



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI
ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,
AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN
ECONOMIC AND LEGAL SYSTEMS: SOCIETY,
ENVIRONMENT, CULTURES

**QUADERNI DEL
DIPARTIMENTO
JONICO**

n. 2/2015



**CASI E MATERIALI DI DIRITTO COMMERCIALE
AD USO DEGLI STUDENTI**

A CURA DI

DANIELA CATERINO

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

COORDINATORE DELLA COLLANA

Francesco Mastroberti

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

Bruno Notarnicola, Domenico Garofalo, Riccardo Pagano, Giuseppe Labanca, Francesco Mastroberti, Nicola Triggiani, Aurelio Arnese, Giuseppe Sanseverino, Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Antonio Felice Uricchio, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Giuseppe Labanca, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Ferdinando Parente, Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Sebastiano Tafaro, Nicola Triggiani, Umberto Violante

COMITATO REDAZIONALE

Stefano Vinci (coordinatore), Cosima Ilaria Buonocore, Patrizia Montefusco, Maria Rosaria Piccinni, Angelica Riccardi, Giuseppe Sanseverino, Adriana Schiedi

Redazione:

Prof. Francesco Mastroberti
Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco, Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
E-mail: francesco.mastroberti@uniba.it
Telefono: + 39 099 372382
Fax: + 39 099 7340595
<http://www.annalidipartimentojonico.org>

REGOLAMENTO DEI QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE - DJSGE

Art. 1. Direzione

La direzione dei Quaderni è affidata al Direttore del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture - Università degli Studi di Bari, Aldo Moro (d'ora in poi denominato anche con l'acronimo DJSGE), che si potrà avvalere di un coordinatore eletto dal Consiglio di Dipartimento e a sua volta di una Commissione per lo svolgimento delle procedure di valutazione e di un comitato redazionale per la pubblicazione on-line.

Art. 2. Comitato scientifico

Il comitato scientifico della collana è formato da tutti i professori ordinari ed associati afferenti al DJSGE con l'aggiunta di docenti ordinari di chiara fama di nazionalità estera di discipline attinenti alle aree di ricerca del DJSGE. La proposta di inserimento di un docente estero nel comitato scientifico della collana, presentata da un professore o da un ricercatore afferente al DJSGE, sarà discussa ed approvata in Consiglio di Dipartimento.

Art. 3 Procedura di referaggio

Il referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari sorteggiati dalla Commissione nell'ambito dell'apposito elenco. Il revisore è vincolato al riserbo assoluto intorno alle valutazioni formulate e si impegna a non divulgare il lavoro ed i relativi contenuti, da intendersi strettamente confidenziali. All'autore non è rivelato, in nessun momento, il nome del revisore che ha valutato il lavoro, né il revisore deve conoscere per nessun motivo il nome dell'autore dell'opera o averne letto stesure o bozze preliminari a quella sottoposta a revisione. I nominativi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati nella rivista sono pubblicati in apposito elenco senza riferimento ai lavori valutati. La Direzione (o un componente della commissione) invia al revisore il singolo lavoro solo dopo che la Direzione abbia ritenuto il lavoro preliminarmente approvabile. Il revisore restituisce il contributo e la scheda nella quale esprime il giudizio "favorevole" o "non favorevole"; il giudizio "favorevole" può essere corredato dall'indicazione di "eventuali criticità" che possono importare una revisione o modificazione del lavoro. Nel caso di giudizio "favorevole" accompagnato dalla specificazione di "eventuali criticità" il lavoro è restituito all'autore per le conseguenti modifiche da apportare. La Direzione e la Commissione ha la responsabilità ultima della decisione di pubblicare o meno il contributo, ferma restando l'esclusiva responsabilità dell'autore per i suoi contenuti. I revisori sono scelti in modo da rappresentare diverse aree disciplinari e con presenza di studiosi che siano professori di ruolo equivalente all'ordinario in Università straniere.

L'elenco dei revisori e dei lavori valutati da ciascuno di essi viene aggiornato annualmente ed è riservato. L'elenco e la conservazione delle schede di valutazione sono sottoposti alla vigilanza e custodia del direttore e della commissione che a richiesta possono consentire, ove necessario e previsto, l'accesso ai dati.

Il comitato redazionale mette a disposizione dei revisori una scheda (formato .doc e .pdf) già predisposta per la peer review. Essa è disponibile qui sotto cliccando sulle relative icone.

Art. 4 Licenza

I Quaderni del Dipartimento Jonico sono diffusi con licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT). Gli autori con l'invio dei loro contributi alla commissione accettano espressamente le regole previste dalla licenza CC BY-NC-ND 3.0 IT nonché tutte le modalità di utilizzo e diffusione dei loro lavori indicate nel presente sito.

**CASI E MATERIALI DI DIRITTO COMMERCIALE
AD USO DEGLI STUDENTI**

A CURA DI

DANIELA CATERINO

Al mio Maestro

INDICE SOMMARIO

Presentazione (di Sabino Fortunato)	pag. 13
Guida all'uso del volume (e non solo)	pag. 15
Parte I – Impresa	pag. 19
Parte II – Società di persone	pag. 99
Parte III – Società di capitali e mercati finanziari	pag. 189
Parte IV – Procedure concorsuali	pag. 343
Indice analitico dei contributi al volume	pag. 395

PRESENTAZIONE

L'è book curato dalla prof.ssa Caterino rinverdisce una lunga tradizione degli studi giuridici, spesso trascurata nell'insegnamento delle nostre discipline.

Fra il 1974 e il 1998 sono stati pubblicati per i tipi della Giuffrè (a cura dei Direttori di "Giurisprudenza commerciale") quattro volumi dedicati alla raccolta di "casi e materiali di diritto commerciale", ai quali si aggiunge anche l'Antologia curata da Francesco Galgano nel 1989.

Ma la particolarità dei "casi e materiali" che qui si presentano sta nella loro destinazione "ad uso degli studenti", il taglio insomma più specificamente didattico, grazie anche all'impegno di una folta schiera di giovani e valorosi collaboratori che, sotto l'attenta e perspicace direzione della Caterino, hanno diligentemente annotato i provvedimenti giurisdizionali offerti all'attenzione dei ragazzi.

In questo modo gli studenti possono confrontarsi sin dai primi anni del loro corso universitario con il "diritto vivente", e non solo con il "sistema" ricostruito a lezione.

I temi ruotano intorno ai nuclei fondamentali del diritto commerciale. L'impresa, innanzitutto, nelle sue articolate qualificazioni di impresa commerciale, agricola e artigiana, nonché negli aspetti concorrenziali. Il diritto societario, nella "summa divisio" fra società personali e società di capitali, senza trascurare i problemi che l'approvvigionamento dei mezzi finanziari sul mercato solleva a carico dei risparmiatori. E le procedure concorsuali, declinate soprattutto nel fallimento, che – nonostante la travagliata e sempre incompiuta riforma – resta al centro del sistema concorsuale.

Non è certo la completezza che si ricerca in una raccolta di casi e materiali, ma la esemplificazione di un metodo applicato alla concretezza delle questioni che il vivere sociale continuamente rinnova. E mi sembra che questo libro meriti ogni favorevole apprezzamento nella speranza che possa attrarre altri giovani forze al faticoso ma pur sempre intrigante "mestiere" di interprete del diritto.

Sabino Fortunato

GUIDA ALL'USO DEL VOLUME (E NON SOLO)

Da oltre un decennio, ormai, all'interno dei miei corsi di Diritto Commerciale I e II svolti nel Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza dell'Università degli studi di Bari "A. Moro" con sede a Taranto (già II Facoltà di Giurisprudenza), propongo agli studenti, a margine delle lezioni frontali, un'attività integrativa svolta con il supporto indispensabile e prezioso di un gruppo di giovani e valenti collaboratori alla cattedra: l'esame di provvedimenti giudiziari di varia natura, nonché di atti e documenti tratti dalla vita reale e dall'esperienza professionale mia, di amici e colleghi.

Gli studenti più volenterosi (e ce ne sono, a dispetto delle pessimistiche considerazioni sui "giovani di oggi" che facilmente aleggiano tra noi accademici) si assumono l'onere e l'onore di studiare i casi e di proporli all'uditorio, vestendo i panni del giudice o dei legali di parte, secondo un modello di simulazione del processo che riviene da una gloriosa tradizione dell'Ateneo barese e che ha visto nel prof. Luca Buttaro, Maestro del mio Maestro, uno dei più convinti e appassionati sostenitori.

Questo volume raccoglie i casi trattati nelle esercitazioni di Diritto Commerciale I e II nel corso dell'A.A. 2012/2013. Esso vuole costituire, prima di tutto, per gli studenti che frequentano i corsi di Diritto commerciale uno strumento di approfondimento e conoscenza nel concreto dell'applicazione giurisprudenziale delle principali tematiche affrontate a lezione e una guida per la partecipazione alle esercitazioni; ma ancor più serve agli studenti che, per scelta o per necessità, non frequentano i corsi, in quanto li mette di fronte ad una diversa prospettiva di analisi delle norme e (mi auguro) li aiuta a comprendere ragioni e metodi dello studio del Diritto Commerciale, più di quanto potrebbe fare la semplice lettura non guidata dei testi didattici e delle norme.

Ciascun caso viene presentato secondo uno schema standard:

- 1) il provvedimento e gli eventuali atti, sfrondati delle parti non strettamente necessarie agli scopi didattici;
- 2) i titoletti (che servono a classificare la pronuncia secondo partizioni prefissate, consentendo al lettore di individuare immediatamente l'argomento cui attiene e il principio di diritto affermato);
- 3) i richiami normativi, che individuano le norme la cui lettura e comprensione è indispensabile allo studio del caso;
- 4) la massima, che enuncia analiticamente il principio di diritto contenuto nel provvedimento;
- 5) il commento, che guida il lettore attraverso il ragionamento condotto dal giudice, indicandogli il percorso logico/giuridico e le regole di diritto positivo utilizzate per la soluzione del caso;
- 6) le indicazioni bibliografiche, volutamente non troppo ampie, giacché si limitano a rimandare ad alcune fonti ulteriori che rappresentano punti di partenza basilari per avviare uno studio analitico di ciascuna tematica.

Talvolta al centro dell'approfondimento non è una pronuncia giurisprudenziale, ma un documento, parimenti idoneo ad illuminare aspetti problematici o particolarmente interessanti nella prospettiva dello studio del Diritto commerciale. In questo caso, al documento seguono immediatamente il commento/guida alla lettura e le indicazioni bibliografiche.

I casi e i materiali sono classificati in quattro macro-categorie: diritto dell'impresa, delle società di persone, delle società di capitali e dei mercati finanziari, delle procedure concorsuali. In più di un'occasione, peraltro, la classificazione (pur necessaria ai fini dei programmi didattici) si rivela quasi artificiale, per la capacità del diritto vivente di intersecare e racchiudere in sé molteplici aspetti della realtà. Lo studente saprà cogliere in questa apparente difficoltà un ulteriore stimolo allo studio critico e non mnemonico delle due diverse parti del programma d'esame, che certo non possono essere apprese come due compartimenti stagni, indipendenti e non comunicanti tra loro.

Il lavoro è frutto dell'esperienza e dell'impegno condiviso di una vera e propria squadra, che mi onoro di coordinare. A tutti i partecipanti vanno il mio affettuoso ringraziamento per l'impegno profuso e

la promessa di proseguire insieme, se vorranno, in questo e in tanti altri progetti di studio e di ricerca.

Al dr. Antonio Morelli, già Presidente del Tribunale di Taranto, al dr. Pietro Genoviva, Presidente della Sezione Fallimentare del medesimo Tribunale, ai magistrati e cancellieri tutti del Tribunale Civile di Taranto la gratitudine di noi tutti per il supporto e la collaborazione nel segnalare e tempestivamente mettere a disposizione numerosi dei provvedimenti che formano oggetto di questo volume.

Al prof. Sabino Fortunato, infine, mio Maestro, cui l'opera è dedicata, il ringraziamento per avermi trasmesso la passione per la ricerca e per la didattica fin da quando, fresco di incarico come Professore straordinario presso la (all'epoca) Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Bari, tenne il corso di Diritto Commerciale nell'A.A. 1988/89, che è ancora vivido nella mia memoria per la ricchezza degli spunti e la nitidezza dell'approccio.

Daniela Caterino

PARTE I

IMPRESA

Caso n. 1

CONCORRENZA SLEALE

di
Barbara Mele

I. L'atto giudiziario introduttivo

TRIBUNALE DI BARI - SEZIONE SPECIALIZZATA
PER LA PROPRIETÀ INDUSTRIALE ED INTELLETTUALE
RICORSO PER DESCRIZIONE, ACCERTAMENTO E PERIZIA
EX ART. 161 DELLA L. N. 633/1941 E ART. 129 DEL C.P.I.,
NONCHÉ EX ART. 156 DELLA L. N. 633/1941, DELL'ART. 131
C.P.I., E/O DELL'ART. 700 C.P.C. –
INAUDITA ALTERA PARTE

Nell'interesse della società P.I. s.r.l. (...), in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante pro tempore L.C., rappresentata e difesa dagli avv.ti A.S.G. e M.B. (omissis)

CONTRO

La società L.M. s.r.l.

NONCHÉ CONTRO

Il sig. F.F.

FATTO

A) La P.I. s.r.l. svolge attività di progettazione, realizzazione ed installazione di impianti industriali, nonché di vendita di macchinari ed attrezzature destinate all'industria.

B) Nella propria attività, P.I. ha sviluppato una serie di competenze tecniche che ne fanno oggi una delle realtà più competitive nel proprio settore di attività.

C) Sin dal 2000 e fino al marzo 2011, con brevi interruzioni, il sig. F.F. ha lavorato alle dipendenze di società del gruppo di imprese facenti capo alla ricorrente (prima con P.I., nel 2007 con I. B. s.r.l. e poi, a partire dal 2008, di nuovo con P.I.). Il dipendente ha espletato mansioni di tecnico-commerciale nel settore elettrostrumentale dell'impresa.

Nel periodo 2009-2010, la P.I. ha intrattenuto rapporti commerciali anche con la soc. L.M. s.r.l., costituita dal proprio (ex) dipendente F.F. nel maggio 2009, in costanza di rapporto lavorativo.

I rapporti tra le parti hanno avuto ad oggetto attività commissionate esclusivamente alla P.I.

D) Nell'anno 2011 la P.I. ha realizzato una brochure promozionale relativa al settore elettrostrumentale, contenente 16 immagini ritraenti strumentazioni e/o macchinari oggetto di lavori effettuati nell'ambito della propria attività d'impresa.

E) Solo recentemente, e per la precisione alla fine del mese di marzo del 2012 la ricorrente ha avuto notizia della realizzazione e della diffusione, da parte di L.M., di una propria brochure promozionale il cui contenuto risulta in gran parte coincidente con quello del documento precedentemente realizzato dalla ricorrente e comunque raffigurante macchinari e/o realizzazioni riconducibili ad attività della società P.I.

In poche parole, la L.M., con la brochure in questione, si propone nel mercato di riferimento della P.I. "spacciando" come proprio il bagaglio di competenza e di esperienza che appartiene alla ricorrente. Siffatta condotta – illegittima sotto i molteplici profili trattati nel prosieguo dell'atto – è senz'altro fonte di un notevole danno per la P.I.

F) La brochure L.M. presenta una veste grafica molto simile a quella utilizzata dalla P.I., oltre ad utilizzare il medesimo carattere di scrittura.

Si sintetizzano qui di seguito, per ciascuna pagina, gli elementi rinvenuti dall'analisi della brochure L.M. che rivelano l'illegittimità della condotta posta in essere dalla stessa L.M. e dal sig. F.F. Ciò, in particolare, con riferimento alla presentazione dell'impresa L.M. e alla promozione delle sue attività mediante la realizzazione e la diffusione di un documento contenente informazioni ed immagini promosse come proprie, ma in realtà sottratte alla P.I. o comunque riconducibili all'attività di quest'ultima.

1. Pag. 3 brochure L.M. Si riscontra una piena e sostanziale coincidenza con la pag. 2 della brochure P.I., sia nelle immagini ripro-

dotte (tutte riferite a realizzazioni P.I. presso la centrale termoelettrica T.P. s.p.a.), sia nelle indicazioni scritte poste a corredo delle immagini.

2. Pag. 4 brochure L.M. L'immagine contrassegnata con la lettera A riproduce un silicometro fornito da P.I. a T.P. L'immagine contrassegnata con la lettera B raffigura un "armadio strumentale" installato dalla P.I. L'immagine contrassegnata con la lettera C riproduce "banchi analisi" realizzati da P.I. per la I.C.

3. Pag. 5 brochure L.M. Le immagini contrassegnate con i nn. 5 e 6 e le indicazioni sottostanti risultano essere coincidenti con quelle contenute a pag. 3 della brochure P.I. e sono relative ad attività da questa effettuate presso la centrale termoelettrica T.P. s.p.a. Le immagini contrassegnate con le lettere D ed E ritraggono una "centralina allarme" e relativi "sensori rilevazione gas" oggetto di una realizzazione P.I. per la società E.N.

4. Pag. 6 brochure L.M. L'immagine contrassegnata con il n. 7 è la stessa utilizzata nella brochure P.I. e ritrae un dipendente di quest'ultima. La fotografia contenuta nella brochure L.M. risulta ritoccata per cancellare la scritta "P.I." sulla casacca del soggetto. Le indicazioni scritte riportate nella medesima pagina risultano largamente coincidenti con quelle contenute nella brochure P.I.

(omissis)

IN DIRITTO

A) Sulle violazioni poste in essere da controparte.

1. Premessa.

Il comportamento di parte resistente appare illecito sotto plurimi e concorrenti profili.

Innanzitutto, si evidenzia che le immagini presenti all'interno della brochure di L.M. riproducono in toto immagini presenti all'interno della brochure di parte ricorrente.

Il legale rappresentante della società L.M., sig. F.F., ha evidentemente sfruttato le conoscenze acquisite all'interno della società P.I. per riprodurre fedelmente un "clone" della propria precedente esperienza aziendale e addirittura eliminando la denominazione, il marchio e i loghi della società P.I. e "spacciando" il tutto per immagini di L.M.

Per questo motivo si ritiene che la legittimazione passiva debba essere riconosciuta ad entrambi i resistenti.

Del resto, in assenza delle informazioni riservate e del know how acquisito dal sig. F.F. e senza l'apporto di quest'ultimo, la società L.M. non avrebbe potuto attivarsi in determinati ambiti e, soprattutto, non avrebbe potuto realizzare una brochure in cui riprodurre elementi propri della società ricorrente.

(Omissis).

2. La concorrenza sleale per appropriazione di pregi e la concorrenza parassitaria.

Controparte ha posto in essere un'attività di concorrenza sleale censurabile ai sensi dell'art. 2598, n. 1, n. 2 e n. 3, c.c.

Innanzitutto, parte resistente si sta avvalendo di una "concorrenza confusoria", cercando di ingenerare confusione nel pubblico, ponendo in essere «atti idonei a creare confusione con i prodotti o con l'attività di un concorrente» (art. 2598, n. 1, c.c.).

In effetti, la realizzazione della brochure contenente le immagini di P.I. può ben essere ricondotta nell'alveo di tale responsabilità.

È chiara altresì una ipotesi di "concorrenza parassitaria".

*Come noto, la concorrenza parassitaria consiste in «una imitazione sistematica, continua e protratta nel tempo di tutte le iniziative di un concorrente, che si traduce in un cammino costante sulle orme altrui, nella adozione immediata di ogni iniziativa del concorrente, allo scopo di sfruttare tutti gli studi, le ricerche, la creatività e l'originalità posti in essere dal concorrente e da impedire a costui di cogliere da solo il meritato frutto immediato delle proprie creazioni» (Trib. Torino, 26 gennaio 2009, in *Platinum*, Torino, 2012. Conforme anche: Trib. Firenze, 8 marzo 2010, in *Dir. autore*, 2010, fasc. 3, 301, con nota di A. Fittante).*

Ebbene, nel caso in esame parte resistente non ha fatto altro che "copiare ed incollare" quanto già realizzato da parte ricorrente, senza porre in essere alcuna attività realmente originale.

*Come chiarito dalla giurisprudenza, costituisce concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c. l'utilizzare nei propri cataloghi di fotografie appartenenti a un proprio concorrente, «ancorché nel passato siano esistiti rapporti commerciali» (Trib. Milano, 21 luglio 1994, in *Giur. dir. ind.*, 1995, 530).*

3. In particolare: l'imitazione servile posta in essere da controparte.

Evidentemente, come anticipato, si è in presenza di un fenomeno di imitazione servile.

[nota del legale di parte attrice]

L'imitazione servile è vietata dall'art. 2598, n. 1, c.c. Come noto, la disposizione tutela le forme connotate da efficacia individualizzante e diversificatrice del prodotto rispetto ad altri simili, dovendosi ritenere esclusi «gli elementi formali dei prodotti imitati che, nella percezione del pubblico, non assolvano ad una specifica funzione distintiva del prodotto stesso intesa nel duplice effetto di differenziarlo rispetto a prodotti simili e di identificarlo come riconducibile ad una determinata impresa» (in tal senso: Trib. Milano, 26 maggio 2010, in *Platinum*, Torino, 2012). Quindi, per invocare la tutela offerta dall'art. 2598, n. 1, c.c., è necessario dimostrare che la forma del prodotto realizzato dall'impresa concorrente abbia un valore individualizzante e distintivo. E, secondo la giurisprudenza, tale caso ricorre nell'ipotesi in cui si verifichi la fabbricazione di prodotti identici nella forma a quelli dell'impresa concorrente, ovvero «laddove la ripetizione dei connotati formali non si limita a quei profili resi necessari dalle stesse caratteristiche funzionali del prodotto, ma si spinge a profili del tutto inessenziali alla funzione, quali ad es. l'adozione di un particolare colore o di altri particolari del tutto indifferenti alla dimensione funzionale del prodotto, tale da permettere al consumatore di ricollegare immediatamente il prodotto alla ditta produttrice» (sic Trib. Bologna, 24 febbraio 2009, inedita). Del resto, come osservato dal Tribunale di Firenze, «ai fini del giudizio sull'imitazione servile, la confondibilità non va accertata con riguardo ai singoli particolari e neppure operando un'analisi in concreto dei prodotti interessati a confronto tra loro, bensì con riguardo all'impressione generale che il loro aspetto d'insieme può provocare sul consumatore medio cui essi sono destinati, attraverso il c.d. giudizio mnemonico a distanza» (Trib. Firenze, 17 novembre 2006, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007).

A tal proposito, si può ricordare che un recente provvedimento emesso dalla Suprema Corte (del 26 novembre 2008, n. 28215, in

Foro it., 2009, 2, 1, 361) ha chiarito che – affinché si possa parlare di “imitazione servile” – sono necessari due specifici presupposti, ovvero: a) la presenza dei caratteri di originalità del prodotto imitato e b) l’assenza di qualsiasi elemento distintivo idoneo a paleare la diversa provenienza di un prodotto rispetto all’altro, secondo un apprezzamento che dev’essere riferito ai consumatori dei prodotti presi in considerazione.

Ebbene, chiunque, consultando la brochure della parte resistente non sarebbe in grado di distinguere i prodotti ed i servizi della resistente da quelli della ricorrente!

*E, del resto, la stessa Suprema Corte ha sottolineato che il divieto di imitazione servile tende a proteggere principalmente l’interesse a che l’imitatore non crei confusione con i prodotti del concorrente, realizzando le condizioni perché il potenziale acquirente possa equivocare sulla fonte di produzione (Cass., 19 gennaio 2006, n. 1062, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 181). In tal senso, si è pronunciata anche una corte di merito in un celebre caso relativo alla riproduzione di foto all’interno di un catalogo realizzato da una impresa concorrente (Trib. Milano, 4 febbraio 1993, in *Giur. dir. ind.*, 1993, 369).*

Quindi, oltre alla tutela della società ricorrente, si invoca un provvedimento a protezione degli stessi utenti, che potrebbero subire pregiudizi dall’acquisto di prodotti contraffatti e dall’essersi affidati a servizi resi da una realtà imprenditoriale inadeguata.

[nota del legale di parte attrice] L’inadeguatezza della società resistente è confermata dal fatto che la stessa sia stata costretta a ricorrere alle immagini, ai dati e al know how altrui per presentare i propri servizi.

4. Assenza di ogni diritto in capo a parte resistente.

L’attività posta in essere da parte della resistente appare del tutto illecita, in quanto priva di un qualsiasi titolo.

Infatti, controparte non ha ottenuto alcuna licenza, né alcuna cessione dei diritti di cui parte ricorrente è titolare in via esclusiva.

E, come noto, il sistema previsto dalla legge n. 633/41 e dal codice della proprietà industriale impone la necessità di dar prova per iscritto del trasferimento di diritti sulle opere dell’ingegno. E, in

questo caso, nessuna documentazione può dar prova di una legittima cessione e/o licenza dei diritti di privativa!

5. La tutela delle informazioni riservate.

Le immagini riprodotte da controparte sono innegabilmente riconducibili ad informazioni aziendali di parte ricorrente.

L'art. 98 c.p.i., che disciplina l'oggetto della tutela delle norme relative alle informazioni segrete, riproduce in larga parte il contenuto dell'art. 6bis della "legge invenzioni" (l.i.).

Anche prima dell'entrata in vigore della riforma del 1996, si riteneva che l'appropriazione di informazioni aziendali riservate relative alle caratteristiche costruttive di prodotti industriali costituisse un illecito concorrenziale, ovvero un vero e proprio atto di concorrenza sleale in base all'art. 2598 c.c. Tuttavia, la tutela delle informazioni segrete è strutturata in maniera diversa rispetto a quanto sancito dall'art. 6 bis l.i., che riteneva atto di concorrenza sleale la rilevazione a terzi oppure l'acquisizione o utilizzazione da parte di terzi in modo contrario alla correttezza professionale di "informazioni aziendali segrete". La nuova formulazione prevista dal c.p.i. esprime in positivo il principio della protezione delle informazioni aziendali. Nel recuperare l'impostazione già espressa dall'art. 6bis l.i., il d.lgs. 10 marzo 2005, n. 30 non ha inteso disciplinare tutte le informazioni aziendali, bensì esclusivamente «le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore» connotate dalla segretezza. Infatti, il c.p.i. tutela espressamente tali informazioni, qualora:

a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme, o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti e agli operatori del settore;

b) abbiano valore economico in quanto segrete;

c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.

Come chiarito nella relazione che accompagna il nuovo codice, le "informazioni segrete" formano oggetto di diritto come le nuove

invenzioni, pur essendo sprovviste di una descrizione e di una rivendicazione presenti in un titolo. Le informazioni segrete, quindi, formano l'oggetto di un diritto di proprietà industriale non incorporato in un titolo di protezione che si ottiene mediante registrazione oppure mediante brevettazione.

L'art. 99 c.p.i. dispone che, fatta salva la disciplina vigente in tema di concorrenza sleale, è vietato rivelare a terzi, oppure acquisire o utilizzare le informazioni e le esperienze aziendali tutelate. Quanto all'ampiezza della tutela, secondo un dictum (T.A.R Puglia, Bari, 19 febbraio 2007, n. 475, in FATAR, 2007, fasc. 2, 680), il know how non può essere ricompreso appieno nella categoria dei "beni giuridici immateriali", in quanto non può essere considerato né invenzione industriale, né un modello di utilità, né un modello ornamentale, né un marchio, e nemmeno può essere ricompreso nel diritto d'autore: conseguentemente, non può essere soggetto alla tutela erga omnes propria dei beni immateriali.

Ebbene, nel caso in esame, è innegabile che controparte, con un semplice "cut and copy" abbia violato i diritti relativi al know how di parte ricorrente.

La riproduzione di immagini contenenti dati aziendali propri di P.I. all'interno della brochure della società concorrente dà ampia dimostrazione del fatto che la stessa, sprovvista del know how aziendale necessario per la presentazione di taluni servizi, si sia dovuta "affidare" alla presentazione della società ricorrente.

(omissis)

Tutto ciò premesso la società ricorrente, come sopra rappresentata e difesa, in vista del giudizio di merito che si introdurrà ritualmente, e nel corso del quale si chiede l'accertamento definitivo degli illeciti dedotti con le seguenti domande inibitorie, risarcitorie, accessorie, al fine di ottenere prova dell'illecito

CHIEDE

(Omissis);

- disporre inibitoria ai sensi dell'art. 131 c.p.i., dell'art. 156 l.d.a. e/o dell'art. 700 c.p.c., per ordinare ai resistenti di astenersi dall'utilizzo delle brochure contenenti immagini di parte ricorrente, nonché ogni altro riferimento alle informazioni e ai dati di P.I.

(Omissis)

II. Il provvedimento giudiziario

TRIBUNALE DI BARI

Sezione specializzata in materia di proprietà industriale
e intellettuale

IL GIUDICE DELEGATO

letto il ricorso depositato il 2.5.2012 da P.I. s.r.l. contro L.M. s.r.l. e F.F.; esaminata la documentazione ad esso allegata.

Premesso

che la ricorrente svolge attività di progettazione, realizzazione e installazione di macchinari industriali e che ha realizzato una brochure promozionale relativa al settore elettrostrumentale contenente 16 immagini originali delle proprie realizzazioni;

che la ricorrente lamenta che la società L.M., facente capo ad un ex dipendente e legata da passati rapporti commerciali alla esponente, sta diffondendo una propria brochure promozionale che costituisce in gran parte imitazione della propria e che contiene in gran parte immagini copiate dalla stessa; che si lamenta più in generale un'attività di illecito sfruttamento non solo di immagini altrui ma anche di un know how tecnico e di informazioni riservate che appartengono alla ricorrente, con conseguente concorrenza sleale e imitazione servile; che la ricorrente chiede – ai fini dell'acquisizione della documentazione delle attività illecite sopra indicate – la descrizione della brochure e delle attività di impresa ivi rappresentate, estesa anche alla documentazione commerciale e contabile della resistente;

che alla luce della documentazione presentata appare sussistente il fumus boni iuris circa la violazione dei diritti della ricorrente;

che sussiste la necessità per la stessa di acquisire la prova dei comportamenti illeciti sopra indicati da far valere nel giudizio di merito, poiché tali elementi di prova potrebbero essere alterati o occultati;

che sussiste l'urgenza di provvedere inaudita altera parte, poiché la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento considerata la facilità con la quale potrebbero essere occultati gli elementi di prova in ordine ai comportamenti illeciti lamentati dalla ricorrente;

che sussiste la necessità di nominare un esperto in materia contabile che affianchi l'Ufficiale Giudiziario nelle suddette operazioni;

P.Q.M.

DISPONE la descrizione della brochure di cui al ricorso e delle attività e prodotti in essa descritti nonché perizia di raffronto tra le stesse e quelle di proprietà della ricorrente, il tutto presso la sede della stessa nonché in qualsiasi altro luogo in cui la stessa possa essere reperita;

DISPONE altresì la descrizione dell'eventuale materiale pubblicitario, della documentazione contabile, degli ordini, delle fatture e bolle di consegna relative alle attività e prodotti sopra indicati; il tutto presso la sede della stessa società o in qualunque altro luogo;

DISPONE che la descrizione e le altre misure siano eseguite a mezzo Ufficiale Giudiziario, con l'assistenza di un esperto che si nomina nella persona del dott. F.L. il quale potrà impiegare anche mezzi cinefotografici, acquisendo copie fotostatiche e digitali della documentazione descritta.

AUTORIZZA le parti a presenziare alle operazioni anche a mezzo di un proprio esperto e di proprio difensore di fiducia.

DISPONE che nel corso delle operazioni siano adottate tutte le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate e che la documentazione acquisita sia riposta in buste sigillate.

Fissa, per la comparizione delle parti, l'udienza del 12/06/2012 per la conferma, modifica o revoca del presente provvedimento nonché per le altre richieste di misure cautelari formulate dalla ricorrente; onera parte ricorrente della notifica del ricorso e del presente decreto al momento dell'inizio delle operazioni e comunque entro il 30/05/2012;

riserva di decidere su tutte le altre richieste all'esito della comparizione delle parti.

Bari, 05/05/2012.

Il G.D.

III. La classificazione e le massime

Concorrenza sleale – Copia della brochure pubblicitaria del concorrente – Imitazione servile e appropriazione di pregi – Sussiste.

(Artt. 2598, 2599, 2600 c.c.)

(1) Sussiste l'urgenza di provvedere inaudita altera parte, per ordinare la descrizione dei materiali pubblicitari, quando il ricorrente provi che l'impresa concorrente, facente capo ad un ex dipendente, sta diffondendo una propria brochure promozionale che costituisce in gran parte imitazione di quella del ricorrente e contiene in gran parte immagini copiate dalla stessa.

Concorrenza sleale – Utilizzo di informazioni riservate da parte dell'ex dipendente – Atti contrari alla correttezza professionale – Sussistono.

(Artt. 2598, 2599, 2600 c.c.)

(2) Analoga esigenza sussiste quando il ricorrente lamenti più in generale una attività di illecito sfruttamento non solo di immagini altrui, ma anche di know how tecnico e di informazioni riservate che appartengono alla ricorrente, tali da far fondatamente ritenere la sussistenza di atti di concorrenza sleale.

IV. Il commento

Alcune osservazioni sulla concorrenza sleale attuata mediante diffusione di una brochure pubblicitaria copiata ad un concorrente e sullo sfruttamento delle informazioni riservate.

di

Barbara Mele

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. La normativa applicabile. – 3. La concorrenza sleale perpetrata attraverso la copia di una *brochure* pubblicitaria. – 4. La disciplina delle informazioni riservate. 5. La decisione del Giudice.

1. Il sig. F.F. ha lavorato per oltre dieci anni, con brevi e irrilevanti interruzioni, presso la società P.I. s.r.l. curando in particolare il settore tecnico-commerciale. Nel 2009, quando era ancora alle dipendenze di P.I., il sig. F.F. ha fondato una sua società, la L.M. s.r.l., che ha per oggetto sociale la medesima attività svolta dalla P.I., intrattenendo

rapporti commerciali quasi esclusivamente con la stessa P.I. Nel marzo 2011 F.F. si licenziava definitivamente dalla P.I. per occuparsi soltanto della propria società. Nel marzo del 2012 la P.I. veniva casualmente a conoscenza che la L.M. stava diffondendo una propria *brochure* promozionale nella quale erano state riprodotte fotografie che ritraevano l'attività svolta dalla P.I.; una delle foto in particolare mostrava persino un dipendente della P.I.

