gli strumenti di reazione alle deliberazioni degli organi sociali non esauriscono lo spazio di operatività della tutela cautelare nell'ambito del diritto societario.

I soci sono riconosciuti titolari di situazioni giuridiche pretensive, fra le quali spiccano i diritti di informazione e di controllo. L'art. 2422 c.c. stabilisce infatti che i soci delle società per azioni (e il rappresentante comune degli obbligazionisti per quanto di sua competenza) abbiano diritto di esaminare ed ottenere a proprie spese estratti dei libri indicati all'art. 2421, comma 1, nn. 1 e 3, c.c. (libro dei soci e libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo assembleare); l'art. 2476, comma 2, c.c. attribuisce ai soci che non partecipano all'amministrazione il "diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione". La tutelabilità cautelare di tali diritti è universalmente riconosciuta in giurisprudenza, nelle forme del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* (**Trib. Bologna 18 giugno 2020**, in *www.ilcaso.it*; **Trib. Firenze 28 gennaio 2020**, in *Giur. it.*, 2020, 1418 ss.; **Trib. Milano 10 dicembre 2019**, *Ibidem*; **Trib. Milano 26 luglio 2019**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Milano 2 maggio 2019**, *Ibidem*; **Trib. Roma 1° aprile 2019**, in *Foro it.*, 2019, I, 2259 ss.; **Trib. Milano 9 marzo 2018**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Torino 5 marzo 2019**, in *Foro it.*, 2019, I, 2194 ss.; **Trib. Napoli 18 gennaio 2019**, cit.).

La legittimazione attiva

La legittimazione a proporre ricorso *ex art. 700 c.p.c.* segue la titolarità del diritto cautelato e spetta dunque certamente ai soci e ai rappresentanti comuni degli obbligazionisti nelle società per azioni e ai soci non amministratori nelle società a responsabilità limitata, soggetti espressamente indicati agli artt. 2422 e 2476, comma 2, c.c. Come precisato da una recente giurisprudenza, la legittimazione del socio non amministratore di S.r.l. non può essere esclusa anche qualora questi intenda cautelare il proprio diritto di controllo su documentazione relativa al periodo in cui era amministratore, non potendosi lo stesso gravare dell'onere di conservare copia o memoria della documentazione societaria già trattata o esaminata in tale veste (**Trib. Firenze 28 gennaio 2020**, cit.).

Qualora la quota di partecipazione appartenga in comproprietà a più soci, la legittimazione all'azione cautelare spetta in via concorrente al rappresentante comune della comunione e ai singoli soci (**Trib. Milano 19 gennaio 2017**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

Se invece la quota di partecipazione è stata costituita in pegno, in forza dell'art. 2352, ult. comma, c.c. e dell'art. 2471-bis c.c., la legittimazione spetta tanto al socio quanto al creditore pignoratizio (**Trib. Milano 26 luglio 2019**, cit.).

La possibilità di ricorrere al provvedimento d'urgenza per veder tutelati i propri diritti di controllo è stata inoltre riconosciuta al soggetto che abbia perso la qualità di socio in conseguenza di un aumento di capitale non sottoscritto, disposto da una delibera assembleare impugnata e sospesa, così che "l'art. 2476, 2° comma c.c., nella parte in cui si riferisce al 'socio' quale soggetto titolare del diritto alla consultazione dei libri sociali per finalità di controllo dell'attività di amministrazione, [debba] intendersi come riferito altresì a chi agisca nella legittimazione di socio, avendo impugnato una delibera, che in un modo o in un altro, quella qualità gli abbia sottratto" (**Trib. Napoli 18 gennaio 2019**, cit.).

I requisiti per la concessione del provvedimento cautelare: il *fumus boni iuris*

Una volta posta la legittimazione, l'indagine circa la sussistenza del *fumus boni iuris* riguarda non tanto l'*an* quanto l'*ampiezza* del diritto informativo cautelando.

A tal riguardo, occorre distinguere nettamente la posizione del socio di società per azioni e quella del socio di società a responsabilità limitata.

Ai sensi dell'art. 2422 c.c., il socio di società per azioni ha diritto di consultare esclusivamente il libro dei soci e il libro delle adunanze e deliberazioni dell'organo assembleare.

Tuttavia, è stato precisato che "tale limitazione non appare opponibile all'azionista nei casi in cui il documento attenga a operazioni che incidano così profondamente sulla struttura ed organizzazione dell'impresa tali da esulare dalla competenza gestoria esclusiva dell'organo amministrativo". Quindi, facendo propria un'autorevole dottrina, la giurisprudenza conclude che tutte le decisioni che incidono sui c.d. diritti primordiali dei soci comportando una significativa modificazione del rischio partecipativo o dell'oggetto sociale debbano essere rimesse alla competenza dell'organo assembleare e che deve essere riconosciuto al socio il diritto a ricevere tutte le informazioni necessarie a esprimere sul punto il proprio voto in modo consapevole (**Trib. Roma 1° aprile 2019**, cit.).

Massima ampiezza è riconosciuta invece ai diritti del socio di società a responsabilità illimitata. L'art. 2476, comma 2, c.c., secondo la ricostruzione offerta dalla più recente giurisprudenza (**Trib. Napoli 18 gennaio 2019**, cit.), attribuisce al socio:

a) diritti informativi, aventi ad oggetto lo svolgimento degli affari sociali, nozione questa da considerarsi in senso estensivo come idonea a ricomprendere ogni aspetto dell'attività sociale e quindi tutto ciò che attiene al patrimonio e alla gestione dell'impresa, i fatti fondamentali per la determinazione e la ripartizione degli utili, i rapporti giuridici ed economici interni alla società o della società nei confronti di terzi.

b) diritti di consultazione, aventi ad oggetto i libri sociali, i documenti relativi all'amministrazione e le scritture contabili.

È pacificamente riconosciuto, inoltre, che il diritto all'informazione e alla consultazione "comprend[a] anche l'estrazione di copia della documentazione di interesse, possibilità questa che appare connaturata alla effettività dell'esercizio del diritto di controllo, altrimenti in fatto limitato o, comunque, richiedente modalità di consultazione che, data la complessità della documentazione da esaminare, risulterebbero eccessivamente onerose ovvero non esaustive" (**Trib. Torino 24 maggio 2018**, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; **Trib. Roma 10 luglio 2017**, *ibidem*).

L'unico limite rintracciabile al diritto di controllo del socio di società a responsabilità limitata è riposto esclusivamente nell'esercizio in buona fede di tale facoltà (**Trib. Bologna 18 giugno 2020**, cit.; **Trib. Milano 10 dicembre 2019**, cit.) e nel necessario rispetto delle esigenze di riservatezza della società (**Trib. Torino 5 marzo 2019**, cit.) anche se - è stato precisato - la società, per poter legittimamente rifiutarsi di fornire la documentazione richiesta al socio amministratore di una società concorrente, ha comunque l'onere di dimostrare l'esercizio abusivo del diritto di controllo (**Trib. Bologna 11 dicembre 2012**, in questa *Rivista*, 2013, 897 ss.). È necessario inoltre che la documentazione richiesta sia effettivamente esistente, non potendosi "costringere la società alla redazione di documentazione diversa ed ulteriore rispetto a quella di cui dispongono gli stessi organi sociali, né l'amministratore a relazionare, attestare o certificare alcunché o compiere attività ulteriore rispetto a quella strettamente necessaria per l'accesso ai documenti" (**Trib. Torino 5 marzo 2019**, cit.; **Trib. Milano 9 marzo 2018**, cit.).

(segue) ... e il *periculum in mora*

Al pari del *fumus*, anche il requisito del *periculum in mora* viene dalla giurisprudenza considerato sussistente in *re ipsa* tutte le volte in cui l'esercizio del diritto di controllo da parte del socio trovi ostacolo nella mancata collaborazione dell'organo amministrativo (**Trib. Napoli 18 gennaio 2019**, cit.). In questi casi, infatti, l'interesse ad agire e il *periculum* "sono insiti nella posizione di socio destinatario di obblighi e diritti i cui presupposti di fatto debbono essere costantemente noti al relativo titolare, sotto il profilo sia attivo che passivo" (**Trib. Bologna 18 giugno 2020**, cit.).

Risulta peraltro irrilevante, ad avviso della giurisprudenza, l'interesse finale in vista del quale il socio intende esercitare il proprio diritto ex art. 2476, comma 2, c.c., in quanto "manifestazione di un potere di controllo individuale (...) e, come tale, esercitabile in via potestativa senza che il socio sia onerato di dimostrarne la utilità rispetto alla soddisfazione di un suo specifico interesse alla conoscenza della documentazione cui intende accedere".

Per questi motivi, la società non può subordinare alla conoscenza dei motivi l'ottemperanza alla richiesta di accesso agli atti (**Trib. Firenze 28 gennaio 2020**, cit.).

L'ammissibilità dell'applicazione delle misure coercitive ex art. 614-bis c.p.c.

Siccome il diritto di controllo del socio non comprende quello a procedere ad autonomi atti di ispezione, l'esercizio delle facoltà di cui all'art. 2476, comma 2, c.c. presuppone necessariamente la collaborazione degli organi sociali o dei professionisti preposti alla conservazione delle scritture contabili (**Trib. Milano 10 dicembre 2019**, cit.). Si tratta quindi, se visto da lato passivo del rapporto, di un obbligo di fare infungibile, rispetto al quale si pone il problema se sia possibile corredare il provvedimento cautelare che accoglie il ricorso ex art. 700 c.p.c. delle misure coercitive di cui all'art. 614-bis c.p.c.

La revoca cautelare dell'amministratore di S.r.l.

La risposta della giurisprudenza è assolutamente positiva (**Trib. Milano 2 maggio 2019**, cit.; **Trib. Napoli 18 gennaio 2019**, cit.; **Trib. Milano 9 marzo 2018**, cit.; **Trib. Milano 13 dicembre 2017**, in *DeJure*).

Si osserva infatti che l'istituto dell'*astrenite* costituisce "disciplina relativa ai mezzi di coercizione indiretta in genere, compresi dunque quelli accessori a provvedimenti giudiziari aventi ad oggetto la condanna ad obblighi di fare, e pertanto applicabile anche agli ordini di fare adottati ex art. 700 c.p.c." (**Trib. Milano 2 maggio 2019**, cit.).

Con specifico riguardo all'applicabilità delle misure coercitive nel caso di specie, si è ritenuto che "l'accesso informativo e di consultazione costituisce un precipuo diritto partecipativo che deve trovare la più celere, efficace ed effettiva attuazione" e che quindi "non è irragionevole e, in ciò, neppure, e a *fortiori*, manifestamente iniquo, porre la prestazione coercitiva a carico della società" (**Trib. Napoli 18 gennaio 2019**, cit.).

I diritti di informazione e di controllo della cui tutelabilità in via cautelare è stata ora esaminata sono strumentalmente correlati al potere di controllo sulla gestione che l'amministratore esercita dell'attività sociale. Qualora tale controllo faccia emergere situazioni di *mala gestio*, l'art. 2476, comma 3, c.c. attribuisce al socio di società a responsabilità limitata, oltre al potere di esercitare l'azione di responsabilità, la possibilità di ottenere un provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore.

L'istituto della revoca cautelare, introdotto dal legislatore del 2003 con una disposizione che non brilla per chiarezza e coerenza sistematica, ha dato adito a numerosi dubbi interpretativi, che hanno prodotto nella giurisprudenza di merito orientamenti contrastanti.

La strumentalità della revoca cautelare di amministratore di S.r.l.

La questione interpretativa più complessa che interessa la revoca dell'amministratore di società a responsabilità limitata riguarda l'individuazione del giudizio di merito cui la misura cautelare deve dirsi strumentale.

Sul punto si contrappongono due orientamenti.

Il primo orientamento, portato avanti in particolare dal Tribunale di Roma, costruisce l'azione cautelare in esame come strumentale all'azione sociale di responsabilità che lo stesso art. 2476, comma 3, c.c. attribuisce al socio il potere di proporre. Non sarebbe infatti ipotizzabile un nesso di strumentalità rispetto ad un'azione di merito volta alla revoca dell'amministratore, in quanto azione costitutiva non prevista espressamente dal legislatore, la cui esistenza non può essere ricavata in via interpretativa stante il principio di tipicità sancito dall'art. 2908 c.c. (**Trib. Roma 20 febbraio 2019**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Roma 31 maggio 2018**, in *DeJure*).

Un secondo orientamento, che può dirsi prevalente, nega invece che il provvedimento di revoca sia necessariamente funzionale all'azione sociale di responsabilità, ben potendo "essere strumentale e anticipatori[o] rispetto all'emanazione di una sentenza di revoca degli amministratori" (**Trib. Firenze 1° luglio 2019**, in *DeJure*; **Trib. Milano 2 aprile 2019**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Milano 26 marzo 2018**, in questa *Rivista*, 2018, 1171 ss.; **Trib. Milano 29 giugno 2017**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; **Trib. Trento 27 giugno 2018**, in *DeJure*). Secondo questa giurisprudenza, l'ostacolo dato dal carattere tassativo delle sentenze costitutive non sarebbe insormontabile, visto che dalla previsione dell'azione cautelare sarebbe possibile ricavare la volontà dello stesso legislatore di prevedere un'azione di merito dall'analogo contenuto (**Trib. Trento 27 giugno 2018**, cit.; **Trib. Milano 29 giugno 2017**, cit.). Inoltre, si osserva che il *petitum* dell'azione cautelare di revoca è strutturalmente diverso rispetto a quello dell'azione sociale di responsabilità, rispetto alla quale il diritto al risarcimento del danno deve essere cautelato attraverso lo strumento tipico del sequestro conservativo (**Trib. Milano 29 giugno 2017**, cit.). Peraltro, la non strumentalità della revoca all'azione di responsabilità sarebbe imposta per il fatto che, diversamente opinando, si sottrarrebbe alla misura cautelare della revoca la possibilità di tutelare la società da danni non ancora verificatisi (**Trib. Firenze 1° luglio 2019**, cit.; **Trib. Milano 29 giugno 2017**, cit.).

I presupposti per la concessione della revoca

L'adesione a uno dei due orientamenti sopraindicati determina importanti conseguenze per la ricostruzione dei presupposti necessari alla concessione della revoca.

Qualora infatti il provvedimento venga strumentalmente correlato all'azione sociale di responsabilità, il giudice potrà accordare la misura cautelare soltanto ove ritenga verosimilmente fondata l'azione risarcitoria. Si sostiene infatti che "ai fini della sussistenza del *fumus boni iuris* occorre che i comportamenti imputati all'amministratore di cui si chiede la revoca, costituenti gravi irregolarità nella gestione della società, abbiano comportato per la società un danno attuale e potenzialmente suscettibile di aggravamento con la permanenza in carica

dell'amministratore stesso"; per contro, la revoca non potrà essere disposta pur avendo accertato la sussistenza degli atti di *mala gestio* qualora i danni alla società non si siano ancora verificati. Il requisito del *periculum in mora* sarà invece integrato dal pericolo di un aggravamento del danno già cagionato al patrimonio sociale a seguito dei comportamenti imputati all'amministratore (**Trib. Roma 31 maggio 2018**, cit.).

Di diverso avviso è la giurisprudenza che nega la strumentalità della revoca all'azione di responsabilità. Infatti, come anticipato, la stessa necessità di riconoscere tutela cautelare a fronte di gravi irregolarità nella gestione che non abbiano ancora prodotto un danno effettivo al patrimonio sociale costituisce proprio uno degli argomenti utilizzati per sostenere la strumentalità del provvedimento in esame alla sentenza di revoca dell'amministratore (**Trib. Firenze 1° luglio 2019**, cit.; **Trib. Milano 29 giugno 2017**, cit.). Così, si sostiene che l'accoglimento della domanda di revoca presupponga soltanto la verifica della sussistenza di "gravi irregolarità nella gestione della società (*fumus boni iuris*)" e "del rischio concreto e imminente di un pregiudizio per gli interessi sociali derivante dall'attualità della permanenza di tali condotte (*periculum in mora*)" (**Trib. Milano 2 aprile 2019**, cit.; **Trib. Milano 23 luglio 2018**, cit.; **Trib. Milano 26 marzo 2018**, cit.).