A questo punto la società P.I. si rivolgeva al giudice della sezione specializzata per la protezione della proprietà industriale ed intellettuale, chiedendo un provvedimento volto ad inibire gli atti di concorrenza sleale posti in essere dalla L.M. Secondo parte ricorrente la L.M. aveva tenuto condotte in violazione dei divieti previsti dall'art. 2598 c.c. in materia di concorrenza e si era avvalsa illecitamente di un *know how* acquisito dal sig. F.F. durante il periodo in cui era alle dipendenze della P.I. A propria tutela, quindi, la P.I. invocava un provvedimento in via d'urgenza mediante il quale accertare concretamente, tramite ispezione, le condotte della L.M.; far cessare le medesime condotte; porre le basi per chiedere la pubblicazione della sentenza di merito, con la quale si definiva il giudizio, e il risarcimento del danno subito dalle condotte illecite tenute dalla società L.M. e dal sig. F.F.

Il ricorso presentato dalla P.I. e il provvedimento del giudice adito offrono l'occasione per soffermarsi sulle fattispecie regolate dall'art. 2598, ai nn. 1, 2 e 3, c.c. e sulla particolare situazione di concorrenza sleale generata dallo sfruttamento indebito ai propri fini di conoscenze tecniche acquisite dall'ex dipendente.

2. La concorrenza tra imprenditori viene definita sleale dal legislatore laddove un concorrente «usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente (n. 1 dell'art. 2598 c.c.); oppure, «diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente» (ipotesi definita al n. 2 del medesimo articolo); nonché «si vale direttamente o indirettamente di ogni mezzo non conforme ai

principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda» (n. 3 dell'art. 2598 c.c.).

Il legislatore provvede inoltre ad apprestare una tutela concreta per l'imprenditore danneggiato da atti di concorrenza censurabili sia statuendo, come si legge all'art. 2599 c.c., che «la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti», sia stabilendo che laddove gli atti di concorrenza sleale siano stati compiuti con dolo o colpa (il che, contrariamente al principio generale, in questo caso si presume), «l'autore è tenuto al risarcimento dei danni» e la sentenza che accerta le violazioni può essere pubblicata in uno o più giornali a spese del soccombente (come definito all'art. 2600 c.c.).

La previsione di una disciplina sulla concorrenza, ad opinione della prevalente dottrina, è finalizzata a tutelare l'efficienza del mercato mediante la repressione di condotte in spregio ai principi di correttezza che si rifletterebbero negativamente sulle scelte dei destinatari dei prodotti e dei servizi di un'impresa. La norma, sostanzialmente, tutela direttamente gli imprenditori nell'assegnare regole di correttezza nel gioco della libera concorrenza, e indirettamente i consumatori, i quali accedono, per il tramite di tale disciplina, ad un sistema informativo non falsato (Abriani e Cottino, 2001, 275).

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale della norma, l'art. 2598 c.c. ha come destinatari imprenditori legati da rapporti di concorrenza (in giurisprudenza si vedano: Cass., 22 luglio 2009, n. 17144, in *Codice civile annotato*, Napoli, 2011; Cass., 13 gennaio 2005, n. 560, *ivi*; Cass. 15 febbraio 1999, n. 1259, *ivi*; Cass. 21 ottobre 1988, n. 5716, in *Riv. dir. ind.*, 1989, II, 3; in dottrina: Ascarelli, 1960; Ghidini, 1981; Vanzetti, 2000). Tale qualifica dei soggetti cui è applicabile la disciplina sulla concorrenza sleale trova giustificazione nell'indicazione contenuta al n. 3 dell'art. 2598 c.c., secondo cui gli atti scorretti devono essere idonei a ledere l'altrui "azienda", operando in tal modo un diretto collegamento con l'imprenditore. In merito, poi, al rapporto di concorrenza esso si realizza ogni volta che due o più concorrenti svolgano la propria attività nel medesimo settore di mercato, offrendo i propri prodotti e servizi alla stessa platea di destinatari. Il concetto di rapporto di concorrenza viene inteso comunemente in senso molto ampio, in quanto esso va valutato sia in senso

territoriale (assumendo come riferimento talora persino un'area in cui l'impresa non opera, ma presso la quale può potenzialmente affermarsi), sia riguardo al profilo merceologico (nel senso della virtuale possibilità di proposta di nuovi prodotti), e, infine, anche in ragione della particolare situazione patrimoniale dell'impresa (poiché viene tutelata anche se in fase di formazione o di liquidazione e anche in pendenza di procedura concorsuale).

Finalità delle norme sulla concorrenza sleale è, in particolar modo, quella di evitare che tra i prodotti offerti sul mercato da parte di imprese concorrenti si generi confusione. A tal fine il legislatore, ai nn. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c., ha espressamente indicato le condotte che sono tipicamente considerate sleali, mentre il n. 3 è volto a ricomprendere la vasta gamma di comportamenti, seppur non esplicitamente enucleati, che, per le modalità della loro esecuzione ovvero per l'intenzione che li orienta teleologicamente, devono essere considerati irrispettosi dei principi di correttezza professionale.

In dettaglio, ai sensi del n. 1 dell'art. 2598 c.c. vengono inibiti gli atti che creano confusione mediante l'utilizzazione di nomi o segni distintivi già legittimamente utilizzati da altri concorrenti, con la finalità di prestare tutela a quei segni distintivi diversi dalla ditta, dal marchio e dall'insegna, quali ad esempio, gli slogan e i motti. Inoltre viene repressa anche la c.d. imitazione servile, che si realizza laddove un concorrente riproduce pedissequamente la forma esteriore, non essenziale e funzionale, del prodotto di un altro imprenditore, purché sia connotata dal carattere dell'originalità. Una particolare ipotesi di imitazione servile è rivestita anche dalla predisposizione di cataloghi o materiale pubblicitario mediante l'utilizzo di foto, caratteri grafici o altro già inseriti nella *brochure* di imprese concorrenti. Il n. 1 si chiude con il divieto di compiere «con qualsiasi altro mezzo» atti non rientranti tra quelli precedentemente individuati nel medesimo punto idonei a causare confusione tra prodotti di imprese concorrenti.

Il n. 2 della norma in esame è dedicato agli atti di denigrazione commerciale, quali la diffusione di «notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente idonei a determinare discredito», con il fine di vietare la divulgazione di notizie non veritiere sull'altrui prodotto o servizio. Nello stesso punto, poi, vengono vietati gli atti di «appropriazione dei pregi dei prodotti o dell'impresa» altrui, che si

possono concretare tanto con l'attribuzione in modo diretto ai propri prodotti di riconoscimenti o qualità di altri, quanto con l'accostamento suggestivo dei propri prodotti con quelli di un concorrente, così da ingenerare il convincimento che i due diversi beni vantano i medesimi pregi.

La disposizione contenuta al n. 3 dell'art. 2598 c.c. statuisce, infine, che costituiscono atti di concorrenza sleale tutti quelli non conformi alla correttezza professionale. Si pone per questa norma un rilevante quesito sul valore assunto dal richiamo ai principi di correttezza professionale in rapporto ai divieti elencati nei punti precedenti. In concreto, ci si chiede se l'obbligo per il giudice di valutare la correttezza della condotta di un imprenditore sussista solo per le ipotesi rientranti al n. 3 dell'art. 2598 c.c., ovvero debba essere valutata la lealtà anche per quelle elencate nei punti che precedono, quali la concorrenza confusoria o di denigrazione del prodotto o del servizio altrui. Le pronunce giurisprudenziali in materia sembrano andare nel senso della possibilità di eccepire la correttezza dell'imprenditore anche nel caso di atti rientranti nel novero delle condotte tipizzate ai nn. 1 e 2 della norma, sulla base del convincimento che tali condotte costituiscano soltanto un'esemplificazione delle fattispecie, tutte in realtà accomunate dall'essere contrarie all'agire corretto e proprio per questo sanzionate dal legislatore.

Sempre la giurisprudenza ha permesso di formare un elenco di massima degli atti non tipizzati e ciò nondimeno considerati scorretti, ai sensi del n. 3 dell'art. 2598 c.c. Si tratta, ad esempio, della c.d. "concorrenza parassitaria", che si attua mediante l'imitazione non confusoria ma sistematica e continua di tutte o quasi le iniziative di un concorrente; dello storno di dipendenti, ossia della pratica di assumere i dipendenti specializzati del concorrente, di per sé lecita, ma che diviene scorretta quando è finalizzata a nuocere all'altrui impresa; dello spionaggio industriale, che si traduce nella sottrazione al concorrente di informazioni riservate, quali procedimenti di fabbricazione, *know how*, elenco clienti, che hanno l'effetto di avvantaggiare l'impresa consentendole di risparmiare illecitamente i relativi costi di ricerca e sviluppo.

3. A parere di parte ricorrente, la società L.M., mediante la creazione di una *brochure* pubblicitaria che riporta le foto attestanti l'attività svolta da parte della società P.I., avrebbe integrato sia un'ipotesi di concorrenza confusoria, sia un'ipotesi di imitazione servile, sia, infine, un'ipotesi di atti più in generale in violazione degli obblighi di correttezza professionale quali la concorrenza parassitaria e lo sfruttamento di informazioni riservate.

Nel dettaglio, come ricordato, a norma del n. 1 dell'art. 2598 c.c. compie atti di concorrenza sleale chiunque «imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente».

La norma si occupa quindi di tutelare l'imprenditore dall'attività di un concorrente garantendo una protezione alla funzione distintiva dell'attività d'impresa, affinché essa non subisca uno sviamento della clientela generato dalla confusione tra il proprio prodotto e quello di altre imprese. Una particolare attenzione viene allora riservata all'attività di imitazione servile che consiste nella «riproduzione pedissequa della forma esteriore del prodotto del concorrente in maniera da renderlo confondibile con il prodotto proprio» (Abriani e Cottino, 2001, 297). L'imitazione non consentita deve essere tale da minare l'individualità del prodotto o del servizio laddove la forma esteriore non sia indispensabile alla funzione del bene stesso e deve essere tale da ingenerare nel pubblico dei soggetti destinatari di quei servizi confusione sull'impresa che offre quello stesso servizio o prodotto. Nello specifico la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che copiare il catalogo pubblicitario di un'altra impresa per pubblicizzare i propri servizi costituisca indiscutibilmente un'ipotesi di imitazione servile (così Cass., 9 novembre 1983, n. 6625, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1983, 1606; Cass., 28 maggio 1980, n., 3501, *ivi*, 50; Trib. Catania, 19 novembre 1991, *ivi*, 1991, 1109; «Costituisce concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c. l'utilizzare nei propri cataloghi fotografie appartenenti a un proprio concorrente, ancorché nel passato siano esistiti rapporti commerciali e, nella specie, le fotografie in questione apparissero nei cataloghi del soggetto passivo dell'illecito che il soggetto attivo usava, aggiungendovi un proprio volantino, per distribuire i prodotti» (non si è invece ravvisata l'illiceità della condotta alla stregua dei n. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c. perché il convenuto apponeva il suo

marchio sui propri cataloghi, contenenti le fotografie, in modo evidente), Trib. Milano, 21 luglio 1994, in *Giur. dir. ind.*, 1995, 530; «Costituisce atto di concorrenza sleale ex art. 2598 n. 1 c.c. la realizzazione di un catalogo utilizzando per l'ottanta per cento materiale fotografico eseguito su incarico di un concorrente ed avvalendosi di un'impostazione grafica studiata appositamente per quest'ultimo», Trib. Milano, 4 febbraio 1993, in *Giur. dir. ind.*, 1993, 369; in contrario, isolatamente, e con riferimento ad un'ipotesi peculiare, Pret. Vigevano, 20 marzo 1987, *Riv. dir. ind.* 1987, II, 374, secondo cui «Non sussiste concorrenza sleale per riproduzione di fotografie di un catalogo altrui, quando risulti che tutti i “depliant” pubblicitari delle macchine delle aziende operanti nel settore, presentano caratteristiche analoghe e quando le fotografie asseritamente riprodotte illustrino macchinari simili (ma non identici) a quelli del concorrente».

La parte ricorrente, inoltre, sottolineava che la *brochure* così grossolanamente copiata rendeva esplicito che la società L.M. si era appropriata di pregi riferibili alla P.I., situazione prevista come atto di concorrenza sleale al n. 2 dell'art. 2598 c.c. Su tale profilo non è utile soffermarsi a lungo, poiché non sembrano esserci dubbi sul fatto che le fotografie ritraevano il risultato dei servizi offerti dalla società P.I. e certo la L.M., benché probabilmente capace anche di offrire gli stessi servizi allo stesso livello di qualità, in ragione del fatto che il sig. F.F. aveva a lungo lavorato alle dipendenze della società ricorrente, non può usufruire indebitamente dei risultati altrui per vantare una propria asserita competenza.

Infine, a parere di parte ricorrente, la *brochure* ampiamente copiata rivela l'intenzione della società L.M. di compiere una concorrenza parassitaria. Nello specifico delle lamentele promosse in sede giudiziaria dalla società P.I., veniva evidenziato che la diffusione della *brochure* di L.M. rivelasse una condotta che riproduce passo dopo passo le scelte dell'impresa concorrente al fine di avvantaggiarsi della strategia attuata da altri. La concorrenza parassitaria, sanzionata al n. 3 dell'art. 2598 c.c. si differenzia dalle ipotesi contemplate al n. 1 del medesimo articolo per il fatto di non generare un effetto confusorio tra i prodotti e i servizi offerti da imprese concorrenti; la illiceità della condotta deriva dalla circostanza che si tratta di atti connotati per il fatto di ricalcare la politica imprenditoriale di altre imprese in modo sistematico e

continuativo. In definitiva, si tratterebbe di atti che considerati singolarmente non sono ritenuti illeciti, ma lo divengono se osservati nella loro continuità, come atti che complessivamente rivelano la tendenza di un imprenditore ad attuare un piano strategico già sperimentato da altri.

È importante però valutare se effettivamente sia stata commessa una condotta di concorrenza parassitaria. Non sembra, infatti, che tale forma di concorrenza possa essere dedotta solamente dalla *brochure* pubblicitaria copiata. Secondo la definizione offerta dalla prevalente giurisprudenza, la concorrenza parassitaria consiste nell'imitazione della *pluralità* delle iniziative di un concorrente, laddove, nel caso in esame, sembra invece che si tratti di un'unica iniziativa imprenditoriale. Solo una parte minoritaria della giurisprudenza avalla l'ipotesi di sussistenza della concorrenza parassitaria per imitazione dell'unica iniziativa realizzata con più atti, nel caso in cui quell'iniziativa sia la principale o l'esclusiva attività del concorrente.

È utile inoltre osservare che in generale si registra una certa difficoltà in giurisprudenza nell'affermare con chiarezza in relazione a fattispecie concrete se si tratti di imitazione servile o di concorrenza parassitaria, malgrado in via di principio esse siano chiare nelle loro caratteristiche differenziali (v. in tal senso, Trib. Milano, 5 luglio 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 217).

4. Bisogna distintamente soffermarsi su un ulteriore punto oggetto del ricorso presentato dalla società P.I. e preso in considerazione da parte del giudice della sezione specializzata poiché meritevole di uno specifico approfondimento. Si tratta del c.d. sfruttamento di *know how* da parte dell'ex dipendente.

Per le informazioni segrete, tra le quali pacificamente si ritiene rientri anche il *know how*, trovano applicazione gli artt. 98 e 99 del Codice della Proprietà Industriale. Il primo dei due articoli richiamati, al primo comma, statuisce che «costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete nel senso che non siano nel loro insieme, o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli

operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete». Nel successivo articolo, come modificato dal d.lgs. 131/2010, inoltre, viene stabilito che «ferma la disciplina della concorrenza sleale, il legittimo detentore delle informazioni e delle esperienze aziendali di cui all'art. 98, ha diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di acquisire, rivelare a terzi od utilizzare, in modo abusivo, tali informazioni ed esperienze, salvo il caso in cui esse siano state conseguite in modo indipendente dal terzo».

Dalla lettura dei due articoli presenti nel Codice della Proprietà industriale si evince con chiarezza che le informazioni aziendali, se segrete, ricevono tutela ai sensi del medesimo codice; se non dovessero essere qualificabili come segrete, e sussistendone gli eventuali requisiti soggettivi e oggettivi, trovano tutela ai sensi dal n. 3 dell'art. 2598 c.c.

Attività preliminare all'applicazione della disciplina sulle informazioni riservate è allora quella di distinguere quali informazioni rivestano la qualifica di riservate, coperte da segreto, e quali, pur riguardando aspetti altamente tecnici, siano comunque accessibili agli esperti del settore. Nel caso in esame il lavoratore aveva un lungo trascorso alle dipendenze delle imprese dello stesso gruppo, formando così un proprio bagaglio di esperienze lavorative, acquisendo nel tempo un certo grado di specializzazione. Le esperienze lavorative costituiscono un bene proprio del lavoratore e sono da lui liberamente spendibili. Si rende necessario, allora, l'accertamento di quali informazioni acquisite durante la permanenza alle dipendenze della società P.I. siano state sfruttate dall'ex dipendente in proprio.

Almeno un indizio, rintracciabile nel ricorso presentato dalla P.I., depone per il disconoscimento della fondatezza delle ragioni esposte dal ricorrente in tema di informazioni riservate. Bisogna ricordare che il dipendente, in pendenza di rapporto lavorativo aveva già costituito la società concorrente e aveva anche intrattenuto nei due anni successivi relazioni commerciali con la stessa P.I., la quale, evidentemente, era a conoscenza dell'attività esercitata dalla L.M. e che tale attività era resa possibile dalle conoscenze tecniche nel settore maturate dal sig. F.F. alle proprie dipendenze. Appare allora quanto meno tardiva

la protesta della P.I. in relazione allo sfruttamento delle informazioni riservate da parte del suo (poi ex) dipendente e ciò, soprattutto, rende incerto che proprio di informazioni riservate si tratti.

5. Il Giudice della Sezione specializzata per la Proprietà industriale ed intellettuale si è succintamente pronunciato sulle denunce di violazione delle regole di concorrenza promosse dalla P.I. affermando la sussistenza del diritto della società ricorrente di chiedere tutela avverso le condotte illecite della società concorrente.

La lettura del provvedimento rende palese che il Giudice ha considerato sufficiente soffermarsi solo su alcuni dei numerosi motivi di ricorso. La società ricorrente, infatti, ha ritenuto opportuno prospettare al giudice tutte le ipotesi di concorrenza che possono derivare dalla copiatura della *brochure* promozionale, quali l'imitazione servile, l'appropriazione di pregi altrui, la concorrenza parassitaria. Il Giudice, tuttavia, nel provvedimento, si è pronunciato richiamando l'ipotesi più manifesta di violazione delle regole di concorrenza leale derivante dalla fattispecie, riferendosi all'imitazione servile in modo esplicito e, per il resto, a condotte genericamente sleali.

Le misure adottate dal Giudice delegato della Sezione specializzata mirano all'accertamento delle condotte lesive dei diritti altrui mediante acquisizione di ogni documentazione utile alla corretta ricostruzione dei fatti lamentati, disponendo altresì perizia per la valutazione dei documenti acquisiti. Solo a seguito di tale operazione, da svolgersi di necessità senza preavviso al resistente, potrà procedersi con l'audizione della società resistente e alla valutazione sugli opportuni ulteriori provvedimenti, quali ad esempio, quello volto ad inibire alla società L.M. la diffusione e comunque l'utilizzo della *brochure* pubblicitaria e il pagamento di una penale in caso di ritardo nell'esecuzione dell'ordine di non utilizzare la *brochure*.

V. Letture di approfondimento

N. ABRIANI e G. COTTINO, *La concorrenza sleale*, in AA. VV., *Trattato di diritto industriale*, diretto da G. Cottino, CEDAM, Padova, 2001, Vol. II;

- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960;
- G. GHIDINI, *La concorrenza sleale: i presupposti*, in *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, CEDAM, Padova, 1981, vol. IV;
- F. STEFANI, *Concorrenza sleale per imitazione parassitaria dei prodotti altrui dotati di originalità*, commento a Trib. Milano, 5 luglio 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 217 ss.;
- A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2000.

Caso n. 2

IMPRENDITORE ARTIGIANO

di
Barbara Mele

I. Il provvedimento

COMMISSIONE REGIONALE ARTIGIANATO

Deliberazione n. 66 del 6.08.2008.

Oggetto: L.R. n. 6/2005 – Ditta XXX con sede in Porto Cesareo.

Ricorso contro cancellazione d'ufficio dall'Albo delle Imprese Artigiane.

L'anno 2008 addì 6 del mese di agosto, in Bari, nella sede delle riunioni del Settore, si è riunita la Commissione Regionale per l'Artigianato, previo regolare avviso di convocazione (omissis).

Assiste alla seduta la dott.ssa G.M., Segretario redigente.

- *Vista la Legge n. 443/85;*
- *Vista la Legge n. 133/97;*
- *Vista la Legge n. 57/01;*
- *Vista la L.R. n. 6/05;*
- *Vista la Legge n. 46/90;*
- *Vista la documentazione pervenuta dalla Commissione Provinciale Artigianato di Lecce;*

Premesso che:

- *in data 31.10.2007, la Commissione Provinciale di Lecce, su segnalazione del Registro delle Imprese, deliberava la contestazione dei requisiti alla Ditta XXX, esercente attività di impiantista, abilitato all'Albo Imprese Artigiane per le lett. A-C-D-E dell'art. 1 della L. 46/90, in quanto lo stesso denunciava al Registro delle Imprese, inizio attività di cui alle lett. B-F-G della medesima legge, avvalendosi di un responsabile tecnico;*
- *con nota n. 7156 del 2.11.2007, la Commissione Provinciale Artigianato, portava a conoscenza del predetto sig. A.B. della decisione assunta, invitandolo alle controdeduzioni;*
- *in data 3.12.2007, il sig. A.B. produceva le controdeduzioni chiedendo anche di essere sentito;*

- in data 17.1.2008, inaudita altera parte, la Commissione Provinciale Artigianato decideva di cancellare d'ufficio il sig. A.B. poiché «dal 5.08.2007, si avvale della collaborazione del responsabile tecnico per l'esercizio dell'attività di cui alle lett. B-F-G art. 1, legge 46/90, in contrasto con il disposto di cui agli artt. 2 e 3 della legge 443/85»;
- per mandato del sig. A.B., lo studio legale Y, corrente in Leverano alla via ..., diffidava la Commissione Provinciale Artigianato a revocare il provvedimento in regime di autotutela, previo immediato ascolto del proprio assistito;
- in data 7.02.2008, la Commissione Provinciale Artigianato deliberava di riattivare la posizione in Albo della Ditta di che trattasi, invitando la medesima a presentarsi per essere ascoltato;
- come da verbale in atti, in data 28.02.2008 il sig. A.B. veniva ascoltato;
- in data 11.04.2008, la Commissione Provinciale Artigianato deliberava di confermare la cancellazione dall'Albo per le medesime motivazioni assunte con la deliberazione del 17.01.2008, notificando all'interessato la decisione in data 6.03.2008, pro. n. 1700, accusata in ricezione in data 26.03.2008;
- in data 11.04.2008, il sig. A.B. produceva ricorso a questa Commissione avverso tale decisione, assumendo in diritto che, ai sensi degli artt. 2 e 3 della L. 443/85, oggetto dell'attività artigiana è la prevalenza del fattore lavoro rispetto al capitale, nonché la previsione espressa del responsabile tecnico che necessariamente deve essere indicato nella posizione dall'albo, escludendosi che esso debba coincidere con la persona fisica dell'imprenditore (C.M. 3209/90).

Ritenuto che:

- nella fattispecie in esame, oggetto della controversia, è la possibilità per un'impresa artigiana, che non ha il requisito tecnico professionale per lo svolgimento di talune attività previste dall'art. 1 della L. 46/90, di nominare per queste ultime, un responsabile tecnico;
- in linea di principio, ai sensi dell'art. 2, comma 4, della l. 443/85, è imposto in capo al titolare dell'impresa artigiana, il possesso dei requisiti tecnico professionali previsti per le attività regolamentate, infatti, è imprenditore artigiano colui che esercita professionalmente e manualmente l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri inerenti alla direzione e gestione, e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale nel processo produttivo, pertanto a norma della C.M. n. 3439/1998, il responsabile tecnico deve necessariamente coincidere con l'artigiano titolare dell'impresa;

- *l'art. 3, comma 5, della medesima legge nello stabilire espressamente il divieto per l'imprenditore artigiano di essere titolare di più imprese artigiane, non preclude la possibilità per l'imprenditore artigiano di esercitare altre imprese di differente natura (nel settore industriale, commerciale o agricolo) dove lo svolgimento del lavoro personale nel processo produttivo non viene richiesto necessariamente e la partecipazione può essere indiretta;*
- *nessuna norma, inoltre, preclude la possibilità per l'imprenditore artigiano di svolgere all'interno della propria impresa, attività plurime anche di differente natura, la cui legittimità andrà valutata sulla base dei criteri generali contenuti nella legge, in particolare sulla base della compatibilità, in termini funzionali, con il regolare e professionale svolgimento dell'attività artigiana, che quindi deve risultare prevalente;*
- *la possibilità per l'imprenditore artigiano di svolgere altra attività, diversa da quella principale, ma a questa strettamente collegata, viene confermata da numerose e prevalenti pronunce delle Commissioni Regionali Artigianato, le quali ritengono che l'impresa artigiana possa esercitare attività secondaria e preporvi un responsabile tecnico, nella figura di un dipendente o di un collaboratore o di un associato in partecipazione, diverso dal titolare, a condizione che sia accertato il vincolo di sussidiarietà tra attività secondaria e quella principale. Tale attività secondaria non potrà essere qualificata come artigiana, stante il divieto di cui all'art. 2 della l. 443/85, ma andrà iscritta unicamente al Registro Imprese.*
- *i criteri con cui valutare la prevalenza non sono dati in maniera astratta e meramente quantitativa, ma, così come affermato in più riprese dalla Cassazione e dalla Corte Costituzionale, devono essere rapportati, in termini qualitativi oltre che quantitativi, alla reale e concreta struttura organizzativa e produttiva dell'impresa, tenendo presente il tipo di attività svolta, in modo da appurare la preminenza funzionale del lavoro svolto, in maniera personale e professionale, nel processo produttivo dell'impresa artigiana rispetto all'impegno profuso in altre attività;*
- *si deve ritenere pertanto che la ulteriore attività, non sia assorbente al punto da compromettere la natura della qualifica di impresa artigiana, questa possa essere svolta mantenendo l'iscrizione all'Albo delle Imprese Artigiane;*
- *nel caso di specie, il sig. A.B., ha nominato il responsabile tecnico limitatamente alle attività di cui alle lett. B-F-G, dimostrando, come da documenti in atti, che tali attività sono del tutto marginali, nonché connesse e sussidiarie, all'attività principale svolta, incidendo sul volume di affari in minima parte, laddove per volume d'affari s'intende l'ammontare complessivo delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi dallo stesso effettuate, registrate*

o soggette a registrazione con riferimento a un anno solare, così come definito dall'art. 20 del d.P.R. n. 633/1997.

P.Q.M.

A maggioranza di voti espressi nel modo di legge

DELIBERA

- *di accogliere il ricorso proposto dal Sig. A.B., con sede in Porto Cesareo, contro la cancellazione d'Ufficio dall'Albo delle Imprese Artigiane, mantenendo la iscrizione all'Albo delle Imprese Artigiane per l'attività di cui alle lett. A-C-D-E, art. 1, l. 46/90; per le attività di cui alle lett. B-F-G della medesima legge resta ferma l'iscrizione al solo Registro Imprese;*
- *di invitare la Commissione Provinciale Artigianato per il futuro, ad una valutazione relativa alla prevalenza del lavoro artigiano ed alla strumentalità ed accessorietà delle altre attività svolte dall'imprenditore artigiano, attraverso un responsabile tecnico;*
- *di autorizzare il responsabile dell'Ufficio di Segreteria di questa Commissione, a porre in essere quanto necessario ai fini della esecuzione del presente dispositivo;*

Ai sensi dell'art. 7, comma 6, della legge n. 443/85, avverso la presente deliberazione è ammesso ricorso, entro sessanta giorni dalla notifica, da produrre presso il Tribunale competente per territorio.

Il Segretario G.M.

Il Presidente F.S.

II. La classificazione e le massime

Piccolo imprenditore – Imprenditore artigiano – Nomina del responsabile tecnico.

(art. 2083 c.c.; art. 2 l. 8 agosto 1985 n. 443).

(1) Ai sensi dell'art. 2, comma 4, della l. 443/85, è imposto in capo al titolare dell'impresa artigiana, il possesso dei requisiti tecnico professionali previsti per le attività regolamentate. È imprenditore artigiano colui che esercita professionalmente e manualmente l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri inerenti alla direzione e gestione, e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale nel processo produttivo, pertanto il responsabile tecnico deve necessariamente coincidere con l'artigiano titolare dell'impresa.

III. Il commento

Il concetto di prestazione personale e professionale dell'imprenditore artigiano e le ricadute in ordine all'iscrizione nell'Albo delle Imprese artigiane e nel registro delle imprese.

di

Barbara Mele

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La definizione dell'imprenditore artigiano nel codice civile e nella legge quadro n. 443 del 1985. Breve *excursus* storico sulla formazione dei connotati dell'impresa artigiana. – 3. La molteplicità delle nozioni di impresa artigiana e il regime della doppia iscrizione: nel Registro delle imprese e nell'Albo delle imprese artigiane. – 4. Il provvedimento della Commissione Regionale Artigianato.

1. Per comprendere correttamente i contorni della questione affrontata dalla Commissione Regionale Artigianato è necessaria una premessa.

In linea di principio, come statuito nell'art. 41, comma 1, della Costituzione, l'iniziativa economica privata è libera. In particolari settori, tuttavia, la legge richiede che l'accesso all'esercizio di determinate attività sia condizionato al possesso di specifici requisiti; ciò accade nelle attività c.d. regolamentate, quali l'attività dei parrucchieri, degli estetisti, degli autoriparatori, per le imprese di disinfestazione, derattizzazione e sanificazione degli ambienti, ecc. Nel caso di specie è la legge n. 46 del 1990 a prevedere le norme applicabili in materia di sicurezza degli impianti per civili abitazioni (quali impianti elettrici, idrosanitari, di protezione antincendio o per l'installazione di ascensori e montacarichi), e a determinare, all'art. 2, che le attività disciplinate possono essere esercitate dalle imprese regolarmente iscritte all'Albo delle imprese artigiane e al Registro delle imprese, dotate di determinati requisiti tecnico-professionali.

Tali requisiti dovrebbero sussistere normalmente in capo all'imprenditore titolare dell'impresa artigiana; tuttavia, secondo la previsione della legge in questione, in mancanza, il titolare può nominare un responsabile tecnico al fine di integrare i requisiti previsti. La norma, in verità, va arricchita dalle indicazioni offerte dal Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato, secondo cui, nel caso

di impresa individuale, la funzione del responsabile tecnico può essere espletata solo dall'imprenditore artigiano in persona perché ciò imposto dall'art. 2 della l. n. 443 del 1985, secondo cui «è imprenditore artigiano colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare, l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri ed i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo». Se l'impresa ha invece assunto la forma societaria, i requisiti possono sussistere in capo ad uno degli amministratori, o, persino, in capo ad uno dei lavoratori dipendenti, purché stabilmente impiegati nell'impresa. Se, infine, l'attività artigiana viene sovvenzionata mediante un'associazione in partecipazione, la responsabilità tecnica può essere assunta sia dal titolare dell'impresa che dall'associato in partecipazione, ma solo se l'apporto di quest'ultimo sia sotto forma di prestazione lavorativa.

Nel caso di specie, il sig. A.B., titolare della ditta individuale XXX iscritta all'Albo delle Imprese Artigiane e alla sezione speciale dell'Ufficio del Registro delle Imprese, già abilitato all'esercizio di talune delle attività elencate nella l. n. 46/90 in quanto personalmente munito dei requisiti tecnico-professionali necessari, comunicava al Registro medesimo di aver nominato un responsabile tecnico per lo svolgimento di altre attività sempre elencate nella stessa legge, abitualmente esercitate dalle imprese artigiane.

Il Registro delle imprese trasmetteva tale comunicazione alla Commissione Provinciale Artigianato la quale, a questo punto, contestava alla ditta XXX la perdita dei requisiti per l'iscrizione all'Albo provinciale delle imprese artigiane poiché, alla luce dei chiarimenti offerti dal ministero, nell'impresa individuale la figura del responsabile tecnico deve coincidere con quella del titolare dell'impresa.

Il sig. A.B. deduceva invece che la legge n. 46 del 1990 non avesse precluso affatto l'ipotesi che la responsabilità tecnica potesse essere affidata ad un soggetto diverso dall'imprenditore. La Commissione Provinciale Artigianato confermava il provvedimento di cancellazione dall'Albo provinciale delle imprese artigiane non ritenendo corretta l'interpretazione proposta dal sig. A.B., il quale, a quel punto, a propria tutela, ricorreva alla Commissione Regionale Artigianato perché si pronunciasse.

Il provvedimento della commissione regionale prende in esame gli elementi che caratterizzano l'imprenditore artigiano, quali l'imprescindibile prestazione personale dell'imprenditore e i limiti all'esercizio di altre attività al fine della conservazione della qualifica di artigiano; inoltre, offre al lettore un saggio della complessità della nozione di artigiano.

2. Notoriamente l'artigiano è annoverato tra i piccoli imprenditori, ai sensi dell'art. 2083 c.c., per la caratteristica, comune al piccolo commerciante e al coltivatore diretto del fondo, di essere dotato di un'organizzazione, seppur minimale, che si avvale prevalentemente del lavoro diretto dell'imprenditore stesso nell'impresa e di quello dei suoi familiari. Il legislatore caratterizza l'imprenditore artigiano, allora, come quel soggetto che esercita un'attività mediante l'impiego *prevalente* di determinate risorse dell'organizzazione: il lavoro proprio ed eventualmente quello dei suoi familiari, rispetto sia al lavoro di collaboratori estranei alla compagine familiare, sia al capitale investito, sicché il lavoro prestato da terzi nella produzione di beni o nella prestazione di servizi risulta all'analisi strettamente funzionale allo svolgimento personale e principale del lavoro dell'artigiano titolare dell'impresa.

Il criterio della prevalenza richiesto dal legislatore all'art. 2083 c.c., secondo la dottrina maggioritaria, non fa riferimento ad un dato oggettivo o numerico, ma va modellato sul caso concreto mediante la valutazione più qualitativa che quantitativa della prestazione dell'artigiano quale centro e fulcro nell'attività dell'impresa.

È appena il caso di notare che, nel provvedimento preso in esame, la figura dell'artigiano appena riassunta non viene mai utilizzata come parametro di riferimento e viene invece impiegata la definizione derivante dalle leggi di settore; alla nozione di artigiano offerta dall'art. 2083 c.c. si deve aggiungere anche quella prevista dalla legge speciale.

La pluralità delle nozioni di artigiano è un elemento che storicamente accompagna l'argomento in esame.

In passato, nel vigore del codice di commercio, s'intendeva artigiana l'attività esercitata in modo prevalentemente manuale eseguita personalmente dall'imprenditore, il quale si avvaleva eventualmente

del lavoro di collaboratori sottoposti alla sua personale direzione e gestione. L'attività svolta dalle imprese artigiane non era, tra l'altro, mai qualificata industriale ed anzi si era soliti proprio contrapporre l'attività artigiana a quella commerciale sulla base della distinzione tra "manuale" e "industriale". S'intendeva "commerciale" l'attività svolta in modo industriale, esercitata mediante una lavorazione in serie, altamente meccanizzata, non basata sulla personale esecuzione e direzione del titolare dell'impresa; l'attività artigiana si distingueva da quella industriale per la lavorazione significativamente manuale, nella quale l'apporto personale dell'imprenditore nell'organizzazione e direzione dell'attività era pressoché insostituibile. I caratteri dell'impresa artigiana, in definitiva, erano impressi dalla prevalente manualità della lavorazione e dalla centralità delle funzioni esercitate dall'imprenditore.

La concezione dell'attività dell'impresa artigiana come attività non qualificabile in senso stretto "industriale" mutò con l'emanazione del R.D. n. 1130 del 1926. S'incominciò ad avvertire come sorpassata la dicotomia artigianale/commerciale come locuzione equivalente a manuale/industriale e si avviò un processo di ridefinizione dei caratteri dell'attività artigiana, la quale doveva essere considerata pur sempre attività commerciale al pari di quella industriale, distinguendo più propriamente tra "piccola" e "grande" industria. Ai sensi dell'art. 5 del suddetto regio decreto erano artigiani «gli esercenti per proprio conto una piccola industria, nella quale essi medesimi lavorano». L'innovazione introdotta dal regio decreto, tuttavia, veniva osteggiata da parte di una considerevole corrente dottrinale, la quale ha continuato per lungo tempo a definire l'attività artigiana come attività civile, ossia non commerciale. Eppure bisogna riconoscere che quella qualificazione dell'attività artigiana delineata nel 1926 si è rivelata col tempo la più condivisa, ed infatti essa è ancora attuale: anche oggi l'artigianato è una forma speciale di industria che si differenzia dalla grande industria per le particolari modalità organizzative nell'esercizio dell'attività di impresa.

Dopo l'entrata in vigore del codice civile (che recava all'art. 2083 la nota nozione di artigiano fondata sul criterio della prevalenza), fu emanata la legge n. 860 del 1956, al fine di dare esecuzione all'art. 45, comma 2, Cost. Tale legge, all'art. 1, prevedeva che era artigiana, a

tutti gli effetti di legge, l'impresa che aveva per oggetto la produzione di beni o la prestazione di servizi di natura *artistica* o *usuale*, organizzata con il lavoro professionale, anche manuale, del suo titolare (e eventualmente con quello dei suoi familiari), il quale assumeva ogni responsabilità ed onere ed al quale la norma attribuiva la direzione e la gestione dell'impresa. Veniva, poi, specificato che nell'impresa artigiana il lavoro poteva essere anche svolto da personale dipendente, purché sotto la guida diretta del titolare. Il numero consentito di lavoratori dipendenti variava a seconda del tipo di attività, ma, in particolare per il settore artistico, tradizionale e dell'abbigliamento su misura, non era previsto alcun limite dimensionale.

La legge del 1956 va ricordata soprattutto, per gli aspetti che qui ci interessano (ma molti altri ve ne sarebbero), per aver indicato, per la prima volta, l'oggetto dell'attività artigiana nella produzione di beni e prestazioni di servizi di natura *usuale* o *artistica* (sembrando fare riferimento più ad una produzione non industriale, ossia non standardizzata) e nell'aver introdotto una serie di limiti dimensionali che mal si prestavano, nella loro valenza meramente numerica, a consentire il rispetto del criterio della prevalenza invece previsto dall'art. 2083 c.c., sicché sorgeva in dottrina e in giurisprudenza il dubbio fondato se l'impresa che presentava i limiti dimensionali indicati nella legge speciale fosse anche piccola impresa ai sensi dell'art. 2083 c.c. Ma più in generale, addirittura, si poneva il problema di chiarire se la norma speciale non avesse implicitamente abrogato la nozione civilistica di piccolo imprenditore artigiano e ciò poiché la legge n. 860/56 introduceva una definizione di artigiano valevole «a tutti gli effetti di legge», ossia, secondo alcuni, prevalente e sostitutiva di quella recata dal codice civile.

Tale legge è stata abrogata e sostituita dalla legge-quadro n. 443 del 1985 la quale innova in parte la nozione di artigiano precedentemente definita. Secondo tale legge, tuttora in vigore, «è imprenditore artigiano colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare, l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri ed i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo» (art. 2 della l. n. 443/85), reintrodu-

cendo, quindi, quel requisito della prevalenza che sembrava abbandonato nella norma del 1956. Il medesimo articolo statuisce ulteriormente che «l'imprenditore artigiano, nell'esercizio di particolari attività che richiedono una peculiare preparazione ed implicano responsabilità a tutela e garanzia degli utenti, deve essere in possesso dei requisiti tecnico-professionali previsti dalle leggi statali». Con tale precisazione, in effetti, il legislatore del 1985 sembra rafforzare l'elemento della prestazione personale dell'imprenditore artigiano nell'impresa, determinando che è proprio il titolare dell'impresa a dover essere dotato dei requisiti particolari previsti dalla legge per l'esercizio di determinate attività.

Nella legge n. 443/1985 scompare ogni riferimento alla connotazione in modo usuale o artistico della produzione di beni o prestazione di servizi ed entro certi limiti è attualmente consentita anche la produzione in modo industriale. L'art. 3 della legge sull'artigianato, che reca la definizione di impresa artigiana, la indica, infatti, in quella che «abbia per scopo prevalente lo svolgimento di un'attività di produzione di beni, anche semilavorati, o di prestazioni di servizi», lasciando intendere che l'attività può essere esercitata anche mediante un processo industriale purché la lavorazione non sia del tutto automatizzata.

La norma specifica ulteriormente che tra le attività artigiane sono «escluse le attività agricole e le attività di prestazioni di servizi commerciali, di intermediazione nella circolazione dei beni o ausiliarie di queste ultime, di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, salvo il caso che siano solamente strumentali e accessorie all'esercizio dell'impresa». In breve, s'individua l'impresa artigiana più secondo una definizione in negativo, ossia indicando l'attività potenzialmente inibite, piuttosto che offrire un'elencazione delle attività accessibili. La stessa impresa, dunque, può affiancare all'attività artigiana anche attività diverse, a condizione che tra le varie attività sussista un collegamento funzionale e che l'attività potenzialmente preclusa alle imprese artigiane rimanga secondaria.

Anche nella legge quadro del 1985 rimane centrale la figura dell'imprenditore, non solo nella fase di direzione e gestione, ma anche nel processo produttivo. Il ruolo essenziale attribuito alla persona dell'imprenditore giustifica altresì il divieto di essere titolari di più imprese artigiane imposto dall'art. 3, comma 5, della legge quadro.

Questa centralità non deve venire meno neanche nell'ipotesi di esercizio dell'attività artigiana mediante la costituzione di una società, anche cooperativa. Tutti i soci di società artigiane in nome collettivo devono possedere i requisiti elencati nell'art. 2 e lo stesso dicasi per gli accomandatari di s.a.s. È consentita anche la costituzione di s.r.l. unipersonale, a condizione che l'unico socio sia titolare dei requisiti previsti per l'imprenditore individuale e, nel caso di costituzione di s.r.l. pluripersonale, invece, è sufficiente che i requisiti di artigiano sussistano per la maggioranza dei soci.

Sul piano dei limiti dimensionali, la l. n. 443/1985, all'art. 4, fornisce una tabella dettagliata sul numero massimo di dipendenti in relazione al settore produttivo. Così è previsto che nel settore delle lavorazioni artistiche, tradizionali e dell'abbigliamento su misura ci possano essere dipendenti anche in numero di 32 (elevabile fino a 40 in casi particolari); nelle imprese di trasporto i dipendenti possono arrivare fino ad 8; per le imprese di produzione di beni non in serie si possono impiegare fino a 18 dipendenti, ma si potrebbero aggiungere apprendisti fino a raggiungere il numero complessivo di 22 unità; ecc.

Come già visto per la legge del 1956, anche la legge quadro sull'artigianato pone dei limiti dimensionali che mettono in crisi il rispetto del requisito della prevalenza del lavoro dell'imprenditore e dei suoi familiari nell'impresa, come dettato dall'art. 2083 c.c. per tutti i piccoli imprenditori; benché la *prevalenza* venga apprezzata più in senso qualitativo che meramente quantitativo, il divario tra la nozione civilistica e quella offerta dalla legge speciale rimane molto marcato.

La maggiore ampiezza delle dimensioni dell'impresa artigiana, come definita dalla legge speciale, non mette tuttavia in discussione la nozione di artigiano prevista nel codice civile poiché le due definizioni si riferiscono ad ambiti ben diversi. L'essere piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c. determina l'esonero dall'applicazione delle norme riassuntivamente indicate come "statuto" dell'imprenditore commerciale medio-grande (come ad esempio, dalla tenuta delle scritture contabili); la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge speciale, invece, consente all'impresa di accedere alle provvidenze erogate dalle Regioni per il sostegno dell'artigianato come risorsa economica del Paese. Di conseguenza vi possono essere imprese artigiane ai sensi della normativa speciale che non sono piccole imprese ai sensi dell'art.

2083 c.c. e perciò esse dovranno attenersi alle regole imposte per gli imprenditori commerciali medio-grandi al pari di tutte le imprese non piccole. (V. Gatti, 1983; Pavone La Rosa, 1997).

3. L'assenza di univocità della nozione di imprenditore artigiano si riflette anche sul regime di iscrizione ai pubblici registri. In quest'ambito vengono in rilievo il Registro delle imprese e l'Albo provinciale delle imprese artigiane.

Tra l'Albo provinciale e il Registro delle imprese esiste, opportunamente, un collegamento diretto. L'art. 5, comma 5, della l. n. 443/85 statuisce espressamente che l'iscrizione all'Albo ha valore costitutivo ed è condizione per la concessione delle agevolazioni destinate alle imprese artigiane, mentre, per ciò che riguarda il Registro delle imprese, è prevista una sezione speciale nella quale viene "annotata" l'iscrizione dell'impresa artigiana nell'Albo provinciale. La sezione speciale per gli artigiani, in sostanza, replica il contenuto dell'albo degli artigiani. Si tratterebbe di una mera duplicazione poiché l'art. 5 della legge 443/85 e l'art. 8 della l. 580/93, istitutiva del Registro delle imprese, si esprimono in termini di annotazione dell'impresa artigiana iscritta all'Albo provinciale nel Registro delle imprese, laddove viene preferito il termine "iscrizione" in altri casi.

In dottrina si è posto il quesito se l'annotazione nella sezione speciale del Registro delle imprese sia sufficiente per l'impresa artigiana, o, invece, se essa debba anche chiedere l'iscrizione in altra sezione: quella speciale per i piccoli imprenditori, se piccola impresa, ovvero nella sezione ordinaria per le imprese commerciali, se dovesse trattarsi di grande artigiano.

In ordine a tale quesito, taluno in dottrina ha fatto presente che il Registro delle imprese è solo formalmente diviso in sezioni, ma opera col principio dell'unitarietà secondo cui, una volta iscritta in una delle sezioni, ogni ulteriore iscrizione sarebbe da intendere come un'inutile duplicazione. Non è dello stesso avviso la dottrina maggioritaria, la quale osserva che si assisterebbe ad una duplicazione soltanto nel caso in cui la seconda iscrizione riguardasse la sezione speciale per i piccoli imprenditori. In questi casi dall'iscrizione deriverebbe l'applicazione di un unico regime pubblicitario: quello di pubblicità notizia e di certificazione anagrafica e ciò renderebbe superflua l'iscrizione anche

nella sezione speciale per i piccoli imprenditori. Se invece si trattasse di impresa artigiana non piccola, essa andrebbe iscritta anche nella sezione ordinaria al pari di tutte le imprese commerciali medio-grandi e, in tal caso, beneficerebbe dell'efficacia della pubblicità dichiarativa applicabile alle imprese che si iscrivono nella sezione ordinaria (V. in argomento Ibba, 2012; Nigro, 2001).

Il regime della doppia iscrizione, insomma, è necessario proprio perché i due adempimenti mirano all'ottenimento di risultati diversi. Il Registro delle imprese rimane anche per le imprese artigiane il registro delle informazioni anagrafiche e storiche dei soggetti iscritti, mentre l'Albo delle imprese artigiane raccoglie i dati relativi al riconoscimento dei requisiti di artigiano in capo all'impresa e ai suoi titolari, sempre ai fini dell'accesso alle agevolazioni di settore.

I rapporti e le comunicazioni tra il Registro delle imprese e l'Albo provinciale delle imprese artigiane sono adesso meglio definiti che in passato. Prima dell'emanazione della l. n. 1 del 2010, l'imprenditore artigiano aveva l'obbligo di presentare istanza di iscrizione, modificazione o cancellazione dei dati rilevanti l'impresa tanto al Registro delle imprese (al fine della produzione degli effetti della pubblicità derivante dall'iscrizione), tanto alla Commissione Provinciale Artigianato (per le questioni rilevanti l'iscrizione all'Albo, ai fini dell'ottenimento delle provvidenze regionali destinate agli artigiani).

La l. n. 1 del 2010 ha introdotto la c.d. Comunicazione unica (detta "ComUnica") mediante la quale viene unificato il su descritto procedimento e introdotto un modello semplificato. La presentazione dell'istanza al solo Registro delle imprese vale anche come comunicazione all'Albo poiché è lo stesso Registro che si fa carico di trasmettere i dati che importano modificazione dello *status* di impresa artigiana ai sensi della legge speciale alla Commissione Provinciale Artigianato. Ciò è quello che è successo nel caso in esame, benché la questione si sia verificata prima dell'introduzione dell'attuale regime. I flussi informativi tra le Commissioni per l'artigianato e il Registro delle imprese sono stati sempre assicurati per legge e agevolati dalla circostanza che entrambi gli albi sono affidati alle Camere di commercio locali.

4. L'analisi della Commissione Regionale appare molto attenta e dalla delibera emergono con chiarezza i passaggi argomentativi che conducono all'adozione del provvedimento.

Prendendo le mosse dal chiarimento offerto mediante circolare ministeriale, la commissione prende atto che l'imprenditore individuale artigiano non può assumere un responsabile tecnico senza perdere la qualifica di artigiano. Questa constatazione, tuttavia, va rapportata agli ulteriori ragguagli contenuti nella legge quadro e quindi viene ricordata la disposizione contenuta nell'art. 3 della legge quadro secondo cui all'artigiano non è vietato lo svolgimento di attività diverse, purché le attività non artigiane ivi elencate non siano prevalenti rispetto a quelle propriamente artigiane e siano in rapporto di strumentalità con quelle prevalenti.

La Commissione Regionale ammette in definitiva che l'imprenditore possa nominare un responsabile tecnico per lo svolgimento delle attività strumentali e connesse con quelle artigiane e a condizione che le stesse risultino secondarie, ma chiarisce anche che il trattamento dell'impresa non sarà più unico: per le attività artigiane prevalenti l'impresa continuerà ad essere iscritta all'albo provinciale (e verrà conservata l'annotazione nella sezione speciale del Registro delle imprese); per le attività commerciali, invece, essa verrà considerata impresa commerciale ed iscritta al Registro delle imprese alla sezione speciale per i piccoli imprenditori, ovvero alla sezione ordinaria.

In sintesi si assiste ad una frammentazione dell'impresa, la quale assumerebbe i connotati di un'impresa artigiana per certi versi e viene invece trattata come un'impresa commerciale non meglio qualificata per altri.

IV. Letture di approfondimento

V. ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale*, Milano, Giuffrè, 1990, 151.

E. BOCCHINI, *La pubblicità delle società commerciali*, Jovene, Napoli, 1971;

Id., *Manuale del registro delle imprese*, CEDAM, Padova, 1999;

V. DONATIVI, *I poteri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese*, ESI, Napoli, 1999;

- G. FERRI, *Imprese soggette a registrazione*, II ed., in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972;
- S. GATTI, *Piccola impresa*, in *Enc. dir.*, Vol., XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 762 ss.;
- C. IBBA, *La pubblicità delle imprese*, II ed., CEDAM, Padova, 2012;
- G. MARASÀ – C. IBBA, *Il registro delle imprese*, Giappichelli, Torino, 1997;
- A. NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, II ed., in *Tratt. Rescigno*, XV, UTET, Torino, 2001;
- A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2001;
- ID., *Artigiani, società artigiane e «statuto» dell'imprenditore commerciale*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 645 ss.
- G. RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, III ed. in *Comm. c.c. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2002.

Caso n. 3

IMPRESA AGRICOLA

di
Maria Capotorto

I. Il provvedimento

Corte d'Appello di L'Aquila – Sentenza 30-05-2011
CORTE D'APPELLO DI L'AQUILA - SEZIONE CIVILE

*Composto dai Sigg. Magistrati:
dott. Augusto Pace - Presidente -
dott. Giampiero Fiore - Giudice rel. -
dott. Anna Maria Tracanna - Giudice -
ha pronunciato la seguente*

SENTENZA

nella causa civile di Appello iscritta a ruolo al n. 49/07 R.G., trattata in decisione all'udienza del 26.5.10

avverso

la sentenza n. 65/06 emessa dal Tribunale di Teramo in data 7/11.12.06 e promossa

DA

Ca.Sa., in persona dei soci ill.te responsabili Ca.Fr. e Ca.Fr., nonché personalmente in proprio Ca.Fr. e Ca.Fr., rappresentati e difesi dall'Avv. Lo.Di. ed elett.te dom.ti in L'Aquila, presso lo studio dello stesso.

Appellanti

CONTRO

De.Ma. s.r.l., corr.te in Fossacesia (Ch) e rappresentata e difesa giusto procura all'Avv. Ba.Ro. del foro di Lanciano e domiciliata in L'Aquila presso lo studio dell'Avv. Au.Ca..

Curatela del Fallimento Ca.Sa. di Ca.Fr. e Fr., rappresentata e difesa dall'Avv. Ga.Bi. e domiciliata in L'Aquila, presso lo studio dell'Avv. Fa.Co..

Appellati

NEI CONFRONTI DI

Pubblico Ministero

Interventore necessario

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

Con ricorso in appello notificato in data 12.3.2007 la Società Semplice "Ca.Sa." e, personalmente ed in proprio, i soci Ca.Fr. e Ca.Fr., proponevano appello dinanzi a questa Corte, convenendo in giudizio la Curatela del fallimento "Ca.Sa.", in persona del Curatore, per sentire revocare la sentenza del Tribunale di Teramo, con la quale era stato dichiarato il fallimento della società semplice "Ca.Sa." nonché dei soci illimitatamente responsabili Ca.Fr. e Ca.Fr..

A sostegno delle compendiate pretese i ricorrenti sostenevano d'essere stato violato, con il pronunciamento impugnato, l'art. 1 L.F. in relazione all'incertezza dei presupposti assunti per la qualificazione dell'attività esercitata, per essere stato tratto, il convincimento della natura commerciale della società semplice dichiarata fallita, in difetto di certi parametri istruttori cui ancorare la decisione assunta; d'essere stato violato, con il pronunciamento impugnato, l'art. 1 L.F. in relazione agli erronei presupposti assunti per la qualificazione giuridica dell'attività esercitata, per essere stati, gli accertamenti espletati dal Corpo forestale dello Stato, lacunosi ed effettuati a mezzo della sottostima della verità dei terreni coltivati, delle unità foraggiere e del latte autoprodotta; d'essere stato violato, con il pronunciamento impugnato, l'art. 1 L.F. in relazione alla errata applicazione dell'art. 29 L. 917/86 e, comunque, alla errata interpretazione dell'art. 2135 c.c., per essere, "la società semplice Ca.Sa.", iscritta nel registro delle imprese nella sezione "impresa agricola" e per avere, la medesima società, svolto attività economica "con la terra e sulla terra" per il raggiungimento della cura e dello sviluppo di un ciclo biologico.

Si costituiva in giudizio la Curatela del Fallimento "Ca.Sa.", in persona del Curatore, la quale impugnava e contestava tutto quanto ex adverso dedotto ed eccepito.

[omissis]

Nel merito, l'appello è infondato e va pertanto respinto. Sulle contestazioni mosse dai ricorrenti, valgono in concreto le puntuali ed incontestabili osservazioni da ultimo ed all'uopo rimesse dal Curatore, Dott. Ro.Ag., nella relazione integrativa ex art. 33 L.F.. In sostanza, la lamentela di fondo dell'appellante concerne la sopravvalutata rilevanza degli aspetti "commerciali" della società dichiarata fallita, a detrimento di una dimensione rientrante nei parametri normativi e socioeconomici dell'impresa "agricola".

Va immediatamente individuato che l'art. 2135 c.c., (del resto anche l'art. 1 della legge fallimentare recentemente riformato dal D.Lgs. n. 5/2006), nella sua formulazione modificata dal D.Lgs. 228/2001, non sembrerebbe più contrapporre l'attività agricola e l'attività commerciale, se solo si osserva che è venuta meno la stretta connessione, in precedenza ritenuta necessaria (Cass. 23.10.1998 n. 10527), fra l'attività agricola e la terra, atteso che la norma fa riferimento agli animali e non al bestiame (non più quindi specie legate al fondo e destinate alla sua lavorazione o comunque alimentate con i prodotti coltivati sul fondo stesso), considerando anche un solo ciclo biologico o una fase necessaria dello stesso e, infine, prevede l'utilizzazione del fondo come strumento effettivo o potenziale per l'esercizio dell'attività agricola. Dispone, inoltre, accanto alle attività essenzialmente agricole, parametri o condizioni per valutare e considerare agricola un'attività connessa.

E' noto come la prima condizione è quella che il soggetto, che esercita un'attività agricola connessa, sia già imprenditore agricolo in virtù dello svolgimento di una delle attività essenzialmente agricole (connessione soggettiva).

La seconda è che l'attività connessa, per essere considerata agricola, deve avere per oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dall'esercizio d'attività essenzialmente agricola ovvero, se si tratta di beni e servizi forniti, la fornitura deve essere svolta mediante l'utilizzazione prevalente d'attrezzature o risorse dell'azienda agricola (connessione oggettiva).

Dunque, nessun discrimine, quindi, nell'individuare che le società semplici, aventi ad oggetto l'attività agricola, possono rientrare nel più gran novero delle società commerciali se la norma riconosce la qualifica d'imprenditore agricolo a titolo principale alle società di

persone, di capitali, di cooperative aventi ad oggetto l'esercizio dell'attività agricola.

Ed è noto che il parallelismo tra sottoesposizione a fallimento ed obbligo d'iscrizione nel registro delle imprese, non è più sufficiente argomentazione secondo cui il termine "società commerciale" corrisponderebbe a società costituite in forma commerciale (s.n.c., s.a.s., s.r.l., ecc.), laddove, siffatto elemento di puro formalismo, urta contro il preciso disposto dell'art. 2448 c.c., secondo cui la società "si scioglie per dichiarazione di fallimento se ha per oggetto un'attività commerciale".

Dunque, va sottoposta a fallimento una società se essa esercita nella sostanza un'attività commerciale. La Ca.Sa. ha esercitato un'attività commerciale sia pur di natura agricola e, sotto tale profilo, correttamente il suo stato d'insolvenza è stato assoggettato al fallimento.

Sui parametri dimensionali, ai fini del capitale investito, in assenza di contabilità patrimoniale dichiaratamente non tenuta dalla Società, solo se si tiene conto delle quote concesse per l'inizio dell'attività pari ad Euro 342.927,38 e, del capitale (Cass. 18.5.1971 n. 1471) investito da terzi, necessariamente e rigidamente si ravvisano più profili che depongono nel senso della sostanziale commerciabilità dell'attività di impresa, ed altrettanto dicasi per il volume d'affari sotto segnati e ripresi dai Mod. U50.

Quanto poi alle passività, queste si sono accumulate per un ammontare compatibile solo con lo svolgimento di un'attività commerciale: basti pensare che solamente nei confronti dell'Erario è esposta per oltre ben 250.000 Euro. A fronte di una superficie che poteva essere seminata pari a HA 15.32.00, ne sono stati seminati invece solo HA 06.98.70 con minore utilizzazione quindi delle sementi acquistate. A ciò è da tenere presente che i diserbanti per orzo e grano acquistati, non possono coprire una superficie coltivata di soli HA 06.98.70, non rispettosa della realtà di riferimento coltivabile pari a HA 15.32.00. Ad ogni buon conto nella situazione ricostruita dal C.F.S. non appare percorribile la tesi secondo cui in relazione alle sementi «non è da escludere che possano aver trovato reimpiego parte della produzione dell'anno precedente, come riferito in sede di sopralluogo», mancando la società di contabilità da cui evincere tale capitale di scorta. Lo stesso dicasi per i suggerimenti inerenti l'impiego dei diserbanti

acquistati nell'anno 2003 e «plausibilmente impiegabili nel 2004», mancando la relativa disciplina contabile in tal senso.

Sulla consistenza del bestiame, dai registri di stalla il C.F.S. ha rilevato n. 136 Bovini in allevamento oltre 51 Bovini venduti o macellati. Il deficit di fabbisogno alimentare per il mantenimento dei bovini in allevamento, secondo la G d F, in correlazione alle circostanze accertate, per effetto dei rapporti che precedono, evidenzia come, logicamente, due possibili presunzioni, che l'azienda coltiva altri terreni/che l'azienda acquista in nero il mangime necessario al mantenimento dei propri bovini, sicché rimane fermo il rilievo se l'azienda abbia coltivato altri terreni per soddisfare bisogni di terzi, operando per il mercato. In ogni caso gli elementi di sbilancio e gli acquisti messi in luce dagli organi accertatori inequivocabilmente mettono in luce il ricorso a risorse che non appartengono all'azienda, se è vero che la misura degli acquisti supera il 50%, mancando quindi il criterio della prevalenza ex art. 2135 c.c..

Qualora invece avesse coltivato terreni di terzi per esigenze proprie, rimane oscuro l'acquisto da terzi del 40,32% d'U.F. per il mantenimento dei bovini in allevamento, che potevano e dovevano essere prodotti nell'attività agricola esercita.

Sulla produttività del latte, dai rilievi svolti, se i giorni di mungitura totale delle vacche in entrata sono pari mediamente a 190 ed i giorni di mungitura delle vacche in uscita sono pari a 188, la media produttiva dell'allevamento in questione è da imputare al numero delle vacche in entrata rispetto alle uscite con distribuzione, non uniforme nel corso dell'anno, apparendo, peraltro, tale media sottostimata rispetto alle capacità produttive delle vacche presenti tutto l'anno.

E, parimenti, i dati circa il latte lavorato.

Dal profilo gestionale sopra riportato dalla G.d.F. e dal C.F.S., ne consegue che l'agrarietà dell'impresa agricola Ca.Sa. non viene svolta attraverso la prevalente manipolazione, conservazione, trasformazione e vendita di prodotti ottenuti dalla propria azienda agricola. A contrario, l'attività commerciale è prevalente sulla attività agricola e, come tale l'impresa agricola esercita nel caso di specie nella forma collettiva, (sarebbe lo stesso se fosse esercita nella forma individuale), è ascrivibile alla categoria "commerciale", assoggettabile a procedura concorsuale.

I soci della Casearia, sotto lo schermo apparente della società agricola, in realtà hanno gestito una società di fatto commerciale.

In sostanza, l'attività effettivamente esercitata dai soci lascia intendere che, indipendentemente dall'attività concordata dai soci all'atto della costituzione della società, avendo gli atti da essi compiuti valenza prevalentemente commerciale, di fatto tale società è qualificabile come tale ed assoggettabile a fallimento accertatane l'insolvenza manifesta. Peraltro, secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, ai fini della soggezione al fallimento, la qualifica di una attività d'impresa commerciale o agricola deve operarsi secondo le norme del codice civile e della legge fallimentare, senza alcuna rilevanza delle norme fiscali o contributive, che proprio perché settoriali sono rispondenti alle particolari finalità dei rispettivi ordinamenti. (Cass. 5 12 2002 n. 17251). L'indagine fattuale pertanto svolta dagli organi accertatori, esplicitamente e chiaramente mettono in luce che l'impegno per l'attività di manipolazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione esercitato dalla Casearia ha avuto ad oggetto prodotti non prevalentemente ottenuti dall'attività principale, ovvero non mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature e risorse proprie dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata.

Da aggiungere che in base ai parametri elaborati dalla G.d.F., se si confronta gli investimenti non utilizzati dall'impresa, pur disponendone, con quelli che eventualmente si potrebbero avere modificando l'organizzazione in modo da reintrodurli nel ciclo produttivo, seppure in modo parziale o limitato, comunque il giudizio di compatibilità d'utilizzazione degli investimenti sarebbe non in equilibrio, nel senso che l'utilizzabilità del fondo non potrebbe mai sovvertire i flussi finanziari già negativi, visto il pesante indebitamento dell'impresa in questione. In altre parole, pur utilizzando ulteriori fondi mantenendo l'impresa la sua struttura economica, senza trasformazione alcuna in un organismo completamente diverso, il risultato operativo stabilmente verrebbe a peggiorare.

Contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, gli accertamenti eseguiti dalla Guardia di Finanza e dal Corpo forestale dello Stato sono oggettivi e precisi, dai quali obiettivamente il Tribunale ha rilevato che, allo stato attuale, non risultava che la predetta società conducesse, oltre a quelli descritti, ulteriori terreni ad essa non intestati

ovvero per i quali non risultano formalizzati contratti di affitto (cfr. *Relazione Guardia di Finanza*, foglio 3); «i foraggi prodotti dall'azienda di fatto, ...non coprono l'intero fabbisogno alimentare dei bovini secondo le percentuali riportate nella tabella precedente» (cfr. *Relazione Guardia di Finanza*, foglio 6); «Dall'esame della documentazione amministrativo contabile ...è risultato che la stessa - società Ca.Sa. - per il periodo 1.1.2003 al 31.12.2003, ha proceduto: - alla vendita di prodotti finiti derivati dal latte; - ad acquistare mangimi per l'alimentazione dei Bovini; all'acquisto del latte da impiegare nel processo di trasformazione, produzione e commercializzazione; - all'acquisto di prodotti vari (mozzarelle vaccine, mozzarelle di bufala, latte, burro, panna, formaggi, ricotta salumi) destinati alla rivendita» (cfr. *Relazione Guardia di Finanza*, foglio 6); «Dai dati illustrati, comunque, pare evidente che i foraggi di produzione aziendale, pur prevalendo su quelli di cui è documentato l'acquisto, non coprono l'intero fabbisogno secondo le percentuali riportate nella precedente tabella» (cfr. *Relazione Corpo Forestale*, pag. 12); «Dal conteggio delle unità foraggere, comunque, permangono dei vuoti percentuali pari a 11,62% per il 2003 ed al 5,98% per il 2004 non giustificabili sulla base della presente analisi» (cfr. *Relazione Corpo Forestale*, pag. 12); «...risulta che l'impianto di caseificazione nell'anno 2003 ha trasformato Kg. 537.486 di latte, costituito per il 27,52% da latte acquistato e nell'anno 2004 ha trasformato Kg 445.707 di latte, costituito per il 20,89% da latte acquistato... è presumibile, pertanto, che il latte acquistato e quello che in termini percentuali dovrebbe essere derivato dalle unità foraggere acquistate, costituisca il 78,29% dell'intero quantitativo lavorato nell'anno 2003 ed il 35,80 % nell'anno 2004» (cfr. *Relazione Corpo Forestale*, pag. 13).

Considerato comunque, che la professionalità richiesta come requisito per la sussistenza della figura di imprenditore, si come delineata dall'art. 2082 c.c., postula la abitualità di operazioni commerciali, ma non l'esclusività o la preminenza delle stesse rispetto ad altre attività (cfr. *Cassazione civile* 17.3.1997, n. 2321; *Cassazione civile* 3.12.1981, n. 6395); che il compimento di un unico affare può determinare l'attribuzione della qualifica di imprenditore commerciale in considerazione della sua rilevanza economica (cfr. *Cassazione civile* 31.5.1986, n. 6395); il cospicuo volume di affari della società Ca.Sa.

(cfr. Relazione integrativa ex art. 33 L.F., pag. 5), nonché, a riprova, l'ingente accumulo di passività della stessa società fallita (cfr. Relazione integrativa ex art. 33 L.F., pag.5), compatibile soltanto con lo svolgimento di un'attività commerciale, passività ad oggi riscontrate ancora in incremento verso l'Erario (doc. 5), non potevano - e neanche alla luce del presente giudizio revisionale - né possono sussistere dubbi di sorta circa la natura Commerciale e non agricola della "Ca.Sa."