L'irreversibilità della misura cautelare della revoca

Un tema delicato è quello della sostanziale irreversibilità della misura di revoca e della necessità, perciò, di una valutazione particolarmente attenta del *periculum in mora* necessario a concederla (ai limiti della irreparabilità del pregiudizio).

La revoca dell'amministratore sovverte infatti i principi propri della tutela cautelare, giacché essa finisce per atteggiarsi, una volta disposta, come misura che scardina l'assetto organizzativo della società, con effetti oltretutto che non sono suscettibili di essere rimossi neppure nel caso in cui nel successivo processo a cognizione piena emerga l'infondatezza degli addebiti posti a fondamento delle tutele invocate, che siano quelle risarcitorie o che siano anche quelle volte alla conferma del provvedimento.

In tal senso, la misura rappresenta un *unicum* nel quadro della disciplina del procedimento cautelare - la quale è, viceversa, nel nostro ordinamento sempre informata, anche per i provvedimenti anticipatori, sia (a) al principio della strumentalità rispetto alla domanda di merito (per quanto per questi ultimi in forma attenuata, non essendovi più l'onere della introduzione del successivo giudizio di cognizione che è rimesso, nella prospettiva dell'accertamento negativo, ad opera della parte che subisce il provvedimento) il provvedimento cautelare dovendo essere finalizzato solo ad ottenere la conservazione dell'utilità attesa dal processo a cognizione piena, e non potendo consentire al ricorrente di ottenere qualcosa che comunque non è legittimato a conseguire con la sentenza che definirà il giudizio ordinario (il che allora non è se non esiste in realtà l'azione di merito di revoca) sia, in ogni caso, (b) al principio della provvisorietà della misura, che dunque deve poter essere sempre in grado di perdere automaticamente i propri effetti, determinando il ripristino immediato dello *status quo ante*.

In realtà la pronuncia che dovesse rigettare la domanda di merito - tanto di accertamento della responsabilità quanto di revoca (ove ritenuta ammissibile) - non potrebbe in nessun caso far rivivere il rapporto di amministrazione, la cui cessazione è stata determinata dal provvedimento cautelare, atteso che nelle società di capitali il rapporto di amministrazione si costituisce attraverso determinazione (e comunque ad iniziativa) dei soci, sulla quale certo non può incidere il giudice (non essendo possibile ipotizzare un provvedimento giudiziale che tenga luogo di una decisione dei soci).

La conseguenza è il grave sospetto di illegittimità costituzionale della norma e in ogni caso la necessità di un massimo contenimento dell'uso di questa peculiare misura cautelare, per la sua irreversibilità. Sul primo punto, si ricorda che la **Corte costituzionale** è intervenuta con la **sentenza Corte cost. 29 dicembre 2005, n. 481**, ma sulla diversa questione della costituzionalità, per eccesso di delega, dell'abrogazione del rimedio del controllo giudiziario della gestione ex art. 2409 sulle S.r.l., lasciando del tutto impregiudicato il tema della illegittimità costituzionale per manifesta irragionevolezza di una tutela cautelare irreversibile negli effetti, anche in caso di difforme esito del giudizio di merito.

Si segnala che, con una recente pronuncia, il Tribunale di Firenze ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale, rilevando come la previsione di provvedimenti sommarî idonei a produrre effetti irreversibili non sia fenomeno inconsueto, ricorrendo anche nei casi di revoca dell'amministratore ai sensi dell'art. 2409 c.c. o di tutela cautelare del diritto di controllo del socio ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c. (**Trib. Firenze 16 dicembre 2020**, inedita).

Il problema resta aperto.

La natura del provvedimento di revoca

Partimenti dibattuta è la questione relativa alla natura, conservativa o anticipatoria, del provvedimento cautelare di revoca.

Ancora una volta il problema viene risolto in modo diverso a seconda della ricostruzione che la giurisprudenza opera riguardo alla strumentalità della misura cautelare in parola.

Secondo un primo orientamento, infatti, la revoca dell'amministratore, strumentale all'azione di responsabilità, avrebbe natura conservativa, in quanto diretta a scongiurare il solo pericolo di aggravamento del danno prodotto dall'amministratore con le proprie condotte (**Trib. Roma 20 febbraio 2019**, cit.).

Per contro, costruita la misura cautelare come strumentale al giudizio di merito per la revoca dell'amministratore, viene consequenzialmente riconosciuta la natura pienamente anticipatoria del provvedimento e l'idoneità dello stesso a mantenere intatti i propri effetti anche qualora il giudizio di merito non venga introdotto ovvero si estingua (**Trib. Firenze 1° luglio 2019**, cit.; **Trib. Trento 27 giugno 2018**).

L'ammissibilità della revoca ante causam

Indipendentemente dal dibattito in ordine alla funzione e alla natura della revoca di cui all'art. 2476, comma 3, c.c., la giurisprudenza è concorde nel ritenere ammissibile la proposizione del ricorso cautelare *ante causam* (**Trib. Firenze 1° luglio 2019**, cit.; **Trib. Milano 26 marzo 2018**, cit.; **Trib. Roma 31 maggio 2018**, cit.; **Trib. Milano 2 aprile 2019**, cit.; **Trib. Milano 29 giugno 2017**, cit.).

Se tale conclusione appare infatti scontata qualora si ritenga il provvedimento cautelare anticipatorio del giudizio di merito sulla revoca dell'amministratore, anche nell'ambito dell'orientamento contrapposto si osserva che "l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità non costituisce presupposto processuale per l'esercizio dell'azione cautelare di revoca dell'amministratore non essendo richiesto dall'art. 2476, comma 3, c.c. che la domanda cautelare debba essere necessariamente proposta in corso di causa", a differenza di quanto non avvenga con riferimento all'istanza di sospensione delle deliberazioni assembleari, ove l'art. 2378, comma 3, c.c. impone espressamente che il ricorso cautelare venga depositato in uno con l'atto introduttivo del giudizio di merito (**Trib. Roma 31 maggio 2018**, cit.).

Il litisconsorzio necessario della società

Secondo l'orientamento che attribuisce al provvedimento cautelare funzione strumentale all'esercizio dell'azione di responsabilità, il socio che intenda agire per la revoca dell'amministratore deve evocare in giudizio anche la società. Infatti, l'azione di danni prevista dal terzo comma dell'art. 2476 c.c. può essere esercitata dal socio in forza di una legittimazione straordinaria che gli consente di far valere in giudizio in nome proprio un diritto di titolarità dell'ente.

Pertanto, agendo il socio come sostituto processuale, "la società - quale soggetto titolare del diritto in favore del quale si esercita l'azione - deve necessariamente partecipare (ex art. 102 c. p.c.) sia al processo relativo all'azione sociale, sia ad eventuali procedimenti cautelari" (**Trib. Roma 31 maggio 2018**, cit.; **Trib. Roma 20 febbraio 2019**, cit.).

Ad analoghe conclusioni giunge la giurisprudenza che sostiene la natura anticipatoria della revoca, seppur con minor linearità argomentativa. Pur rinunciando alla necessaria correlazione tra azione di risarcimento e provvedimento cautelare, si osserva che, per ragioni di coerenza logica, il principio secondo cui la società a responsabilità limitata è litisconsorte necessaria nei giudizi di responsabilità degli amministratori è da applicarsi anche ai giudizi cautelari di revoca degli amministratori medesimi (**Trib. Milano 27 dicembre 2018**, in *www.giurisprudenzadellemprese.it*; **Trib. Milano 18 dicembre 2018**, *Ibidem*).

Osservatorio di giurisprudenza di legittimità

a cura di Vincenzo Carbone
con la collaborazione di Romilda Giuffrè

SOCIETÀ DI CAPITALI

AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ

Cassazione Civile, Sez. I, 16 dicembre 2020, n. 28718 - Pres. De Chiara - Rel. Campese - IMS S.p.a. c. B.

Società - Società di capitali - Società per azioni - Amministratore - Doveri - Lealtà - Violazione - Responsabilità

(Cod. civ. art. 2392)

In tema di azione di responsabilità verso gli amministratori sociali, sulla parte attrice incombe la prova dell'illiceità dei comportamenti degli amministratori medesimi. Allorquando tali comportamenti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal dovere di lealtà, coincidente col precepto di non agire in conflitto di interessi con la società amministrata, o dal dovere di diligenza, consistente nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali a lui affidati, l'illecito è integrato dal compimento dell'atto in violazione di uno dei menzionati doveri. In tal caso l'onere della prova dell'attore/attrice non si esaurisce nella dimostrazione dell'atto compiuto dall'amministratore ma investe quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione del dovere di lealtà o di diligenza (massima non ufficiale).

Una società promuove azione di responsabilità nei confronti del proprio amministratore, imputandogli svariati inadempimenti; tra l'altro, di aver favorito una società riconducibile al fratello, operante nello stesso settore di quello in cui operava la società da lui amministrata. Il Tribunale di Milano accoglie parzialmente la domanda della società. La Corte d'Appello, in parziale riforma, riduce sensibilmente l'ammontare del danno, escludendo che le operazioni intrattenute con la società riconducibile al fratello dell'amministratore costituiscano inadempimenti, rientrando esse nei di lui normali poteri gestori. La Suprema Corte, adita dalla società soccombente, cassa in parte qua, rinviando la causa ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano.

In termini, Cass. n. 2975/2020.

AMMINISTRATORE E GIUSTA CAUSA DI REVOCA

Cassazione Civile, Sez. I, 16 dicembre 2020, n. 28719 - Pres. De Chiara - Rel. Campese - R. c. Ente Autonomo Volturmo S.r.l.

Società - Società di capitali - Amministratori - Revoca - Giusta causa

(Cod. civ. art. 2383)

La giusta causa di revoca dell'amministratore di società non è integrata dalla mera ricorrenza di esigenze di auto-organizzazione della struttura societaria, ove la stessa non sia stata motivata sulla base di circostanze o fatti idonei ad influire negativamente sulla prosecuzione del rapporto e tali da elidere l'affidamento inizialmente riposto sulle attitudini e capacità dell'amministratore (massima non ufficiale).

Il Tribunale di Napoli rigetta la domanda di risarcimento danni promossa dall'ex amministratore nei confronti di una società per essere stato revocato dalla carica in assenza di giusta causa. La decisione viene confermata dalla Corte d'Appello, sul rilievo, tra l'altro, che la società avesse ampiamente motivato le ragioni della revoca, giustificate da un generale riassetto organizzativo oltre che da esigenze di risparmio, entrambi imposti da una sopravvenuta legge regionale. La Suprema Corte conferma la *decisum*, enunciando il suesteso principio di diritto.

Cfr. Cass. nn. 4954/2020, 18182/2019.

APPORTI DEI SOCI

Cassazione Civile, Sez. I, 22 dicembre 2020, n. 29325 - Pres. De Chiara - Rel. Nazzicone - C.I.G.A. Hotel S.r.l. c. C. ed altri

Società - Società di capitali - Bilancio - Apporti dei soci - Qualificazione - Volontà delle parti - Insindacabilità da parte degli amministratori

(Cod. civ. artt. 2423-bis)

Non è arbitro l'organo amministrativo di appostare in bilancio le dazioni di danaro dei soci in favore della società, né di mutare la voce relativa, successivamente alla iscrizione originaria, dovendo essa rigorosamente rispecchiare la effettiva natura e causa concreta delle medesime, il cui accertamento, nella interpretazione della volontà delle parti, è rimesso all'apprezzamento riservato al giudice del merito (massima non ufficiale).

Il Tribunale di Ascoli Piceno, in accoglimento della domanda proposta da alcuni soci, dichiara la nullità di una delibera con la quale l'assemblea aveva approvato il bilancio di esercizio e, contestualmente, disposto l'azzeramento del capitale sociale, il suo aumento e la successiva nuova riduzione fino al minimo di legge per ripianamento delle perdite residue. La Corte d'Appello di Ancona respinge l'impugnazione della società. La Suprema Corte, dopo un lungo *excursus* sulla diversità delle varie figure di apporti economici dei soci e ricordato che, al riguardo, è prevalente e dirimente la volontà delle parti, così come cristallizzata al momento dell'apporto, sicché non è consentito all'amministratore mutarne la natura, rigetta il ricorso.

Giurisprudenza pacifica.

FALLIMENTO

Cassazione Civile, Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1519 - Pres. Genovese - Rel. Dolmetta - Società F.C. Neapolis A.s.d. in liquidazione c. Agenzia delle Entrate ed altri

Società - Società a responsabilità limitata - Trasformazione

(Cod. civ. artt. 2498 ss.)

L'istituto della trasformazione, di cui agli artt. 2498 ss. c.c., ricomprendendo in sé una congerie di figure diverse ed anche molti dissimili tra loro, non si presta ad una ricostruzione unitaria delle tematiche che le singole figure vengono a proporre (massima non ufficiale).

Società - Società a responsabilità limitata - Trasformazione - Responsabilità - Creditori anteriori

(Cod. civ. artt. 2498 ss.; l.fall. art. 10)

I creditori di titolo anteriore alla cancellazione dell'ente originario si avvantaggiano del regime di responsabilità proprio della relativa struttura. A tale regime rimane ancorata, di conseguenza, la fallibilità dell'ente originario, che l'intervenuta trasformazione non è idonea a impedire (massima non ufficiale).

Società - Società a responsabilità limitata - Trasformazione - Soggettività

(Cod. civ. artt. 2498 ss.; l.fall. art. 10)

In caso di trasformazione, la norma dell'art. 10 trova comunque applicazione nei confronti dell'ente originario. La soggettività fallimentare di questo ente non è diversa da quella che viene riconosciuta ad una qualunque società cancellata dal registro e dichiarata fallita nel corso dell'anno successivo (massima non ufficiale).

Società - Società a responsabilità limitata - Trasformazione - Opposizione dei creditori

(Cod. civ. artt. 2498 ss.; l.fall. art. 10)

Lo strumento di tutela dei creditori dato dall'opposizione, che è previsto dalla legge in relazione alle operazioni di trasformazioni, non può in alcun modo considerarsi sostitutivo di quello rappresentato dal fallimento, posto che, per la categoria dei creditori anteriori alla trasformazione, appronta una tutela di intensità sensibilmente inferiore (massima non ufficiale).

Il Tribunale di Napoli dichiara il fallimento di una S.r.l. in liquidazione, cancellatasi dal registro delle imprese entro l'anno. Avverso tale pronuncia propone reclamo l'associazione sportiva dilettantistica scaturita dalla trasformazione della S.r.l.; a suo avviso la declaratoria di fallimento avrebbe dovuto colpire l'ente trasformato. La Corte d'Appello di Napoli rigetta il reclamo con statuizione confermata dai giudici di legittimità sulla scorta degli enunciati principi di diritto.

Sulla seconda massima, Cass. n. 4737/2020; sulla terza, Cass. n. 23174/2020; sulla quarta, Cass. n. 31654/2019.

Osservatorio di giurisprudenza di merito

a cura di Alessandra Stabilini

SOCIETÀ PER AZIONI

PATTI PARASOCIALI, AZIONISTA DI MAGGIORANZA
E AMMINISTRATORE DI FATTO

Tribunale di Napoli, Sez. Impr., 8 ottobre 2020 - Pres. D. Raffone - Rel. A. Del Bene - Giudice C. Di Martino - S. S.p.a. c. U.L. e T. S.p.a. e M.F.

Società di capitali - Patti parasociali - Efficacia - Azionista di maggioranza

(Cod. civ. art. 2341-bis)

Il patto parasociale stipulato dal socio di maggioranza di una società vincola il socio stesso ma non la società di cui fa parte, non essendo configurabile, se non si dimostra che egli ha agito come amministratore di fatto ovvero sulla base di idonei poteri di rappresentanza. Diversamente opinando, l'azionista di maggioranza potrebbe sempre impegnare la società scavalcando l'organo gestorio deputato a rappresentarla e senza avere nemmeno un mandato assembleare.