Del resto, in sede difensiva, gli amministratori, in aperta violazione del disposto di cui all'art. 2426 c.c., hanno mancato di tenere e, dunque, di porre a disposizione del curatore e degli Organi inquirenti il rendiconto di gestione e la relativa relazione informativa; non hanno neppure consegnato il libro dei cespiti ammortizzabili, e né le indicazioni dei beni ammortizzabili sono riportate sul Registro Iva acquisti; non hanno effettuato, sui libri contabili presentati, un'esposizione analitica delle rimanenze in termini di quantità e valori per singole categorie di beni in giacenza ad inizio anno, obbligatoria quale annotazione, o descrizione su prospetto separato di dettaglio; non hanno minimamente rendicontato sui criteri seguiti per la valutazione del complesso delle rimanenze, distintamente per singole categorie di beni nelle loro qualità e valori, nemmeno in apposito prospetto di dettaglio, non soggetto a vidimazione (Doc. 6, Prima Relazione ex art. 33)

Tra l'altro, il Ca.Fr. ha dichiarato che i 120 - 130 bovini posseduti sino al 2003 dalla Ca.Sa., sono stati venduti all'Ag.Mo. S.r.l., unitamente a tutti i beni strumentali (macchinari) per la trasformazione e lavorazione di prodotti lattiero - caseari, in aggiunta a tutte le attrezzature agricole per la lavorazione dei terreni, (cfr. Doc. 6, Prima Relazione ex art. 33). Per quanto riguarda, poi, le attrezzature minute presenti nel caseificio per l'uso e commercializzazione dei prodotti caseari, il tutto è stato oggetto di vendita alla Ca.Sa. S.r.l..

Tutte le compravendite che precedono sono avvenute con scrittura privata con comunicazione all'Asl per il passaggio dei bovini.

Per le compravendite suindicate il Ca.Fr. ha ancora dichiarato di non ricordare le riscossioni ed il prezzo pattuito, riservandosi in ogni modo di produrre i relativi atti che ad oggi non sono stati ancora né

presentati al Curatore, né depositati in Tribunale. A seguito delle dichiarazioni che precedono ed a titolo di proporzionalità di valore, il curatore ha riferito che, «dalla documentazione contabile presentata, il ricavo derivante dalla vendita di bestiame nel 2003 è solo del 4,26%, non apparendo plausibile ed attendibile, quindi, tal esposizione con il fatto dichiarato e, relativo alla vendita di 120/130 bovini» (cfr. Doc.6, Prima Relazione ex art. 33). Tanto di certo non depone in favore della configurazione sulla natura agricola della società fallita, ed anzi di certo sorregge il convincimento che trattasi di società commerciale dissimulata nelle vesti di una fittizia impresa agricola, che si è inteso avallare, da ultimo, a mezzo dell'occultare di quanto contabilmente riconducibile alla natura commerciale, anche nell'ulteriore intento, si può ipotizzare, di porre in essere attività di "spogliamento intrafamigliare" in frode ai creditori.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M

la Corte di Appello de L'Aquila, definitivamente pronunciando sull'appello proposto avverso la sentenza resa da in data così decide:

A) rigetta l'appello proposto e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;

B) condanna gli appellanti in solido al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in complessivi Euro 2.950,00 di cui Euro 100,00 per spese, Euro 1.350,00 per diritti e Euro 1.500,00 per onorario di avvocato, oltre Iva e Cap. ed accessori come per legge.

II. La classificazione e le massime

Fallimento - Società semplice – Attività commerciale di natura agricola – Assoggettabilità.

(art. 2135 c.c.; art. 1 R. D. 16 marzo 1942, n. 267)

(1) Una società semplice che eserciti prevalentemente una attività commerciale, pure se connessa ad una attività agricola, può essere sottoposta a fallimento anche se la carenza del criterio della prevalenza nell'attività connessa è dovuta alla sottoutilizzazione delle attrezzature e delle risorse dell'azienda agricola.

III. Il commento

Il criterio di prevalenza: da parametro di connessione oggettiva, a criterio per valutare la preponderanza degli aspetti commerciali.

di
Maria Capotorto

Sommario: 1. La vicenda – 2. Il quadro normativo – 3. Le attività connesse – 4. I criteri di determinazione della prevalenza – 5. I profili critici della pronuncia.

1. Nell'anno 2006 il Tribunale di Teramo dichiarava il fallimento di una società semplice – esercente l'attività di allevamento di animali e le attività connesse di trasformazione del latte e commercializzazione dei prodotti derivati – unitamente ai suoi soci illimitatamente responsabili. La sentenza veniva tempestivamente impugnata dai destinatari della pronuncia, mediante appello alla Corte di L'Aquila, in ragione della natura agricola della società, la quale risultava iscritta nel registro delle imprese nella sezione "impresa agricola" e svolgeva attività economica «con la terra e sulla terra» per il raggiungimento della cura e dello sviluppo di un ciclo biologico. In diritto, quindi, si denunciava la violazione dell'art. 1 della legge fallimentare e dell'art. 2135 c.c. nonché l'errata applicazione dell'art. 29 L. 917/86 (T.U.I.R.).

Con la sentenza in esame, la Corte d'Appello di L'Aquila rigetta l'appello sulla base di una serie di considerazioni di carattere giuridico-sistematiche accompagnate da rilievi di natura fattuale. Le motivazioni addotte a sostegno della pronuncia, infatti, prendono le mosse dalla preliminare considerazione che l'art. 2135 c.c., nella formulazione modificata dal D.Lgs. n. 228/2001 (come del resto anche l'art. 1 della legge fallimentare, come ivi sostenuto), non contrappone più l'attività agricola all'attività commerciale, in quanto essa non richiede più la stretta connessione, in precedenza ritenuta necessaria, fra l'attività agricola e la terra; essa fa riferimento agli animali e non al bestiame (non più, quindi specie legate al fondo e destinate alla sua lavorazione o comunque alimentate con i prodotti coltivati sul fondo

stesso); inoltre, essa considera agricole anche le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un solo ciclo biologico o una fase necessaria dello stesso; in conclusione, la nuova norma prevede l'utilizzazione del fondo come strumento effettivo o potenziale per l'esercizio dell'attività agricola. Accanto a tali attività, rileva il Collegio, la norma dispone parametri o condizioni per valutare e considerare agricola un'attività connessa (che di per sé agricola non è). Non può essere riscontrato alcun discrimine, deduce quindi la Corte, nel ricondurre le società semplici, aventi ad oggetto l'attività agricola, al più gran novero delle società commerciali, se la norma riconosce la qualifica d'imprenditore agricolo a titolo principale alle società di persone, di capitali, di cooperative aventi ad oggetto l'esercizio dell'attività agricola.

Relativamente al rispetto dei requisiti della connessione nell'attività di trasformazione dei prodotti agricoli esercitata dalla società, invece, la pronuncia mette insieme elementi di carattere normativo – i requisiti di cui all'art. 1 L. fall. e la mancanza della “prevalenza” per le attività connesse – inserendo, tuttavia, in questo quadro l'elemento fattuale dell'insufficiente sfruttamento dell'azienda agricola, facendo discendere da ciò la mancanza del requisito della prevalenza.

Previa declaratoria della irrilevanza delle norme fiscali e contributive ai fini della soggezione al fallimento, quindi, la Corte d'Appello deduce «che l'agrarietà dell'impresa agricola ... non viene svolta attraverso la prevalente manipolazione, conservazione, trasformazione e vendita di prodotti ottenuti dalla propria azienda agricola. A contrario, l'attività commerciale è prevalente sulla attività agricola e, come tale l'impresa agricola esercita nel caso di specie nella forma collettiva, (sarebbe lo stesso se fosse esercita nella forma individuale), è ascrivibile alla categoria "commerciale", assoggettabile a procedura concorsuale».

2. La portata della pronuncia può essere correttamente apprezzata solo alla luce del tessuto normativo in cui si inserisce, ed in particolare, dell'art. 1 della legge fallimentare, in cui sono individuati i presupposti soggettivi per l'assoggettabilità a fallimento di una impresa, e dell'art. 2135 cod. civ., portante la definizione di imprenditore agricolo.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 della Legge Fallimentare, presupposto necessario per la dichiarazione di fallimento di un imprenditore in stato di insolvenza (*ex art. 5 l. fall.*) è la qualità di imprenditore *commerciale* del debitore.

Al 1° comma, difatti, la norma citata prevede che «Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici». Al secondo comma, invece, precisa che «Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila».

La norma, quindi, esclude dal fallimento le imprese che posseggono congiuntamente i requisiti dimensionali suindicati, con onere probatorio a carico del debitore stesso.

Per la sussistenza del presupposto soggettivo di cui all'art. 1, 1° comma, L.F., pertanto, devono ricorrere i seguenti requisiti:

- l'esistenza di un'impresa, secondo la nozione di cui all'art. 2082 c.c., e cioè l'esercizio professionale di una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi;

- la sussistenza dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 1 L.F.;

- il carattere *commerciale* dell'impresa, che, alla luce di una lettura dell'art. 2195 c.c. condivisa dalla dottrina prevalente, si riscontra laddove l'impresa non sia qualificabile come agricola (neanche per concessione).

I presupposti per la qualificazione di una impresa come *agricola* (in quanto tale esclusa dal fallimento), invece, sono contenuti, come

detto, nell'art. 2315 c.c., portante la definizione di imprenditore agricolo. La norma prevede che «E' imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.

Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge».

Il testo appena riportato dell'art. 2135 c.c. è la risultante di una riscrittura operata dal D.Lgs. n. 228/2001. Nella versione originaria l'art. 2135 recitava: «E' imprenditore agricolo chi esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla selvicoltura, all'allevamento di bestiame e attività connesse. – Si reputano connesse le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura».

Si tratta di una modifica che trova le sue radici nella legge 5 marzo 2001, n. 57, recante “Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati”, ed in particolare nel capo II, dedicato agli interventi nei settori “agricolo, forestale della pesca e dell'acquacoltura”, con il quale è stata conferita al Governo la delega ad emanare uno o più decreti legislativi «contenenti norme per l'orientamento e la modernizzazione nei settori dell'agricoltura, delle foreste, della pesca e forestali” e al «riordino delle qualifiche soggettive». Nell'esercizio dei poteri delegati, quindi, il Governo ha adottato tre decreti legislativi, uno sulla pesca, uno sulle foreste e uno sull'agricoltura, recanti rispettivamente i nn. 226, 227 e 228 tutti portanti la data dell'8 maggio 2001

(entrati in vigore il 1° luglio 2001) e sostituito il vecchio testo dell'art. 2135 c.c. con la versione nuova sopra riportata.

Le novità introdotte con la riformulazione della norma sono diverse.

Nell'ordine, il primo comma rispecchia la precedente versione, salvo la sostituzione della parola "bestiame" con "animali"; il secondo comma introduce un nuovo nucleo essenziale e qualificante per il riconoscimento del carattere agricolo alle attività indicate nel primo comma, cioè la cura e lo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso (in sostituzione del fondo, che nel passato costituiva l'elemento preponderante e qualificante, mentre nella norma vigente viene relegato a elemento accessorio ed eventuale; la norma, infatti, nella nuova formulazione, dice espressamente che nelle attività agricole il fondo non deve essere necessariamente utilizzato, ma *può* essere utilizzato); il terzo comma, invece, amplia il novero delle attività connesse alle attività agricole principali e sostituisce il criterio della normalità con il criterio della prevalenza quale criterio oggettivo di connessione, come *infra* meglio precisato.

Le modifiche introdotte con la riforma, in sostanza, hanno ampliato le figure imprenditoriali riconducibili all'impresa agricola, con l'effetto di estendere l'area di esclusione dal fallimento e, al contempo, di inasprire il dibattito in ordine alla ragionevolezza della conservazione di tale privilegio in favore delle imprese agricole, tenuto conto, da una parte, che le radici dell'esenzione trovano fondamento in una circostanza (doppio rischio, ambientale e imprenditoriale, che incombe su tale tipo di impresa) non più professabile attualmente negli stessi termini in cui lo era al momento in cui l'esenzione è stata ideata, in ragione del processo di sviluppo che ha interessato l'agricoltura (V. Sabatelli, 2012); dall'altra, che il venir meno del criterio preponderante per l'individuazione di un'attività agricola principale - non più necessariamente il "fondo", bensì la cura di un ciclo biologico - unitamente all'ampliamento delle attività considerate agricole per connessione (ma sostanzialmente di natura commerciale) hanno reso ancor più labile il confine tra impresa agricola e impresa commerciale, e, quindi, la ragionevolezza stessa dell'esenzione in parola (v. Alessi, 2011; Frascarelli, 2012).

Con la nuova formulazione normativa, quindi, il legislatore ha posto dei nuovi punti fermi che attengono all'allevamento:

- è possibile la cura e lo sviluppo di solo una parte del ciclo biologico;
- è possibile utilizzare il fondo sia come fattore produttivo per trarre gli alimenti necessari, sia come bene strumentale dell'allevamento ossia per stazionare gli animali.

3. Le attività connesse previste nel terzo comma dell'art. 2135 c.c. sono attività sostanzialmente di carattere commerciale, le quali, tuttavia, ove siano svolte dallo stesso imprenditore agricolo a titolo principale - essendo richiesta l'identità soggettiva tra chi compie una delle attività agricole essenziali e l'attività connessa - e nel rispetto dei criteri oggettivi di connessione stabiliti dalla norma, vengono considerate anch'esse agricole; per l'effetto, il loro esercizio non fa perdere la qualifica di imprenditore agricolo al soggetto che le svolge.

Come già messo in evidenza, rispetto alla versione precedente, la formulazione del nuovo art. 2135 c.c. non solo contiene una elencazione più lunga delle attività che possono ritenersi agricole per connessione, ma sostituisce l'originario criterio oggettivo di connessione costituito dalla normalità con quello di prevalenza.

Il criterio della normalità contenuto nel vecchio testo aveva originato diverse dispute applicative in dottrina e in giurisprudenza. La tesi principalmente accolta interpretava il criterio nel senso che la vendita poteva considerarsi "agricola" quando non era organizzata in modo complesso, e cioè normale per l'agricoltore, secondo i parametri del tempo. Il criterio era stato ideato per la sua capacità di adattarsi all'evoluzione dell'atteggiarsi degli imprenditori agricoli di fronte al mercato (normale altro non è che il comportamento dei più o di molti e significativi soggetti). Non mancavano, tuttavia, posizioni tese a considerare restrittivamente il criterio, fino a ridurlo - al contrario di quanto esso voleva essere - ad un elemento di immobilismo che impediva al settore di evolvere verso forme nuove di approccio al mercato. La conseguenza del mancato riscontro del criterio era quella di rendere inapplicabile lo statuto dell'imprenditore agricolo all'agricoltore che alienasse i suoi prodotti in modo non normale (adottando sistemi non comunemente adottati dagli imprenditori agricoli della

zona) con conseguente suo assoggettamento allo statuto dell'imprenditore commerciale.

Nella nuova formulazione, il criterio oggettivo di connessione teso ad individuare l'agrarietà delle attività ivi elencate non risiede più nella *normalità* bensì nella *prevalenza*, nel senso che le attività di cui alla prima parte del 3° comma restano agricole solo se hanno per *oggetto, prevalentemente*, beni ottenuti da una delle attività produttive agricole principali ovvero se le attività dirette alla fornitura di beni o servizi avviene mediante l'utilizzazione *prevalente* di *attrezzature o risorse* dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata.

L'attenzione del legislatore, quindi, si è spostata dalla natura dell'attività (cui atteneva il criterio della normalità) all'oggetto e ai beni strumentali utilizzati nell'attività connessa (rispetto ai quali deve essere verificato il criterio della prevalenza).

4. Con il criterio della prevalenza, la novella ha avuto il merito di superare le dispute dottrinarie insorte prima e dopo l'emanazione del codice in ordine alla portata del criterio della normalità. Tuttavia, essa non ha specificato in che cosa debba sostanziarsi il concetto di prevalenza, in quanto non chiarisce se il riferimento debba intendersi alla prevalenza quantitativa o a quella qualitativa e con quali criteri debba essere determinata.

Relativamente alla prevalenza attinente ai prodotti ottenuti dall'attività agricola principale, secondo una parte della dottrina la locuzione va riferita alla quantità piuttosto che al valore, in quanto la formula della legge adoperato il termine "ottenuti" con riferimento ai prodotti. Vero è, tuttavia, che un rapporto fra quantità può avere un senso solo nel caso in cui intercorra un rapporto di identità tra prodotti propri e prodotti di terzi; in altri termini, il confronto quantitativo fra prodotti ottenuti dall'attività agricola principale ed i prodotti acquistati da terzi potrà essere effettuato solo se riguarda beni appartenenti alla stesse specie, poiché non si può discorrere di confronto quantitativo con riferimento a beni aventi una unità di misura diversa e, a parità di medesima unità di misura, un rilievo specifico differente.

In questi casi, invero, dovrebbe subentrare il confronto in termini di valore, con l'ulteriore problema, tuttavia, di stabilire i criteri di determinazione dello stesso. Se con riferimento ai prodotti acquistati da terzi il termine di riferimento potrebbe essere individuato nel prezzo sostenuto dall'impresa per il relativo acquisto, infatti, per i prodotti ottenuti da una delle attività agricole principali, invece, si porrà l'alternativa tra la determinazione dello stesso in ragione dei costi sostenuti dall'impresa per la relativa produzione e il prezzo di mercato degli stessi prodotti al medesimo stadio produttivo.

Neanche questa soluzione, tuttavia, potrebbe apparire appagante se si considerasse il disposto di un'altra norma attinente presente nel codice civile, come posto in evidenza da qualche Autore. Si tratta del nuovo art. 2513 c.c., terzo comma, c.c., il quale, con riferimento alle cooperative a mutualità prevalente sancisce che «la condizione di prevalenza sussiste quando la quantità o il valore dei prodotti conferiti dai soci è superiore al 50% della quantità o del valore totale dei prodotti». Da questa norma sembra potersi evincere che il criterio di prevalenza possa affermarsi in termini alternativi di quantità o di valore; sicché dovrebbero ritenersi connesse quelle attività dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione dei prodotti ottenuti dalla coltivazione del fondo o dal bosco o dall'allevamento di animali che risultino prevalenti per quantità o per valore rispetto a quelli ottenuti al di fuori dell'azienda agricola. Ciò significa che sarà sufficiente che l'imprenditore agricolo, nello svolgimento dell'attività di trasformazione e di commercializzazione, impieghi prodotti agricoli di sua produzione che per *quantità* o *valore* siano, alternativamente, superiori al 50% del prodotto totale, per mantenere lo *status* di imprenditore agricolo e potendo utilizzare per la restante parte dell'attività di trasformazione, prodotti agricoli acquistati da terzi.

Allo stato, si tratta di mere ipotesi interpretative che prestano comunque il fianco a diverse considerazioni. Anche rispetto all'ultima interpretazione che fa perno sul tenore dell'art. 2513 c.c. si possono avanzare dubbi. Essa, infatti, innanzitutto pone comunque il problema di determinare i criteri di determinazione del *valore* dei prodotti; inoltre, l'alternatività di criterio ivi sancita si presenta di dubbia applicabilità laddove i prodotti da porre a confronto appartengano alla stessa

specie; in tal caso, infatti, non si comprenderebbe in quale modo il rapporto di quantità possa essere messo in dubbio in ragione del diverso valore. Non è escluso, pertanto, che l'alternativa prevista dall'art. 2503 c.c. debba intendersi in altro modo, nel senso che il criterio del *valore* debba essere preso in considerazione solo in presenza di prodotti appartenenti a specie differenti; mentre, in presenza di prodotti omogenei, il criterio sia quello quantitativo.

Quanto alla natura di “prodotti non prevalenti” in dottrina si precisa che gli stessi devono essere di natura agricola, prescindendo, ovviamente, dai beni e materiali di consumo utilizzati (si pensi agli imballaggi), che non sarebbero rilevanti allo scopo (v. in argomento Magno, 2011).

Relativamente alla prevalenza stabilita per le attività di fornitura di beni o servizi, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge (anch'esse di per sé di natura commerciale, riconducibili senza fraintendimenti all'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi di cui al n. 1) dell'art. 2195 c.c.) la norma precisa che tali attività, per essere considerate connesse, devono essere svolte mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata. Si tratta di un concetto di prevalenza che attiene, in sostanza, ai fattori produttivi impiegati, ossia alle attrezzature e alle altre risorse dell'azienda. E' necessario, pertanto, che tali fattori produttivi provengano prevalentemente dall'attività agricola principale e siano in essa normalmente utilizzati.

Anche in questo caso la quantificazione della prevalenza non è semplice e immediata e ha dato luogo a differenti interpretazioni al vaglio della dottrina e della giurisprudenza. Oltre a riproporsi, infatti, il criterio da utilizzare per determinare la prevalenza dei fattori produttivi impiegati nell'attività connessa (in termini di quantità o valore), non è chiaro come debba determinarsi la seconda condizione, ossia l'utilizzo normale degli stessi beni in una delle attività agricole principali. Se per “utilizzo normale” deve intendersi “utilizzo prevalente” degli stessi beni nell'attività agricola principale, anche qui si pone il problema di determinare la prevalenza, rispetto alla quale non

si registra una posizione univoca (tra i criteri suggeriti si possono annoverare, ad esempio, le ore macchina, le superfici di terreno lavorate, le quantità di carburante utilizzate ecc...).

5. Nonostante le oggettive difficoltà di determinazione della prevalenza sopra poste in evidenza, destano perplessità le modalità con le quali la Corte è giunta a determinare l'insussistenza della prevalenza dei prodotti aziendali nell'attività di trasformazione e commercializzazione esercitata dalla società semplice dichiarata fallita.

Nel caso specifico non ricorreva nessuna delle difficoltà oggettive sopra poste in rilievo in ordine alla quantificazione della prevalenza; si trattava di confrontare le quantità di utilizzo di un prodotto della stessa specie, ossia il latte prodotto dall'azienda rispetto a quello acquistato da terzi, al fine di determinare l'utilizzo prevalente del primo nell'attività di trasformazione esercitata dalla società. Nessuna difficoltà si presentava, quindi, nell'applicazione del criterio quantitativo puro. Ed in effetti la Corte si attiene all'utilizzo del criterio quantitativo; tuttavia, comprende nei termini di confronto un elemento che l'art. 2135 c.c. non contempla.

Si può osservare, infatti, che il Collegio deduce l'insussistenza del criterio di prevalenza facendo derivare questo dato dall'ammontare complessivo degli acquisti effettuati dall'impresa, senza operare alcuna distinzione in ragione del diverso oggetto degli acquisti e del diverso utilizzo nell'ambito della stessa (ossia, nell'attività principale ovvero nell'attività connessa). E nel caso specifico l'ammontare dei predetti acquisti avrebbe messo in luce, secondo il Collegio, il ricorso a risorse che non appartengono all'azienda in misura superiore al cinquanta per cento, in spregio del criterio di prevalenza sancito dall'art. 2135 c.c.

L'erroneità del calcolo, poi, traspare senza equivoci successivamente nella motivazione, laddove il Collegio dà conto specificamente delle voci prese in considerazione. Esso, infatti, dà atto che nel 2003 la società aveva trasformato una quantità di latte costituito solo per il 27,52% da latte acquistato da terzi; nel 2004, invece, aveva trasformato una quantità di latte costituito solo per il 20,89% da latte acquistato da terzi. Al cospetto di tali percentuali, il Collegio anziché desumere la sussistenza del criterio di prevalenza sancito dall'art. 2135 c.c.

(a norma del quale il criterio della prevalenza sussiste laddove oggetto dell'attività connessa – ivi compresa la trasformazione – attenga prevalentemente ai prodotti ottenuti da un'attività agricola principale) ne disconosce la sussistenza, poiché aggiunge alla percentuale di latte acquistata da terzi un dato non confacente con la norma. Esso, infatti, dà rilievo alla circostanza che la società abbia acquistato da terzi una parte del foraggio necessario per soddisfare il bisogno alimentare dei bovini; pertanto, calcola la presumibile percentuale di latte imputabile al foraggio acquistato, dopodiché aggiunge la percentuale ottenuta a quella di latte acquistato da terzi e da questa somma fa discendere il mancato rispetto del parametro della prevalenza nell'anno 2003, come emerge dalla seguente parte della motivazione: *«In ogni caso gli elementi di sbilancio e gli acquisti messi in luce dagli organi accertatori inequivocabilmente mettono in luce il ricorso a risorse che non appartengono all'azienda, se è vero che la misura degli acquisti supera il 50%, mancando quindi il criterio della prevalenza ex art. 2135 c.c. »*...*«la stessa - società ... per il periodo 1.1.2003 al 31.12.2003, ha proceduto: - alla vendita di prodotti finiti derivati dal latte; - ad acquistare mangimi per l'alimentazione dei Bovini; all'acquisto del latte da impiegare nel processo di trasformazione, produzione e commercializzazione; - all'acquisto di prodotti vari (mozzarelle vaccine, mozzarelle di bufala, latte, burro, panna, formaggi, ricotta salumi) destinati alla rivendita»*...*«dai dati illustrati, comunque, pare evidente che i foraggi di produzione aziendale, pur prevalendo su quelli di cui di cui è documentato l'acquisto, non coprono l'intero fabbisogno secondo le percentuali riportate nella precedente tabella; »*... *«risulta che l'impianto di caseificazione nell'anno 2003 ha trasformato Kg. 537.486 di latte, costituito per il 27,52% da latte acquistato e nell'anno 2004 ha trasformato Kg 445.707 di latte, costituito per il 20,89% da latte acquistato... è presumibile, pertanto, che il latte acquistato e quello che in termini percentuali dovrebbe essere derivato dalle unità foraggere acquistate, costituisca il 78,29% dell'intero quantitativo lavorato nell'anno 2003 ed il 35,80 % nell'anno 2004»*.

A tale discutibile modalità di calcolo, poi, la Corte aggiunge delle considerazioni a supporto della natura commerciale dell'attività svolta dalla società, attinenti ad aspetti non presi in considerazione dall'art.

2135 c.c. La natura commerciale della società in parola, infatti, è stata altresì desunta:

- dall'elevato ammontare del capitale investito, sia proprio sia di terzi, nonché dal volume d'affari (nei seguenti termini «*se si tiene conto delle quote concesse per l'inizio dell'attività pari ad Euro 342.927,38 e, del capitale ... investito da terzi, necessariamente e rigidamente si ravvisano più profili che depongono nel senso della sostanziale commerciabilità dell'attività di impresa, ed altrettanto dicasi per il volume d'affari sotto segnati e ripresi dai Mod. U50*»);

- dall'elevato ammontare delle passività (così affermando: «*Quanto alle passività, queste si sono accumulate per un ammontare compatibile solo con lo svolgimento di un'attività commerciale: basti pensare che solamente nei confronti dell'Erario è esposta per oltre ben 250.000 Euro*»);

- dall'elevata consistenza del bestiame e dall'insufficienza dei foraggi prodotti dall'impresa a coprire il fabbisogno alimentare dei bovini (ivi si legge, infatti: «*Il deficit di fabbisogno alimentare per il mantenimento dei bovini in allevamento ... evidenzia come, logicamente, due possibili presunzioni, che l'azienda coltiva altri terreni/che l'azienda acquista in nero il mangime necessario al mantenimento dei propri bovini, sicché rimane fermo il rilievo se l'azienda abbia coltivato altri terreni per soddisfare bisogni di terzi, operando per il mercato*»... «*Qualora invece avesse coltivato terreni di terzi per esigenze proprie, rimane oscuro l'acquisto da terzi del 40,32% d'U.F. per il mantenimento dei bovini in allevamento, che potevano e dovevano essere prodotti nell'attività agricola esercitata*»).

Invero, quanto al capitale investito nell'impresa, nessun discrimine può essere desunto dall'art. 2135 c.c., né con riferimento alle attività agricole principali, né a quelle agricole per connessione. Per l'effetto, la qualificazione di imprenditore agricolo prescinde totalmente dalle dimensioni dell'impresa in termini di ammontare di investimenti, sia propri, sia di terzi.

Lo stesso può ripetersi per il riferimento all'elevato ammontare delle passività, apparendo fuori luogo l'utilizzo del dato citato al fine di trarre un elemento presuntivo idoneo a fondare l'esistenza di una impresa commerciale. D'altra parte, non è in contestazione la natura

commerciale delle attività connesse. Come sopra visto, infatti, le attività connesse rivestono ontologicamente carattere commerciale. E' la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi di connessione con una delle attività agricole principali ad attrarre al regime – e quindi – alla qualificazione – della impresa agricola le attività connesse. Sotto il profilo fattuale, poi, il rilievo contenuto nella pronuncia si presenta privo di fondamento. Desumere, infatti, la natura commerciale dell'impresa dall'ammontare delle passività – anche di natura tributaria – equivale al contempo sostenere l'ontologica impossibilità per una impresa agricola di maturare passività importanti, circostanza questa che non può essere affermata sotto il profilo logico-fattuale, prima che giuridico.

Ancor più strano appare il riferimento nella pronuncia all'insufficienza dei foraggi prodotti dall'impresa a coprire i fabbisogni dei bovini, foraggi che, secondo la stessa *«potevano e dovevano essere prodotti nell'attività agricola esercitata»*. La Corte sembra richiedere, al fine di individuare la natura agricola nell'esercizio dell'attività di allevamento, un requisito che l'art. 2135 c.c. non prevede, ossia la necessità che gli animali allevati trovino soddisfacimento dei propri bisogni alimentari esclusivamente nei prodotti del fondo facente parte dell'azienda agricola. La Corte d'appello sembra trascurare del tutto il nuovo dato normativo sotto tale profilo. Come innanzi più volte sottolineato, infatti, dopo la riforma operata dal D.Lgs. n. 228/2001, la presenza effettiva di un fondo potrebbe addirittura mancare nell'esercizio delle attività agricole essenziali, rilevando esclusivamente la cura di tutto o parte di un ciclo biologico e l'utilizzo potenziale del fondo ovvero delle acque ecc. Né dalla norma indicata è dato affermare che ove un fondo, invece, effettivamente vi sia, dallo stesso debbano essere necessariamente tratti tutti i prodotti necessari per il soddisfacimento degli animali in allevamento, pena la declaratoria di insussistenza di una impresa agricola. Come sopra messo in evidenza, nell'allevamento di animali, il fondo potrebbe essere utilizzato anche solo a fini di stazionamento o ricovero degli animali, senza alcuna necessità di ricavare dallo stesso i prodotti necessari per il loro sostentamento.

La pronuncia, invero, come già rilevato, è indice del disfavore con il quale continua ad essere accolta l'esclusione dal fallimento della

moderna impresa agricola, in ragione dei mutamenti che tali imprese hanno registrato nel tempo, che ne hanno determinato la perfetta compatibilità con il carattere commerciale ricavabile dall'art. 2195 c.c. Le motivazioni addotte nella pronuncia, tuttavia, non possono essere condivise, poiché rappresentano il tentativo, mal riuscito, di ancorare al dato normativo una decisione assunta sulla base di ragioni differenti. Probabilmente sarebbe apparsa più convincente una ricostruzione normativa apertamente innovativa fondata sui rilievi mossi da più parti in dottrina e sulla potenziale portata del tenore letterale del nuovo art. 1 l. fall. Si poteva, ad esempio, far perno sulla circostanza che tale norma assoggetta a fallimento «*gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale*» e non solo «*gli imprenditori commerciali*»; sotto questo profilo sarebbe emerso che anche quello agricolo è un imprenditore che esercita una impresa commerciale (sia pure in rapporto di connessione con una attività agricola essenziale) e che la norma fallimentare non sembra operare distinzioni fra esercizio di attività commerciali per così dire “in via principale” ed esercizio “in via di connessione”.

La sentenza in commento, invece, giunge a confermare la sentenza dichiarativa di fallimento emessa in primo grado ancorando formalmente la motivazione al mancato rispetto del criterio di prevalenza, nella sostanza, invece, derogandovi ampiamente. Essa, infatti, nella valutazione della prevalenza fa rientrare fra i prodotti di terzi, non solo quelli acquistati per essere destinati ad una delle attività connesse (nel caso specifico, trasformazione e commercializzazione), bensì altri fattori (fra i quali, l'acquisto del foraggio necessario a sostenere il fabbisogno alimentare dei bovini) che attengono esclusivamente all'esercizio dell'attività essenziale di allevamento e non alle attività connesse.

IV. Letture di approfondimento

- R. ALESSI (a cura di), *L'impresa agricola*, UTET, Torino, 2011;
R. ALESSI – G. PISCIOTTA, *L'impresa agricola*, in *Commentario Schlesinger* continuato da Busnelli, *sub art. 2135*, Giuffrè, Milano, 2010;
M. AMBROSIO, *Impresa agricola (recte ittica) e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, n. 5, II, 455 ss.;
ID., *Attività e impresa agricola*, Giuffrè, Milano, 2008.

- I. CANFORA, *L'impresa agricola nell'interpretazione della giurisprudenza di Cassazione dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, II, 217;
- E. CASADEI, *La nozione di impresa agricola dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, n. 3, I, 309;
- F. CASSESE, *Procedure concorsuali e imprenditore agricolo*, in *Riv. dott. Comm.*, 2011, n. 3, 667 ss;
- P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, sub art. 2135, Giuffrè, Milano, 2009;
- M. CIAN, *Note sui rapporti tra la nuova figura di imprenditore agricolo professionale (I.A.P.) e le categorie del diritto commerciale*, in *Riv. dir. agr.*, 2005, n. 1, 68 ss;
- L. COSTATO, *L'imprenditore agricolo: novità codicistiche e polemiche retro*, in *Riv. Dir. civ.*, 2006, n. 1, I, 89 ss;
- M. FRASCARELLI, *L'azienda agricola*, Giuffrè, Milano, 2012;
- M. FERRO, *Imprenditore agricolo e fallimento*, in *Fallimento*, 2011, n. 2, 141;
- A. IANNARELLI - V. BUONOCORE – A. VECCHIONE, *L'impresa agricola*, UTET, Torino, 2008;
- P. MAGNO, *Parametri quantitativi dell'impresa agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, n. 1, II, 6 ss.;
- M. MONTANARI, *Le attività che "utilizzano o possono utilizzare" il fondo nella nozione di imprenditore agricolo*, in *Giur. comm.*, 2005, n. 4, 456 ss.
- E. SABATELLI, *Il precario ingresso dell'impresa agricola nella legge fallimentare*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2012, n. 1, II, 71;
- L. PETRELLI, *Studio sull'impresa agricola*, Giuffrè, Milano, 2007;
- M. VACCHIANO, *Impresa agricola, società di agriturismo e fallimento*, in *Fallimento*, 2005, n. 12, 1375 ss.