Società di capitali - Amministratore di fatto - Qualifica - Esclusione

(Cod. civ. art. 2380-bis)

Al fine di giungere a qualificare un soggetto quale amministratore di fatto, le attività gestorie (svolte concretamente) devono presentare carattere sistematico e non si devono esaurire soltanto nel compimento di singoli atti di natura eterogenea ed occasionale; sempre che detto esercizio non sia giustificabile in base ad un rapporto lavorativo subordinato e/o autonomo con la società, per cui l'interessato verta in una posizione di subordinazione o soggiaccia a poteri di direttiva dell'amministratore di diritto.

Con atto di citazione, la società S. chiamava in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma la U.L. e T. S.p.a. ed il sig. M.F. per chiedere la dichiarazione della risoluzione per inadempimento del patto parasociale della S. S.p.a., stipulato il 14 novembre 2014, con conseguente applicazione della pattuita penale.

In tale contesto, parte attrice esponeva che la S. S.p.a. e la U.L. e T. S.p.a. erano socie della S. S.p.a., rispetto alla quale avevano stipulato un patto parasociale che prevedeva un'intensa coesione tra le predette società in ordine all'esercizio dei propri diritti sociali in S. S.p.a. In particolare, il patto parasociale veniva stipulato dal sig. L.D.R. (azionista di maggioranza della S. S.p.a.) e dal sig. F.M. (azionista di maggioranza della U.L. e T. S.p.a.), che rivestivano peraltro rispettivamente la qualità di

presidente e vicepresidente del Consiglio di Amministrazione della S. S.p.a.

Si costituiva in giudizio il sig. F.M., il quale, *inter alia*, specificava di non rivestire il ruolo di amministratore né tantomeno di legale rappresentante della U.L. e T. S.p.a., essendone soltanto socio, non avendo, quindi, alcun potere di spendere il nome del predetto ente sociale al fine di stipulare l'accordo parasociale, non essendogli stata conferita procura in tal senso. Si costituiva in giudizio anche la U.L. e T. S.p.a., la quale, contestando preliminarmente la sottoscrizione del patto parasociale, rilevava come non la stessa non potesse essere vincolata dal predetto patto in considerazione della sottoscrizione del socio M.F., il quale non era stato incaricato di rappresentare la società medesima.

In tale contesto, il Tribunale ha evidenziato come il vincolo che discende da tali patti operi su di un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale il che comporta che non sia legittimamente predicabile, al riguardo, né la circostanza che al socio stipulante sia impedito di determinarsi autonomamente all'esercizio del voto in assemblea, né quella che il patto stesso ponga in discussione il corretto funzionamento dell'organo assembleare, poiché al socio non è in alcun modo impedito di optare per il non rispetto del patto di sindacato ogni qualvolta l'interesse ad un certo esito della votazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell'inadempimento del patto.

Il giudice delle prime cure ha altresì affermato il principio per il quale non sussiste alcuna preclusione a che la convenzione parasociale venga sottoscritta oltre che dai soci anche da terzi sempreché l'oggetto del patto sia l'assunzione di obbligazioni in relazione all'esercizio dei diritti sociali all'interno della società.

Con riferimento al disconoscimento della firma del patto parasociale da parte del rappresentante legale della U.L. e T. S.p.a., il Tribunale ha dato atto della falsità della sottoscrizione del patto.

In tale contesto, il Tribunale ha evidenziato come il medesimo patto non potesse essere ricondotto alla U.L. e T. S.p.a., in quanto M.F., sebbene fosse l'azionista di maggioranza della predetta società e avesse preso parte alle negoziazioni per addvenire alla sottoscrizione del patto parasociale, comunque non aveva alcun potere di spendita del nome della società di cui era azionista di maggioranza. Laddove venisse affermato il contrario, secondo il Tribunale, qualsiasi azionista di maggioranza potrebbe vincolare la società all'assunzione di obbligazioni, scavalcando l'organo gestorio deputato a rappresentarla e senza avere nemmeno un mandato assembleare.

Infine, il Tribunale ha evidenziato come non risultasse in alcun modo provato il ruolo di amministratore di fatto del M.F., non essendo stato fornito alcun elemento di prova dell'assunzione del ruolo gestorio in modo sistematico e continuativo, non potendosi condividere l'assunto di parte attrice secondo cui la prova della gestione di fatto poteva essere fornita anche

mediante singoli atti, ove rilevanti. Alla luce di quanto precede, il Tribunale ha accolto la domanda di parte attrice nei confronti del M.F. e, per l'effetto, ha dichiarato la risoluzione del patto parasociale stipulato in data 14 novembre 2014, rigettando, invece, la domanda di parte attrice nei confronti di U.L. e T. S.p.a.

Con riferimento alla prima massima, non si rinvergono precedenti specifici sul punto; con riferimento, invece, alla seconda massima si vedano: Cass. 12 marzo 2008, n. 6719 e Cass. 14 settembre 1999, n. 9795, in www.onelegale.wolterskluwer.it.

SOCIETÀ DI CAPITALI

HOLDING SOCIETÀ DI FATTO

Tribunale di Vicenza, Sez. fall., 6 ottobre 2020 - Pres. P. Cazzola - Giudice Rel. S. Saltarelli - Giudice G. Conti

Società di capitali - Holding di fatto - Requisiti - Irrilevanza della spendita del nome

(Cod. civ. art. 2497)

I requisiti al fine di considerare sussistente una holding sono riconducibili essenzialmente alla eterodirezione e all'esautoramento degli enti governati *ab externo*, non occorrendo la spendita del nome, irrilevante nel caso di holding di fatto, che il nome può anche non spendere mai.

Società di capitali - Holding di fatto - Eterodirezione abusiva - Affectio familiaris

(Cod. civ. art. 2497)

Non può essere invocata l'*affectio familiaris* al fine di giustificare l'estrema vicinanza operativa tra due soggetti qualora il rapporto di affari sovrasti, per intensità ed estensione, ogni possibile alibi familiare e sia diretto ad una cogestione di enti da parte dei medesimi soggetti con il comune interesse di realizzare un profitto personale a scapito delle società eterodirette.

Il Tribunale di Vicenza afferma l'esistenza di una holding familiare di fatto tra due soggetti per la gestione di alcune società. In considerazione di un quadro in cui tali soggetti sono gli unici a comparire nelle diverse compagini sociali e, altresì, gli unici amministratori delle società, il collegio ritiene inconfutabile la direzione unitaria sotto forma di eterodirezione delle società. Ogni società, infatti - argomenta il collegio - benché intestata per intero ad uno dei due soggetti, agisce sulla base di decisioni prese da una sorta di consiglio di amministrazione esterno che è composto dagli stessi soci, operanti come holding familiare di fatto. Non giova, peraltro, aggiunge il Tribunale, invocare l'*affectio familiaris*, al fine di giustificare l'estrema vicinanza operativa tra gli odierni coniugi, poiché il rapporto di affari tra di loro non solo è ben anteriore al matrimonio (e quindi sorto in assenza di *affectio familiaris*) ma sovrasta, altresì, per intensità ed estensione ogni possibile alibi familiare, essendo emersa nella specie una cogestione di enti da parte di due soggetti con il comune interesse di realizzare un profitto personale a scapito delle società eterodirette. È evidente, in questo caso, l'aver piegato ai propri fini personali gli interessi sociali e quelli dei creditori. Tutte le società eterodirette operavano nei medesimi locali e i

resistenti avevano creato una rete gestionale caratterizzata dalla commistione dei loro patrimoni con quelli delle società nel proprio interesse.

Della holding sussistono tutti i requisiti, riconducibili essenzialmente alla eterodirezione da parte dei resistenti e all'esautoramento degli enti governati *ab externo*, non occorrendo la spendita del nome, irrilevante nel caso di holding di fatto, che il nome può anche non spendere mai; è integrata, altresì, l'organizzazione imprenditoriale dalla stessa struttura d'impresa propria delle società eterodirette e viene ravvisata, comunque, l'utilità della holding sdf nella distrazione a proprio favore di profitti aziendali delle società. È risultata, infine, integrata - secondo il Tribunale - la fattispecie di cui all'art. 2497, comma 4, c.c., per la diminuzione del patrimonio realizzatasi a causa delle malversazioni della holding in danno delle società governate. Poiché la holding familiare sdf non risulta possedere sostanze tali da poter far fronte al debito, il Tribunale dichiarava il fallimento della sdf e dei soci illimitatamente responsabili.

Con riferimento alla prima massima, si veda Cass. 20 maggio 2016, n. 10507, in www.ilcaso.it; con riferimento alla seconda non si rinvergono precedenti (nei medesimi termini) sul punto.

SOCIETÀ SEMPLICE

NULLITÀ DELLA CLAUSOLA DI CONSOLIDAZIONE DI UNA SOCIETÀ SEMPLICE

Tribunale di Torino 1° luglio 2020 - Giudice E. Di Capua - L.A. c. L.P. s.s.

Società di persone - Società semplice - Statuto - Consolidazione

(Cod. civ. art. 2284)

Le clausole di consolidazione delle quote societarie sono pattuizioni in forza delle quali la morte di un socio provoca senz'altro la cessazione del rapporto sociale a lui relativo e l'accrescimento proporzionale della partecipazione degli altri soci, con esclusione sin dal principio di ogni eventualità di subentro in società degli eredi del defunto. Sono inoltre valide le c.d. clausole di consolidazione "impure", sottocategoria delle clausole di consolidazione, che non solo comportano che la quota del socio defunto accresca direttamente quelle dei soci superstiti, ma altresì impongono a questi ultimi l'obbligo di versare agli eredi un importo corrispondente al valore detenuto dalla quota consolidata.

Società di persone - Società semplice - Statuto - Consolidazione - Liquidazione quota

(Cod. civ. artt. 458, 1419, 2284 e 2289)

In materia di società è ammesso il patto di consolidazione delle azioni o delle quote fra i soci, nel caso di morte di uno di essi. Tale consolidazione dà luogo alla liquidazione della porzione spettante al defunto e alla devoluzione di tale porzione secondo le regole della successione ereditaria; il patto non costituisce, quindi, limitazione alla libertà testamentaria. Viceversa, il patto con il quale si dispone che alla morte di uno dei soci le azioni o quote si trasferiscano agli altri, senza che sia prevista

l'attribuzione di alcunché ai successori per legge o per testamento, è un patto che esclude del tutto la libertà testamentaria ed è quindi nullo a sensi dell'art 458 c.c., con conseguente applicazione della disciplina legale prevista dall'art. 2289 c.c. in tema di liquidazione della quota del socio deceduto.

Con atto di citazione, L.A. conveniva in giudizio la società L.P. s.s. chiedendo l'accertamento della nullità parziale ex art. 1419 c.c. di una clausola statutaria della predetta società, la quale prevedeva, in caso di morte di uno dei soci, il consolidamento della quota nei soci superstiti, che devono pagare agli eredi, nei modi e nei termini di legge, una somma di denaro pari al valore nominale della quota stessa.

L'attore prospettava diversi profili di nullità: in *primis*, la violazione del divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c., in quanto la clausola disponeva di diritti legati ad una successione ancora non aperta; in secondo luogo, il contrasto tra la suddetta clausola di consolidazione con le norme imperative di cui agli artt. 2284 e 2289 c.c., il cui combinato disposto impone alla società di liquidare agli eredi la quota del socio deceduto in base alla situazione patrimoniale corrente alla data in cui si verifica lo scioglimento e non, invece, in base al suo valore nominale, come previsto dalla pattuizione statutaria in contestazione.

La convenuta L.P. s.s. contestava le allegazioni e le domande di controparte, evidenziando che la pattuizione in disamina era da ricondurre alla categoria delle clausole di consolidazione c.d. "impure", che non costituiscono una convenzione *mortis causa* - in violazione del divieto dei patti successori - bensì un modo di liquidazione di un "asset societario" volto a evitare lo scioglimento della società. Quanto alla lamentata nullità per violazione del combinato disposto degli artt. 2284 e 2289 c.c., L.P. s.s. ne evidenziava l'inderogabilità, muovendo dalla natura dispositiva dell'art. 2289 c.c.: tale previsione, infatti, letta unitamente al principio costituzionalmente garantito di autonomia privata e contrattuale, conduce ad affermare la validità del criterio di quantificazione dettato nella clausola statutaria in oggetto, atteso che il corrispettivo della quota potrebbe essere liberamente determinato dai soci in assenza di una inderogabile disposizione normativa volta a limitare l'autonomia statutaria.

Il Tribunale confermava l'inclusione della disposizione di cui alla previsione statutaria tra le c.d. clausole di consolidazione delle quote societarie, vale a dire quelle in forza delle quali la morte di un socio provoca senz'altro la cessazione del rapporto sociale a lui relativo e l'accrescimento proporzionale della partecipazione degli altri soci, con esclusione sin da principio di ogni eventualità di subentro in società degli eredi del defunto.

Premesso quanto sopra, il Tribunale riconosceva che la formulazione testuale della clausola statutaria in contestazione fosse apparentemente idonea a ricondurre la suddetta disposizione all'interno della sottocategoria delle c.d. clausole di consolidazione "impure", che non comportano solo che la quota del socio defunto accresca direttamente quelle dei soci superstiti, ma impone altresì a questi ultimi l'obbligo di versare agli eredi un importo corrispondente al valore detenuto dalla quota consolidata. Evidenziato quanto sopra in ordine alla qualificazione giuridica della disposizione statutaria oggetto della domanda di nullità, il Tribunale affermava la validità delle clausole di consolidazione c.d. "impure" e l'ammissibilità, in materia di società, del patto di consolidazione delle azioni o delle quote fra i soci, nel caso di morte di uno di

essi: tale consolidazione dà luogo alla liquidazione della porzione spettante al defunto e alla devoluzione di tale porzione secondo le regole della successione ereditaria; pertanto, il patto non costituisce una limitazione alla libertà testamentaria. Viceversa, il Giudice riconosceva che il patto con il quale si dispone che alla morte di uno dei soci le azioni o quote si trasferiscano agli altri, senza che sia prevista l'attribuzione di alcunché ai successori per legge o per testamento, è nullo a sensi dell'art 458 c.c., in quanto esclude del tutto la libertà testamentaria e integra un patto successorio istitutivo.

Alla luce delle ragioni illustrate, il Tribunale, accogliendo la domanda dell'attore, dichiarava e accertava la nullità parziale ex art. 1419 c.c. con effetti *ex tunc* della clausola di consolidazione contenuta nella previsione statutaria di L.P. s.s., nella parte in cui prevede che i soci superstiti debbano pagare agli eredi, nei modi e nei termini di legge, una somma di denaro pari al valore nominale della quota stessa, per contrarietà al divieto di patti successori istitutivi previsto dalla norma imperativa costituita dall'art. 458 c.c., con conseguente applicazione della disciplina legale prevista dall'art. 2289 c.c. in tema di liquidazione della quota del socio deceduto.

Con riferimento alla prima massima, si veda Cass. 12 febbraio 2010, n. 3345. In relazione alla seconda massima, si vedano: Cass. 16 aprile 1975, n. 1434; Trib. Biella 27 novembre 2008, in www.ilcaso.it, e App. Bologna 23 ottobre 1996, in *DeJure*.

SOCIETÀ CONSORTILE PER AZIONI

IPOTESI DI NULLITÀ DELLE DELIBERE DI APPROVAZIONE DEL BILANCIO E DI INEFFICACIA DELLE DELIBERE DI TRASFORMAZIONE DELLA SOCIETÀ CONSORTILE

Tribunale di Napoli, Sez. Impr., 8 settembre 2020 - Pres. D. Raffone - Rel. A. Del Bene - Giudice F. Colucci - Banca S.p.a. c. C.D.S. S.p.a. società consortile per azioni e Fall. C.D.S. S.p.a. società consortile per azioni

Società di capitali - Società consortile - Bilancio - Delibera di approvazione - Nullità

(Cod. civ. art. 2379)

Sono nulle le deliberazioni di approvazione del bilancio caratterizzate dalla violazione di precetti inderogabili, quali sono le norme che disciplinano la redazione del bilancio.