Caso n. 4

IMPRESA COMMERCIALE ED ENTE ECCLESIASTICO

di
Cira Grippa

I. L'atto giudiziario introduttivo

Istanza di fallimento

Tribunale di Trani – Sezione fallimentare

La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trani inoltrava richiesta per la dichiarazione di fallimento ex art. 6, c. 1 e 7, n. 1), del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

Il Procuratore della Repubblica:

- letto il rapporto della Guardia di Finanza di Trani (...) redatto in relazione al procedimento n. (...) da cui si evince che nel corso del suddetto procedimento penale è stato appurato che l'Ente Ecclesiastico "C.A.D.P.", con sede in (...), non è in possesso di un patrimonio tale da poter far fronte alla consistente situazione debitoria nei confronti dell'erario e di altri numerosi creditori, con ciò evidenziando un grave stato di insolvenza;*
- ritenuto di condividere le considerazioni giuridiche del succitato rapporto in cui si conclude per l'assoggettabilità alla procedura fallimentare dell'Ente de quo;*
- rilevato che ai sensi dell'art. 6, c. 1, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), il Pubblico Ministero è legittimato a presentare richiesta per la dichiarazioni di fallimento, quale autorità pubblica deputata nell'interesse pubblico ad azionare il procedimento prefallimentare indipendentemente dalle parti private, in aggiunta e anche in supplenza delle stesse;*
- letto ed applicato il combinato disposto degli artt. 6, c. 1 e 7, n. 1) L:F.;*

chiede

che il Tribunale, in Camera di Consiglio, in composizione collegiale, voglia dichiarare il fallimento dell'Ente Ecclesiastico "C.A.D.P.", con sede a (...), in persona del suo legale rappresentante C.R.

II. Il commento

La fallibilità dell'Ente Ecclesiastico

di
Cira Grippa

SOMMARIO: 1. Le vicende dell'ente ecclesiastico "C.A.D.P."- 2. Impostazione dell'indagine. – 3. L'ente ecclesiastico imprenditore. – 4. L'attività. – 5. Conclusioni.

1. L'ente ecclesiastico "C.A.D.P.", fondato nel 1922, è persona giuridica riconosciuta nel 1946 con decreto del Capo Provvisorio dello Stato, e risulta iscritto dal 1985 nel registro delle persone giuridiche della Prefettura di Bari e dal 2000 nel registro delle persone giuridiche private della Regione.

Ai sensi dell'art. 2, comma 3, dello statuto, l'ente è dedito «alla cura, all'assistenza, alla riabilitazione, alla risocializzazione, alla difesa ed alla sorveglianza delle persone nelle quali è presente una compromissione delle facoltà intellettive superiori, in special modo verso i neuropatici, i minorati psichici e anche i lungo degenti».

In considerazione dell'attività di utilità sociale che svolge l'ente è altresì riconosciuto come ONLUS (d.lgs. n. 460/1997) e impresa sociale (d.lgs. n. 155/2006).

Fin dal 1978 l'ente veniva inserito nel sistema del Servizio Sanitario Nazionale (legge n. 833/1978), mentre la sua articolazione organizzativa, che conta ancora attualmente tre distinte sedi (ospedali), dislocate su due ambiti regionali, attuava il processo di superamento e riconversione degli Ospedali psichiatrici predisposto a livello nazionale nel 1999, conservando la primordiale attività di assistenza dei degenti affetti da malattie psichiatriche e, nello stesso tempo, diversificando l'attività stessa con la assistenza dei degenti con disabilità fisica e la riabilitazione.

L'istanza di fallimento segue le verifiche contabili svolte nell'aprile del 2012 dalla Guardia di Finanza nell'ambito di una inchiesta scaturita da alcune denunce sulle rette "gonfiate", pagate dalla Regione Puglia, per i pazienti in cura: 400 milioni di euro le pendenze dell'ente con lo Stato.

Nel rapporto relativo al suddetto procedimento di verifica veniva evidenziato che l'ente ecclesiastico «non è in possesso di un patrimonio tale da poter far fronte alla consistente situazione debitoria nei confronti dell'Erario e di altri numerosi creditori, con ciò evidenziando un grave stato di insolvenza».

La Procura della Repubblica di Trani presenta, pertanto, richiesta per la dichiarazione di fallimento dell'Ente Ecclesiastico, sulla base della considerazione che l'ente in oggetto gestisce attività sanitario-assistenziale (che consiste in un'attività di produzione di un servizio, ovvero in un'attività di tipo commerciale), con dimensioni per indebitamento e patrimonio superiori ai limiti previsti all'art. 1 l.fall.

Il Tribunale, sulla base del riscontro documentale del suddetto stato di insolvenza, è chiamato a verificare la sussistenza del presupposto soggettivo (qualità di imprenditore commerciale dell'ente) e del presupposto oggettivo (stato di insolvenza in cui riversa lo stesso) al fine della sottoposizione del debitore alla procedura concorsuale.

2. L'attivazione della procedura fallimentare richiede, anzitutto, l'individuazione del soggetto debitore passibile di procedura fallimentare.

L'art. 1 della legge fallimentare, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, così come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, rubricato "Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo", stabilisce al comma 1 che «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori».

Il comma 2 della medesima norma stabilisce invece che «non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al I comma, i quali dimostrino il possesso congiunto» di tre requisiti: l'attivo patrimoniale che non deve essere superiore, nei tre esercizi precedenti alla istanza di fallimento (o, comun-

que, dall'inizio dell'attività) a trecentomila euro; l'ammontare dei ricavi lordi annui, sempre nei tre esercizi precedenti o dall'inizio dell'impresa, che non deve superare la soglia dei duecentomila euro; infine, l'ammontare dei debiti anche non scaduti che non deve eccedere i cinquecentomila euro.

La norma pertanto: a) esclude dichiaratamente dal fallimento e dal concordato preventivo gli enti pubblici; b) menziona esclusivamente gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, e, pertanto, esclude gli imprenditori che esercitano le attività di impresa agricola (v. Fortunato, 2006); c) esclude comunque gli imprenditori che non superano congiuntamente i requisiti di cui all'art. 1, comma 2 (requisiti dimensionali prima ricordati).

Passando dalla previsione generale della norma dell'art. 1 della legge fallimentare al caso specifico oggetto di trattazione, va stabilita la misura della applicabilità della prima al secondo. Ora, le peculiarità proprie del soggetto debitore in questione (ente ecclesiastico) inducono ad alcune riflessioni su due preliminari quesiti: 1) quando l'ente ecclesiastico assume la qualità di "imprenditore"; 2) quando può essere qualificato imprenditore "commerciale" ai fini dell'applicazione del relativo statuto (cosiddetto statuto speciale), e, pertanto, fallibile.

Si tratta evidentemente di intraprendere un'indagine ricognitiva e ricostruttiva della sussistenza dei requisiti dell'attività di impresa in capo all'ente ecclesiastico, allo scopo pratico di stabilirne la titolarità e la natura.

Nel nostro ordinamento l'esercizio di attività di impresa non è prerogativa di specifico soggetto di diritto (sia esso persona fisica o persona giuridica) e il soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi è imprenditore (art. 2082 c.c.). In quanto tale sarà disciplinato dal cosiddetto statuto generale delle imprese, composto dalle disposizioni in tema di azienda, di segni distintivi, di concorrenza e di consorzi e, in aggiunta, ma solo quando l'attività esercitata abbia natura commerciale e sia di medio-grandi dimensioni, dallo statuto speciale dell'imprenditore, composto invece dalle disposizioni in tema di pubblicità, di rappresentanza commerciale, di scritture contabili e di fallimento e procedure concorsuali.

Il quadro così delineato è sì descrittivo della fattispecie impresa, ma, ai nostri più specifici fini, serve a delimitare la cosiddetta “area soggettiva di fallibilità” la cui descrizione in termini di impresa commerciale privata non piccola è funzionale all’applicazione della relativa disciplina e della disciplina del fallimento in particolare.

Se in questa area soggettiva di fallibilità sia possibile ricomprendere la figura dell’ente ecclesiastico, è tutto da dimostrare e peculiare attenzione deve essere posta all’approccio da adottare nella considerazione del caso.

3. Come anticipato, la fallibilità dell’ente ecclesiastico è un argomento insidioso che necessita di cauta e avveduta impostazione non solo per le istintive resistenze che comunemente (e culturalmente) può incontrare la sua ammissione, ma anche e soprattutto perché è un’ulteriore occasione di verifica di quello che viene definito ambito soggettivo di applicazione delle procedure concorsuali (e, più correttamente, delle procedure concorsuali giurisdizionali: fallimento e concordato preventivo).

Tale ambito, che consta della impresa commerciale privata di medio-grande dimensione, nella pur precisata ampiezza dei suoi confini (art. 1 legge fallimentare), coinvolge figure diverse dalle tradizionali “persona fisica” e “società”, per le quali le procedure concorsuali erano state in origine pensate. Il riferimento è a quelle figure di associazioni, fondazioni, comitati, consorzi, istituti scolastici, associazioni sportive, enti religiosi o comunque enti (privati) che al fianco delle attività ideali per le quali vengono istituite (attività culturali, sportive, religiose), svolgono attività economica, ovvero produttrice di nuova ricchezza, presenziando stabilmente la scena sociale ed economica.

L’ente ecclesiastico è tra queste e la sua fallibilità in costanza di stato di insolvenza, ovvero di incapacità «di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni», definizione dataci dall’art. 5, comma 2, della legge fallimentare, può essere sostenuta solo ammettendo che l’ente ecclesiastico può essere imprenditore. Ai sensi dell’art 5 citato, comma 1, è, infatti dichiarato fallito «l’imprenditore che si trova in stato di insolvenza».

La fallibilità dell’ente ecclesiastico va verificata attraverso la confutazione degli orientamenti che con argomentazioni varie, e talvolta

anche forzate, giungono ad opposta conclusione attraverso la negazione della imputabilità dell'impresa in capo all'ente.

L'ordine di considerazioni da confutare è il seguente:

*a) l'ente ecclesiastico non fallirebbe in quanto sottoposto ad un regime di specialità che escluderebbe a priori la qualità di imprenditore dello stesso. Siffatta specialità deriverebbe dall'appartenenza dell'ente ecclesiastico all'organizzazione giuridica della Chiesa cattolica che, si sostiene, istituisce il fine da perseguire, ovvero il fine di religione e di culto e, in ragione del fine, verrebbe a determinarsi *naturaliter* l'incompatibilità della natura di ente ecclesiastico con la qualifica di imprenditore.*

Si tratta di un orientamento tradizionale (Cass. 9/11/1979, n. 5750) che fa della specialità di regime un dogma che censura ogni tipo di argomentazione favorevole alla configurazione di un ente ecclesiastico-imprenditore.

Le posizioni contrarie, pur non supportate da più recenti decisioni della Corte di legittimità, si avvalgono delle posizioni dottrinarie ecclesiasticiste prevalenti e di una significativa decisione di merito, che dichiara, in un caso del tutto analogo, il fallimento di un ente ecclesiastico (Tribunale di Paola, sentenza del 3 dicembre 2009, su cui v. il commento di Trentini, 2010).

La natura giuridica dell'ente ecclesiastico cui riconnettere la specialità di regime, diventa dunque argomento dirimente, ciò presupponendo il rinvio alle fonti normative che nel nostro ordinamento disciplinano la materia degli enti ecclesiastici e che attengono fondamentalmente alle regole dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa (Patti lateranensi del 1929, cui rinvia l'art. 7, comma 2, della Costituzione, e successive modifiche della legge n. 222/1985).

L'espressione "ente ecclesiastico" non riceve espressa definizione né nel diritto canonico (costituito dal complesso delle norme dettate dalla Chiesa cattolica per regolare i rapporti umani e sociali tra i suoi membri e in particolare del clero), né nel diritto ecclesiastico (ovvero nel complesso delle norme di quella parte dell'ordinamento giuridico dello Stato che riguarda il fattore religioso e che attiene ai rapporti tra lo Stato e le diverse confessioni): con essa si identificano genericamente quelle istituzioni o organizzazioni appartenenti alla organizzazione giuridica della Chiesa o ad essa collegate e rispetto alle quali

l'autorità ecclesiale opera un formale riconoscimento attraverso il conferimento della personalità giuridica di diritto canonico.

Il provvedimento presuppone la istituzione e destinazione dell'ente al perseguimento del *finis religiosus vel caritativus*. Sulla base di tale scopo vengono riconosciuti persone giuridiche anche dall'ordinamento statale (art. 2, comma 3., l. n. 222/1985).

Il procedimento di riconoscimento cui gli enti ecclesiastici vengono sottoposti (artt. 1-20 l. n. 222/1985) è complesso: sulla base della domanda del rappresentante e previa istruttoria della stessa da parte della Prefettura, il Ministero dell'Interno può emanare il decreto di riconoscimento giuridico dell'ente.

La funzione del riconoscimento civile (che ha natura costitutiva ed è provvedimento discrezionale) è quella di equiparare gli enti ecclesiastici alle persone giuridiche di diritto comune ai fini della loro disciplina giuridica e ciò rileva soprattutto ai fini dello svolgimento delle attività diverse dalle attività di religione e di culto (ovvero quelle dirette, *ex art. 16 lett. a)* della l.n. 222/85: all'esercizio del culto e alla cura delle anime; alla formazione del clero e dei religiosi; a scopi missionari; alla catechesi; all'educazione cristiana) per le quali gli enti ecclesiastici sono istituiti, ovvero delle attività di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura, e, in ogni caso, le attività commerciali o a scopo di lucro, di cui all'art. 16 lett. *b)* della l. n. 222/85, che la chiara disposizione dell'art. 15 della medesima legge consente loro di svolgere (in argomento v. Finocchiaro, 1988; Picozza, 1992).

Per lo svolgimento delle attività "diverse" gli enti ecclesiastici sono espressamente sottoposti alle leggi dello Stato e al regime tributario previsto per le medesime, in quanto non è previsto alcun regime di specialità per questi enti che ne giustifichi un trattamento diverso rispetto alle persone giuridiche di diritto comune.

Va da sé, pertanto, che allorquando un ente ecclesiastico svolga stabilmente un'attività organizzata di produzione o scambio di beni e servizi con metodo economico sarà di conseguenza imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c.

b) L'ente ecclesiastico non fallirebbe perché ente di diritto straniero.

La teoria, supportata con scarso vigore dalla stessa dottrina ecclesiasticistica, viene presa in considerazione disquisendo sulla natura e

sulla funzione del già citato riconoscimento civile degli enti ecclesiastici, che consisterebbe nel riconoscimento di un ente appartenente alla organizzazione della Chiesa e, di conseguenza, di diritto straniero. Ciò significherebbe che lo Stato, attraverso il riconoscimento civile, considera gli enti ecclesiastici come enti costituiti nell'ambito di un altro ordinamento secondo le norme in esso vigenti.

Una volta equiparati gli enti ecclesiastici agli enti stranieri, risulterebbe quantomeno legittimo dubitare della applicabilità delle norme del codice civile, ivi comprese quelle in tema di impresa agli enti ecclesiastici.

Ma anche a voler evidenziare l'appartenenza dell'ente ecclesiastico all'ordinamento canonico, la qualificazione di ente di diritto straniero in capo allo stesso non proverebbe abbastanza ai fini della non applicabilità delle norme in tema di impresa anzitutto perché nel nostro ordinamento esiste, anche attraverso il rinvio operato dalla Costituzione, la regolamentazione espressa delle attività, anche di impresa, che l'ente può svolgere, di modo da assoggettarlo alla relativa disciplina, e poi, non da ultimo, perché in tema di società ed enti di diritto straniero, là dove l'art. 25 della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato (legge n. 218 del 31 maggio 1995) statuisce al primo comma che le società, le associazioni ed "ogni altro ente", pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, vengono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio si è costituito. «Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti».

Siffatti requisiti sono presenti nella fattispecie in esame e, pertanto, la regolamentazione degli enti ecclesiastici non può che ricadere nell'ordinamento statale di appartenenza territoriale.

c) L'ente ecclesiastico non fallirebbe in quanto è ente di natura pubblicistica e pertanto non assoggettabile a fallimento e a concordato preventivo (art. 2221 c.c e art. 1 legge fallimentare). In questa soluzione non è in discussione la qualificazione in termini di imprenditore dell'ente ecclesiastico, ma esclusivamente la sua natura giuridica.

L'assimilazione degli enti ecclesiastici agli enti pubblici avviene ora attraverso la considerazione degli interessi di carattere sociale che gli stessi si trovano a soddisfare, ora per il particolare "interesse" dello Stato nei loro confronti (per alcuni definibile "controllo"), o, ancora,

per il fatto che appartengono, come già detto, alla Chiesa cattolica, che, riconosciuta organizzazione autonoma e pertanto pubblica «verrebbe a riverberare la propria pubblicità sui singoli enti».

Il codice civile del 1942, tuttavia, non fa riferimento alcuno alla loro natura pubblicistica: non li menziona l'art. 11 c.c. che disciplina le persone giuridiche pubbliche, mentre l'art. 831 c.c. li menziona in quanto proprietari di beni, ma non li qualifica.

Più verosimilmente viene sostenuta, anche qui, la loro natura giuridica privata sulla base dell'esistenza dei seguenti elementi, peraltro già considerati: l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, il riconoscimento discrezionale e non automatico, l'assoggettamento delle attività diverse da quelle istituzionali di religione o di culto alle leggi dello Stato.

Il problema della natura pubblica o privata degli enti ecclesiastici conosce poi l'alternativa della cosiddetta natura mista. Si sostiene, in altri termini, che gli enti ecclesiastici apparterrebbero ad un *tertium genus* di persone giuridiche in ragione del fatto che gli enti, una volta costituiti, ricevono autorizzazione da parte dell'Autorità ecclesiastica secondo le regole dell'ordinamento canonico e che solo sulla base di questa autorizzazione lo Stato riconosce loro la personalità giuridica civile.

In questa prospettiva, che degrada il procedimento di riconoscimento a mero atto dovuto da parte dello Stato nei confronti degli enti ecclesiastici, rimane esclusa la considerazione degli effetti giuridici del procedimento che, come già detto, fa ricadere gli stessi sotto il regime delle persone giuridiche di diritto comune disciplinandoli come tali. In termini assolutamente pratici il riconoscimento serve, lo abbiamo già visto, ad attribuire effetti civili al provvedimento canonico costitutivo degli enti medesimi.

d) L'ente ecclesiastico non fallirebbe in quanto ente che persegue uno scopo di natura ideale, inconciliabile con l'esercizio dell'attività di impresa.

L'orientamento si fonda sulla assimilazione degli enti ecclesiastici alle associazioni e alle fondazioni, ovvero a quegli enti (privati) che nel nostro ordinamento vengono usualmente costituiti per il conseguimento di un fine ideale (tipicamente culturale o anche sportivo).

Le ragioni dello scarso vigore con cui è stata sostenuta questa tesi affonda le sue radici nelle soluzioni pervenute in sede di teoria generale dell'impresa e, nello specifico, in sede di capacità all'esercizio dell'impresa, là dove l'attività ideale svolta dagli enti del Libro I del codice civile (enti cosiddetti non lucrativi, quali le associazioni e le fondazioni, disciplinate agli artt. 14 e ss. c.c.) era considerata in contrapposizione all'attività patrimoniale economica svolta dagli enti del Libro V del codice civile (cosiddetti lucrativi, quali le società, disciplinate all'art. 2247 e ss. c.c.).

Il risultato della contrapposizione era che associazioni e fondazioni non potevano essere titolari di impresa.

Successivamente venne sostenuto che gli enti con finalità ideali potevano sì esercitare attività di impresa, purché tale attività si fosse dimostrata strumentale e accessoria rispetto alle finalità ideale propria dell'ente.

Così limitando l'esercizio di attività di impresa alle sole attività accessorie, veniva risolto il nodo del trattamento da riservare a questi enti che rimanevano esonerati dallo statuto dell'imprenditore commerciale (e, pertanto, dal fallimento) sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 2201 c.c., in tema di enti pubblici.

Il richiamo, tuttavia, risulta errato: anzitutto la norma dell'art. 2201 c.c. è norma di carattere eccezionale, applicabile in quanto tale solo agli enti pubblici, e, comunque, non sancisce affatto il principio per il quale lo statuto dell'imprenditore commerciale è inapplicabile agli enti, neanche quelli pubblici, che si "limitano" ad esercitare un'attività commerciale accessoria; la norma non sancisce che gli enti che si "limitano" ad esercitare un'attività commerciale accessoria non siano obbligati all'iscrizione, né tantomeno il principio per il quale a tali enti non si applicano anche le altre disposizioni dello statuto dell'imprenditore commerciale.

L'*iter* dottrinale e giurisprudenziale del dibattito sulla titolarità d'impresa da parte degli enti non lucrativi e, di conseguenza, sulla disciplina agli stessi applicabile, ha condotto a due pacifiche conclusioni.

La prima è che ai fini della individuazione della fattispecie impresa è irrilevante la funzione sociale, o altruistica, o ideale dell'ente. Ri-

leva, invece, che l'attività in concreto posta in essere presenti i requisiti di cui all'art. 2082 c.c. Da ciò consegue (corollario) che l'attività di impresa può essere esercitata anche attraverso i "modelli" delle associazioni e delle fondazioni di cui al Libro I del codice civile che sono, verosimilmente, modelli pensati per lo svolgimento di attività diverse da quelle di impresa, ma per i quali non è sancito alcun divieto di esercizio della stessa.

All'esercizio dell'attività di impresa da parte di questi enti conseguirà l'acquisto della qualità di imprenditore e l'applicazione della relativa disciplina, ovvero dello statuto generale dell'imprenditore e, se l'impresa non è piccola e non è agricola, troverà applicazione, in aggiunta, lo statuto dell'impresa commerciale. Così d'altronde deve essere letta la norma dell'art. 2195 c.c., comma 2, secondo la quale le disposizioni di legge che riguardano le attività di impresa commerciali si applicano a tutte le attività commerciali e alle imprese che le esercitano, se non diversamente disposto. E per gli enti ecclesiastici imprenditori nulla a riguardo è diversamente disposto.

La seconda conclusione è che è irrilevante il fatto che l'attività di impresa abbia carattere accessorio rispetto all'attività principale dell'ente, oppure ne costituisca l'oggetto esclusivo o principale, in quanto l'esercizio della stessa da parte di un soggetto, sia esso persona fisica o persona giuridica, implica l'acquisto della qualità di imprenditore.

4. L'indagine fino ad ora praticata si è sostanzialmente preoccupata di riguardare il tema dell'ente ecclesiastico imprenditore da un punto di vista meramente soggettivo, che evidenzia costantemente, pur nelle sue diverse e possibili accezioni, il profilo di "specialità" dell'ente.

Da questa specialità vorrebbe inferirsi una sorta di incompatibilità ontologica tra attività esercitata ai fini di religione e di culto, istituzionalmente propria degli enti ecclesiastici, e la "materia" dell'attività di impresa.

Perseguendo questa via si è pervenuti alla riflessione che, in situazioni in cui è in discussione la fallibilità di un ente ecclesiastico, ciò che occorre considerare non è il *nomen iuris* dello stesso, quanto l'effettiva attività esercitata dall'ente nel nostro ordinamento, pur nelle suggestioni della sua natura e dei suoi scopi.

Ed è questa, in sostanza, la scelta che la dottrina commercialistica ha insegnato a fare, scendendo sempre nella considerazione del profilo dell'attività concretamente esercitata: l'acquisto della qualità di imprenditore è effetto dell'esercizio dell'attività economica professionalmente organizzata e l'imprenditore si definisce ed è riconosciuto tale in funzione dell'esercizio dell'impresa.

Tra l'altro, attraverso la logica pragmatica di questa impostazione, si dà conto senza remore della evoluzione del complesso mondo degli enti ecclesiastici che, pur radicato nel diritto confessionale, è, nella maggior parte dei casi, coinvolto nelle relazioni derivanti dalla vita sociale.

Il ruolo che gli enti ecclesiastici hanno assunto nel settore dei servizi socio-sanitari (si pensi alla articolata rete di strutture sanitarie ecclesiastiche esistente nel sud Italia) ha reso ad un certo punto necessitato il ricorso a vere e proprie attività imprenditoriali, soprattutto al fine di procurarsi quella autosufficienza economica alla propria sopravvivenza che non può, già da tempo, essere assicurata da offerte, lasciti o oblazioni; cosicché il fine di religione e di culto ha continuato a connotare la qualificazione degli stessi (ecclesiastici, appunto), ma non il trattamento delle iniziative economiche intraprese, il cui mancato riconoscimento, tra l'altro, determinava una ingiustificata condizione di diverso trattamento rispetto agli altri operatori economici.

Ripiegando sul nostro specifico caso l'ente ecclesiastico C.A.D.P. esercita "professionalmente" e quindi in maniera stabile e sistematica, un'attività di "produzione di un servizio" sanitario-assistenziale attraverso una complessa ed articolata "organizzazione" di mezzi e persone, richiesta in considerazione della tipologia di prestazioni fornite.

L'attività, poi, svolta in regime di convenzionamento con la ASL, consentiva all'ente in oggetto l'ottenimento di rette giornaliere per ciascuna prestazione resa (la cui misura è definita in ambito regionale dal d.lgs. n. 502/92 e dalla l. n. 328/2000) con l'obiettivo precipuo della remunerazione dei fattori di produzione, il capitale e il lavoro, ovvero attraverso modalità che realizzassero la copertura dei costi con i ricavi.

L'attività svolta insomma non consisteva nella erogazione di un servizio a titolo gratuito o verso un corrispettivo simbolico (tipica nelle imprese cosiddette di erogazione), ma era obiettivamente im-

prontata alla economicità della gestione, intesa come attitudine a rimborsare i fattori impiegati nella produzione attraverso il corrispettivo ricavato dal servizio reso ai degenti ammalati.

Quanto basta, insomma, ai fini del riconoscimento dell'attività "economica" esercitata dall'ente, non volta quindi alla realizzazione di un lucro dato dal superamento dei costi con i ricavi, non essendo lo scopo di lucro elemento essenziale alla fattispecie impresa.

Nel momento in cui l'ente si è ritrovato, e per lungo tempo, ad operare in condizioni di squilibrio economico, in una situazione in cui i ricavi prodotti dall'attività non sono più riusciti a coprire i costi di gestione, la crisi è emersa e con essa i problemi legati alla sua risoluzione.

5. La fallibilità dell'ente ecclesiastico C.A.D.P è stata argomentata attraverso la dimostrazione della sua qualità di imprenditore commerciale medio grande, ai sensi dell'art. 2195 c.c. in combinato disposto con l'art. 1, comma 2, della legge fallimentare (dato "elaborato"), e attraverso la considerazione del suo stato di insolvenza, ai sensi dell'art. 5 della legge fallimentare (dato "assunto" dalle notizie contabili).

Non va tuttavia dimenticato che, come cennato all'inizio del primo paragrafo, l'ente ecclesiastico in questione è "impresa sociale" ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 155/2006, in quanto organizzazione privata che esercita «in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale» (v. Cetra, 2008).

La disciplina dell'impresa sociale è già di per sé risolutiva del problema della assoggettabilità a fallimento dell'ente ecclesiastico in quanto, pur prevedendo in via generale per le organizzazioni che esercitano impresa sociale la responsabilità limitata ai beni destinati all'impresa sociale (art. 6) e la sottoposizione di tali soggetti alla liquidazione coatta amministrativa in caso di insolvenza (art. 15), eccettua poi dall'applicazione di tale "statuto di responsabilità" proprio gli enti ecclesiastici, sul presupposto di una mancanza di distinzione tra enti destinati all'esercizio dell'impresa sociale e beni dell'ente (così espressamente la relazione al decreto *sub* art. 6). La normativa

ha inteso, quindi, assoggettare alle regole generali della responsabilità e della fallibilità gli enti ecclesiastici-imprenditori che abbiano acquisito la qualifica di impresa sociale.

A questo punto, i dubbi sulla natura giuridica o sulle finalità perseguite, ostative alla imputazione di impresa, sono espedienti volti a conservare una condizione di privilegio in cui, in tempi ormai lontani, gli enti ecclesiastici vivevano. Ma in un sistema ormai proteso alla considerazione e risoluzione concorsuale della crisi anche degli operatori economici diversi dall'imprenditore commerciale medio-grande (attraverso le procedure di composizione della crisi da sovra indebitamento: l. n. 3/2012 e successive modifiche) l'atteggiamento è anacronistico e infondato.

La sottoposizione alle procedure concorsuali dell'ente ecclesiastico imprenditore è una vicenda che va riguardata anzitutto sotto il profilo dell'affidamento e tutela dei terzi creditori per i quali si giustificano le procedure concorsuali e lo statuto speciale nel suo complesso. Non si dimentichi, infatti, che l'intero sistema delle procedure concorsuali è volto ad attuare la garanzia patrimoniale dell'imprenditore insolvente.

III. Letture di approfondimento

AA.VV, *Diritto Fallimentare (Manuale breve)*, Giuffrè, Milano, 2013, 97.

G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di Diritto Commerciale* a cura di G. Cottino, Vol. I, CEDAM, Padova, 2001, 536;

A. CETRA, *Responsabilità patrimoniale e impresa sociale*, ora ripubblicato in *Impresa, sistema e soggetti*, UTET, Torino, 2008, 173 ss..

F. FINOCCHIARO, voce *Enti ecclesiastici cattolici*, in *Enc. giur. Trecani*, vol. XII, Roma, 1988.

S. FORTUNATO, *Commento art. 1 legge fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006, 37;

E. GRIMALDI MARCELLI, *L'esercizio dell'impresa commerciale e il fallimento degli enti ecclesiastici*, in *Dir. giur.*, 1977, 484 – 495;

A. M. LEOZAPPA, *Enti ecclesiastici e procedure concorsuali*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, n.4/2015;

- G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, 4;
- P. PICOZZA, *L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, Giuffrè, Milano, 1992;
- P. SPADA, voce *Impresa*, in *Digesto Discipline privatistiche, Sezione commerciale*, IV edizione, vol. VII, UTET, Torino, 1992;
- C. TRENTINI, *Il fallimento di ente ecclesiastico che esercita attività di impresa*, in *Fallimento*, 2010, 8, 979 (nota di commento a Trib. Paola, 3 dicembre 2009);
- C. E. VARALDA, *Enti ecclesiastici cattolici e procedure concorsuali. La rilevanza del "patrimonio stabile" nella gestione della crisi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 28/2015.

PARTE II
SOCIETA' DI PERSONE

Caso n. 1

USUFRUTTO DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

di
Nicola Tacente

I. Il provvedimento

TRIBUNALE TRENTO

6 settembre 1996 –

Decreto Giudice del Registro

Il Giudice del registro (omissis)...

A parere di questo giudice, la costituzione di un diritto di usufrutto su quote di società di persone deve ritenersi inammissibile. Infatti, come correttamente rilevato dal Conservatore del registro delle imprese nel provvedimento di rifiuto di iscrizione oggetto del presente ricorso, «il diritto di usufrutto è un diritto reale limitato, caratterizzato dal requisito di tipicità ed avente ad oggetto, come tale, ogni bene patrimoniale materiale ed immateriale che possa formare oggetto del diritto di proprietà». Tra tali beni non possono ricomprendersi le quote sociali di società di persone, afferendo le stesse a posizioni contrattuali complesse, non rappresentate da alcun titolo (come invece avviene per le società di capitali) e concernendo posizioni giuridiche non suscettibili di qualificazione nell'ambito della nozione giuridica della proprietà. Pur nella consapevolezza della esistenza di orientamenti dottrinali autorevoli in favore della ipotizzabilità della costituzione di diritti reali limitati su quote di società di persone, appare significativa, al fine di sostenere la tesi opposta, la circostanza che lo stesso legislatore prevede espressamente, all'art. 2352 c.c., la possibilità di costituire diritti reali di usufrutto soltanto con riferimento alle azioni di spa che, per di più, sono materialmente rappresentate da un titolo cartaceo (più agevolmente qualificabile nell'ambito giuridico del bene mobile). Si ritiene che tale previsione, per la sua specificità ed eccezionalità, non possa essere applicata analogicamente alle quote

di società di persone, oltre che per le ragioni sopra esposte, alla luce del silenzio del legislatore, il quale ubi voluit dixit, ubi voluit tacuit. (omissis)....

II. La classificazione e le massime

Società – Società di persone – Quota – Costituzione di usufrutto – Inammissibilità

(artt. 812, 2352 c.c.).

(1) E' inammissibile la costituzione del diritto di usufrutto su quote di società di persone, dal momento che queste afferiscono a posizioni contrattuali ed a posizioni giuridiche non riconducibili ai beni patrimoniali materiali ed immateriali che possono formare oggetto del diritto di proprietà.

Significativa, in questo senso, è la mancanza di un titolo cartaceo e la previsione della possibilità della costituzione di usufrutto solo in materia di società per azioni, previsione specifica ed eccezionale e, quindi, non estensibile analogicamente ad altri tipi di società.

TRIBUNALE TRENTO, 14 gennaio 1997. – Decreto: riforma del, Giudice del registro delle imprese del Tribunale di Trento, 6 settembre 1996.

Società – Società di persone – Quota – Costituzione di usufrutto – Ammissibilità

(artt. 812, 2352 c.c.).

(2) Non vi sono ragioni di ordine sistematico assolutamente ostative alla ammissibilità della costituzione di un diritto di usufrutto su quote di società di persone, dal momento che queste, a prescindere dalla esistenza o meno di un titolo di natura cartolare, possono formare oggetto di un diritto di proprietà.

III. Il commento

La controversa questione dell'usufrutto su quote di società di persone

di
Nicola Tacente

SOMMARIO: 1. La vicenda: usufrutto su quota di società di persone. – 2. Disciplina applicabile. – 3. Pegno su quota di società di persone. – 4. Conclusioni.

1. La vicenda trae origine da un rifiuto del Conservatore del registro delle imprese di Trento, il quale nega l'iscrizione di un atto di costituzione di usufrutto su una quota di società di persone. Ai sensi dell'art. 2189 c. 2 c.c., prima di procedere all'iscrizione, l'ufficio del registro deve accertare, oltre alla autenticità della sottoscrizione dell'atto, il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione dell'atto. La società, pertanto, ha proposto ricorso al Giudice del Registro di Trento. Quest'ultimo si è pronunciato per la inammissibilità della costituzione del diritto di usufrutto su quote di società di persone, avallando la decisione del Conservatore.