Società di capitali - Società consortile - Bilancio - Delibera di approvazione - Nullità - Principio di chiarezza - Principio di precisione - Violazione

(Cod. civ. art. 2379)

La violazione del principio di chiarezza e precisione del bilancio deve riguardare fatti che si rivelino idonei ad ingenerare, per tutti gli interessati, incertezze ovvero erronee convinzioni circa la sostanziale situazione economico-patrimoniale, in modo da tradursi in un effettivo pregiudizio per l'interesse generale alla verità del bilancio sociale, essendo posta la verità e la chiarezza di questo a tutela non soltanto dei singoli soci, bensì di tutti i terzi e dei creditori in particolare.

Società di capitali - Società consortile - Trasformazione - Inefficacia - Responsabilità dei consorziati - Creditori

(Cod. civ. art. 2500-novies)

La trasformazione da società consortile a società a responsabilità limitata con scopo di lucro è inefficace se compromette le ragioni dei creditori che hanno visto diminuita, a causa di detta trasformazione e del conseguente venir meno della responsabilità dei consorziati, l'aspettativa di realizzazione dei propri crediti e delle loro ragioni nei confronti dei patrimoni dei singoli soci consorziati.

Con atto di citazione ritualmente notificato, la banca attrice, in qualità di creditrice, conveniva in giudizio C.D.S. S.p.a. società consortile (poi dichiarata fallita) per chiedere la declaratoria di nullità della delibera di approvazione del bilancio sociale al 31 dicembre 2016 nonché l'inefficacia della delibera di trasformazione della società in S.r.l. a finalità lucrativa, oltre alla condanna generica al risarcimento dei danni.

L'attrice eccepiva in primo luogo la nullità ex art. 2379 c.c. della delibera di approvazione del bilancio 2016 per illiceità dell'oggetto, in quanto lo stesso risultava redatto in contrasto con le norme imperative di cui agli artt. 2423 e 2423-bis c.c. e con i principi contabili applicabili, e per il fatto che non rappresentava in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio, né risultava redatto con chiarezza, individuando specifiche poste dalle quali si evinceva la suddetta nullità (e in particolare la mancata rilevazione dei ricavi a copertura dei costi di gestione per euro 46.627.143, pari alla perdita di esercizio registrata in bilancio, imputata al mancato riaddebito dei costi di gestione tra i soci, in violazione dello statuto e del regolamento della società e in spregio alla natura di società consortile di quest'ultima).

In secondo luogo la banca contestava l'inefficacia della delibera di trasformazione ex art. 2500-novies c.c. e conseguente caducazione automatica della delibera di adozione del nuovo statuto, affermando che tale trasformazione determinava un'abdicazione della finalità mutualistica e la conseguente rimozione dallo statuto della clausola di contribuzione a carico dei soci, determinando un pregiudizio irreversibile alle ragioni creditorie di parte attrice.

Infine asseriva che sarebbero derivati gravissimi danni a suo carico dalle condotte tenute dalla convenuta e chiedeva, anche ex art. 278 c.p.c., una pronuncia di condanna generica.

Si costituiva in giudizio, dopo la riassunzione del processo a seguito di declaratoria di fallimento della convenuta, la curatela fallimentare di C.D.S. S.p.a., la quale preliminarmente

eccepiva, con riguardo alla domanda di condanna generica, la sua improcedibilità e l'incompetenza del giudice adito. Nel merito, invece, la curatela faceva proprio tutto quanto dedotto da parte attrice in ordine alla nullità della delibera di approvazione del bilancio 2016, ritenendo che la perdita dovesse essere ribaltata sui soci, in conformità con il loro obbligo di coprire i costi di gestione, consentendo di raggiungere il pareggio di bilancio nell'esercizio e ciò in coerenza con la natura di società consortile di C.D.S.; aderiva altresì alla richiesta di accertamento dell'inefficacia della trasformazione della società in S.r.l. con scopo lucrativo.

Non si costituiva invece in giudizio C.D.S., rimanendo contumace.

Il Tribunale, con riguardo alla domanda di nullità della delibera di approvazione del bilancio al 31 dicembre 2016, ha affermato anzitutto che sono da considerare nulle le deliberazioni di approvazione del bilancio caratterizzate dalla violazione di precetti inderogabili, quali sono le norme che disciplinano la redazione del bilancio, precisando che la violazione del principio di chiarezza e precisione del bilancio devono riguardare fatti che si rivelino idonei ad ingenerare, per tutti gli interessati, incertezze ovvero erronee convinzioni circa la sostanziale situazione economico-patrimoniale, in modo da tradursi in un effettivo pregiudizio per l'interesse generale alla verità del bilancio sociale, essendo posta la verità e la chiarezza di questo a tutela non soltanto dei singoli soci, bensì di tutti i terzi e dei creditori in particolare. Ciò posto ha ritenuto che nel caso di specie - alla luce delle varie censure mosse dall'attrice, e condivise dalla curatela - il bilancio sociale non fosse stato redatto nel rispetto dei principi di chiarezza e verità, con conseguente declaratorio di nullità della delibera di approvazione dello stesso.

Quanto invece alla domanda di inefficacia della delibera di trasformazione ex art. 2500-novies c.c., l'organo giudicante ha ritenuto che la stessa dovesse essere accolta per il semplice motivo derivante dalla grave e antiggiuridica compromissione delle ragioni dei creditori che hanno visto diminuita, con detta trasformazione ed il conseguente venir meno della responsabilità dei consorziati, l'aspettativa di realizzazione dei propri crediti e delle loro ragioni nei confronti dei patrimoni dei singoli soci consorziati.

Il Tribunale ha invece rigettato la domanda di condanna generica ex art. 278 c.c. al risarcimento dei danni.

In senso conforme alla prima massima si veda Cass. 2 maggio 2007, n. 10139.

In senso conforme alla seconda massima si vedano Cass. 15 febbraio 2008, n. 11554 e Cass. 22 gennaio 2003, n. 928.

Non si rinvencono specifici precedenti conformi alla terza massima.

Osservatorio Consob

a cura di Angelo Busani e Giampaolo Grasso

SANZIONI AMMINISTRATIVE

SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER VIOLAZIONE DELL'ART. 114, D.LGS. N. 58/1998 E DELLE RELATIVE NORME ATTUATIVE

Delibera 1° agosto 2019, n. 21026 @ In Bollettino Consob 9.1/19

Obblighi di pubblicità - Società quotate - Sanzioni amministrative

(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 21, comma 1, lett. a, 190 e 195)

Applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di Alfa per violazioni dell'art. 114, D.Lgs. n. 58/1998, nonché delle relative norme attuative.

Con delibera n. 21026 del 1° agosto 2019, la Consob ha applicato una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti di Alfa (i) per il mancato adempimento dell'obbligo informativo previsto al combinato disposto degli artt. 114, comma 5, D.Lgs. n. 58/1998 ("T.U.F.") e dell'art. 5 (commi 1, 3 e 5) del Regolamento adottato con delibera CONSOB n. 17221 del 12 marzo 2010 e successive modificazioni, recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate di maggiore rilevanza (di seguito, anche solo "Regolamento OPC") e (ii) per il tardivo adempimento degli obblighi informativi in materia di comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate ai sensi dell'art. 17, Reg. UE n. 596/2014 ("Regolamento MAR") e dell'art. 114, comma 1, T.U.F.

In particolare:

a) in data 18 aprile 2017, Alfa ha sottoscritto con la società BETA, un accordo denominato *Cooperation Agreement*, con il quale è stato concesso a BETA di introdurre le merci e i marchi di Alfa in punti vendita situati in Svizzera, Austria, Slovenia e Ungheria, a fronte del pagamento di *royalty* e altri corrispettivi, senza altresì adempiere all'obbligo informativo previsto al combinato disposto degli artt. 114, comma 5, T.U.F. e dell'art. 5 (commi 1, 3 e 5) del Regolamento OPC, con riguardo alla mancata pubblicazione del documento informativo relativo al *Cooperation Agreement*;

b) in data 13 aprile 2018, con successivo Accordo di *Consignment* Alfa e Beta hanno modificato i propri rapporti commerciali, passando al modello del "*consignment stock*", in base al quale la merce veniva consegnata a Beta in conto vendita;

c) in data 28 maggio 2018, Alfa ha concordato con Beta di modificare ancora una volta i termini di pagamento previsti dall'Accordo di *Consignment*, sottoscrivendo un nuovo accordo modificativo, a fronte dell'insorgere di difficoltà finanziarie per Beta.

Ad esito dell'attività di vigilanza, l'Autorità ha ritenuto accertata la violazione da parte di Alfa (i) del combinato disposto di cui agli artt. 114, comma 5, T.U.F. e 5 del Regolamento OPC, con riguardo alla mancata pubblicazione del documento informativo relativo al *Cooperation Agreement*; (ii) dell'art. 114,

comma 1, T.U.F. e dell'art. 17 del Regolamento MAR, con riferimento al tardivo adempimento degli obblighi informativi in materia di comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate, con riferimento all'Accordo di *Consignment*.

Nella quantificazione della sanzione, la Consob ha tenuto conto delle seguenti circostanze: (i) quanto alla gravità, le violazioni non sono state connotate da scarsa offensività o pericolosità, afferendo ad obblighi informativi strumentali alla corretta e puntuale informazione degli investitori, del mercato e della stessa Consob; (ii) quanto alla durata, la violazione in materia di parti correlate si è concretizzata in un'omissione, mentre, con riferimento alla tardiva comunicazione al pubblico della modifica dell'Accordo di *Consignment*, le relative informazioni in forma completa sono state pubblicate con comunicato stampa in data 28 maggio 2018; (iii) le violazioni sono risultate ascrivibili ad Alfa quantomeno a titolo di colpa; (iv) quanto alla capacità finanziaria di Alfa, il patrimonio netto al 31 gennaio 2019 (ultimo bilancio disponibile) risultava pari ad euro 852.798.106 e l'utile di esercizio risulta pari ad euro 39.330.881; (v) dagli atti non sono emersi elementi tali da far compiutamente determinare i vantaggi ottenuti o le perdite evitate da Alfa attraverso le violazioni, né l'ammontare dei pregiudizi effettivamente cagionati a terzi attraverso le violazioni; (vi) relativamente ai fatti oggetto di contestazione non si sono registrate forme di collaborazione con la Consob idonee ad incidere in senso attenuativo sulle sanzioni; (vii) non sono emerse precedenti violazioni già sanzionate dalla Consob in materia finanziaria commesse dalla Società; (viii) non sono state ravvisate potenziali conseguenze sistemiche delle violazioni; (ix) Alfa non ha adottato, successivamente alla violazione medesima, misure idonee ad evitare in futuro il suo ripetersi.

Tutto ciò considerato, l'Autorità di Vigilanza ha applicato nei confronti di Alfa le seguenti sanzioni pecuniarie: (i) euro 30.000,00 in relazione alla omessa pubblicazione del documento informativo relativo al *Cooperation Agreement* stipulato in data 18 aprile 2017; (ii) euro 20.000,00 in relazione alla tardiva pubblicazione del comunicato stampa concernente la stipula dell'Accordo di *Consignment* stipulato in data 13 aprile 2018.

APPLICAZIONE DI UNA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA NEI CONFRONTI DEL SIG. TIZIO, ESPONENTE DI UNA IMPRESA DI INVESTIMENTO E, A TITOLO DI RESPONSABILITÀ SOLIDALE, NEI CONFRONTI DELLA MEDESIMA IMPRESA DI INVESTIMENTO, PER VIOLAZIONE DEI CANONI DI DILIGENZA, CORRETTEZZA E TRASPARENZA

Delibera 27 luglio 2016, n. 19696 @ In Bollettino Consob 9.1/2019

Obblighi degli intermediari finanziari - Sanzioni amministrative

(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 21, comma 1, lett. a, 190 e 195)

Applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti del Sig. Tizio, esponente dell'impresa di investimento Alpha, e a titolo di responsabilità solidale, nei confronti della medesima Alpha, per violazione dell'art. 21, comma 1, lett. a), D. lgs. n. 58/1998.

Con delibera n. 19696 del 27 luglio 2016, la Consob ha applicato una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti del Sig. Tizio ("Tizio"), esponente dell'impresa di investimento di diritto estero Alpha, autorizzata a suo tempo ad operare in Italia in regime di libera prestazione di servizi ("Alpha"), e a titolo di responsabilità solidale, nei confronti della medesima Alpha, per l'inosservanza dei canoni di diligenza, correttezza e trasparenza, imposti ai soggetti abilitati nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento, dall'art. 21, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 58/1998 ("T.U.F.").

In particolare, ad esito dell'attività istruttoria, l'Autorità di Vigilanza ha accertato la violazione contestata per avere Alpha tenuto - per il tramite di alcuni consulenti finanziari - un comportamento non corretto e diligente, avendo prestato i propri servizi nei confronti di clientela *retail* senza l'osservanza dei presidi operativi e comportamentali richiesti dall'ordinamento italiano a tutela e a garanzia di tale tipologia di clientela.

La condotta in questione ha integrato, a giudizio dell'Autorità di Vigilanza, la violazione dell'art. 21, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 58/1998 ("T.U.F.") che impone agli intermediari di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per garantire l'integrità dei mercati.

Nella quantificazione della sanzione, la Consob ha tenuto conto (i) dei criteri generali di imputazione della violazione di cui all'art. 11, L. n. 689/1981; (ii) della gravità obiettiva della violazione accertata, in relazione alla rilevanza degli interessi protetti dalla norma violata e alla diffusione delle conseguenze dannose anche potenziali; nonché (iii) dell'eventuale sussistenza di circostanze soggettive idonee ad incidere sulla responsabilità.

Con riguardo alla gravità obiettiva hanno assunto rilevanza, in particolare: (i) la natura comportamentale della violazione accertata, sostanziata in irregolarità che hanno pregiudicato la corretta prestazione dei servizi di investimento; (ii) l'arco temporale in cui le irregolarità si sono manifestate; (iii) la carica ricoperta da Tizio all'interno di Alpha; (iv) il ruolo rivestito da Tizio nelle altre società i cui prodotti risultavano essere stati collocati dai consulenti che operavano per conto di Alpha.

Con riferimento all'elemento soggettivo, la Consob ha rilevato, invece, che la violazione fosse imputabile a Tizio quantomeno a titolo di colpa.

Tutto ciò considerato, l'Autorità di Vigilanza ha applicato: (i) nei confronti di Tizio, nella sua qualità di *director* di Alpha, una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad euro 80.000,00, della quale veniva ingiunto contestualmente il pagamento; (ii) nei confronti di Alpha, in qualità di soggetto responsabile in solido, il pagamento della sopra indicata sanzione amministrativa pecuniaria, con obbligo di regresso nei confronti di Tizio.

POTERI DELLA CONSOB

ORDINE DI CESSAZIONE, AI SENSI DELL'ART. 7-OCTIES, COMMA 1, LETT. B), D.LGS. N. 58/1998

Delibera 3 settembre 2019, n. 21031 @ In Bollettino Consob 9.1/2019

Offerta al pubblico di servizi e attività di investimento - Soggetti e autorizzazione - Tutela degli investitori - Poteri di contrasto all'abusivismo

(D.Lgs. n. 58/1998, artt. 1, comma 5, 7-octies, comma 1, lett. b, 18, comma 1 e 20)

Ordine, ai sensi dell'art. 7-octies, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 58/1998 di porre termine alla violazione dell'art. 18, D.Lgs. n. 58/1998 posta in essere tramite un Sito Internet.

Con delibera del 3 settembre 2019, n. 21031, la Consob ha ordinato, ai sensi dell'art. 7-octies, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 58/98 ("T.U.F."), di porre termine alla violazione dell'art. 18 T.U.F., posta in essere tramite un sito *internet* ("Sito Internet") riconducibile alla società Alpha ("Alpha"), consistente nell'offerta e nello svolgimento nei confronti del pubblico italiano di servizi e attività di investimento.

In particolare, dalle verifiche compiute sul predetto Sito *Internet* ad opera dell'Autorità di Vigilanza è emerso che: (i) il Sito *Internet*, disponibile anche in lingua italiana prospettava, previa apertura di un conto tramite procedura di registrazione disponibile anche per l'utente italiano, la possibilità di operare sul *forex* e fare *trading* su *CFD* relativi ad azioni, indici e materie prime; (ii) per l'effettuazione delle operazioni di *trading* veniva richiesto un investimento di denaro mediante il versamento di somme sul conto aperto *on line*; in particolare, erano disponibili quattro tipologie di conto denominate, a seconda del deposito minimo richiesto e dei *benefits* prospettati, "Micro", "Standard", "Premium" e "Vip"; (iii) in calce al predetto Sito *Internet* era riportata la denominazione di Alfa e il documento "Termini e condizioni generali" veniva qualificato quale "contratto giuridico" tra il cliente e Alfa.

Nello specifico, la Commissione ha accertato che: (i) l'attività svolta tramite il Sito *Internet* era riconducibile alla prestazione di servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, T.U.F., in quanto era offerta ai clienti la possibilità di aprire un conto *trading* sul quale era possibile impartire ordini di acquisto e/o vendita aventi ad oggetto strumenti finanziari; (ii) l'offerta - ancora attiva al tempo di assunzione della delibera - era rivolta al pubblico degli investitori italiani, in quanto il Sito *Internet* era consultabile anche in lingua italiana; (iii) il Sito *Internet* non era riconducibile ad alcun soggetto autorizzato alla prestazione di servizi di investimento nei confronti del pubblico italiano in quanto Alpha, con sede alle Isole Marshall, non risultava iscritta nell'albo tenuto dalla Consob ai sensi dell'art. 20 T.U.F. Al termine delle predette attività di verifica, la Consob ha ordinato, dunque, di porre fine alla violazione dell'art. 18 T.U.F., posta in essere da Alpha tramite il predetto Sito *Internet*.

Osservatorio fiscale

a cura di Massimo Gabelli

ACCERTAMENTO

L'ATTO RICHIAMATO NELL'AVVISO DI ACCERTAMENTO DEVE ESSERE ALLEGATO SE NON IN POSSESSO DEL CONTRIBUENTE, NON ESSENDO SUFFICIENTE UNA MERA SEGNALAZIONE

Cassazione Civile, Sez. trib., 15 dicembre 2020, n. 28551, ord. - Pres. L. Napolitano - Rel. P. Di Marzio

La Corte di cassazione nell'ordinanza n. 28551 del 15 dicembre 2020 ha precisato che laddove l'avviso di accertamento rinvii *per relationem* al contenuto di un altro atto (nel caso di specie, un PVC), occorre allegare tale atto se non già in possesso del contribuente, non essendo sufficiente una mera segnalazione, e ciò al fine di consentire al contribuente di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa.

Nel caso oggetto della ordinanza l'Ufficio notificava ad un contribuente un avviso di accertamento ai fini delle imposte dirette e dell'IVA in relazione all'anno 2004; tale atto derivava da un accertamento della Guardia di Finanza eseguito nei confronti di una società fornitrice del contribuente stesso. Nell'atto impositivo venivano contestati al contribuente degli acquisti "in nero" sulla base della documentazione extracontabile rinvenuta presso la fornitrice. Il contribuente impugnava l'atto impositivo innanzi alla CTP, lamentando la violazione del diritto di difesa non avendo ricevuto il PVC redatto dalla Guardia di Finanza sul quale si basava l'atto impositivo. La Commissione Tributaria Provinciale respingeva il ricorso ritenendo che il PVC risultava allegato all'accertamento. Nell'appello il contribuente denunciava un vizio di motivazione evidenziando che il documento allegato all'avviso di accertamento, su cui la CTP aveva basato la propria decisione, era in realtà solo una segnalazione - che non consentiva come tale al contribuente di conoscere le ragioni della pretesa impositiva - e non già il PVC emesso dagli accertatori. La CTR accoglieva tale motivo, riscontrando la fondatezza della doglianza del contribuente atteso che lo stesso non era stato messo in grado di conoscere il contenuto del PVC. L'Ufficio impugnava la decisione della CTR in Cassazione contestando che l'avviso di accertamento conteneva in ogni caso una motivazione sufficiente a consentire al contribuente di ben comprendere quali contestazioni gli fossero state rivolte e, dunque, di replicare alle stesse.

La Corte di cassazione ha rigettato il ricorso dell'Agenzia. I Supremi Giudici hanno preliminarmente osservato che l'avviso di accertamento non appare privo di una intrinseca ambiguità laddove l'Agenzia rinvia, prima, al contenuto del PVC redatto nei confronti del fornitore del contribuente per, poi, allegare una mera segnalazione della GdF. Inoltre, i Giudici di legittimità hanno osservato che la Commissione Tributaria Regionale aveva rilevato che non era possibile conoscere quali fossero gli scontrini di acquisto non accompagnati da fattura che venivano contestati, né a quali merci si riferissero ovvero gli importi precisi degli acquisti in nero che sarebbero stati effettuati. Tali dati, invero, erano contenuti nel PVC che però l'Ufficio non aveva mai allegato all'atto impositivo. Al riguardo, la Corte di cassazione ha evidenziato come, sebbene

la motivazione addotta dai Giudici di appello fosse chiara, l'Ufficio non prendeva espressamente posizione e non forniva ulteriori chiarimenti.

La Corte di cassazione ha quindi confermato la sentenza d'appello e condannato l'Agenzia delle Entrate anche al pagamento delle spese di lite.

IL SOCIO ED IL LIQUIDATORE RISPONDONO DEI DEBITI TRIBUTARI DELLA SOCIETÀ ESTINTA SOLO NEL CASO L'AGENZIA PROVI I PRESUPPOSTI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

Cassazione Civile, Sez. trib., 14 dicembre 2020, n. 28401, ord. - Pres. O. De Masi - Rel. A. Dell'Orfano

La Corte di cassazione, nella ordinanza n. 28401 del 14 dicembre 2020, ha precisato che la responsabilità dei soci e del liquidatore nei confronti dei creditori sociali rimasti insoddisfatti dopo la cancellazione della società estinta, prevista dall'art. 36, d.P.R. n. 602/1973, ricorre solo nel caso in cui venga accertata la sussistenza di determinati presupposti in capo ai predetti soggetti.

Nel caso oggetto dell'ordinanza l'Agenzia delle Entrate notificava a un contribuente una cartella di pagamento avente ad oggetto sanzioni amministrative e relative iscrizioni a ruolo in quanto coobbligato solidale con una società estinta e cancellata dal registro delle imprese di cui era stato socio e liquidatore. Il contribuente impugnava l'atto impositivo innanzi alle Commissioni tributarie che, in entrambi i gradi di giudizio, ne accoglievano le doglianze. L'Agenzia delle Entrate ricorreva in Cassazione avverso la sentenza di secondo grado lamentando l'illegittimità della decisione della Commissione Tributaria Regionale, per avere i Giudici, in violazione dell'art. 36, d.P.R. n. 602/1973, negato la validità della cartella emessa nei confronti del contribuente in quanto socio della società estinta.

La Corte di cassazione ha respinto il ricorso dell'Agenzia delle Entrate. In via preliminare, la Suprema Corte ha chiarito che la responsabilità dei liquidatori e dei soci, per quello che rileva nel caso di specie, sussiste ai sensi e per gli effetti dell'art. 36, d.P.R. n. 602/1973 in via esclusiva per l'ipotesi di mancato pagamento delle imposte sul reddito delle persone giuridiche e allorquando siano verificati determinati presupposti. La responsabilità - hanno proseguito i Giudici di legittimità - ha natura civilistica e non tributaria e ciò dal momento che non sussiste alcun tipo di successione o coobbligazione nei debiti tributari a carico di tali soggetti, nemmeno allorquando la società è stata cancellata dal registro delle imprese.

In particolare, la Corte ha sostenuto che la responsabilità del liquidatore è illimitata qualora e se venga allegato e dimostrato che la gestione operata dal liquidatore evidenzia l'esecuzione di pagamenti in spregio del principio della *par condicio creditorum* nonché del rispetto delle cause legittime di prelazione ex art. 2741, comma 2, c.c.

Inoltre, con riguardo ai crediti aventi ad oggetto le imposte sui redditi delle persone giuridiche i cui presupposti si siano

verificati a carico della società, è riconosciuta all'Amministrazione finanziaria l'azione di responsabilità nei confronti del liquidatore solo nel caso in cui egli abbia esaurito le disponibilità della liquidazione, senza aver provveduto al loro pagamento, per l'inadempimento di un credito civilistico. E, invero, il credito verso il liquidatore ha titolo autonomo rispetto all'obbligazione tributaria vera e propria, e costituisce il mero presupposto della responsabilità stessa ancorché detta responsabilità vada accertata con atto motivato, così come quella a carico del socio.

La Suprema Corte ha altresì affermato, con riguardo al fenomeno successorio *ex art. 2495 c.c.* che si determina a seguito della estinzione della società, che i rapporti obbligatori facenti capo all'ente non si estinguono ma si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o, illimitatamente, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti "*pendete societate*". Occorre, peraltro, agire in giudizio contro i predetti soci al fine di ottenere l'accertamento dei presupposti, anche se l'esistenza è stata comprovata con sentenza passata in giudicato.

Ciò posto, la Corte di cassazione ha ritenuto di dover rigettare il ricorso considerato che l'Ufficio non forniva alcun tipo di prova in ordine all'accertamento della sussistenza dei crediti in capo al contribuente nonché di un'eventuale forma di responsabilità per una non corretta gestione delle somme derivanti dalla liquidazione.

IMPOSTE INDIRETTE

L'AGENZIA DELLE ENTRATE CHIARISCE IL REGIME AGEVOLATO DEI TRASFERIMENTI DI INTERI FABBRICATI A FAVORE DI IMPRESE DI COSTRUZIONE O RISTRUTTURAZIONE IMMOBILIARE

Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 22 dicembre 2020, n. 613

L'Agenzia delle Entrate, nella risposta a interpello n. 613 del 22 dicembre 2020, ha fornito chiarimenti circa il regime agevolato da applicare ai trasferimenti di interi fabbricati a favore di imprese di costruzione o ristrutturazione immobiliare, precisando che, al fine di beneficiare dell'agevolazione dell'imposta di registro, ipotecaria e catastale nella misura fissa di 200 euro ciascuna, occorre verificare che la cessione del contratto realizzi il trasferimento della proprietà dell'intero fabbricato in favore della società cessionaria e che l'impresa cessionaria rivesta la qualifica di impresa di costruzione o di ristrutturazione immobiliare.

Nel caso oggetto dell'interpello l'istante, una società di costruzione, nel 2018 ha ricevuto dal signor Tizio un fabbricato e ha versato la relativa imposta di registro nella misura del 9%. La società intende ora cedere il contratto di permuta con il consenso del permutante ad un'altra società di costruzione e chiede all'Agenzia delle Entrate di conoscere se la cessione del contratto di permuta, essendo presenti tutti i requisiti previsti dall'art. 7, D.L. n. 34/2019, possa beneficiare dell'imposta di registro in misura fissa.

L'Agenzia delle Entrate ha preliminarmente rammentato che l'art. 7, D.L. n. 34/2019 (c.d. Decreto Crescita) dispone che le imposte di registro, ipotecaria e catastale siano dovute nella misura fissa di 200 euro ciascuna ove

ricorrono le seguenti condizioni: l'acquisto deve essere effettuato entro il 31 dicembre 2021 da imprese che svolgono attività di costruzione o ristrutturazione di edifici e deve avere come oggetto un "intero fabbricato" indipendentemente dalla natura dello stesso. Inoltre, viene richiesto che il soggetto che acquista l'intero fabbricato, debba provvedere - entro 10 anni dalla data di acquisto - alla demolizione e ricostruzione di un nuovo fabbricato anche con variazione volumetrica, ove consentito dalle normative urbanistiche ovvero debba seguire interventi di manutenzione straordinaria, interventi di restauro e risanamento conservativo o interventi di ristrutturazione edilizia. In entrambi i casi (ricostruzione o ristrutturazione edilizia) il nuovo fabbricato deve risultare conforme alla normativa antisismica e deve conseguire una delle classi energetiche "NZEB" ("Near Zero Energy Building"), "A" o "B"; all'alienazione delle unità immobiliari il cui volume complessivo superi il 75% del volume dell'intero fabbricato. Laddove non vengano rispettate le richiamate condizioni, in base alle quali è stata concessa l'agevolazione in sede di acquisto del fabbricato, le imposte di registro, ipotecaria e catastale sono dovute nella misura ordinaria con l'applicazione della sanzione del 30% delle stesse imposte.

Tanto premesso, l'Agenzia ha evidenziato, con riguardo al caso rappresentato, che l'art. 1406 c.c. stabilisce che ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta. In merito, in particolare, alla cessione del contratto è stato precisato [cfr. circ. Ag. Entrate n. 18/2013] che si ha cessione del contratto quando una parte sostituisce a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto a prestazioni corrispettive. La sostituzione può avvenire a condizione che vi sia il consenso della controparte e che le prestazioni non siano state ancora eseguite. Per ciò che attiene, poi, l'imposta di registro, va osservato che l'art. 31, comma 1, d.P.R. n. 131/1986 prevede che la cessione del contratto è soggetta all'imposta con l'aliquota propria del contratto ceduto. La base imponibile, per le cessioni di contratto, è costituita dal corrispettivo pattuito per la cessione e dal valore delle prestazioni ancora da eseguire. La cessione del contratto attua una successione a titolo particolare per atto tra vivi nel rapporto giuridico contrattuale, operando la sostituzione di un nuovo soggetto (cessionario) nella posizione giuridica dell'originario contraente (cedente).

Ciò posto, l'Agenzia ha osservato che, nel caso in oggetto, il contratto di permuta stipulato nel 2018 è stato assoggettato a registrazione senza applicazione di alcun beneficio dal momento che il regime agevolativo è entrato in vigore solo successivamente.

L'Agenzia ha sottolineato che, per beneficiare delle agevolazioni previste dall'art. 7, D.L. n. 34/2019, occorre verificare che la cessione del contratto realizzi, secondo le corrette modalità civilistiche il trasferimento della proprietà dell'intero fabbricato in favore della società cessionaria e, inoltre, occorre verificare che il trasferimento sia effettuato "a favore di imprese di costruzione o di ristrutturazione immobiliare" e, quindi, occorre che l'impresa cessionaria rivesta tale qualifica.

Al verificarsi dei suddetti presupposti, l'Agenzia ha ritenuto che la cessione del contratto di permuta oggetto della fattispecie in esame possa beneficiare del regime agevolativo di cui all'art. 7 citato, previa specifica richiesta in atto e correlata assunzione di impegno, da parte della società acquirente, al rispetto di tutte le condizioni previste dalla legge.

NON SI CONFIGURA IL REATO DI OMESSO VERSAMENTO IVA SE SI FORNISCE LA PROVA DELLA SUSSISTENZA DI UNA REALE IMPOSSIBILITÀ A SUPERARE LA CRISI ECONOMICA NON IMPUTABILE ALL'IMPRENDITORE

Cassazione Penale, Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 35696, sent. - Pres. G. Andreazza - Rel. A.M. Andronio

La Corte di cassazione nella sentenza n. 35696 del 14 dicembre 2020 ha chiarito che l'omesso versamento dell'IVA dipeso dal mancato incasso per inadempimento contrattuale dei propri clienti non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-ter, D.Lgs. n. 74/2000, atteso che l'obbligo del predetto versamento prescinde dall'effettiva riscossione delle relative somme e che il mancato adempimento del debitore è riconducibile all'ordinario rischio di impresa, evitabile anche con il ricorso alle procedure di storno dai ricavi dei corrispettivi non riscossi.