Contro il decreto emesso dal Giudice del Registro, la società, ai sensi dell'art. 2192 c.c., ha proposto ricorso al Tribunale di Trento, il quale, invece, si è pronunciato favorevolmente sulla questione.

E' interessante mostrare l'avvicinarsi di due provvedimenti giudiziari che, a distanza di poco tempo, enunciano due principi di diritto diametralmente opposti.

Come è noto, il diritto di usufrutto è un diritto reale parziario di godimento su cosa altrui, che permette al titolare di godere della cosa e di percepire i frutti che la stessa produce, *salva rerum substantia*, cioè senza alterare la destinazione economica del bene.

L'usufrutto di azioni e di quote di s.r.l. è espressamente disciplinato dal legislatore (artt. 2352 e 2471 bis c.c.), mentre nelle società di persone manca una disciplina specifica, per cui è discusso se la quota sociale possa formare oggetto di usufrutto.

Secondo parte della dottrina (si veda: Venezian, 1936) e della giurisprudenza di merito, la costituzione di usufrutto su quota sociale non

sarebbe ammissibile, in quanto la partecipazione sociale non è suscettibile di possesso. In contrario, si è osservato che l'elemento materiale del possesso, *il corpus*, solo normalmente è fisico ed inteso nel senso di un rapporto di dominazione sulla cosa; mentre nel caso di quota sociale esso si risolve nell'utilizzazione concreta ed economica della cosa, sia essa materiale o immateriale (si veda: Ghidini, 1972).

Secondo la dottrina prevalente (Ghidini, 1972; Buonocore-Castellano-Costi, 1978, Graziani, 1963; Rivolta, 1964; Pavone La Rosa, 1948; Asquini, 1947) e la giurisprudenza (Trib. Trento 14 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 8, 925 con nota di Pagliani.; in *Giur. Comm.*, 1999, II, 188 con nota di Pescatore), una volta ritenuto che sia possibile il trasferimento ad un terzo dell'intera quota sociale, deve ritenersi possibile anche il trasferimento avente un contenuto più ridotto. La quota sociale, infatti, è un bene mobile immateriale ai sensi dell'art. 812 c.c., e pertanto è suscettibile di essere oggetto tanto del diritto di proprietà, quanto di diritti reali minori.

Il decreto del 1996, emesso dal Giudice del Registro del Tribunale di Trento, esclude la possibilità di costituire un diritto di usufrutto su una quota di società di persone per i seguenti motivi:

a) la natura giuridica della quota di società di persone è riconducibile ad una complessa posizione contrattuale insuscettibile come tale di formare oggetto di diritto reale parziario;

b) la quota di società di persone non è rappresentata da titolo cartaceo, pertanto è insuscettibile di possesso;

c) *l'intuitus personae* e la responsabilità illimitata patrimoniale dei soci sono caratteristiche incompatibili con la possibilità di costituzione e cessione di diritti reali di usufrutto;

d) la possibilità di costituire il diritto di usufrutto su una partecipazione sociale è prevista solo in tema di S.p.a. (art. 2352 c.c.) e S.r.l. (art. 2471 bis c.c.).

Il Tribunale adito si è espresso dopo pochi mesi (decreto del 14 gennaio 1997), pronunciandosi per la ammissibilità della costituzione del diritto di usufrutto su quote di società di persone, sulla base delle seguenti argomentazioni:

a) – la quota di società di persone è una *res immaterialis*, cioè un bene mobile immateriale suscettibile di formare oggetto di qualunque diritto reale, anche in assenza di una norma espressa;

b) – la mancanza di cartolarità non impedisce di qualificare la quota come bene e quindi di farne oggetto del diritto reale in questione.

Come si può notare, le conclusioni cui giungono il Giudice del Registro ed il Tribunale partono da due concezioni diverse della natura giuridica che si attribuisce alle quote di società di persone.

La dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato varie tesi circa la natura giuridica della quota di società di persone; tra le numerose tesi formulate, in questa sede si può ricordare l'orientamento che riconduce il complesso dei diritti spettanti al socio di una società di persone nell'alveo dei diritti reali, ritenendo il socio contitolare del patrimonio sociale (cfr. Greco, 1959). Secondo un'altra tesi, la partecipazione sociale avrebbe il carattere del diritto di credito ed il ruolo di debitore del socio è rivestito dalla società (cfr. Stolfi, 1954; Cass. 28 febbraio 1964, n. 454, in *Giust. civ.*, 1964, I, 754). In senso contrario, va osservato che la quota rappresenta un complesso di diritti sociali (diritto di intervento in assemblea, diritto di voto, diritto di impugnare le delibere assembleari, etc..) e sarebbe riduttivo, pertanto, qualificarla come diritto di credito (cfr. Cass., 27 gennaio 1984, in *Giur. comm.*, 1984, II, 520; Cass., 18 febbraio 1985, n. 1355, in *Società*, 1985, 950); inoltre, essa può comprendere anche la titolarità di debiti (cfr. Santini, 1962 e Pasteris, 1958, che qualifica la quota sociale come “diritto di partecipazione”, ossia come un *tertium genus* che non presenta né le caratteristiche del diritto reale né quelle del diritto di credito). Le diverse tesi possono essere così brevemente riassunte:

a) la quota è un diritto di credito nei confronti della società (questa tesi non tiene conto della serie di diritti amministrativi che essa racchiude);

b) la quota è un diritto reale di proprietà che esprime la posizione del socio come contitolare del patrimonio sociale (tale tesi non considera lo *status* che con essa si acquisisce; inoltre la società di persone è un ente dotato di soggettività giuridica così come sottolineato dagli artt. 2266, 2659 e 2839 c.c. e pertanto non sono i soci ad essere contitolari del patrimonio sociale ma è la società ad essere proprietaria dei beni e dei diritti conferiti dai soci stessi);

c) la quota è una posizione contrattuale: secondo tale tesi alla cessione di quota è applicabile la disciplina della cessione del contratto (art. 1406 e ss. c.c.);

d) la tesi attualmente prevalente è quella che ravvisa nella quota di società di persone un bene mobile immateriale; più precisamente è un bene mobile non iscritto in un pubblico registro.

Anche la giurisprudenza ha manifestato posizioni contrastanti sulla natura giuridica della quota e sulla sua idoneità a formare oggetto di diritti. In base ad un primo orientamento, la quota non costituisce un bene a sé stante, idoneo a formare oggetto di diritti; essa, pertanto, non sarebbe suscettibile di possesso, proprietà o altri diritti reali (si veda Cass. 3 novembre 1989, n. 4063, in *Giur. It.*, 1990, I, 937). Secondo l'orientamento più recente, invece, la quota di società di persone può formare oggetto di diritti ai sensi dell'art. 810 c.c., e rientrerebbe nella categoria residuale dei beni mobili immateriali di cui all'art. 812, c. 3, c.c. (Cass. 30 gennaio 1997, n. 934, in *Giur. Comm.*, 1998, II, 23, con nota di G.M. Banna). Si può, in definitiva, osservare che, così come la quota sociale è alienabile, allo stesso modo essa può formare oggetto di atti di disposizione "minori", quali la costituzione di diritti reali minori, in quanto la partecipazione in società di persone è considerata *res mobile*.

Recentemente, la Cassazione ha ribadito che «le quote sociali, sia delle società di capitali che delle società di persone, costituiscono posizioni contrattuali *obiettivate*, suscettibili, come tali, di essere negoziate in quanto dotate di un autonomo *valore di scambio* che consente di qualificarle come *beni giuridici*» (Cass., 7 novembre 2002, n. 15605, in *Vita not.*, 2003, 943).

Dunque, la quota sociale di società di persone costituisce la misura della partecipazione del socio alla società; la mancata incorporazione in un titolo di credito è solo la conseguenza di una natura più personale del tipo di società, in virtù della quale il legislatore ha ritenuto di rendere meno libera la circolazione delle quote. L'eventuale certificato di quota rilasciato dalla società è un documento e non un titolo; è un mezzo di prova della titolarità dei rapporti sociali, non uno strumento per la loro circolazione.

2. *Disciplina applicabile*. Per la costituzione del diritto di usufrutto, una volta sancita la sua ammissibilità, si ritiene applicabile, salvo deroghe pattizie, l'art. 2252 c.c., che richiede comunque il consenso di tutti i soci. Occorre, a questo punto, domandarsi quali diritti spettino

all'usufruttuario, in quanto bisogna valutare come si concilia la previsione dell'art. 981 c.c. con l'interesse degli altri soci a non vedere un estraneo non socio esercitare i diritti sociali e con il principio della corrispondenza tra potere di amministrazione e rischio, ed a tal fine occorre distinguere tra diritti patrimoniali e diritti amministrativi. Le conclusioni alle quali si perverrà dipenderanno dalla qualificazione della posizione del titolare di usufrutto di partecipazione in società di persone.

La dottrina discute circa la disciplina applicabile all'usufruttuario di quota non essendovi una disposizione analoga all'art. 2352 c.c. dettata in tema di Spa.

Esaminiamo brevemente i temi più controversi procedendo per punti:

A) ATTRIBUZIONE O MENO DELLA QUALIFICA DI SOCIO ALL'USUFRUTTUARIO DI QUOTA

Prevale in dottrina (Ghidini, 1972; Gradassi, 1992) e in giurisprudenza (Trib. Biella 23 ottobre 1999, in *Giur.mer.*, 1999, 530; Trib. Parma 7 febbraio 1998, in *Dir.Fall.*, 1999, II, 1250) la tesi secondo cui l'usufruttuario di quota di società di persone non rivestirebbe la qualifica di socio. Ciò, non solo perché non è voluto come tale dagli altri soci, ma anche perché alla somma dei suoi poteri manca proprio quello più incisivo, relativo alle decisioni sulle modificazioni del contratto sociale; inoltre la sua posizione non si concilierebbe con il principio della corrispondenza tra potere di amministrazione e rischio, in quanto la sua responsabilità sarebbe diversa da quella del socio. Egli è solo titolare di un diritto parziario sulla quota, che seppure gli attribuisce alcuni diritti, non lo rende un soggetto facente parte della compagine sociale. Il nudo proprietario è sicuramente socio, anche se si trova ad essere spogliato di alcuni suoi diritti (ad es. il diritto agli utili).

B) RESPONSABILITÀ PER LE OBBLIGAZIONI SOCIALI.

Secondo parte della dottrina (Ghidini, 1972; nel senso che l'usufruttuario di quota di società in nome collettivo sarebbe responsabile illimitatamente per le obbligazioni sociali anche Gradassi, 1992, muovendo dal presupposto che all'usufruttuario debba riconoscersi la qualità di socio), l'usufruttuario è responsabile illimitatamente delle obbligazioni sociali, ma, poiché egli non è responsabile in quanto socio, ma in quanto concorre allo svolgimento di un'impresa sollecitato da

un interesse proprio, la sua responsabilità non si estenderebbe alle obbligazioni sorte prima della costituzione dell'usufrutto (inapplicabilità art. 2269 c.c.). Secondo altra parte della dottrina (Graziani, 1963), l'usufruttuario non è responsabile illimitatamente per le obbligazioni sociali, in quanto non gli spetta il potere di amministrare la società e, quindi, la responsabilità illimitata non sarebbe giustificata, non essendovi la *ratio* di riequilibrare il potere di amministrazione.

A causa dei contrasti in dottrina sulla posizione dell'usufruttuario in seno alla società e sui poteri amministrativi a lui attribuibili, è opportuno che il contratto sociale regolamenti espressamente la fattispecie dell'usufrutto su quota, determinando i poteri dell'usufruttuario e le modalità di esercizio degli stessi.

C) POSSIBILITA' DI ATTRIBUIRE ALL'USUFRTTUARIO DI QUOTA IL POTERE DI AMMINISTRARE.

Aderendo alla tesi prevalente che non considera l'usufruttuario come socio, il problema si risolve affermando o meno la possibilità di nominare amministratore nelle società di persone un soggetto estraneo alla compagine sociale. Secondo una parte della dottrina (Ghidini, 19; Galgano, 1963), e la giurisprudenza meno recente (Cass. 25 gennaio 1968, n. 218; Cass. 11 maggio 1955, n.1351; App. Trieste 28 giugno 1962; Trib. Milano 22 dicembre 1983, quest'ultima in tema di s.a.s.; Pret. Messina 16 agosto 1947), il potere di amministrazione nelle società personali può essere riconosciuto solo ai soci. A sostegno di tale teoria si afferma, in primo luogo, che, mentre per le società di capitali la legge ammette espressamente che l'amministrazione possa essere affidata ad un terzo estraneo (art. 2380 c.c.), per le società di persone la legge, senza eccezioni, prevede che dell'amministrazione e della rappresentanza siano investiti soltanto i soci (artt. 2257, 2258, 2266, 2267, 2295 n.3, c.c.). In secondo luogo, si afferma che, nelle società di persone, l'amministrazione "libera" dell'impresa sociale, senza che esista un particolare sistema di organi di controllo, ha funzione riequilibratrice della responsabilità illimitata dei soci amministratori. In altri termini, il fatto che l'amministratore risponda in prima persona, con il proprio patrimonio personale, per le obbligazioni sociali, costituisce di per sé una garanzia di corretta amministrazione.

Secondo la dottrina prevalente (Ferri, 1968; Campobasso, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle Società*, Torino, 2009⁶, 101; Tassinari,

1993) e parte della giurisprudenza (Cass. 26 aprile 1996, n. 3887; App. Bari 15 novembre 1961; App. Bari 1 febbraio 1960), il potere di amministrazione nelle società personali può essere riconosciuto ad un terzo estraneo alla società, salvo che nella società in accomandita semplice (art. 2318 c.2 c.c.). Il fatto che la figura dell'amministratore estraneo non sia prevista, non significa che ciò debba essere escluso, data la completa autonomia lasciata alle parti nel campo dell'amministrazione. Né la nomina di un amministratore estraneo pregiudica la posizione dei creditori sociali; infatti questi ultimi potranno rivalersi non solo sui soci responsabili illimitatamente, ma anche contro l'amministratore estraneo a titolo di responsabilità extracontrattuale, nel caso in cui il comportamento di quest'ultimo costituisca un fatto illecito.

D) IL CONSENSO PER LE MODIFICHE STATUTARIE.

Ci si chiede se per le modifiche dei patti sociali, da decidere all'unanimità ex art. 2252 c.c., sia richiesto anche il consenso dell'usufruttuario di quota. La dottrina non è univoca: secondo alcuni autori, non sarebbe possibile attribuire tale diritto ad un soggetto che socio non è, quindi tale facoltà spetterebbe solo al socio – nudo proprietario; secondo altri autori, invece, occorrerebbe il consenso congiunto di usufruttuario e socio – nudo proprietario.

E) DIRITTI DELL'USUFRUTTUARIO IN CASO DI SCIoglimento DEL RAPPORTO SOCIALE DEL SINGOLO SOCIO E DI SCIoglimento DELLA SOCIETA'.

Esiste un'ipotesi di concorso del socio nudo proprietario e dell'usufruttuario nella riscossione e quindi nell'esercizio del diritto di credito alla liquidazione della quota.

L'usufrutto si trasferirà sulla somma di denaro spettante al socio, o sui beni in natura al medesimo attribuiti ex art. 2283 c.c., ai sensi dell'art. 1000 c.2, c.c.

3. Il pegno è un diritto reale di garanzia che attribuisce al suo titolare il potere di alienare il bene che ne forma oggetto (art. 2796 c.c.) e di soddisfarsi sul ricavato della vendita con preferenza rispetto ad altri creditori (art. 2787 c.c.), oppure di ottenere l'assegnazione del bene stesso in luogo del pagamento del credito garantito (art. 2798 c.c.).

La disciplina del pegno prevede, inoltre, che se è data in pegno una cosa fruttifera, il creditore, salvo patto contrario, ha la facoltà di fare suoi i frutti, imputandoli prima alle spese e agli interessi e poi al capitale (art. 2791 c.c.).

Analogamente alla costituzione del diritto di usufrutto, il legislatore non prevede espressamente la possibilità di costituire il diritto di pegno sulle quote di partecipazione in società personali; dunque, è necessario verificare, in via preliminare, se dette quote possano essere considerate beni idonei a formare oggetto di pegno *ex art. 2784 c.c.*

La dottrina anteriore al codice del 1942 aveva escluso l'ammissibilità del pegno di quota di società di persone, proprio perché questa non rientrerebbe nella categoria dei beni mobili e universalità di mobili, né in quella dei crediti. Successivamente, come evidenziato sopra, tale orientamento si è modificato e la dottrina ha generalmente ritenuto ammissibile la costituzione di pegno di quota di società di persone. Per stabilire se sia consentita la costituzione del pegno, occorre verificare se la stessa sia compatibile con la disciplina specifica delle società di persone.

La costituzione del pegno su quota di società di persone attribuisce al creditore pignoratorio il diritto di far vendere la quota sociale o di ottenerne l'assegnazione per il caso di inadempimento dell'obbligazione garantita e, se non viene diversamente disposto, di far propri gli utili e la quota di liquidazione, imputandoli prima alle spese e agli interessi e poi al capitale.

Ciò comporta il trasferimento a terzi estranei alla compagine sociale di alcuni dei diritti derivanti dalla partecipazione sociale, quali il diritto agli utili e alla quota di liquidazione, e nell'attribuzione del potere di vendita coattiva della quota o di assegnazione della stessa.

Quanto al primo aspetto (trasferimento del diritto agli utili e alla quota di liquidazione), si può rilevare che si tratta di diritti patrimoniali la cui cessione sembra essere ammissibile anche senza il consenso degli altri soci. Essi, infatti, sono diritti a contenuto economico e si configurano quali crediti del socio nei confronti della società, alla quale tale cessione potrebbe eventualmente essere resa opponibile mediante la notifica di cui all'art. 1264 c.c. (Ghidini, 1972).

Quanto, invece, al secondo aspetto (potere di vendita coattiva della quota o di assegnazione della stessa), appare opportuno esaminare alcuni profili problematici.

Innanzitutto, si deve tener conto di quanto previsto nell'art. 2270 c.c. Tale norma non sembra porsi in contrasto con i poteri del creditore particolare del socio che sia titolare del pegno sulla partecipazione. L'art. 2270 c.c., infatti, vieta la liquidazione anticipata della quota, salvo il caso in cui gli altri beni del socio debitore siano insufficienti a soddisfare i suoi debiti.

Il pegno, invece, attribuisce al creditore la facoltà di vendere coattivamente la quota o di chiederne l'assegnazione in suo favore in luogo dell'adempimento dell'obbligazione garantita, se il socio debitore è inadempiente. In tal caso, non si verifica la liquidazione della quota, bensì un cambiamento della titolarità della stessa, che resta "in vita", ma in capo a un altro soggetto.

Ne deriva, quindi, che i poteri attribuiti al creditore pignoratorio non sembrano essere incompatibili con il regime della responsabilità patrimoniale previsto per le società di persone.

La facoltà di vendere o di ottenere l'assegnazione della partecipazione potrebbe, invece, essere in contrasto con il regime della trasferibilità delle quote di società di persone. Il trasferimento delle quote di società personali è, infatti, una modifica dei patti sociali, che può avvenire solo con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente. In ragione di tali considerazioni, per costituire il pegno su quota di società di persone occorre il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente nell'atto costitutivo per le modifiche dello stesso.

Infine, si pone il problema della corretta ripartizione tra socio e creditore pignoratorio dell'esercizio dei diritti sociali. E' possibile che vi sia un accordo tra tutte le parti (socio debitore, creditore pignoratorio e altri soci), con il quale vengano individuati con precisione i poteri spettanti al socio e al creditore pignoratorio.

Qualora, invece, la costituzione in pegno della quota sia stata stipulata solamente tra debitore e creditore, e gli altri soci si siano limitati ad esprimere il loro consenso, occorre determinare i poteri spettanti a ciascun soggetto sulla base di criteri generali.

In primo luogo, la dottrina più autorevole tende ad escludere l'applicabilità analogica delle disposizioni contenute nell'art. 2352 c.c., in tema di pegno e usufrutto di azioni, per le peculiarità che caratterizzano le società di persone.

In secondo luogo, occorre tener presente che i diritti amministrativi connessi alla titolarità della quota spettano al creditore pignoratizio nella misura in cui questi siano *finalizzati alla conservazione del bene oggetto di pegno*.

Alla luce di tali considerazioni, la dottrina ha elaborato la seguente ricostruzione:

a) spetta al creditore pignoratizio il *diritto agli utili sociali*, in applicazione del principio per il quale se è data in pegno una cosa fruttifera, il creditore, salvo patto contrario, ha la facoltà di fare suoi i frutti, imputandoli prima alle spese e agli interessi, poi al capitale *ex art. 2791 c.c.* (Angelici, 1995; Gradassi, 1992);

b) per quanto riguarda, invece, il *diritto alla quota di liquidazione*, sembra prevalente l'opinione che ne richiede l'esercizio congiunto da parte del proprietario e del creditore pignoratizio, eventualmente poi trasferendosi il diritto di pegno sulla somma così ricavata;

c) l'*obbligo di conferimento*, anche in sede di aumento del capitale, grava sul socio, in quanto esso non rientra nel potere di gestione della quota a scopo conservativo;

d) la questione più controversa riguarda il *diritto di voto* e, soprattutto, il *potere di amministrare*. Conformemente al principio secondo il quale i diritti amministrativi si trasmettono al creditore pignoratizio nella misura in cui questi siano finalizzati alla conservazione del bene oggetto di pegno, deve ritenersi che l'amministrazione societaria spetti al debitore - socio, mentre al creditore pignoratizio competono la facoltà di partecipare ad alcuni atti di amministrazione potenzialmente pregiudizievoli della propria garanzia, il diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i documenti relativi all'amministrazione. Il diritto di ottenere il rendiconto, invece, compete disgiuntamente al creditore e al socio *ex art. 2261 c.c.* (in tal senso Gradassi, 1992). L'attribuzione al creditore pignoratizio del potere di amministrare pone, tuttavia, il problema di stabilire le conseguenze di tale potere sotto il profilo della responsabilità per i debiti sociali del creditore pignoratizio, in particolare

nell'ipotesi di fallimento della società. Premesso che su tale questioni non esiste una soluzione univoca (sul punto, v. Piscitello, 2001), resta ferma l'opportunità di riconoscere tali diritti al creditore pignoratizio, eventualmente individuando, nei patti sociali, i casi nei quali il voto e l'amministrazione spettino al socio debitore;

e) il *recesso*, poiché non rientra nel potere di conservazione della quota, compete al socio;

f) al creditore pignoratizio non si applica il *divieto di concorrenza*, né la disciplina del *fallimento*, in quanto non è socio.

4. Il Decreto del Tribunale di Trento del 1997 è una pronuncia fondamentale perché segna la fine delle controversie circa la ammissibilità o meno della costituzione del diritto di usufrutto su quote di società di persone: le successive pronunce giurisprudenziali sono conformi ad essa.

L'usufrutto di quote nelle società personali è ammissibile, ma nella realtà commerciale è difficile che si verifichi: da un lato i soci non vorranno l'intrusione di un non socio nella gestione della società, dall'altro il socio nudo proprietario, che garantisce verso i terzi con l'intero suo patrimonio per le obbligazioni sociali ed ha verso la società particolari obblighi di non concorrenza, non sarà disposto a lasciare all'usufruttuario i poteri di gestione relativi alla quota. Nel caso in cui ciò dovesse verificarsi, assumerà particolare importanza l'obbligo dell'usufruttuario di prestare idonea garanzia (art. 1002 c.c.).

La costituzione di usufrutto su quota di società di persone può essere, invece, frequentemente utilizzata dal socio anziano che designa quale "successore" nella gestione dell'impresa, un figlio in particolare. In tal caso, il socio donerà la nuda proprietà della quota al figlio riservandosi l'usufrutto (art. 796 c.c.); pertanto il socio anziano sarà socio fino alla sua morte dopo di che, per il principio dell'elasticità della proprietà, il figlio nudo proprietario diverrà pieno proprietario e potrà esercitare pienamente i diritti sociali amministrativi e patrimoniali.

La costituzione di pegno su quote di società di persone è, invece, un fenomeno molto utilizzato nella realtà commerciale. Il creditore pignoratizio, nella maggior parte delle volte, preferisce vendere la partecipazione e non farsela assegnare in modo tale da non divenire mai

responsabile delle obbligazioni sociali contratte precedentemente dalla società.

IV. Letture di approfondimento

- C. ANGELICI, *Usufrutto di quote della società in accomandita semplice*, in *Studi e materiali*, Giuffrè, Milano, 1995, 274;
- A. ASQUINI, *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Rivista di Dir. Comm.*, 1947, I, 12;
- V. BUONOCORE – G. CASTELLANO – R. COSTI, *Società di persone (casi e materiali)*, Giuffrè, Milano, 1978, 486;
- G. FERRI, *Delle Società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1968, 19, 130 e 173;
- F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, CEDAM, Padova, 1963, 30;
- G. GHIDINI, *Società personali*, CEDAM, Padova, 1972, 671;
- F. GRADASSI, *Pegno, usufrutto, affitto, sequestro e pignoramento di quote di società in nome collettivo*, in *Contratto e Impresa*, 1992, 1139;
- A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Morano, Napoli, 1963, 111;
- P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, UTET, Torino, 1959, 107 ss. ;
- C. PASTERIS, *Premesse a una indagine sulla natura giuridica dei diritti patrimoniali del socio nella società*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 196;
- A. PAVONE LA ROSA, *Usufrutto nelle quote sociali nella società in nome collettivo*, in *Annali Sem. giur. Univ. Catania (1947-1948)*, Jovene, Napoli, 1948, 332;
- P. PISCITELLO, *Circolazione delle quote e riforma delle società di persone*, in *Riv. Soc.*, 2001, 788;
- G. C. M. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1964, 352;
- G. STOLFI, *Una questione sull'art. 670 cod. proc. civ.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, I, 845;
- F. TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, Giuffrè, 1993, 143;

G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso, dell'abitazione*, Marghieri, Napoli e UTET, Torino, 1936,II,454.

Caso n. 2

SOCIO ACCOMANDANTE DI S.A.S.

di
Giovanna Petrangelo

I. Il provvedimento

Il Tribunale (omissis).

... Con citazione ritualmente notificata in data 19.9.1989 M. G. ha convenuto in giudizio L. D. in proprio e nella qualità di socio accomandatario ed amministratore della Confezioni B. di L. D. s.a.s. nonché V. R., quale commissario della procedura di amministrazione controllata cui allora era sottoposta la stessa società esponendo:

- Di essere socio accomandante della Confezioni B. di L. D. s.a.s. con la partecipazione del 42,5% del capitale sociale;

- Che con decisione assembleare del 9.8.1989 e del 10.8.1989 (quest'ultima a mezzo rogito notaio XY), comunicato il 21.8.1989, era stato escluso dalla compagine sociale per pretese ingerenze nella gestione sociale e violazione dell'art. 2320 c.c.;

- Che nel corso della gestione societaria erano emerse irregolarità commesse dall'amministratore nell'adempimento del suo incarico (in particolare: i) irregolare tenuta delle scritture contabili; ii) operazioni di vendita effettuate senza bolle di accompagnamento o fatture; iii) ammanchi di cassa per circa 1.000.000.000 lire; iv) omessa registrazione in contabilità di versamenti effettuati dal M. all'amministratore ovvero direttamente ad istituti di credito per il ripianamento di esposizioni debitorie della società);

- Che la delibera di esclusione del socio era illegittima perché basata su contestazioni di inadempimenti da parte del M. non veritiere e meglio confutate nell'atto di citazione, deducendo, tra l'altro, che tutte le operazioni erano avvenute dietro incarico dell'amministratore.

Nel rilevare la strumentalità e la pretestuosità della esclusione, la responsabilità dell'amministratore nella gestione societaria con conseguenti danni, nonché la assenza di controlli da parte del Commissario

Giudiziale, ha chiesto, quanto a L. D., «1° in accoglimento della domanda attrice ex art. 2287 c.c., dichiarare di nessun effetto il verbale di assemblea comunicati il 21.8.1989 ed avente data del 9.8.1989 e, previa sospensione dello stesso, ordinare la reintegra del sig. G. M. nella qualità di socio accomandante della soc. B. di L. D. e soci s.a.s. a tutti gli effetti di legge; 2°) dichiarare di avere colposamente pregiudicato la situazione economico-patrimoniale della società in virtù del cattivo esercizio del potere di amministratore inducendo la società stessa in stato di difficoltà economica, ed in tal modo, danneggiando, direttamente e gravemente il socio M. G. e, per gli effetti, condannare alla rifusione di somma di lire 400.000.000 o della maggiore o minore che risulterà di giustizia a favore del citante, con gli interessi al saldo e la maggioranza dovuta a rivalutazione monetaria», con vittoria di spese di lite.

Si è costituito L. D. in proprio e nella qualità di socio accomandatario e amministratore della Confezioni B. di L. D. s.a.s. eccependo preliminarmente la tardività dell'opposizione perché proposta oltre il termine di trenta giorni di cui all'art. 2287 c.c.

Nel merito ha ribadito le contestazioni mosse alle condotte del socio inadempienti al contratto sociale, in quanto costituenti una illegittima ingerenza nella gestione societaria ed in particolare: i) l'instaurazione di trattative e conclusioni di affari in nome della B. s.a.s. pur in difetto di procura speciale; ii) l'attività di gestione e direzione degli affari sociali con implicazioni di scelte proprie del socio accomandatario; iii) attività di iniziativa, autorizzazioni e direttive; iv) attività di ispezione e sorveglianza esorbitanti anche i diritti di cui all'art. 2320 co. 3 c.c., il tutto mediante allegazione di fatti meglio descritti in comparsa di risposta.

Ha poi contestato tutti gli addebiti di responsabilità nella gestione societaria in qualità di amministratore chiedendo «respingere siccome inammissibili e comunque infondate, tutte le domande formulate dal sig. M. G. nei confronti del convenuto dott. L. D. sia in proprio che come socio accomandatario che quale amministratore e legale rappresentante della B. s.a.s., previa dichiarata in tal senso la tardività dell'opposizione proposta, ex art. 2287 c.c., dall'attore all'esclusione del qua con la conseguente decadenza dall'attore medesimo da ogni relativa azione e per lo effetto dichiarata definitivamente perfezionata

l'esclusione di che trattasi, il tutto disattesa e reietta ogni altra domanda anche in punto di danno», vinte le spese.

... le domande sulle quali il Collegio deve in questa sede definitivamente pronunciarsi sono essenzialmente le domande attoree di opposizione all'esclusione ex art. 2287 c.c. e di condanna del convenuto L. D., in qualità di amministratore e legale rappresentante della B. s.a.s., al risarcimento dei danni asseritamente subiti a causa dell'inadempimento, da parte del convenuto, dei doveri statutari o legali.

... Deve al riguardo premettersi che l'art. 2286 c.c. primo comma dispone che «l'esclusione di un socio può avere luogo per gravi inadempimenti delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale».

Sul criterio di giudizio, i parametri non divergono da quelli che la giurisprudenza ha cristallizzato in tema di inadempimento contrattuale e di gravità.

Si è affermato in particolare il principio per cui, in tema di società e in ipotesi di esclusione del socio, compete al giudice del merito la valutazione in concreto della riconducibilità dei comportamenti del socio escluso alla previsione statutaria o di legge che giustifica il provvedimento di esclusione, tenendo conto, a tal fine, della rilevanza della lesione eventualmente inferta dal socio all'interesse della società, atteso che la regola negoziale contenuta nello statuto sottintende un criterio di proporzionalità tra gli effetti del comportamento addebitato al socio e la risoluzione del rapporto sociale a lui facente capo. Nel compiere detta valutazione, il giudice del merito deve avere riguardo alla rilevanza centrale che in proposito svolgono sia il principio di buona fede (cui non soltanto il comportamento della società, ma anche quella del socio deve essere improntato), sia l'elemento personale nelle società di persone che postula il reciproco affidamento dei soci. Detta valutazione compiuta dal giudice del merito, se logicamente e congruamente motivata, sfugge al sindacato della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1914 del 28/09/2004).

Secondo una giurisprudenza consolidata, alle società in accomandita semplice è applicabile, in virtù del rinvio, operato dall'art. 2315 c.c., alla disciplina concernente le società in nome collettivo, ivi comprese quelle semplici – rinvio subordinato alla stessa norma codicistica alla

compatibilità di detta disciplina con la particolare struttura della società in accomandita semplice – la normativa di cui agli artt. 2286 e 2287 c.c., la quale prevede che, in caso di gravi inadempienze del socio, l'esclusione dello stesso è deliberata dalla maggioranza dei soci, non computandosi nel relativo numero il socio da escludere; tale disposizione, infatti, non presenta profili di incompatibilità, neanche nell'ipotesi in cui il socio da escludere sia l'unico accomandatario, con la struttura particolare della società in accomandita semplice, caratterizzata dalla presenza di due categorie di soci, e cioè, gli accomandatari, che, in quanto illimitatamente responsabili, possono assumere l'amministrazione, e gli accomandanti, che tale amministrazione non possono assumere per essere la loro responsabilità limitata alla quota conferita, essendo la descritta disciplina conciliabile con i poteri di controllo di cui il socio accomandante dispone (ex plurimis: Cass. 29 novembre 2001, n. 15197; Cass. 22 dicembre 2006, n. 27504).

L'esclusione del socio per gravi inadempienze derivanti dalla legge o dal contratto sociale, costituisce la reazione predisposta dall'ordinamento, che dà luogo allo scioglimento parziale del contratto sociale, alternativa al generale rimedio della risoluzione per inadempimento, ma giustificata non da qualsivoglia inadempienza ad obblighi stabiliti dalla legge o dal contratto sociale, bensì solo a quelle connotate dal requisito della gravità. Requisito che va riferito allo specifico interesse della società che sia stato leso, avuto riguardo alla gravità dell'inadempimento in relazione all'aspetto funzionale del contratto di società» (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 1988, n. 153)

Si è detto, da un lato, che la gravità «delle inadempienze del socio che, ai sensi dell'art. 2286, primo comma, c.c., può giustificare l'esclusione dello stesso dalla società, ricorre non soltanto quando le dette inadempienze siano tali da impedire del tutto il raggiungimento dello scopo sociale, ma anche quando, secondo l'incensurabile apprezzamento del giudice del merito, abbiano inciso negativamente sulla situazione della società, rendendone meno agevole il perseguimento dei fini (ex plurimis : Cass. 17 aprile 1982, n. 2344; Cass. 1 giugno 1991, n. 6200).