Nel caso oggetto della sentenza il legale rappresentante di una società era condannato per il reato di omesso versamento dell'IVA di cui all'art. 10-ter, D.Lgs. n. 74/2000 per non avere versato nei termini prescritti l'IVA dovuta in relazione al periodo d'imposta 2012 per oltre 250.000 euro. Al medesimo soggetto veniva contestato anche l'omesso versamento di ritenute di cui all'art. 10-bis, D.Lgs. n. 74/2000 quale legale rappresentante di una diversa società. Il Tribunale emetteva sentenza di condanna per entrambi i reati, con sospensione condizionale della pena. La Corte d'Appello, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, assolveva l'imputato per il secondo reato per insussistenza del fatto, rideterminando la pena detentiva per il residuo reato di cui al citato art. 10-ter, eliminando però il beneficio della sospensione condizionale della pena. Avverso la sentenza l'imputato proponeva ricorso in Cassazione, lamentando che i Giudici avevano ritenuto inesistente la causa di forza maggiore e la mancanza di dolo affermando che la mancata riscossione da parte della società di alcuni canoni dovuti dai conduttori non costituisce impossibilità che abbia efficacia scriminante o faccia venire meno l'elemento psicologico, perché l'IVA comunque risultava dalle relative dichiarazioni ed era già stata incamerata.

La Corte di cassazione ha accolto il ricorso cassando con rinvio la pronuncia d'appello. I Supremi Giudici hanno evidenziato, quanto alla rilevanza della crisi economica della società in relazione al reato di cui all'art. 10-ter, D.Lgs. n. 74/2000, che essa può rilevare come causa di forza maggiore solo se vengono assolti gli oneri di allegazione idonei a dimostrare non solo la crisi di liquidità, ma anche che la stessa non poteva essere fronteggiata tramite il ricorso ad apposite procedure da valutarsi in concreto, non ultimo mediante il ricorso al credito bancario o al patrimonio personale dell'imprenditore.

In particolare, l'imprenditore - hanno proseguito i Giudici di legittimità - deve provare di aver posto in essere tutte le misure idonee a reperire la liquidità necessaria per adempiere il proprio debito fiscale, senza tuttavia riuscirsi per causa a sé non imputabile. Occorre altresì dimostrare i motivi che hanno comportato l'emissione delle fatture (di cui l'IVA poi non versata) antecedentemente alla ricezione del corrispettivo.

Tanto considerato, la Suprema Corte ha evidenziato che nel caso di specie l'imputato non si era limitato a segnalare l'esistenza di una pregressa crisi dell'impresa, ma aveva anche allegato elementi che avrebbero dovuto essere valutati ai fini di accertare l'entità della crisi (quali a titolo esemplificativo la sussistenza di numerosi crediti non incassati e la cessazione dell'attività) nonché l'impossibilità di superarla tramite il ricorso a idonei strumenti. Le suddette circostanze,

proseguono i Supremi Giudici, avrebbero dovuto essere valutate dalla Corte d'Appello al fine di determinare l'entità di tale crisi, delle cause della stessa e della possibilità o meno di superarla con il ricorso ad idonei strumenti.

Al contrario, tali elementi non sono stati presi nemmeno in considerazione dai Giudici di merito che si sono limitati ad affermare che l'IVA avrebbe dovuto essere comunque versata, in quanto risultante dalle dichiarazioni, nonostante le precarie condizioni economiche aziendali e, dunque, senza alcuna valutazione circa la sussistenza di una reale impossibilità a superare la crisi, non imputabile all'imprenditore.

IMPOSTE SUI REDDITI

DIVIDENDI PROVENIENTI DA PAESI *BLACK LIST*: I CHIARIMENTI DELLE ENTRATE

Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 16 dicembre 2020, n. 587

L'Agenzia delle Entrate nella risposta a interpello n. 587 del 16 dicembre 2020 ha fornito chiarimenti in relazione all'applicazione temporale della disciplina fiscale dei dividendi distribuiti da una società con sede in un paese c.d. di *Black list*. In particolare, l'Agenzia ha evidenziato che non si considerano provenienti da un paradiso fiscale i dividendi distribuiti da una società a fiscalità privilegiata ma che corrispondono a utili "formati" in annualità in cui la società estera era considerata a fiscalità ordinaria, secondo le regole vigenti nel medesimo periodo di "formazione" dell'utile. In linea generale, ricorre la tassazione integrale degli utili provenienti da società o enti residenti o localizzati in Stati o territori a fiscalità privilegiata, fatta comunque salva la possibilità di dimostrare, che non è stato conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato ("seconda esimente").

L'Agenzia ha richiamato la disciplina dei dividendi che regola il trattamento fiscale dei dividendi. In particolare, ai sensi del comma 2 dell'art. 89 T.U.I.R. gli utili distribuiti dalle società ed enti commerciali e non commerciali non concorrono a formare il reddito dell'esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito della società o dell'ente ricevente per il 95% del loro ammontare. Inoltre, ai sensi del successivo comma 3 gli utili provenienti dalle società ed enti non residenti scontano il medesimo regime fiscale degli utili distribuiti dalle società italiane, a condizione che gli utili siano totalmente indeducibili nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente e che detti soggetti non siano stabiliti in Paesi a fiscalità privilegiata.

Dunque, l'art. 89, comma 3, T.U.I.R. prevede la tassazione integrale degli utili provenienti da società o enti residenti o localizzati in Stati o territori a fiscalità privilegiata, ferma restando la possibilità di dimostrare, sin dal primo periodo di possesso della partecipazione nel soggetto estero, la sussistenza della condizione indicata nell'art. 47-bis, comma 2, lett. b), T.U.I.R., cioè che non è stato conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (c.d. "seconda esimente").

Si rammenta al riguardo che l'art. 47-bis, comma 1, T.U.I.R., a partire dal periodo di imposta 2019, prevede i criteri di individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata. Nel dettaglio, i regimi fiscali di Stati o territori, diversi da quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia

stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, si considerano privilegiati: i) nel caso in cui l'impresa o l'ente non residente o non localizzato in Italia sia sottoposto a controllo da parte di un partecipante residente o localizzato in Italia, laddove si verifichi la condizione della tassazione effettiva; ii) in mancanza del requisito del controllo, laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello applicabile in Italia.

In tale contesto, ha proseguito l'Agenzia, occorre tener conto anche di regimi speciali che non siano applicabili strutturalmente alla generalità dei soggetti svolgenti analoghe attività dell'impresa o dell'ente partecipato, che risultino fruibili soltanto in funzione delle specifiche caratteristiche soggettive o temporali del beneficiario e che, pur non incidendo direttamente sull'aliquota, prevedano esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre il prelievo nominale al di sotto del predetto limite e sempreché, nel caso in cui il regime speciale riguardi solo particolari aspetti dell'attività economica complessivamente svolta dal soggetto estero, l'attività ricompresa nell'ambito di applicazione del regime speciale risulti prevalente, in termini di ricavi ordinari, rispetto alle altre attività svolte dal citato soggetto.

Infine, conformemente alle disposizioni della legge di Bilancio 2018, non si considerano provenienti da società residenti o localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato gli utili percepiti a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014 e maturati in periodi d'imposta precedenti nei quali le società partecipate erano residenti o localizzate in Stati o territori non inclusi nel D.M. 21 novembre 2001 del MEF (in *G.U.*, n. 273 del 23 novembre 2001). Le disposizioni del precedente periodo si applicano anche per gli utili maturati in periodi successivi a quello in corso al 31 dicembre 2014 in Stati o territori non a regime privilegiato e, in seguito, percepiti in periodi d'imposta in cui risultino integrate le condizioni per l'applicazione dell'art. 167, comma 4, T.U.I.R.

In altri termini, quindi, non si considerano provenienti da un paradiso fiscale i dividendi distribuiti da una società a fiscalità privilegiata che corrispondono a utili "formati" in annualità in cui la società estera era considerata a fiscalità ordinaria, secondo le regole vigenti nel medesimo periodo di "formazione" dell'utile.

OPERAZIONI STRAORDINARIE

VALUTAZIONE ANTIABUSO: AMMISSIBILE IL TRASFERIMENTO PER FUSIONE DEL CREDITO DI IMPOSTA PER RICERCA E SVILUPPO

Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 31 dicembre 2020, n. 643

L'Agenzia delle Entrate nella risposta n. 643 del 31 dicembre 2020 ha fornito chiarimenti in tema di valutazione antiabuso del trasferimento della titolarità del credito ricerca e sviluppo nell'ambito di una fusione, precisando che esso è ammissibile unicamente nei casi in cui specifiche norme prevedono, al verificarsi dell'operazione, una confusione di diritti e obblighi dei diversi soggetti giuridici interessati, come, ad esempio, nei casi di fusione, successione per decesso dell'imprenditore individuale e scissione. Tuttavia, ciò non esclude a priori che l'eventuale trasferimento dei crediti d'imposta possa avvenire attraverso una o più delle suddette operazioni che potrebbero integrare i presupposti di una fattispecie abusiva, pur in presenza del formale rispetto delle norme applicate.

Nel caso oggetto dell'interpello l'istante ha chiesto un parere all'Agenzia delle Entrate in merito alla riconducibilità ad una fattispecie abusiva ex art. 10-bis, L. n. 212/2000 della fusione per incorporazione di una società (Beta), limitatamente al diritto ad usufruire del credito di imposta ricerca e sviluppo di cui all'art. 1, commi da 280 a 283, L. n. 296/2006 relativo alla medesima società Beta.

L'Agenzia ha preliminarmente rammentato che l'art. 1, comma 282, L. n. 296 del 2006 prevede che il credito ricerca e sviluppo è utilizzabile ai fini dei versamenti delle imposte sui redditi e dell'I.R.A.P. dovute per il periodo d'imposta in cui le spese di cui al comma 280 sono state sostenute; l'eventuale eccedenza è utilizzabile in compensazione ai sensi dell'art. 17, D.Lgs. n. 241 del 1997 a decorrere dal mese successivo al termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta con riferimento al quale il credito è concesso. Inoltre, il trasferimento della titolarità di un simile credito è ammissibile unicamente nei casi in cui specifiche norme prevedono, al verificarsi dell'operazione, una confusione di diritti e obblighi dei diversi soggetti giuridici interessati: ad esempio, nei casi di fusione, successione per decesso dell'imprenditore individuale, scissione. Allo stesso modo, i crediti di tal natura possono essere trasferiti nell'ambito della cessione del ramo d'azienda che lo ha generato.

Tuttavia, l'Agenzia ha evidenziato che quanto sopra descritto non vale ad escludere a priori che l'eventuale trasferimento dei crediti d'imposta (il credito ricerca e sviluppo nel caso di specie) possa avvenire attraverso una o più delle suddette operazioni che potrebbero integrare i presupposti di una fattispecie abusiva ai sensi dell'art. 10-bis, L. n. 212 del 2000, pur in presenza del formale rispetto delle norme applicate.

L'Agenzia ha quindi concluso che, nel caso oggetto dell'interpello, dall'esame dei fatti non è dato riscontrare la sussistenza del requisito dell'indebito risparmio di imposta, non configurandosi, pertanto, un abuso di diritto ai sensi del citato art. 10-bis.

Osservatorio europeo

a cura di Marco Stillo

Fiscalità

SULL'INDICAZIONE DEL NUMERO DELLA FATTURA E SULLA RICHIESTA DI RIMBORSO

Corte di Giustizia Ue 17 dicembre 2020, Causa C-346/19, *Bundeszentralamt für Steuern contro Y-GmbH*

In data 17 dicembre 2020 la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella Causa C-346/19, *Bundeszentralamt für Steuern contro Y-GmbH*, sull'interpretazione dell'art. 8, par. 2, lett. d), e dell'art. 15, Dir. 2008/9/CE del Consiglio, del 12 febbraio 2008, che stabilisce norme dettagliate per il rimborso dell'imposta sul valore aggiunto, previsto dalla Dir. 2006/112/CE, ai soggetti passivi non stabiliti nello Stato membro di rimborso, ma in un altro Stato membro (1). Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra il *Bundeszentralamt für Steuern* (Ufficio federale centrale delle imposte tedesco) e la *Y-GmbH* (di seguito: la "Y"), una società con sede in Austria, in merito al diniego del rimborso dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) che era stato opposto a tale società. In data 25 gennaio 2013, l'Ufficio federale centrale delle imposte aveva respinto le richieste di rimborso presentate dalla Y relativamente al credito IVA di cui disponeva per il periodo da luglio a settembre 2012 menzionando, nell'apposito formulario di ricerca (2), dei numeri di fattura che consistevano, per ciascuno dei servizi o dei beni interessati, non in un numero sequenziale della fattura, e bensì in un altro numero che rinviava alla stessa. La Y, pertanto, aveva impugnato tale decisione, che era stata respinta dall'Ufficio federale centrale delle imposte in quanto la ricorrente, in realtà, non aveva presentato alcuna richiesta di rimborso conformemente ai requisiti di legge ed entro il termine impartito. Il *Finanzgericht Köln* (Tribunale tributario di Colonia), tuttavia, aveva accolto il ricorso della Y affermando, da un lato, che l'indicazione, nella richiesta, del numero di riferimento presente sulle fatture, oltre al numero sequenziale di queste ultime, soddisfaceva i requisiti formali previsti per una richiesta di rimborso e, dall'altro, che l'assenza di un numero di fattura non comportava l'invalidità di una richiesta di rimborso dell'IVA, in quanto essa non poteva essere considerata come "priva di contenuto". Di conseguenza, l'Ufficio federale centrale delle imposte aveva adito il *Bundesfinanzhof* (Corte tributaria federale tedesca; di seguito: il "giudice del rinvio") che, alla luce della necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, aveva deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali. Con la prima e la seconda questione, il giudice del rinvio chiedeva se l'art. 8, par. 2, lett. d) (3), e l'art. 15, par. 1 (4), Dir. 2008/9 debbano essere interpretati nel senso che, qualora una richiesta di rimborso dell'IVA non contenga un numero sequenziale della fattura, e bensì un altro numero che consenta di identificare tale fattura e, quindi, il bene o il servizio interessato, l'amministrazione fiscale dello Stato membro di rimborso sia tenuta a considerare tale richiesta come "presentata", ai sensi dell'art. 15, par. 1, Dir. 2008/9, e a procedere alla sua valutazione. Nel rispondere, la Corte ha preliminarmente ricordato che il diritto, per un soggetto passivo stabilito in uno Stato membro, di ottenere il rimborso dell'IVA assolta in un altro Stato membro, quale disciplinato dalla Dir. 2008/9, trova riscontro nel diritto, istituito a suo favore dalla Dir. 2006/112 (5), di detrarre l'IVA versata a monte nel proprio Stato membro (6). Dal momento che esiste uno stretto legame tra la Dir. 2006/112 e la Dir. 2008/9, pertanto, non si può attribuire un significato diverso da una nozione importante del sistema dell'IVA a seconda del fatto che quest'ultima figuri nell'una o nell'altra di tali direttive. Di conseguenza, poiché tra le indicazioni che, ai fini dell'IVA, devono essere obbligatoriamente presenti sulle fatture

(1) GUUE L 44 del 20 febbraio 2008.

(2) L'art. 61 dell'*Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung* (regolamento di esecuzione della legge relativa all'imposta sul fatturato) al par. 1 dispone: "... L'imprenditore stabilito nel resto del [l'Unione] trasmette all'Ufficio federale centrale delle imposte, tramite il portale elettronico istituito nello Stato membro in cui l'imprenditore è stabilito, una richiesta elettronica di rimborso, conformemente all'ordinanza sul trasferimento dei dati fiscali, nel rispetto di tutti i dati normativi...".

(3) L'art. 8, Dir. 2008/9 al par. 2, lett. d) dispone: "... Oltre alle informazioni di cui al paragrafo 1, la richiesta contiene, per ciascuno Stato membro di rimborso e per ciascuna fattura o documento d'importazione, le seguenti indicazioni:
(...)

d) la data e il numero della fattura o del documento d'importazione...".

(4) L'art. 15, Dir. 2008/9 al par. 1 dispone: "... La richiesta di rimborso è presentata allo Stato membro di stabilimento al più tardi il 30 settembre dell'anno civile successivo al periodo di riferimento. La richiesta di rimborso si considera presentata solo se il richiedente ha fornito tutte le informazioni previste dagli articoli 8, 9 e 11...".

(5) Dir. 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in *GUUE*, L 347 del 11 dicembre 2006. L'art. 171 della Direttiva al par. 1 dispone: "... Il rimborso dell'IVA a favore dei soggetti passivi che non sono stabiliti nello Stato membro in cui effettuano acquisti di beni e servizi o importazioni di beni gravati da imposta ma che sono stabiliti in un altro Stato membro è effettuato secondo le modalità d'applicazione previste dalla direttiva 79/1072/CEE.

I soggetti passivi di cui all'articolo 1 della direttiva 79/1072/CEE che hanno effettuato nello Stato membro in cui effettuano acquisti di beni e servizi o importazioni di beni gravati da imposta unicamente cessioni di beni o prestazioni di servizi per le quali il destinatario di tali operazioni è stato designato come debitore dell'imposta a norma degli articoli da 194 a 197 e dell'articolo 199, sono anch'essi considerati, ai fini dell'applicazione di detta direttiva, soggetti passivi non stabiliti in tale Stato membro...".

(6) CGUE 18 novembre 2020, Causa C-371/19, *Commissione/Germania*, punto 78.

emesse è previsto “un numero sequenziale (...) che identifichi la fattura in modo unico” (7), tale è il numero della fattura cui all’art. 8, par. 2, lett. d), Dir. 2008/9 fa riferimento. La mancata menzione di un tale numero di fattura nella richiesta di rimborso, tuttavia, non può portare al suo rigetto nell’ipotesi in cui esso violi il principio di neutralità fiscale o quello di proporzionalità. Nonostante l’importanza dell’utilizzo di un numero sequenziale di fattura per il buon funzionamento del sistema dell’IVA, infatti, tale requisito costituisce una condizione formale che, in determinate circostanze, deve cedere il passo all’applicazione delle condizioni sostanziali del diritto al rimborso, conformemente ai principi di neutralità e di proporzionalità (8). Più particolarmente, il principio di neutralità esige che la detrazione o il rimborso dell’IVA a monte sia concesso se i requisiti sostanziali sono soddisfatti, anche se taluni obblighi formali sono stati omessi dai soggetti passivi (9). La soluzione può essere diversa, tuttavia, se la violazione di tali requisiti formali abbia l’effetto di impedire che sia fornita la prova certa del rispetto dei requisiti sostanziali (10). Poiché la Dir. 2008/9 consente allo Stato membro di rimborso di chiedere informazioni aggiuntive al richiedente o alle autorità competenti dello Stato membro di stabilimento qualora ritenga di non disporre di tutte quelle che gli consentano di decidere in merito alla richiesta di rimborso (11), tale possibilità sarebbe privata del suo effetto utile se lo Stato membro potesse immediatamente respingere la richiesta di rimborso, indipendentemente dal fatto che un numero che consente di identificare la fattura sia stato incluso nella richiesta. In tal caso, pertanto, i principi di neutralità e di proporzionalità impongono che l’amministrazione fiscale dello Stato membro di rimborso consideri la richiesta come “presentata”, ai sensi dell’art. 15, par. 1, Dir. 2008/9, e si avvalga della facoltà offerta dall’art. 20, par. 1, di tale direttiva per chiedere informazioni aggiuntive che possono includere la richiesta di comunicare il numero sequenziale della fattura (12). Per contro, nell’ipotesi in cui uno Stato membro si sia avvalso della facoltà di esigere che il richiedente presenti per via elettronica una copia della fattura o del documento d’importazione insieme alla richiesta di rimborso (13), di modo che tale copia è disponibile presso l’amministrazione fiscale, quest’ultima è tenuta a procedere alla valutazione di tale richiesta senza richiedere ulteriori informazioni sul numero sequenziale della fattura in questione. Di conseguenza, ad eccezione dei casi in cui l’originale o la copia della fattura è già disponibile presso l’amministrazione fiscale, quest’ultima può chiedere al richiedente di comunicare il numero sequenziale di tale fattura e, se tale richiesta non è soddisfatta entro il termine di un mese previsto dall’art. 20, par. 2, Dir. 2008/9, essa può legittimamente respingere la richiesta di rimborso dell’IVA. Alla luce della risposta fornita alla prima e alla seconda questione, la Corte ha ritenuto non necessario rispondere anche alla terza, con al quale il giudice del rinvio chiedeva se si dovesse tener conto del fatto che il soggetto passivo non stabilito nello Stato membro di rimborso possa ritenere, dal punto di vista di un richiedente attento, in ragione della struttura del portale elettronico nello Stato in cui è stabilito e del formulario dello Stato membro di rimborso, che per poter considerare la richiesta come presentata correttamente, comunque in modo formalmente completo e tempestivo, sia sufficiente la registrazione di un codice diverso dal numero della fattura per consentire l’identificazione della fattura oggetto della richiesta. Di conseguenza, la Corte ha stabilito che:

“L’articolo 8, paragrafo 2, lettera d), e l’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/9/CE del Consiglio, del 12 febbraio 2008, che stabilisce norme dettagliate per il rimborso dell’imposta sul valore aggiunto, previsto dalla direttiva 2006/112/CE, ai soggetti passivi non stabiliti nello Stato membro di rimborso, ma in un altro Stato membro, come modificata dalla direttiva 2010/66/UE del Consiglio, del 14 ottobre 2010, devono essere interpretati nel senso che, qualora una richiesta di rimborso dell’imposta sul valore aggiunto non contenga un numero sequenziale della fattura, ma contenga un altro numero che consenta di identificare tale fattura e, quindi, il bene o il servizio interessato, l’amministrazione fiscale dello Stato membro di rimborso è tenuta a considerare tale richiesta come ‘presentata’, ai sensi dell’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/9, come modificata dalla direttiva 2010/66, e a procedere alla sua valutazione. Nell’ambito di tale valutazione, e salvo il caso in cui detta amministrazione disponga già dell’originale della fattura o di una copia della

(7) L’art. 226, Dir. 2006/112 al punto 2 dispone: “... Salvo le disposizioni speciali previste dalla presente direttiva, nelle fatture emesse a norma degli articoli 220 e 221 sono obbligatorie ai fini dell’IVA soltanto le indicazioni seguenti:

(...)

2) un numero sequenziale, con una o più serie, che identifichi la fattura in modo unico...”.

(8) CGUE 21 novembre 2018, Causa C-664/16, *Vădan*, punti 41-42.

(9) CGUE 18 novembre 2020, Causa C-371/19, *Commissione/Germania*, punto 80.

(10) *Ibidem*, punto 81.

(11) L’art. 20, Dir. 2008/9 dispone: “... Nei casi in cui lo Stato membro di rimborso ritiene di non disporre di tutte le informazioni pertinenti su cui basare la decisione in merito a tutta la richiesta di rimborso o parte di essa, può chiedere per via elettronica informazioni aggiuntive, in particolare al richiedente o alle autorità competenti dello Stato membro di stabilimento, entro il termine di quattro mesi di cui all’articolo 19, paragrafo 2. Se le informazioni aggiuntive sono richieste a una persona diversa dal richiedente o dall’autorità competente di uno Stato membro, la richiesta è introdotta per via elettronica solo se il destinatario della richiesta dispone dei mezzi necessari a tal fine. Se necessario, lo Stato membro di rimborso può chiedere ulteriori informazioni aggiuntive.

Le informazioni richieste in conformità del presente paragrafo possono includere l’originale o una copia della fattura o del documento d’importazione pertinente se lo Stato membro di rimborso ha motivo di dubitare ragionevolmente della validità o dell’accuratezza di una particolare richiesta. In tal caso, le soglie di cui all’articolo 10 non si applicano.

Le informazioni richieste ai sensi del paragrafo 1 sono fornite allo Stato membro di rimborso entro un mese dal giorno in cui la richiesta è pervenuta alla persona a cui è indirizzata...”.

(12) CGUE 18 novembre 2020, Causa C-371/19, *Commissione/Germania*, punto 88.

(13) L’art. 10, Dir. 2008/9 dispone: “... Fatte salve le richieste di informazioni di cui all’articolo 20, lo Stato membro di rimborso può esigere che il richiedente presenti per via elettronica una copia della fattura o del documento d’importazione insieme alla richiesta di rimborso, qualora la base imponibile su una fattura o un documento d’importazione sia pari o superiore a 1 000 EUR o al controvalore in moneta nazionale. Tuttavia, qualora la fattura riguardi acquisto di carburante, tale soglia è pari a 250 EUR o al controvalore in moneta nazionale...”.

stessa, essa può chiedere al richiedente di comunicare un numero sequenziale che identifichi la fattura in modo unico e, se tale richiesta non è soddisfatta entro il termine di un mese previsto all'articolo 20, paragrafo 2, di tale direttiva, come modificata dalla direttiva 2010/66, essa può legittimamente respingere la richiesta di rimborso”.

SULLE NOZIONI DI “ CONCESSIONE DI CREDITI ” E DI “ ALTRI EFFETTI COMMERCIALI ”

Corte di Giustizia Ue 17 dicembre 2020, Causa C-801/19, Franck d.d., Zagreb contro Ministarstvo financija Republike Hrvatske, Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak

In data 17 dicembre 2020 la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella Causa C-801/19, *Franck d.d., Zagreb contro Ministarstvo financija Republike Hrvatske, Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak*, sull'interpretazione dell'art. 135, par. 1, lett. b) e d), Dir. 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (di seguito: la “direttiva IVA”) (14). Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra la *Franck d.d., Zagreb* (di seguito: la “Franck”) e il *Ministarstvo financija Republike Hrvatske, Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak* (Ministero delle Finanze della Repubblica di Croazia, servizio del contenzioso amministrativo; di seguito: il “Ministero delle Finanze”), in merito alla determinazione dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) dovuta in ragione del corrispettivo percepito dalla Franck per la messa a disposizione della *Konzum d.d.* (di seguito: la “Konzum”) di fondi ottenuti da società di *factoring* detentrici di cambiali emesse da quest'ultima e il cui rimborso era garantito dalla Franck. In occasione di un controllo, l'amministrazione finanziaria competente aveva constatato che il corrispettivo messo a disposizione della Konzum da parte della Franck tramite un accordo di collaborazione commerciale stipulato nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2013 e il 30 marzo 2017 (15) era stato fatturato senza IVA. Di conseguenza, non ritenendo tale corrispettivo esente dall'IVA ai sensi dello *Zakon o porezu na dodanu vrijednost* del 17 giugno 2013 (di seguito: la “legge sull'IVA”) (16), l'amministrazione aveva accertato un minor importo di IVA dichiarata pari a circa 2 milioni di euro, oltre agli interessi di mora. Poiché il suo reclamo era stato respinto dal Ministero delle Finanze, la Franck si era rivolta all'*Upravni sud u Zagrebu* (Tribunale amministrativo di Zagabria; di seguito: il “giudice del rinvio”) che, alla luce della necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, aveva deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di Giustizia se l'art. 135, par. 1, lett. b) e d) (17), della direttiva IVA debba essere interpretato nel senso che l'esenzione dall'IVA, che tali disposizioni prevedono, rispettivamente, per la concessione di crediti e le operazioni relative ad altri effetti commerciali, si applica a un'operazione che consiste, per il soggetto passivo, nel mettere a disposizione di un altro soggetto passivo, dietro corrispettivo, fondi ottenuti da una società di *factoring* a seguito del trasferimento a quest'ultima di una cambiale emessa dal secondo soggetto passivo, mentre il primo soggetto garantisce il pagamento a tale società di *factoring* della suddetta cambiale alla sua scadenza. Nel rispondere, la Corte ha preliminarmente ricordato che una persona già soggetta all'IVA per un'attività economica che esercita in modo permanente deve essere considerata come “soggetto passivo” per qualsiasi altra attività economica esercitata in modo occasionale, a condizione che essa costituisca un'“attività” ai sensi dell'art. 9, par. 1, comma 2 (18), della direttiva IVA (19), ciò che si verifica nel caso concreto. Il fatto che la messa a disposizione di fondi dietro corrispettivo non corrisponda all'attività principale della Franck, infatti, non esclude che tale

(14) GUUE L 347 dell'11 dicembre 2006.

(15) Nel suddetto periodo, la Franck e la Konzum avevano concluso simultaneamente tre tipi di contratti, ossia i) un contratto di mutuo finanziario, in base al quale la Konzum, designata come mutuante, emetteva una cambiale in favore della Franck, designata come mutuataria, che si impegnava a restituirla in contanti la somma indicata su tale cambiale, ii) un contratto di cessione di crediti garantiti da cambiali, i cui firmatari erano la Franck, la Konzum e una società di *factoring*, in base al quale la Franck trasmetteva detta cambiale a quest'ultima che, con un'operazione di “*factoring* inverso”, versava dal 95% al 100% dell'importo della stessa alla Franck, la quale a sua volta trasferiva tale importo sul conto della Konzum, agendo al contempo come garante del suo ricupero alla scadenza della medesima cambiale, e iii) un accordo di collaborazione commerciale in base al quale la Konzum si impegnava a rimborsare alla Franck gli interessi e le spese addebitati a quest'ultima dalla società di *factoring* nonché a versarle un corrispettivo pari all'1% dell'importo indicato nella cambiale.

(16) L'art. 40 della legge sull'IVA al par. 1 dispone: “... Sono esenti dall'IVA:

(...)

b) la concessione di crediti e prestiti, compresa l'attività di intermediazione in tali operazioni, e la gestione di crediti e prestiti, se effettuate dal soggetto che li concede;

(...)

d) le operazioni, compresa l'attività di intermediazione, relative ai conti di risparmio, ai conti correnti o ai giroconti, ai pagamenti, ai bonifici, ai crediti, agli assegni e ad altri titoli trasferibili, ad eccezione del ricupero dei crediti...”.

(17) L'art. 135 della direttiva IVA al par. 1, lett. a) - d) dispone: “... Gli Stati membri esentano le operazioni seguenti:

a) le operazioni di assicurazione e di riassicurazione, comprese le prestazioni di servizi relative a dette operazioni, effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione;

b) la concessione e la negoziazione di crediti nonché la gestione di crediti da parte di chi li ha concessi;

c) la negoziazione e la presa a carico di impegni, fideiussioni e altre garanzie nonché la gestione di garanzie di crediti da parte di chi ha concesso questi ultimi;

d) le operazioni, compresa la negoziazione, relative ai depositi di fondi, ai conti correnti, ai pagamenti, ai giroconti, ai crediti, agli assegni e ad altri effetti commerciali, ad eccezione del ricupero dei crediti...”.

(18) L'art. 9 della direttiva IVA al par. 1, comma 2, dispone: “... Si considera ‘attività economica’ ogni attività di produzione, di commercializzazione o di prestazione di servizi, comprese le attività estrattive, agricole, nonché quelle di professione libera o assimilate. Si considera, in particolare, attività economica lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi carattere di stabilità...”.