Dall'altro con particolare riferimento alla posizione del socio accomandante, è pacifico in giurisprudenza che per aversi ingerenza

dell'accomandante nell'amministrazione della società in accomandita semplice – vietata dall'art. 2320 c.c. -, non è sufficiente il compimento, da parte dell'accomandante, di atti riguardanti il momento esecutivo dei rapporti obbligatori della società, ,ma è necessario che l'accomandante svolga un'attività gestoria che si concreti nella direzione degli affari sociali, implicante una scelta che è propria del titolare dell'impresa (cfr. Tribunale Torino 7.10.2007; Cass. Sez. I, 14.1.1987, n. 172; n. 449940; Cass. Sez. III 28.7.1986, n. 4824, n. 447529; Cass. Sez. I 15.12.1982, n. 6906, n. 424557; Cass. Sez. I 26.6.1979, n. 3562, n. 399978).

Da tali assiomi il Collegio non può che trarre la conclusione che poter ritenere legittima l'esclusione del socio opponente si dovrà verificare se quest'ultimo abbia compiuto atti che abbiano leso in maniera considerevole gli interessi e le finalità sociali ovvero se il socio accomandante abbia compiuto un'attività di ingerenza nella attività gestoria della società al punto da pregiudicare gli interessi sociali in maniera consistente.

E' del pari pacifico che, nel giudizio previsto dall'art. 2287 c.c., è onere della parte opposta provare i fatti costitutivi del diritto di deliberare l'esclusione del socio, in conformità alla norma dell'art. 2286 c.c., essendo essa parte attrice del giudizio, invocando il diritto di escludere un altro socio (cfr. Cass. Sez. I, Sentenza n. 8096 del 20.07.1993).

Omissis ... si deve chiarire che, anche a prescindere dalla genericità di alcune delle contestazioni, nessuna prova è stata fornita da parte convenuta (che, come detto, ne aveva l'onere).

Invero la società escludente non ha articolato prove in relazione a tali eventi ovvero ha articolato prove che, per la loro genericità, non sono risultate ammissibili.

È altresì da ritenere che la documentazione fornita da parte convenuta a sostegno delle proprie asserzioni, nella sua natura generica e unilaterale, non vale a fornire la prova dei fatti allegati dalla parte.

Va poi evidenziato che gli addebiti riguardanti i pagamenti effettuati ai clienti o ai fornitori nonché tutte le altre condotte riguardanti momenti adempitivi di obbligazioni assunte precedentemente dalla società, costituendo attività estranee all'aspetto gestorio e strategico

dell'azienda, non possono avere alcuna rilevanza in sede di asserita condotta di ingerenza dell'accomandante.

Passando ai fatti su cui si è espletata l'istruttoria, all'esame delle risultanze acquisite, ritiene il collegio che alcun inadempimento grave ai doveri di socio accomandante possa essere imputato a M. G., del che l'esclusione di cui alla delibera del 9.8.1989 deve ritenersi illegittima e pertanto da annullare.

È infatti emerso indubbiamente un generale comportamento tenuto dal M. di continua collaborazione al momento operativo dell'azienda con ulteriore partecipazione alla attività gestoria della impresa, tuttavia sempre nella piena consapevolezza e tolleranza da parte degli organi amministrativi della società dell'intervento, da parte del M., in determinati affari societari, attuato sempre «sotto il controllo e dietro le direttive dell'accomandatario».

Infatti le testimonianze, a conferma di quanto riferito dal M. nel corso dell'interrogatorio formale, hanno permesso di escludere nella maniera più assoluta che il M. fosse il "socio tiranno" della B. che si ingerisse nella amministrazione della società contro la volontà degli accomandatari ovvero a loro insaputa.

...omissis... Altro elemento di evidente importanza è costituito dal lasso di tempo intercorso tra i pretesi atti di ingerenza e la delibera di esclusione del socio, intervenuta a distanza di anche tre anni, dai contestati inadempimenti.

Orbene, la valutazione olistica del materiale probatorio, secondo il principio della rilevanza della prova (cfr. Cass. Civ, Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, in tema di prova del nesso causale, poi adottato da Cass. Civ., Sez. III, 5 maggio 2009, n. 10285 anche con riferimento ad ulteriori elementi fattuali), induce a ritenere che il quadro che è emerso dal processo è quello di un socio accomandante, il M., che era notevolmente partecipe, oltre che finanziatore, dell'attività strategica della società, dietro la costante fiducia e delega, nonché informazione degli organi amministrativi.

Certamente, poi, nel comportamento assunto dall'attore non si ravvisa un atteggiamento inteso a paralizzare l'attività della società.

Ciò porta in definitiva ad escludere che il comportamento tenuto dall'attore nella partecipazione all'attività sociale sia stato tutt'altro che improntato all'inadempimento ai propri obblighi contrattuale con

la società, ma, al contrario, del tutto rispettoso dei proprio doveri di collaborazione alla collettività societaria all'assunzione di decisioni rilevanti per il corretto funzionamento della società, il che non può costituire inadempimento idoneo ad integrare i presupposti di cui all'art. 2286 c.c.

La nullità delibera illegittima comporta l'effetto automatico della reintegra del socio, con effetti ex tunc nella compagine sociale.

- Risarcimento dei danni da mala gestio dell'amministratore L. D.

La domanda merita innanzitutto un inquadramento giuridico da cui dipende la fondatezza stessa in diritto della medesima.

Parte attrice ha chiesto in citazione «dichiarare di avere colposamente pregiudicato la situazione economico-patrimoniale della società in virtù del cattivo esercizio del potere di amministrare inducendo la società stessa in stato di difficoltà economica, ed in tal modo, danneggiando, direttamente e gravemente il socio M. G. e, per gli effetti, condannare alla rifusione della somma di lire 400.000.000 o della maggiore o minore che risulterà di giustizia a favore del citante, con gli interessi a saldo e la maggioranza dovuta a rivalutazione monetaria».

... omissis... la domanda è inquadrabile come azione diretta del socio contro amministratore di società di persone, avente natura extracontrattuale ed individuale in applicazione analogica dell'art. 2395 c.c.

Tale azione coesiste con l'azione concessa all'ente per ottenere il ristoro dei danni subiti a causa dell'inadempimento dei doveri statuari o legali di cui all'art. 2393 c.c. e art. 2260 c.c.

Le differenze tra le due azioni sono profonde e non solo e non tanto con riferimento al soggetto legittimato a proporle (per l'azione sociale il soggetto legittimato è la società) quanto al soggetto che risulta lesa dalla condotta inadempiente dell'amministratore che, nell'azione di cui all'art. 2392 c.c. è l'ente collettivo ed il suo patrimonio sociale, mentre, nell'azione individuale del socio è direttamente il patrimonio del socio medesimo.

E altresì da evidenziare che la coesistenza delle due azioni non comporta assolutamente una loro sovrapposizione.

...omissis... premessi tali principi di diritto, osserva il Collegio che tutte le condotte distruttive, ovvero di illegittima tenuta della contabilità, di operazioni in nero ed ammanchi di cassa non contabilizzati

nonché di operazioni di trasporto senza bolle di accompagnamento, sono comportamenti asseritamente inadempienti delle obbligazioni di mandatario proprie dell'amministratore ma che tuttavia, anche in caso di loro accertamento e declaratoria, vedrebbero come soggetto leso la sola società e, solo indirettamente, il socio, quale soggetto giuridico distinto dalla società, nella sua posizione di mero interesse alla corretta gestione del separato patrimonio sociale.

È di assoluta evidenza che l'asserita illegittimità delle scritture contabili, ammanchi di cassa e in genere la sottrazione indebita di tali utili ad opera dell'amministratore leda appunto il patrimonio sociale, e solo indirettamente si ripercuota sulla posizione giuridica e sull'interesse economico del singolo socio, compromettendo la sua aspettativa di reddito e comprimendo il valore della sua quota. Il che è sufficiente a escludere che al socio competa, in simili casi, l'azione contemplata dai citati artt. 2395, 2043 c.c. la quale presuppone invece l'esistenza di un danno subito dal medesimo socio direttamente, non cioè come riflesso del danno sociale di cui solo la società, tramite gli organi a ciò abilitati e con il procedimento a tal fine prescritto dal precedente art. 2393, può chiedere il risarcimento all'amministratore (cfr., ex multis, Cass. 8 gennaio 1999, n. 97).

Va infatti ribadito che il M., il quale ha agito non in rappresentanza della B. (anzi contro quest'ultima), sia nell'atto di citazione che nelle rassegnate conclusioni ha chiesto il ristoro dei danni cagionati dal L. alla società «inducendo la società stessa in stato di difficoltà economica, ed in tal modo, danneggiando, direttamente e gravemente il socio M. G.», dove la stessa espressione «ed in tal modo danneggiando», sebbene riferita ad una lesione diretta del patrimonio del socio, palesa inevitabilmente il riflesso solo indiretto della illegittima condotta inadempiente dell'amministratore sul patrimonio dell'attore quale conseguenza (in tal modo) della asserita lesione del patrimonio sociale.

Da tutto ciò deriva la assoluta irrilevanza, ai fini, che occupano, di tutte le doglianze relative alla mala gestione dell'amministratore considerate, dallo stesso attore, quali cause del dissesto societario assunto dal M. .

Evidenzia, infatti, il Collegio che quest'ultimo non è legittimato ad esercitare tale azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore ed a chiedere il ristoro della lesione del patrimonio della B. , soggetto distinto dall'attore.

... del che il rigetto della domanda risarcitoria.

... L'accoglimento solo parziale della domanda attorea, la difficile ricostruzione de rapporti tra le parti ed l'istruttoria particolarmente complessa resasi necessaria sono eccezionali motivi di compensazione delle spese di lite e di consulenza tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda ed eccezione respinta, così provvede:

VII. in parziale accoglimento della domanda attrice, revoca la delibera di esclusione del socio M. G. del 9.8.1989;

VII. rigetta l'azione di risarcimento dei danni proposta da M. G. nei confronti di L. D.;

IX dichiara inefficace il sequestro conservativo concesso in corso di causa in favore di M. G.;

X. compensa integralmente le spese di lite tra le parti;

XI. pone le spese di C.T.U., liquidate in atti, definitivamente delle parti in egual misura.

II. La classificazione e le massime

Società – società in accomandita semplice – socio accomandante – gravi inadempienze rilevanti ai fini dell'esclusione – sufficienza di comportamenti che incidono negativamente sull'andamento sociale – sussiste.

(Artt. 2286, 2320 c.c.).

(1) La gravità delle inadempienze del socio che, ai sensi dell'art. 2286, primo comma, c.c., può giustificare l'esclusione dello stesso dalla società, ricorre non soltanto quando le dette inadempienze siano tali da impedire del tutto il raggiungimento dello scopo sociale, ma anche quando, secondo l'incensurabile apprezzamento del giudice del merito, abbiano inciso negativamente sulla situazione della società, rendendone meno agevole il perseguimento dei fini sociali.

Società – società in accomandita semplice – socio accomandante – comportamenti rilevanti ai fini della violazione del divieto di immistione – compimento di meri atti esecutivi – non rileva – svolgimento di attività gestoria – rileva.

(Artt. 2286, 2320 c.c.).

(2) Per aversi ingerenza dell'accomandante nell'amministrazione della società in accomandita semplice – vietata dall'art. 2320 c.c. – non è sufficiente il compimento, da parte dell'accomandante, di atti riguardanti il momento esecutivo dei rapporti obbligatori della società, ma è necessario che l'accomandante svolga un'attività gestoria che si concreti nella direzione degli affari sociali, implicante una scelta che è propria del titolare dell'impresa.

III. Il commento

La nozione di “gravi inadempienze” nella disciplina dell'esclusione facoltativa del socio accomandante di s.a.s.

di

Giovanna Petrangelo

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. L'esclusione facoltativa (in particolare, il concetto di “gravi inadempienze” agli obblighi stabiliti dalla legge e dal contratto sociale) e il suo procedimento. – 3. La s.a.s. e il divieto di immistione. – 4. L'azione di responsabilità degli amministratori ad opera dei singoli soci.

1. Nella sentenza in commento emergono, come temi di preminente interesse, quello dell'ambito di applicazione dell'art. 2320 c.c., concernente il divieto di immistione che incombe *ex lege* sul socio accomandante di società in accomandita semplice, che legittimi una deliberazione di esclusione dello stesso, e, sullo sfondo, la configurabilità di un diritto in capo al socio di pretendere il ristoro del pregiudizio direttamente subito in dipendenza del comportamento doloso o colposo degli amministratori.

Sembra opportuno, in limine, lumeggiare brevemente la vicenda di cui si occupa la pronuncia in oggetto, che può essere riassunta come segue.

Con delibera del 9.8.1989 e del 10.8.1989, comunicata il 21.8.89, i soci della Confezione B. di L. D. s.a.s. decidono l'esclusione dalla compagine sociale del socio accomandante M. G., per pretese ingerenze nella gestione sociale e violazione dell'art. 2320.

Ritenendo lesi i suoi diritti, il M. agisce in giudizio, convenendo dott. L. D. in proprio e in qualità di socio accomandatario ed amministratore della Confezioni B. di L. D. s.a.s., nonché V. R., quale commissario della procedura di amministrazione controllata cui era allora sottoposta la stessa società, per vedere dichiarata l'invalidità della decisione chiedendone, preliminarmente, la sospensione e la immediata reintegra nella qualità di socio accomandante, a tutti gli effetti di legge e di ottenere la condanna del socio accomandatario L. D., al risarcimento del danno per aver «colposamente danneggiato la situazione economico patrimoniale della società, in virtù del cattivo esercizio del potere di amministrare, inducendo la società stessa in stato di difficoltà economica, e, in tal modo, danneggiandolo direttamente e gravemente il socio M. G.».

Costituendosi in proprio e nella qualità di socio accomandatario ed amministratore della Confezioni B. di L. D. s.a.s., eccependo preliminarmente la tardività dell'opposizione (oltre il termine stabilito ex lege dall'art. 2287 c.c.) e contestando l'illegittima ingerenza nella gestione sociale, il socio L. D. chiede di «respingere, siccome inammissibili, e comunque infondate, tutte le domande formulate dall'attore e dichiarare definitivamente l'esclusione, con la decadenza dell'attore medesimo da ogni relativa azione».

A seguito di varie vicende processuali (interruzione del processo per decesso di V. R., riassunzione del processo nei confronti del solo L. D.), il Tribunale delimita il *thema decidendum* alle due domande attore di opposizione all'esclusione ex art. 2287 c.c. e di condanna del convenuto L. D. al risarcimento dei danni, subiti direttamente dal M. G., per comportamenti dolosi e colposi dello stesso.

2. Il commento della sentenza richiede, in prima battuta, l'analisi singola degli istituti posti a fondamento delle pretese attoree: la trattazione prenderà quindi le mosse dalla disamina degli istituti del divieto di ingerenza, sancito *ex lege* in capo al socio accomandante dall'art. 2320 c.c., quale causa legittima di esclusione del socio, ai sensi dell'art. 2286 c.c., per poi analizzare la configurabilità di un diritto al risarcimento dello stesso per danni subiti, da lui direttamente, a causa di comportamenti dolosi o colposi degli amministratori, come stabilito nell'art. 2395 c.c. in ordine all'azione diretta di responsabilità degli amministratori per danni nei confronti di singoli soci o terzi.

Con riferimento alla prima doglianza, occorre innanzitutto tratteggiare brevemente la natura e il procedimento dell'esclusione.

L'esclusione rappresenta, dopo la morte e il recesso, l'ultima delle cause di scioglimento parziale del vincolo sociale, per cause indipendenti dalla volontà del socio escludendo, risalenti alla legge o alla volontà degli altri soci. Secondo le parole di autorevole dottrina (Galgano), esso costituisce «il rimedio equipollente e sostitutivo (il pendant societario) della risoluzione del contratto e della sua disciplina, sia esso per inadempimento o per sopravvenuta impossibilità o eccessiva onerosità della prestazione».

Per l'impossibilità dell'applicabilità del rimedio della risoluzione del contratto a un negozio giuridico in cui manca la caratteristica della corrispettività della prestazione, il legislatore cioè ha inteso coniare, per il contratto di società, la figura dell'esclusione: la prestazione dedotta in obbligazione non deve essere infatti eseguita da un socio in favore dell'altro e viceversa, ma dai soci al fine del perseguimento di uno scopo comune.

In punto di disciplina, giurisprudenza ormai consolidata consente l'applicabilità del rimedio alle società in accomandita semplice, per l'espreso rinvio contenuto nell'art. 2315 c.c. alla disciplina propria della società in nome collettivo, delle disposizioni, in tema di esclusione, degli artt. 2286 e 2287 c.c., sia in punto di delimitazione delle ipotesi di esclusione, sia in punto di procedimento, di rispetto delle relative maggioranze ivi stabilite e di aspetti processuali.

L'esclusione può avere luogo di diritto, ex art. 2288 c.c., oppure essere rimessa alla decisione degli altri soci (c.d. esclusione facoltativa), ex art. 2286 c.c.

Mentre nell'ipotesi di esclusione di diritto, è la legge ad individuare due ipotesi tassative al ricorrere delle quali si produce lo scioglimento del vincolo sociale (dichiarazione di fallimento in capo al socio o liquidazione della quota ottenuta dal creditore particolare del socio, nei casi consentiti dalla legge), i casi di esclusione facoltativa ex art. 2286 c.c. che legittimano i soci a deliberare validamente l'esclusione del socio, sono raggruppabili nelle gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale; nelle modificazioni dello status della persona del socio, quali l'interdizione, l'inabilitazione o la sua condanna a una pena che comporti l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici e, infine, nei casi di impossibilità di esecuzione per causa non imputabile agli amministratori (sopravvenuta inidoneità a svolgere l'opera conferita, perimento della cosa data in godimento o in proprietà prima che questa sia trasferita alla società).

Con riferimento alla fattispecie in esame, la causa che ha mosso la volontà dei soci all'esclusione dell'accomandante può essere inquadrata nell'ipotesi sub a), nella presunta sussistenza cioè di gravi inadempienze ad opera del socio, quale causa di esclusione facoltativa.

Questo tipo di causa si muove sullo stesso terreno della disciplina generale del contratto a prestazioni corrispettive ai sensi dell'art. 1455 c.c.

Così come l'art. 2286 c.c. legittima l'esclusione del socio solo quando le inadempienze delle obbligazioni poste in essere dal socio siano connotate dal requisito della gravità, nello stesso modo l'art. 1455 c.c. legittima il rimedio della risoluzione del contratto solo se l'inadempimento non sia di scarsa rilevanza.

Osservando quindi un parallelismo con la disciplina generale dei contratti, il legislatore ha assegnato all'art. 2286 c.c. il ruolo di clausola generale in cui far rientrare ogni comportamento del socio che contrasti con lo scopo sociale.

Dottrina e giurisprudenza si sono spesso affannate nella ricerca di un'elencazione (seppure non esaustiva e chiusa) di comportamenti suscumbibili entro la categoria delle "gravi inadempienze", al di là di quelle espressamente positivizzate dal legislatore, quali ad esempio la violazione del dovere di non fare concorrenza. Più in generale si è però osservato che l'inadempimento in questione si inserisce nella più ampia categoria della violazione del generale obbligo di buona fede,

prevista per le obbligazioni ex 1375 c.c. in ambito societario allora le inadempienze dovranno rapportarsi agli obblighi di cooperazione che (Galgano) «fanno capo al socio in quanto partner di un contratto con comunione di scopo stipulato per l'esercizio in comune di un'attività economica».

Sarà comunque compito del giudice la valutazione di merito, svolta in concreto, sulla riconducibilità dei comportamenti del socio escluso alla previsione statutaria o di legge, posta a fondamento della legittimità del provvedimento di esclusione: a detta dei supremi giudici «nel compiere detta valutazione, il giudice del merito deve avere riguardo alla rilevanza centrale che in proposito svolgono sia il principio di buona fede, sia l'elemento personale nelle società di persone che postula il reciproco affidamento dei soci. Detta valutazione compiuta dal giudice del merito, se logicamente e congruamente motivata, sfugge al sindacato della Corte di Cassazione» (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1914 del 28/09/2004).

Con riferimento al procedimento, l'art. 2287 c.c. tratta diversamente l'ipotesi in cui la causa che legittima l'esclusione di un socio si produce in una società formata da più di due soci, rispetto al caso in cui la compagine sociale sia composta di due soli soci.

Nel primo caso, configurandosi quale facoltà riconosciuta agli altri soci, «è deliberata dalla maggioranza dei soci, non computandosi nel numero di questi il socio da escludere, ed ha effetto decorsi trenta giorni dalla data della comunicazione al socio escluso».

La maggioranza si intende calcolata per teste (ogni socio, un voto), non computandosi nel numero il socio da escludere, criterio questo che opera ogniqualvolta siano in gioco questioni relative all'esistenza stessa del rapporto sociale e non alla gestione della società.

Il dibattito relativo al necessario rispetto del metodo collegiale per l'adozione della delibera di esclusione, seppure controverso, è risolto oggi, secondo giurisprudenza costante, in senso negativo (v. Cass., 10 gennaio 1998, n. 153). Contro, chi (Di Sabato, 1994) ritiene che l'osservanza del metodo collegiale si deduce dal termine "deliberazione" inteso come atto collegiale e non quale somma di volontà individuali.

A tutela del socio escluso l'art. 2287, 1° comma, c.c. stabilisce che la deliberazione ha effetto decorsi trenta giorni dalla sua comunica-

zione a quest'ultimo, termine entro il quale gli si riconosce la possibilità di fare opposizione contro la società al tribunale, il quale, intanto, può anche sospendere l'esecuzione della deliberazione (art. 2287, secondo comma, c.c.).

Nell'ipotesi in cui invece la società sia formata da due soli soci, l'ultimo comma dell'art. 2287 c.c. stabilisce che «se la società si compone di due soci, l'esclusione di uno di essi è pronunciata dal tribunale, su domanda dell'altro»: una siffatta evenienza impone che sia la via giudiziaria l'unica strada percorribile, e che l'esclusione acquista efficacia solo con il passaggio in giudicato della relativa sentenza, salvo il ricorso al provvedimento d'urgenza, ex 700 c.p.c.

L'esclusione per gravi inadempienze derivanti dalla legge o dal contratto sociale, come anticipato, si giustifica non con riferimento a qualsivoglia inadempimento, bensì solo a quelli caratterizzati dal requisito della "gravità". I giudici di legittimità hanno più volte precisato che «la gravità delle inadempienze del socio che, ai sensi dell'art. 2286 c.c., può giustificare l'esclusione dello stesso dalla società, ricorre non soltanto quando le dette inadempienze siano tali da impedire del tutto il raggiungimento dello scopo sociale, ma anche quando, secondo l'incensurabile apprezzamento del giudice del merito, abbiano inciso negativamente sulla situazione della società, rendendone meno agevole il perseguimento dei fini» (Cass. 17 aprile 1982, n. 2344; Cass. 1 giugno 1991, n. 6200).

In precedenza si è osservato che il codice, nell'arco dei possibili inadempimenti, ne identifica espressamente alcuni: accanto al già citato, divieto di non far concorrenza, il legislatore stabilisce che anche la violazione del divieto di immistione, per mano del socio accomandante, facoltizza i soci a procedere all'esclusione dello stesso.

3. Proprio con riferimento al divieto di immistione, sembra opportuno tratteggiare i connotati tipici della società in accomandita semplice per coglierne la ratio, la portata e gli effetti.

Tipologia peculiare di società di persone, la società in accomandita semplice si caratterizza, ai sensi dell'art. 2318 c.c., per la presenza, all'interno della compagine sociale, di due categorie distinte di soci: i soci accomandatari che rispondono solidalmente e illimitatamente per

le obbligazioni sociali, e i soci accomandanti che rispondo limitatamente alla quota conferita e ai quali è inibita ogni attività gestoria.

La distinzione tra le due categorie di soci e l'affidamento esclusivo della gestione sociale ai soli soci accomandatari, responsabili illimitatamente e solidalmente, non è altro che un corollario del principio della necessaria connessione fra esercizio del potere gestorio e regime di responsabilità illimitata e solidale, proprio dei tipi societari personalistici.

Posta nei suddetti termini, questo tipo di società si presta ad essere un utile strumento per convogliare risorse finanziarie necessarie per lo svolgimento di un'attività economica, da parte di piccole e medie imprese e, consentendo la compartecipazione di un numero di soci che assumono la gestione della società, animati quindi da spirito imprenditoriale, con altri, spinti dal solo intento di investire fruttuosamente i propri risparmi, permette sì l'esercizio in comune di un'attività economica d'impresa, ma con limitazione del rischio e non esposizione al fallimento per alcuni.

Quanto alla disciplina applicabile nel silenzio legislativo, come già anticipato trattando di esclusione, l'art. 2315 c.c. rinvia espressamente alle disposizioni, in quanto compatibili, dettate per la società in nome collettivo e, indirettamente, a quelle previste per la società semplice, cui l'art. 2293 c.c., per le società in nome collettivo, richiama *expressis verbis*.

L'art. 2318 c.c. stabilisce, al suo primo comma, che «I soci accomandatari hanno i diritti e gli obblighi dei soci della società in nome collettivo» e (secondo comma) «L'amministrazione della società può essere conferita soltanto a soci accomandatari».

Dalla lettura della norma sembra emergere, a chiare lettere, che la posizione degli accomandatari differisce soltanto sotto il profilo gestorio: poiché la gestione della società, ripetendo le parole del legislatore, può essere conferita solo ai soci accomandatari, i soci accomandanti ne restano esclusi.

La portata di tale esclusione, così come la sanzione conseguente alle prescrizioni ivi contenute, viene puntualizzata nel successivo art. 2320 c.c., a norma del quale:

Art. 2320, 1° comma: «I soci accomandanti non possono compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della

società, se non in forza di procura speciale per singoli affari. Il socio accomandante che contravviene a tale divieto assume responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali e può essere escluso a norma dell'art. 2286 c.c. ».

2° comma: «i soci accomandanti possono tuttavia prestare la loro opera sotto la direzione degli amministratori e, se l'atto costitutivo lo consente, dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni e compiere atti di ispezioni e sorveglianza».

3°: «In ogni caso essi hanno diritto di avere comunicazione annuale del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite, e i controllarne l'esattezza, consultando i libri e gli altri documenti della società».

La portata del divieto, la sua area di applicabilità sono a tutt'oggi uno degli argomenti più dibattuti in dottrina e giurisprudenza.

Prima di analizzare i risultati interpretativi raggiunti da dottrina e giurisprudenza sulla delimitazione della fattispecie del divieto, appare opportuno richiamare, seppure in via esclusivamente approssimativa, le tesi elaborate da giudici e studiosi in merito alla ratio sottostante il divieto di immistione, al fine di individuare i canoni ermeneutici utilizzati non solo dal collegio della sentenza in esame per la soluzione della controversia, ma anche i percorsi logici interpretativi calpestati da dottrina e giurisprudenza per la specificazione contenutistica del divieto, e inquadrare il presupposto per la delimitazione della categoria degli atti vietati ai soci accomandanti.

In letteratura si sono susseguiti nel tempo tre orientamenti: la prima, e più risalente tesi, individua la funzione del divieto contenuto nell'art. 2320 c.c. nell'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi, così argomentando opererebbe una presunzione idonea a «liberare i terzi dal dare la prova (estremamente difficile), che la gestione sociale è effettivamente tenuta anche dagli accomandanti, bastando loro di dimostrare che anche uno solo degli atti di gestione è stato da essi abusivamente compiuto» (Ferrara - Corsi, 2009).

Un'impostazione costruita in questo modo si presta però a facili critiche: il divieto in realtà non può operare esclusivamente in chiave di tutela dei creditori perché resterebbe lettera morta l'operatività del divieto anche rispetto alle ipotesi di atti gestori esterni, quali ad es. le obbligazioni precedenti, quelle contratte dagli accomandatari e quelle non negoziali, in cui non viene in rilievo l'affidamento dei terzi.

La seconda tesi costruisce allora la ratio del divieto muovendo dall'assunto della indisponibilità della rimozione dello stesso da parte degli accomandatari: in ossequio al principio, proprio delle società di persone, di indissociabilità del potere di gestione dalla responsabilità illimitata e solidale dei soci amministratori, la norma servirebbe a garantire un ordinato svolgimento delle attività economiche, «tutelando l'interesse che la società sia amministrata da coloro che, essendo esposti a un rischio illimitato, garantiscono un'oculata e responsabile direzione dell'impresa» (Galgano, 2007). La sanzione predisposta dall'ordinamento conseguente alla violazione del divieto, l'assunzione cioè della responsabilità illimitata in capo ai soci accomandanti “disobbedienti”, costituirebbe quindi «un presidio per il soddisfacimento dell'interesse pubblico ad un responsabile esercizio del potere economico» (Galgano, 2007).

Ma questa lettura appare sproporzionata dal momento che sanziona con la “pena” della responsabilità illimitata anche il compimento di un singolo atto di amministrazione, posto in essere dal socio accomandante, indipendentemente dal rilievo e dalle efficacia che esso spiega.

Il terzo, e più accreditato orientamento, individua la giustificazione del divieto nel principio di tipicità delle società, ai sensi dell'art. 2249 c.c.: l'art. 2320 c.c. risponderebbe all'esigenza di preservare lo schema tipico del contratto di società in accomandita semplice, per evitare così che si snaturi il dualismo soggettivo che le è proprio e che vede solo i soci accomandatari titolari del potere gestorio (e per questo responsabili illimitatamente) escluso invece per gli accomandanti, che godono della limitazione di responsabilità.

Dopo aver brevemente tracciato l'*excursus* storico percorso dagli studiosi nella ricerca della *ratio* giustificatrice del divieto, occorre analizzare in primo luogo il contenuto, la natura e i limiti della sanzione, mediante alcune necessarie puntualizzazioni sulla disposizione in esame.

Innanzitutto non vi è dubbio che facendo riferimento la norma agli “atti di amministrazione” in questa categoria devono farsi rientrare sia quelli c.d. di amministrazione interna, sia il potere di amministrazione esterna, la possibilità di agire cioè per la società nei rapporti esterni, che a titolo originario spettano per legge agli amministratori.

Il prosieguo della disposizione, che *prima facie* sembra contenere una fattispecie derogatoria, non fa altro che specificare i confini entro i quali deve muoversi il divieto di immistione: in linea generale quindi anche l'esercizio degli stessi poteri in forma delegata, mediante attribuzione di mansioni institorie, è vietata, è fatta salva però la possibilità di «compiere singoli affari in forza di procura speciale».

Com'è stato correttamente rilevato, l'art. 2320 c.c. si pone come «l'espressione sincopata di una disciplina complessa che deve essere analiticamente sanzionata e sistematicamente interpretata e ricostruita alla luce del diritto vigente, al fine di individuare gli esatti confini entro i quali, all'accomandante, debba invece essere riconosciuto un potere di condizionamento attivo e di intervento, sia pure subordinato rispetto alla gestione sociale» (così Montalenti, 1988).

L'indubbio rigore che la lettera della norma assegna al divieto di immistione è stato mediato e attenuato da una folta opera interpretativa della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, mossa proprio dall'intento di individuare un parametro di riferimento dal quale far discendere un giudizio negativo o positivo sulla liceità o meno della condotta "gestoria" del socio accomandante.

Se un solo atto sporadico di ingerenza potrebbe non apparire idoneo a creare situazioni lesive degli interessi sociali, dottrina e giurisprudenza (da ultimo, Cass., 6 giugno 2000, n. 7554) consolidata, rinvenendo la *ratio* del divieto nel principio di indissociabilità tra esercizio del potere gestorio e assunzione del rischio illimitato, sono concordi nel ritenere che nell'alveo degli atti "illeciti" debbano farsi rientrare anche quelli del tutto "occasionalisti": ne consegue che il compimento di un solo affare, in assenza di procura speciale, importa in capo all'accomandante che l'abbia posto in essere la perdita del beneficio della responsabilità limitata.

È invece da escludere l'operatività del divieto con riguardo a quegli atti singoli e sporadici che si pongono come meramente esecutivi dell'altrui direzione e amministrazione o di adempimento di obbligazioni contratte dagli accomandatari. Devono quindi essere considerati violativi del divieto unicamente quelli di effettiva gestione: e un atto potrà qualificarsi "gestorio" solo quando questo si concreti in scelte operative proprie del titolare dell'impresa. Siano essi anche semplici trattative, i c.d. prodromi di ingerenza, al fine di apprestare

una tutela preventiva atta a scongiurare potenziali fenomeni degenerativi (a fini meramente esemplificativi si ricorda che la giurisprudenza fa rientrare tra gli atti non consentiti: il rilascio di fidejussioni a nome della società, la formulazione di proposte d'acquisto di beni, la sottoscrizioni di forniture di merci, l'emissione di cambiali a firma congiunta con l'accomandatario; mentre tra quelli "consentiti" la prestazione di garanzie personali a favore della società, non sistematico, il pagamento di debiti sociali utilizzando denaro dell'accomandante).

Per completare l'individuazione dei confini del divieto in parola, è necessario riempire di contenuto anche la seconda parte, del primo comma, dell'art. 2320 c.c., nella parte in cui consente all'accomandante i trattare o concludere affari solo in forza di una procura speciale per singoli affari.

Il carattere derogatorio e di specialità del disposto in esame ne consiglia un'interpretazione restrittiva che non dia la stura a facili abusi del divieto di immistione.

In primo luogo, l'atto unilaterale del conferimento del potere di rappresentanza, al socio accomandante, richiede una formulazione determinata e dettagliata, addentellato del principio della sostanza rispetto alla forma: l'irrelevanza del *nomen iuris* comporterà la riqualificazione di una procura, erroneamente definita speciale, in generica, ogniqualevolta questa sia tale da attribuire all'accomandante ampi e autonomi poteri decisionali, senza effettivo controllo degli accomandatari, e il perpetuarsi di una condotta violativa dell'art. 2320 c.c.