(19) CGUE 17 ottobre 2019, Causa C-692/17, *Paulo Nascimento Consulting*, punto 24.

società, realizzando la suddetta operazione, abbia agito nell'ambito della propria attività economica. La Corte, inoltre, ha ricordato che quando un'operazione è costituita da una serie di elementi e di atti, come nel caso concreto, si devono prendere in considerazione tutte le circostanze nelle quali essa si svolge per determinare se tale operazione comporti, ai fini IVA, due o più prestazioni distinte o un'unica prestazione (20). Più particolarmente, un'operazione deve essere considerata unica quando due o più elementi o atti forniti dal soggetto passivo sono così strettamente collegati da formare, oggettivamente, un'unica prestazione economica indissociabile, la cui scomposizione avrebbe carattere artificiale, ciò che si verifica anche quando una o più prestazioni costituiscono una prestazione principale e la o le altre prestazioni costituiscono una o più prestazioni accessorie cui si applica lo stesso trattamento fiscale di quella principale. Una prestazione dev'essere considerata accessoria a una prestazione principale, invece, quando per la clientela non costituisce un fine a sé stante, e bensì il mezzo per fruire al meglio del servizio principale offerto dal prestatore (21). Per determinare se un'operazione che comporta una pluralità di prestazioni costituisca un'unica operazione ai fini dell'IVA è necessario tenere conto tanto dell'obiettivo economico di tale operazione quanto dell'interesse dei destinatari delle prestazioni (22). Nel caso concreto, l'obiettivo economico dell'operazione in questione era quello di soddisfare il fabbisogno di capitale della Konzum, in quanto quest'ultima non poteva prendere in prestito fondi presso istituti finanziari in Croazia a causa del suo livello di indebitamento nonché di quello del gruppo di cui essa faceva parte. Di conseguenza, la prestazione principale deve essere considerata come la messa a disposizione della Konzum dei fondi che la Franck aveva ottenuto presso una società di *factoring*, mentre le altre prestazioni assicurate da quest'ultima in esecuzione dei tre tipi di contratti di cui era parte devono essere considerate accessorie. Le operazioni esentate a norma dell'art. 135, par. 1, lett. b), della direttiva IVA vengono definite in funzione della natura delle prestazioni di servizi fornite e non del prestatore o del destinatario del servizio, di modo che l'applicazione di dette esenzioni non dipende dallo *status* dell'ente che fornisce tali servizi (23). Più particolarmente, la concessione di crediti ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. b), della direttiva IVA consiste nella messa a disposizione di un capitale dietro corrispettivo (24). Costituisce operazione finanziaria assimilabile alla concessione di un credito e, pertanto, esente dall'IVA in forza di detta disposizione, inoltre, il finanziamento anticipato dell'acquisto di merci a fronte di una maggiorazione dell'importo rimborsato dal suo beneficiario (25). Secondo la Corte, nel caso concreto il fatto che la Franck non sia un istituto bancario o finanziario non esclude che una prestazione come quella effettuata da quest'ultima possa costituire una concessione di crediti ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. b), della direttiva IVA, spettando al giudice del rinvio verificare, ai fini della relativa esenzione, che la remunerazione percepita dalla Konzum costituisca il corrispettivo della messa a disposizione di quest'ultima dei fondi in questione, ed essendo irrilevante che questi ultimi fossero rimborsati non alla Franck, e bensì alle società di *factoring*. Le cambiali emesse dalla Konzum, inoltre, sono "effetti commerciali" ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. d), della direttiva IVA, in quanto contengono un obbligo per la stessa, in quanto emittente, di pagare l'importo indicato al detentore alla loro scadenza. Tale conclusione non è inficiata dalla circostanza che la Konzum era designata, nei contratti aventi ad oggetto le suddette cambiali, come mutuante e la Franck come mutuataria. Contrariamente alla qualificazione formale delle parti contraenti, infatti, la valutazione della realtà economica e commerciale costituisce un criterio fondamentale per l'applicazione del sistema comune dell'IVA (26). Affinché una prestazione, come quella effettuata dalla Franck, possa essere considerata un'operazione relativa ad altri effetti commerciali, esente ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. d), della direttiva IVA, essa deve formare un insieme distinto, valutato globalmente, che abbia l'effetto di adempiere le funzioni specifiche ed essenziali di una siffatta operazione. Nel caso concreto, la prestazione consistente nella messa a disposizione di fondi era intrinsecamente legata all'emissione delle cambiali, dal momento che è proprio trasferendo le stesse alle società di *factoring* che la Franck aveva ottenuto da queste ultime gli importi che essa aveva poi messo a disposizione della Konzum. Di conseguenza, poiché la Franck era parte nei contratti aventi ad oggetto le cambiali, essa ha svolto le funzioni specifiche ed essenziali di un'operazione relativa a queste ultime, e pertanto tale prestazione costituisce un'operazione relativa ad altri effetti commerciali, esente dall'IVA conformemente all'art. 135, par. 1, lett. d), della direttiva IVA. Di conseguenza, alla luce di quanto detto finora la Corte ha stabilito che:

"L'articolo 135, paragrafo 1, lettere b) e d), della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che l'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto, che tali disposizioni prevedono, rispettivamente, per la concessione di crediti e le operazioni relative ad altri effetti commerciali, si applica a un'operazione che consiste, per il soggetto passivo, nel mettere a disposizione di un altro soggetto passivo, dietro corrispettivo, fondi ottenuti da una società di *factoring* a seguito del trasferimento a quest'ultima di una cambiale emessa dal secondo soggetto passivo, mentre il primo soggetto passivo garantisce il pagamento a tale società di *factoring* della suddetta cambiale alla sua scadenza".

(20) CGUE 4 settembre 2019, Causa C-71/18, *KPC Hering*, punto 35.

(21) *Ibidem*, punto 38.

(22) CGUE 8 dicembre 2016, Causa C-208/15, *Stock '94*, punto 29.

(23) CGUE 15 maggio 2019, Causa C-235/18, *Vega International Car Transport and Logistic*, punto 43.

(24) CGUE 17 ottobre 2019, Causa C-692/17, *Paulo Nascimento Consulting*, punto 38.

(25) CGUE 15 maggio 2019, Causa C-235/18, *Vega International Car Transport and Logistic*, punti 47-48.

(26) CGUE 22 novembre 2018, Causa C-295/17, *MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia*, punto 43.

INDICE ALFABETICO DEGLI AUTORI

Bini Mauro <i>Professore ordinario di Finanza Aziendale presso l'Università di Milano L. Bocconi</i> Il valore del diritto al risarcimento nelle controversie per danno (<i>litigation claim</i>)	305
Busani Angelo <i>Notaio in Milano</i> Osservatorio Consob	365
Colombo Giuseppe <i>Avvocato in Milano</i> Rinuncia all'esercizio del diritto di voto da parte del creditore pignoratorio e opponibilità alla società della convenzione di voto non iscritta nel Registro delle Imprese	294
de Campo Valentina <i>Avvocato in Milano</i> Competenza del Tribunale delle imprese: il nesso necessario tra "rapporti societari" e "petitum sostanziale"	262
Carbone Vincenzo <i>Presidente Emerito onorario della Suprema Corte di Cassazione</i> Osservatorio di giurisprudenza di legittimità	359
Gabbiani Matteo <i>Borsista di ricerca presso l'Università di Firenze</i> La tutela cautelare in materia societaria	348
Gabelli Massimo <i>Dottore commercialista in Milano</i> Osservatorio fiscale	367
Giuffrè Romilda <i>Avvocato in Napoli</i> Osservatorio di giurisprudenza di legittimità	359
Grasso Giampaolo <i>Avvocato in Milano</i> Osservatorio Consob	365
Pagni Ilaria <i>Professore ordinario di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Firenze - Avvocato in Roma e Milano</i> Liti societarie e processo: strumenti di lavoro per un rapporto non semplice	341
Pederzini Elisabetta <i>Professore associato di Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Trento</i> Poteri di rappresentanza degli amministratori di società a responsabilità limitata e inopponibilità delle limitazioni relative alla titolarità	282

Piergallini Carlo <i>Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Macerata</i> La gestione ermeneutica del rischio normativo internazionale nel contesto della responsabilità da reato degli enti	321
Salafia Vincenzo <i>Presidente aggiunto onorario della Corte di cassazione</i> Particolare decisione contenuta in un provvedimento ex art. 2409 c.c.	277
Santoriello Ciro <i>Magistrato presso la Procura di Torino</i> Società a partecipazione pubblica, procedure fallimentari e responsabilità penali degli amministratori e dirigenti	328
Stabilini Alessandra <i>Avvocato in Milano e Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Milano</i> Osservatorio di giurisprudenza di merito	359
Stillo Marco <i>Avvocato in Milano e Bruxelles</i> Osservatorio europeo	371
Tronci Luca <i>Dottore di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa</i> La motivazione delle decisioni di aumento e riduzione del capitale sociale	268

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia Ue 17 dicembre 2020, causa C-346/19	371
17 dicembre 2020, causa C-801/19	373
Cassazione Civile 25 gennaio 2021, n. 1519	360
22 dicembre 2020, n. 29325	359
16 dicembre 2020, n. 28719	359
16 dicembre 2020, n. 28718	359
15 dicembre 2020, n. 28551	367
14 dicembre 2020, n. 28401	367
15 ottobre 2020, n. 22327	261
22 luglio 2020, n. 15647	267
Cassazione Penale 14 dicembre 2020, n. 35696	369
Tribunale Milano 27 novembre 2020	265
Napoli 8 ottobre 2020	361

Vicenza 6 ottobre 2020	362
Milano 10 settembre 2020	291
Roma 10 settembre 2020	279
Napoli 8 settembre	363
Torino 1° luglio 2020	362

INDICE CRONOLOGICO DELLA PRASSI

Agenzia delle Entrate

Risposta a interpello 31 dicembre 2020, n. 643 ...	370
Risposta a interpello 22 dicembre 2020, n. 613 ...	368
Risposta a interpello 16 dicembre 2020, n. 587 ...	369

Consob

Delibera 3 settembre 2019, n. 21031	366
Delibera 1° agosto 2019, n. 21026	365
Delibera 27 luglio 2016, n. 19696	365

INDICE ANALITICO

Mercati finanziari

Consob

Poteri

Ordine di cessazione, ai sensi dell'art. 7-octies, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 58/1998 (Delibera 3 settembre 2019, n. 21031 - <i>Osservatorio Consob</i>)	366
---	------------

Intermediazione finanziaria

Sanzioni amministrative

Applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti del sig. tizio, esponente di una impresa di investimento e, a titolo di responsabilità solidale, nei confronti della medesima impresa di investimento, per violazione dei canoni di diligenza, correttezza e trasparenza (Delibera 27 luglio 2016, n. 19696 - <i>Osservatorio Consob</i>)	365
---	------------

Processo

Liti societarie

Disciplina

Liti societarie e processo: strumenti di lavoro per un rapporto non semplice, di <i>I. Pagni</i>	341
--	------------

Tutela cautelare

Disciplina

La tutela cautelare in materia societaria, di <i>M. Gabbiani</i>	348
--	------------

Regime fiscale

Accertamento

Disciplina

Il socio ed il liquidatore rispondono dei debiti tributari della società estinta solo nel caso l'Agenzia provi i presupposti della responsabilità civile (Cass., Sez. trib., 14 dicembre 2020, n. 28401 - <i>Osservatorio fiscale</i>)	367
---	------------

L'atto richiamato nell'avviso di accertamento deve essere allegato se non in possesso del contribuente, non essendo sufficiente una mera segnalazione (Cass., Sez. trib., 15 dicembre 2020, n. 28551 - <i>Osservatorio fiscale</i>)	367
--	------------

Imposte indirette

Disciplina

L'Agenzia delle Entrate chiarisce il regime agevolato dei trasferimenti di interi fabbricati a favore di imprese di costruzione o ristrutturazione immobiliare (Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 22 dicembre 2020, n. 613 - <i>Osservatorio fiscale</i>)	368
--	------------

Iva

Non si configura il reato di omesso versamento iva se si fornisce la prova della sussistenza di una reale impossibilità a superare la crisi economica non imputabile all'imprenditore (Cass. Pen. 14 dicembre 2020, n. 35696 - <i>Osservatorio fiscale</i>)	369
--	------------

Imposte sui redditi

Disciplina

Dividendi provenienti da <i>paesi black list</i> : i chiarimenti delle Entrate (Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 16 dicembre 2020, n. 587 - <i>Osservatorio fiscale</i>)	369
---	------------

Operazioni straordinarie

Fusione

Valutazione antiabuso: ammissibile il trasferimento per fusione del credito di imposta per ricerca e sviluppo (Agenzia delle Entrate, risposta a interpello 31 dicembre 2020, n. 643 - <i>Osservatorio fiscale</i>) .	370
--	------------

Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche

Responsabilità da reato

Disciplina

La gestione ermeneutica del rischio normativo internazionale nel contesto della responsabilità da reato degli enti, di <i>C. Piergallini</i>	321
--	------------

Società a partecipazione pubblica

Amministratori

Responsabilità penali

Società a partecipazione pubblica, procedure fallimentari e responsabilità penali degli amministratori e dirigenti, di *C. Santoriello* **328**

Società a responsabilità limitata

Amministratori

Rappresentanza

Poteri di rappresentanza degli amministratori di società a responsabilità limitata e inopponibilità delle limitazioni relative alla titolarità (Trib. Roma, Sez. Impr., 10 settembre 2020), commento di *E. Pederzini* **279**

Atto costitutivo

Modificazioni

La motivazione delle decisioni di aumento e riduzione del capitale sociale (Cass. 22 luglio 2020, n. 15647), commento di *L. Tronci* **267**

Delibera assembleare

Impugnazione

Rinuncia all'esercizio del diritto di voto da parte del creditore pignoratorio e opponibilità alla società della convenzione di voto non iscritta nel Registro delle Imprese (Trib. Milano, Sez. Impr., 10 settembre 2020), commento di *G. Colombo* **291**

Trasformazione

Disciplina

Fallimento (Cass. 25 gennaio 2021, n. 1519 - Osservatorio di giurisprudenza di legittimità) **360**

Società di capitali

Amministratori

Responsabilità

Azione sociale di responsabilità (Cass. 16 dicembre 2020, n. 28718 - Osservatorio di giurisprudenza di legittimità) **359**

Particolare decisione contenuta in un provvedimento ex art. 2409 c.c. (Trib. Milano 20 novembre 2020), commento di *V. Salafia* **275**

Revoca

Amministratore e giusta causa di revoca (Cass. 16 dicembre 2020, n. 28719 - Osservatorio di giurisprudenza di legittimità) **359**

Bilancio

Apporto dei soci

Apporti dei soci (Cass. 22 dicembre 2020, n. 29325 - Osservatorio di giurisprudenza di legittimità) **359**

Approvazione

Ipotesi di nullità delle delibere di approvazione del bilancio e di inefficacia delle delibere di trasformazione della società consortile (Trib. Napoli 8 settembre 2020 - Osservatorio di giurisprudenza di merito) **363**

Holder di fatto

Requisiti

Holder società di fatto (Trib. Vicenza, Sez. fall., 6 ottobre 2020 - Osservatorio di giurisprudenza di merito) **362**

Patto parasociale

Disciplina

Patti parasociali, azionista di maggioranza e amministratore di fatto (Trib. Napoli 8 ottobre 2020 - Osservatorio di giurisprudenza di merito) **361**

Società di persone

Società semplice

Statuto

Nullità della clausola di consolidazione di una società semplice (Trib. Torino 1° luglio 2020 - Osservatorio di giurisprudenza di merito) **362**

Società quotate

Obblighi di pubblicità

Sanzioni amministrative

Sanzione amministrativa pecuniaria per violazione dell'art. 114, D.Lgs. n. 58/1998 e delle relative norme attuative (Delibera 1° agosto 2019, n. 21026 - Osservatorio Consob) **365**

Tribunale delle imprese

Competenza

Disciplina

Competenza del Tribunale delle imprese: il nesso necessario tra "rapporti societari" e "petitum sostanziale" (Cass. 15 ottobre 2020, n. 22327), commento di *V. de Campo* **261**

Unione europea

Fiscalità

Disciplina

Sull'indicazione del numero della fattura e sulla richiesta di rimborso (Corte di Giustizia Ue 17 dicembre 2020, causa C-346/19 - *Osservatorio europeo*) **371**

Sulle nozioni di "concessione di crediti" e di "altri effetti commerciali" (Corte di Giustizia Ue 17 dicembre 2020, causa C-801/19 - *Osservatorio europeo*) **373**

Valutazioni e bilancio

Litigation claims

Disciplina

Il valore del diritto al risarcimento nelle controversie per danno (*litigation claim*), di M. Bini **305**

Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/lesocieta

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Tania Falcone

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'Industria, 2 - 36100 Vicenza

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 452 del 28 novembre 1981

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.570
e-mail: redazione.lesocieta.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02824761
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano.
Servizio Clienti: tel. 02 824761
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wolterskluwer.com
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/lesocieta
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo: www.edicolaprofessionale.com/lesocieta

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 280,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 259 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 560,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 259,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

— Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano

oppure

— Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).