Ulteriore questione si pone per la specificazione del concetto stesso di "affare", al fine di tracciare il *discrimen* tra ciò che è lecito e ciò che invece è attratto nella sfera di operatività del divieto.

Il termine "affare", richiamando, secondo un'accezione economica del termine, il concetto di serialità, fa sì che la procura possa essere rilasciata anche per una serie determinata e individuata di atti, purché innestati in una singola operazione e finalizzati al perseguimento di un unico risultato economico (in questo senso Montalenti, 1988, secondo cui l'inclusione, nel concetto di affare, di una pluralità di atti muove dalla corretta applicazione dell'art. 1708 c.c. in tema di mandato, in forza del quale «il mandato comprende non solo gli atti per i quali è

stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento», di guisa che dovranno essere ricompresi sia quelli prodromici che quello esecutivo dell'affare stesso).

Mutuando le conclusioni raggiunte in tema di rappresentanza, si ritiene che all'accomandante possa comunque essere lasciato un certo spazio decisionale autonomo e indipendente rispetto al controllo degli accomandatari, sempre però entro il confine tracciato dalla società rappresentata.

Quanto agli effetti predisposti dal legislatore in ipotesi di violazione del divieto, il legislatore colpisce severamente l'accomandante ingeritosi nella gestione con la perdita del beneficio della responsabilità limitata: egli risponderà nei confronti dei terzi per tutte le obbligazioni sociali e, in caso di fallimento della società, subirà la sua estensione in capo ad esso.

Tacendo sulla questione dell'operatività della perdita del beneficio della limitazione di responsabilità, la nostra attenzione si deve indirizzare alla seconda sanzione, solo eventuale, che il legislatore commina all'accomandante disobbediente: l'ultima parte del primo comma dell'art. 2320 stabilisce che «può essere escluso a norma dell'art. 2286 c.c. ».

Alla luce di questa digressione, è possibile ora definire, con maggiore compiutezza, il campo di azione su cui si è mosso il giudice di prime cure del Tribunale di Teramo, al fine di individuare (o meno) la sussistenza di una causa che legittimi la deliberazione di esclusione nei confronti del socio accomandante M. : intanto i giudici potranno pronunciarsi nel senso di ritenere legittima la delibera di esclusione, in quanto constatino o la verifica, ad opera del socio accomandante, di atti lesivi tali da pregiudicare in maniera considerevole gli interessi e le finalità della società, oppure il compimento di atti di ingerenza gestoria tali da influire in modo consistente sugli interessi sociali.

Nella specie gli addebiti mossi al M. (instaurazione di trattative e conclusione di affari in nome della B. sas, pur in difetto di procura speciale; attività di gestione e direzione degli affari sociali, con implicazioni di scelte proprie del socio accomandatario; attività di iniziativa-autorizzazioni e direttive; attività di ispezione e sorveglianza esorbitanti anche i diritti di cui al terzo comma dell'art. 2320 c.c.); ,

nonché l'istruttoria testimoniale, a parere del Collegio, non colgono nel segno: non solo la società ha articolato solo prove generiche e unilaterali, tali da non essere in grado di fornire la prova dei fatti allegati dalla parte, ma le testimonianze dimostrano concordemente come il socio M., in quelle operazioni debordanti i poteri ad esso legislativamente riconosciuti, ha sempre svolto un'attività sotto la direzione e il controllo del socio accomandatario («le trattative della B. con la G. erano gestite sia dal L. che dal M. »).

Ciò che più che altro viene in evidenza è l'atteggiamento di continua collaborazione del socio accomandante nelle scelte, anche gestorie, della società, ma sempre sotto la direzione e nella piena tolleranza dell'intervento dagli organi amministrativi.

Alla luce di quanto "raccontato" credo sia logica conseguenza l'esclusione che il comportamento del soggetto sia da inquadrare o nell'ambito del concetto di "gravi inadempienze", o di violazione del divieto di immistione tale da legittimare l'esclusione facoltativa del socio accomandante.

Il tribunale accoglie dunque la domanda attorea, dichiarando la nullità della deliberazione di esclusione, ordinando l'immediato reintegro del socio nella compagine.

4. Il collegio, in seconda istanza, viene poi investito della doglianza attorea avente ad oggetto la richiesta di condanna al risarcimento del danno del convenuto, a causa di comportamenti inadempienti agli obblighi previsti dalla legge o dal contratto sociale: in particolare, si chiede di «dichiarare di avere colposamente pregiudicato la situazione economico-patrimoniale della società in virtù del cattivo esercizio del potere di amministrare inducendo la società stessa in stato di difficoltà economica, ed in tal modo, danneggiando direttamente e gravemente il socio M. ...».

All'uopo è necessario premettere un, seppure sommario, inquadramento giuridico per verificare la fondatezza stessa del diritto all'esperimento di questo tipo di azione in capo al socio accomandante: occorre, in altri termini, ricercare il fondamento giuridico della legittimazione del singolo socio di società in accomandita semplice all'azione di responsabilità contro l'amministratore.

La sentenza in commento inquadra l'azione nell'ambito di quella di natura extracontrattuale prevista dall'art. 2395 c.c., in tema di società di capitali.

Si ricorda che, in tema di società di persone, il legislatore dal secondo comma dell'art. 2260 c.c., secondo cui «gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale», fa discendere la legittimazione in capo alla società di azionarsi per vedere riconosciuta la responsabilità degli amministratori, in ipotesi di *mala gestio* degli stessi.

Si tratta, a ben vedere, dell'equipollente rimedio stabilito, in tema di società di capitali, dalla norma di cui all'art. 2393 c.c..

Le due azioni (art. 2395 c.c. e artt. 2393/2260 c.c.) presentano differenze di notevole rilievo: mentre l'una si pone a tutela della società, assegnandole il diritto alla conservazione del patrimonio sociale, quella di cui all'art. 2395 c.c., cui viene ormai pacificamente riconosciuta una natura extracontrattuale, individua un rimedio riconosciuto al singolo socio individualmente, rispetto a danni, quali conseguenza immediata del comportamento violativi degli obblighi imposti dalla legge e dal contratto sociale degli amministratori, tali da cagionare pregiudizi diretti nella sfera giuridica del socio.

I giudici del Tribunale di Teramo, in linea con l'orientamento ormai consolidatosi in dottrina e giurisprudenza, precisano innanzitutto che la norma di cui all'art. 2260 c.c., hanno ritenuto che la possibile coesistenza tra le due azioni non comportano sovrapposizione: è lo stesso art. 2395, 1° co., c.c. a suggerire (con la sua semplice lettura) l'autonomia tra le varie azioni di responsabilità spettanti alla società ed al singolo socio o terzo e piace tuttavia evidenziare che la giurisprudenza si è recentemente allineata alla normativa.

In ogni caso, la norma di cui all'art. 2260 c.c. non esclude l'operatività del rimedio in capo ai soci *uti singuli*, direttamente lesi dal comportamento doloso o colposo degli amministratori: la circostanza che in materia di società di persone il legislatore non abbia espressamente riconosciuto ai soci un'azione individuale di responsabilità, vista l'assenza di una disposizione derogatoria, non osta all'applicazione analogica dell'art. 2395 c.c., in tema di società di capitali.

A mio avviso, il tribunale di Teramo ha giustamente inquadrato la domanda attorea di risarcimento del danno per *mala gestio* degli amministratori nell'art. 2395 c.c., non solo in quanto confortato dagli ultimi risultati raggiunti dalla dottrina e giurisprudenza sul tema, ma anche per la *ratio* sottesa alla riforma delle società di capitali, intervenuta nel 2003 che in primo luogo, con l'introduzione dell'art. 2393 bis, ha riconosciuto anche in capo ai soci di minoranza la legittimazione ad esperire l'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori, nonché, nell'ambito delle società a responsabilità limitata, all'art. 2476, terzo comma, il diritto di ciascun socio, indipendentemente dalla quota di partecipazione detenuta, all'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Sgombrato il campo dalle questioni di carattere preliminare, è necessario, ai fini di una compiuta valutazione sulla sussistenza o meno di una responsabilità in capo agli amministratori che legittimi una loro condanna al risarcimento del danno, ricordare gli *arrêt* dei giudici di legittimità (e di merito) sulle caratteristiche del danno richiesto ai fini dell'ottenimento del ristoro del pregiudizio subito.

Le toghe milanesi individuano innanzitutto nell'art. 2395 c.c. una consapevole scelta del legislatore di sottrarre al terzo la possibilità di intervenire per reprimere le malefatte degli amministratori indirettamente incidenti sul suo patrimonio. A tale ultimo fine sono infatti volte le azioni spettanti alla società od ai creditori sociali (App. Milano 23 giugno 2004, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 1054).

Ma non sono solo i giudici di Milano a pensarla così. Ormai da tempo, infatti, il S.C. insegna che «l'azione individualmente concessa dall'art. 2395 c.c. ai soci per il risarcimento dei danni loro cagionati dagli atti dolosi o colposi degli amministratori [...] presuppone che i danni non siano solo il riflesso di quelli arrecati eventualmente al patrimonio sociale, ma siano direttamente cagionati al socio, come conseguenza immediata del comportamento degli amministratori e dei sindaci che tale comportamento abbiano reso possibile violando i loro doveri di controllo» (Cass., Sez. I, 7 settembre 1993, n. 9385, AC, 1994, 297).

Si incontrano tuttavia inconvenienti particolarmente gravi nell'applicare queste giuste affermazioni ai casi concreti: accertato che gli amministratori hanno commesso (per dolo o per colpa non importa)

fatti illeciti, ai quali il pregiudizio lamentato si lega con il nesso causale, il requisito che ha maggiormente tormentato interpreti e giudici è quello del significato di danno diretto, che figura sia nell'art. 2395, 1° co., c.c., sia nell'art. 2476, 6° co., stesso codice.

La Cassazione, cercando di trovare risposte quanto più compiute al quesito, e al fine di offrire delle linee guida all'interprete per la verifica della sussistenza di un danno diretto, si è così pronunciata: «L'azione di responsabilità contemplata dall'art. 2395 c.c. non può essere esperita al fine di ottenere il risarcimento del danno subito dal socio in conseguenza del compimento di atti di *mala gestio* da parte degli amministratori della società (nella specie, cessione di partecipazione azionaria detenuta in altra società per un prezzo notevolmente inferiore al valore di essa, così come risultante dal bilancio, o al valore da attribuirsi a tale partecipazione, così come risultante a seguito di aumento di capitale di codesta società) in quanto il danno lamentato dal socio non è prodotto direttamente dall'atto contestato ma si pone soltanto come risultato indiretto del depauperamento del patrimonio» (Cass., sez. I, 8 gennaio 1999, n. 97).

E ancora: «Nelle società a responsabilità limitata (nel vigore della disciplina dettata dal codice civile del 1942, anteriormente alla riforma organica di cui al D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), posto che gli utili sono parte del patrimonio sociale fin quando l'assemblea eventualmente non ne disponga la distribuzione in favore dei soci, la sottrazione indebita di tali utili ad opera dell'amministratore lede il patrimonio sociale e solo indirettamente si ripercuote sulla posizione giuridica e sull'interesse economico del singolo socio, compromettendo la sua aspettativa di reddito e comprimendo il valore della sua quota. Pertanto è da escludere che al singolo socio competa, in tal caso, l'azione di un danno subito dal medesimo socio direttamente, non cioè come mero riflesso del danno sociale di cui solo la società, tramite gli organi a ciò abilitati e con il procedimento a tal fine prescritto dal precedente art. 2393 c.c., può chiedere il risarcimento all'amministratore» (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 102671 del 28.05.2004).

Il compito demandato ai giudici di Teramo è consistito dunque nella valutazione della sussistenza o meno, in base alle prove attoree, della causazione ad opera dell'accomandatario di un danno che direttamente abbia spiegato i suoi effetti nella sfera giuridica personale del

socio richiedente, e non esclusivamente lesive del patrimonio sociale, così solo indirettamente pregiudizievole della posizione giuridica e dell'interesse economico del singolo socio.

Appare opportuno, in limine, ricordare i comportamenti distrattivi denunciati dal socio accomandante poste a fondamento della pretesa risarcitoria: irregolare tenuta delle scritture contabili, operazioni di vendita effettuate senza bolla di accompagnamento o fatture, ammanchi di cassa per circa 1.000.000.000 di lire e omessa registrazione in contabilità di versamenti effettuati dal M. all'amministratore ovvero direttamente ad istituti di credito per il ripianamento di esposizione debitorie della società.

Posto che siffatti comportamenti siano senza dubbio configurabili quali asseriti inadempimenti delle obbligazioni di mandatario proprie dell'amministratore, ad avviso del collegio gli stessi non sarebbero tali da spiegare effetti dannosi direttamente in capo al socio denunciante. E' solo la società la diretta destinataria di un pregiudizio conseguenza immediata degli atti di *mala gestio* posti in essere degli amministratori, laddove il danno in capo al socio è solo riflesso, indiretto, compromettendo la sua aspettativa di reddito mettendo la sua aspettativa di reddito e comprimendo il valore della sua quota.

IV. Letture di approfondimento

W. BIGIAVI, *Ingerenza dell'accomandante, accomandante occulto, accomandita occulta*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1959, II, 155 ss.;

M. BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 976;

CASSAZIONE civ., sez. I 09 luglio 2014, n. 15600, in http://www.il-caso.it/giurisprudenza/archivio/soc.php?id_cont=10975.php;

F. DI SABATO, *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XVI, Torino, UTET, 1994, p. 160 ss.;

F. FERRARA – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 14° edizione, Milano, Giuffrè, 2009, 334;

F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu – Messineo, Milano, Giuffrè, 2007, p. 468 ss.

P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, Milano, Giuffrè, 1985;

ID., Accomandita irregolare, prestazione di garanzie, divieto di immissione: problemi ancora aperti, in Giur.it., 1988, I, 1, 1333, commento a Cass., 26/2/1988, n. 2041.

Caso n. 3

DIRETTORE GENERALE IN S.A.S.

di
Giovanna Petrangelo

I. Il provvedimento

IL TRIBUNALE DI TORINO

(omissis)... *Il FALLIMENTO CICOPLASTIK S.A.S., ha citato il direttore generale XXYY, qualificandolo amministratore di fatto, per sentir dichiarare lo stesso responsabile del danno patrimoniale patito dalla società, deducendo la violazione degli obblighi incombenti sull'amministratore, con condanna risarcitoria nella misura da determinarsi. XXYY è rimasto contumace. È stata espletata CTU e all'udienza del 10 novembre 2009, esaurita la discussione, la causa è passata in decisione e il tribunale, vista la particolare complessità della controversia ha disposto che la sentenza fosse depositata nei trenta giorni successivi, ex art. 16, comma 5, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.*

...dalla documentazione acquisita e dalle risultanze peritali, emerge allora che l'XXYY, contestualmente alle modifiche statutarie approvate l'11 ottobre 1999, era stato nominato "direttore generale" della società, con l'incarico di provvedere all'impianto generale amministrativo e di rappresentare la società anche nei confronti dei terzi.

... erano state sollevate le questioni preliminari relative a:

a) L'assoggettabilità all'azione di responsabilità ai sensi degli artt. 146 l. fall., 2392 e 2394 c.c., anche dell'amministratore di fatto, identificabile in colui che effettivamente abbia gestito la società in assenza di una nomina in forma legale;

b) Alla possibilità – nel caso di fallimento di una società in accomandita semplice, e laddove un soggetto abbia attuato un comportamento idoneo a ingenerare, in coloro con i quali abbia trattato, il legittimo convincimento di un rapporto sociale tra lo stesso e la fallita, avvalendosi di potere di direzione e di supervisione, così da indurli a fare

affidamento sulla sua responsabilità nella gestione sociale – di dichiarare piuttosto il fallimento in proprio dell'amministratore di fatto di una s.a.s., unitamente a quello della società e dell'accomandante di diritto, con conseguente illimitata responsabilità per le obbligazioni sociali; ciò perché la illimitata responsabilità del socio accomandatario per le obbligazioni sociali, ai sensi dell'art. 2313 c.c., trae origine dalla sua qualità di socio e si configura pertanto come personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale, in sede di esecuzione individuale, di cui all'art. 2304, richiamato dal successivo art. 2318. Il socio illimitatamente responsabile non può, quindi, essere considerato terzo rispetto all'obbligazione sociale, ma debitore al pari della società per il solo fatto di essere socio tenuto a rispondere senza limitazioni. Tale situazione di identità debitoria emerge con evidenza in sede fallimentare, ove il fallimento della società di persone produce appunto con effetto automatico, ai sensi dell'art. 147 l. fall., il fallimento dei soci illimitatamente responsabili e il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intende dichiarato per l'intero anche nel fallimento dei singoli soci. (art. 148, comma 3, l. fall.) (Cass., 6 novembre 2006, n. 23669).

Invero dalla scrittura privata intercorsa in data 10 dicembre 1999 tra l'accomandatario Salvatore Gaeta e il "direttore generale" XXYY, può dirsi verificata la sussistenza in capo a XXYY della situazione di socio occulto della società in accomandita semplice fallita, caratterizzandosi la s.a.s. per l'esistenza di due categorie di soci, che si diversificano a seconda del livello di responsabilità (illimitata per gli accomandatari e limitata alla quota conferita per gli accomandanti, ai sensi dell'art. 2312 c.c.); avendo tuttavia a mente che pure la qualità di socio occulto non è di per sé idonea a far presumere la qualità di accomandatario, essendo per di più necessario accertare la posizione in concreto assunta dal socio, con la conseguenza che il socio occulto di una società in accomandita semplice assume responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, ai sensi dell'art. 2320 c.c., solo ove contravvenga al divieto di «compiere atti di amministrazione o di trattare o concludere affari in nome della società». (Cass., 19 gennaio 1991, n. 508; Cass., 25 luglio 1996, n. 6725).

Va detto che la previsione della carica di direttore generale è estranea alla figura tipica del contratto di società in accomandita semplice, e piuttosto appare come elemento caratterizzante delle società di capitali.

Certamente, tale qualifica formale, e la ricostruzione delle dinamiche societarie compiuta dal CTU ed emergente dalla procedura fallimentare fanno ritenere che il convenuto XXYY avesse piena conoscenza delle vicende aziendali, avendo questi partecipato all'assemblea del 15 marzo 2000 (relativa agli adempimenti conseguenti al finanziamento di £ 584.920.000 concesso dal Ministero dell'industria, importo accreditato su conto corrente sociale il 5 ottobre 1999 e prelevato solo due giorni dopo con assegno di sportello) e risultando appena nominato nella sua carica gestoria quando la società, sul finire del 1999, procedette all'acquisto di impianti ed attrezzature per un importo di £ 514.000.000, beni mai più rinvenuti in sede di inventario fallimentare.

Deve perciò ritenersi che il XXYY partecipasse sistematicamente alla gestione sociale e, per le funzioni esercitate di "direttore generale", non può non essere stimato organo interno della società. Il XXYY, pur a fronte di gravi perdite d'esercizio (i bilanci al 31 dicembre 1999 e al 31 dicembre 2000 non presentano ricavi nel conto economico), nulla risulta aver fatto per porvi rimedio.

... (omissis)...va aggiunto che l'art. 2396 c.c. estende la disciplina della responsabilità degli amministratori ai «direttori nominati dall'assemblea o per disposizione dell'atto costitutivo, in relazione ai compiti loro affidati».

... (omissis)... si è osservato a tal proposito che la circostanza della preposizione formale alla carica di direttore generale con delibera dell'assemblea sociale o in virtù di apposita previsione statutaria, non è sufficiente a determinare lo speciale regime di responsabilità previsto dall'art. 2396 c.c., ove in concreto il soggetto preposto non abbia svolto le funzioni che sono tipiche del direttore generale. Nell'individuazione delle funzioni non vi è peraltro accordo in dottrina.

... (omissis)... indicazioni univoche non possono trarsi neppure dall'art. 2396 c.c. che afferma che al direttore generale si applicano

le norme in tema di responsabilità dettate per gli amministratori, aggiungendo che sono salve le azioni in base al rapporto di lavoro con la società. Da tale norma, infatti, si ricava soltanto che il direttore generale può essere un lavoratore subordinato – ed in tal caso saranno salve le azioni che nascono dal rapporto di lavoro in essere, anche sotto il profilo della responsabilità – ma non certo che egli debba necessariamente esserlo.

...(omissis)... va d'altra parte osservato che lo svolgimento sistematico di atti di mala gestio da parte di colui che non riveste la qualifica formale di direttore generale nei termini indicati dall'art. 2396 c.c., trova diretta sanzione nella disciplina prevista per gli amministratori di fatto. Ove, infine, la condotta posta in essere dal direttore generale la cui nomina non soddisfi i requisiti previsti dall'art. 2396 c.c., non sia idonea ad attribuirgli la qualità di amministratore di fatto, soccorrerà la disciplina generale in tema di responsabilità ed eventualmente quella prevista nell'ambito del rapporto di lavoro.

In definitiva, nel caso in esame, torna applicabile la disciplina prevista per la responsabilità degli amministratori, proprio perché la posizione apicale di XX YY all'interno della Cicoplastik s.a.s. era direttamente desumibile dalla nomina formale di direttore generale da parte dell'assemblea dell'11 ottobre 1999.

Da ciò discende la legittimazione del Curatore fallimentare ad esperire l'azione sociale di responsabilità nei confronti del convenuto direttore generale, a norma dell'art. 2260 c.c., in applicazione analogica sul piano sostanziale dell'art. 2393 c.c., mentre sul piano processuale, vanno applicate le scadenze solo procedurali di cui all'art. 146 l. fall. Tale azione di responsabilità deve intendersi diretta alla reintegrazione del patrimonio sociale depauperato dall'operato illegittimo di quello. I criteri di valutazione della responsabilità, al pari di quelli di un amministratore di una s.a.s. vanno rinvenuti nel combinato degli artt. 2260, 2293 e 2318 c.c., dovendo chi amministra una s.a.s. attenersi alle norme di condotta che, secondo il giudizio di ogni avveduto operatore dello stesso ramo in cui agisce l'impresa, possono giudicarsi più appropriate e pertinenti rispetto al raggiungimento dell'oggetto sociale e specificatamente alla realizzazione dell'utile imprenditoriale, sicché il fatto che il socio amministratore agisca in

modo da non consentire tale realizzazione configura grave inadempimento delle obbligazioni derivanti dalla legge o dal contratto sociale, con conseguente responsabilità per eventuali danni azionabile, come detto, anche dalla Curatela.

Trattandosi di giudizio di responsabilità promosso contro amministratore sociale, ex art. 146 l.fall., la liquidazione del danno non può consistere automaticamente nella mera differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare, ma deve avvenire valutando in concreto quanta parte del capitale perduto sia etiologicamente imputabile alle condotte dell'amministratore, secondo le regole sul nesso di causalità materiale; essendo ammissibile il ricorso a tale criterio meramente differenziale soltanto ove ricorrano i presupposti per una valutazione equitativa del danno, a seguito di una accertata e motivata impossibilità di ricostruire i dati in modo così analitico da individuare le conseguenze dannose dei singoli atti illegittimi. (omissis). È quindi da condividere la CTU espletata dal dottor R.F., al fine di determinare il danno causato da mala gestio del direttore generale XX YY, individuando essa non solo l'inadempimento di uno o più obblighi imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, ma pure il nesso causale tra condotta e conseguenze pregiudizievoli e il danno, riconducibile in linea immediata e diretta alla condotta colposa o dolosa del convenuto, inteso sia come danno emergente sia come lucro cessante (id est, come incremento patrimoniale che, in assenza della mala gestio, la società avrebbe verosimilmente realizzato), in concreto commisurato al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo non fosse stato compiuto ...(omissis)...

II. La classificazione e le massime

Società – Società di persone – Società in accomandita semplice – Direttore generale – Responsabilità parificata a quella degli amministratori ex art. 2396 c.c.– sussiste.
(artt. 2260, 2318, 2393 e 2396 c.c.).

(1) *Il soggetto nominato direttore generale in una s.a.s. è sottoposto al regime di responsabilità proprio degli amministratori, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 2396 c.c.*

Società – Direttore generale – Responsabilità – necessità di atto formale di nomina – sussiste – assenza di investitura – qualità di amministratore di fatto – sussiste.

(art. 2396 c.c.)

(2) L'applicazione della disciplina di cui all'art. 2396 c.c. non può prescindere dal dato formale dell'investitura alla carica di direttore generale, operata o in sede di atto costitutivo o in una sua successiva modifica statutaria, applicandosi, in mancanza, in ipotesi di compimento in modo continuativo di atti di mala gestio, il regime di responsabilità previsto per gli amministratori di fatto.

Società – Società di persone – Società in accomandita semplice – Generica assunzione di qualità di socio – presunzione di qualità di accomandante – sussiste – violazione del divieto di immistione – sussiste.

(artt. 2312 e 2320 c.c.)

(3) Una scrittura privata avente ad oggetto l'assunzione della qualità di socio in una società in accomandita semplice è ex se idonea a far presumere la qualità di socio accomandante e non già di socio accomandatario, con la conseguente violazione del divieto di immistione in caso compia operazioni di gestione.

III. Il commento

Il socio accomandatario sotto l' "ombrello" del direttore generale

di

Giovanna Petrangelo

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. I direttori generali. La ricostruzione "sociologica" della figura. – 3. Il dibattito sulla natura giuridica. – 4. Direttore generale o amministratore di fatto? Il problema del c.d. amministratore estraneo. – 5. La decisione: aspetti problematici. – 6. La prova della simulazione.

1. Con la sentenza in esame il Tribunale di Torino viene investito della questione della responsabilità del Direttore generale per atti di *mala gestio* ex art. 2396 c.c., in un contesto sociale personalistico, quale quello della s.a.s.

La controversia in esame muove le sue origini dalle modifiche statutarie approvate in data 11 ottobre 1999, aventi ad oggetto la nomina a “direttore generale” della società di XX YY, «con l’incarico di provvedere all’impianto generale e amministrativo e di rappresentare la società anche nei confronti dei terzi», e dalla scrittura privata del 10 dicembre 1999, intercorsa tra il socio accomandatario della Cicoplastik s.a.s. e l’appena nominato “direttore generale”, da cui si desume l’assunzione della qualità di socio occulto di quest’ultimo.

Intervenuta la declaratoria di fallimento della Cicoplastik s.a.s., la curatela cita in giudizio il soggetto in questione, in veste di amministratore di fatto, per vedere pronunciare nei suoi confronti, in via principale, una condanna risarcitoria per atti di *mala gestio*, produttivi di danni per la società, e in via subordinata l’estensione del fallimento in proprio ex art. 147 l. fall., quale socio illimitatamente responsabile.

Il tribunale rigetta le pretese attoree in punto di estensione del fallimento, riconducendo l’intera vicenda entro la questione della nomina formale a direttore generale, nonostante il riconoscimento dell’assunzione della qualità di socio (occulto) in capo al XX YY.

2. Il codice civile annovera i direttori generali tra i soggetti di cui gli amministratori si avvalgono come collaboratori nella gestione della società. La figura in esame, seppure nominata nell’art. 2396 c.c., risulta essere caratterizzata da contorni poco nitidi e dalla mancanza di qualsivoglia indicazione definitoria.

L’art. 2396 c.c. stabilisce infatti che «Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall’assemblea o per disposizioni dello statuto, in relazione ai compiti a loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società». Quali sono allora le funzioni che si accompagnano all’attribuzione di tale qualifica?

La dottrina più volte si è espressa per cercare di tratteggiare compiutamente i tratti tipici di questa particolare figura, di fronte al silenzio del legislatore.

Andando a ritroso, secondo un'opera di ricostruzione evolutiva, già l'art. 148 dell'abrogato codice di commercio aveva positivizzato la figura in esame, mediante, da un lato, l'individuazione dell'attività che era chiamato a svolgere, e, dall'altro, il regime di responsabilità applicabile: si leggeva infatti che al direttore generale veniva riconosciuto il ruolo di "parte esecutiva delle operazioni sociali", e gli si applicava il regime di responsabilità previsto per gli amministratori, ferma comunque la sottoposizione all'autorità e al controllo di questi ultimi.

Con l'unificazione dei codici (di commercio e civile) operata dal legislatore del 1942, il direttore generale riceveva considerazione all'interno dell'art. 2396 c.c., norma immediatamente successiva all'apparato di disposizioni in tema di responsabilità degli amministratori, in cui, a differenza delle indicazioni contenute nell'art. 148 cod. comm., il disposto tace in punto di attribuzioni e di posizione nell'organigramma societario.

Sulla stessa linea di tendenza si pone il legislatore delegato del 2003, lasciando inalterati i tratti essenziali della precedente indicazione normativa e limitandosi a riportare differenze in tre direzioni:

- aggiunta dell'aggettivo "generali" anche nel testo della norma oltre che nella sua rubrica;
- sostituzione del termine "statuto" rispetto all'originale "atto costitutivo" quale fonte formale di investitura (accanto alla nomina assembleare) per l'assunzione della carica in questione;
- aggiunta della subordinata «salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro della società», in concorso con le residuali azioni di responsabilità di cui agli artt. 2392 ss. c.c.

Il legislatore continua nel nuovo testo a mantenere un atteggiamento di assoluta reticenza in merito all'indicazione delle attribuzioni proprie del direttore generale, nonché rispetto alla posizione funzionale rivestita all'interno della società. E tale silenzio appare tanto più problematico ai fini dell'applicazione della disciplina se la qualifica alla carica di direttore generale viene riconosciuta all'interno di un tipo societario personalistico, lontano dalla collocazione sistematica della norma all'interno del codice.

In altri termini, in mancanza di un'indicazione sulle attribuzioni svolte da questo soggetto nonché sulla posizione da esso rivestita all'interno della società, risulta di difficile soluzione la questione della compatibilità della figura in esame con un contesto societario personalistico, e non capitalistico: può, cioè, un direttore generale essere nominato all'interno delle società di persone?

In base alle indicazioni legislative, l'equiparazione in punto di responsabilità al regime previsto per gli amministratori farebbe presumere una mancanza di identità con riferimento alle funzioni loro attribuite: in caso contrario, infatti, si arriverebbe ad affermare una inutile duplicazione della figura degli amministratori che non avrebbe ragione di esistere; inoltre la mancanza di identità è confermata dal fatto che la norma circoscrive la responsabilità dei direttori generali "ai compiti a loro affidati".

Dinanzi al silenzio legislativo sulla figura in esame, il recinto dei poteri può ricavarsi dalla grande opera di tipizzazione sociale offerta da dottrina e giurisprudenza, che ne individua i cardini qualificatori:

- ora nell'attribuzione di una funzione direttiva generale su tutti gli uffici e i servizi mediante i quali l'impresa esercita la sua attività (Fré, 1972, per cui «il direttore generale è quel funzionario della società a cui, per la sua posizione preminente rispetto a tutti gli altri prestatori di lavoro che collaborano nell'impresa sociale, spetta una funzione direttiva generale su tutti gli uffici e i servizi, mediante i quali l'impresa stessa esercita la sua attività, e ha di conseguenza su quelli un potere e un dovere di vigilanza che costituiscono il presupposto della responsabilità che la legge gli attribuisce»);

- ora invece nell'attribuzione di compiti di alta gestione, incombenza tipica degli amministratori, cioè di attività strategica «al di sopra della quale non si ha più attuazione dell'oggetto sociale ma solo una sua modificazione» (Borgioli, 1975).

Il direttore generale può oggi tranquillamente considerarsi quel soggetto a cui è riconosciuto il «compito di mettere in esecuzione le decisioni del CDA, interpretandole, operando scelte tattiche, trasmettendone agli organi subordinati e controllandone la puntuale esecuzione, il tutto sotto la direzione e la sorveglianza dello stesso consiglio» (Colombo, 1991), sulla scorta dell'abrogato art. 148 cod. comm.

ove si stabiliva che al direttore generale veniva attribuita «la parte esecutiva delle operazioni sociali», non intesa come poteri di mera esecuzione, ma quale presupposto, anche, in concerto con esso, di un potere deliberativo connesso alla particolare posizione ricoperta dal direttore generale.

Al fine di assolvere le funzioni tipizzate socialmente, la dottrina ha individuato i poteri necessari da attribuire alla figura in esame. Chi attribuisce al direttore generale una posizione di gerarchia su tutti i dipendenti, gli riconosce poteri di vigilanza e di controllo sull'operato dei subordinati al fine di assicurare il funzionamento dell'apparato.

Dibattuta in passato era la questione in ordine al conferimento, altresì, di un necessario potere di rappresentanza esterna della società. A favore dell'attribuzione di tale potere si schierava chi riconosceva nel direttore generale, secondo il dettato della legge, la qualità di «parte esecutiva delle operazioni sociali»: l'esecuzione delle operazioni intanto avrebbe ottenuto puntuale esecuzione, in quanto al soggetto incaricato di svolgere questa funzione fosse attribuito il relativo potere di rappresentanza.

Al contrario i fautori della tesi della inessentialità del potere di rappresentanza esterna, accolta dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria, ritenevano non necessario per l'espletamento delle funzioni del direttore generale il conferimento del potere di rappresentanza, dal momento che l'esecuzione delle deliberazioni poteva ben essere attuata anche da ausiliari diversi. Nell'evenienza in cui un potere di rappresentanza venisse specificatamente attribuito al direttore generale, bisognava però evitare di incorrere nell'equivoco che la specifica attribuzione dello stesso si traducesse in un'abdicazione al potere di direzione dell'impresa da parte degli amministratori.

Infine, non si riteneva necessaria la configurazione di un rapporto di lavoro del direttore generale con la società.

Se nell'attuale ordinamento (così come in passato) la figura del direttore generale trova agevole accoglienza nell'impianto societario capitalistico azionistico, un problema di compatibilità della sua nomina non dovrebbe porsi su una piattaforma societaria personalistica, ben potendosi procedere nell'organigramma societario alla nomina di un soggetto con le funzioni riconosciute al direttore generale, figura di "ausilio" agli amministratori nell'espletamento del loro incarico; ed

un problema di legittimità non dovrebbe porsi neanche quando il soggetto in questione venga ad essere incardinato all'interno di un tipo speciale di società di persone quale la società in accomandita semplice.

Da un'attenta analisi della prassi, emerge che sovente la figura in esame viene ad essere arricchita di numerose altre competenze sia in punto di gestione che di funzionamento della società, fino quasi al punto di arrivare a una duplicazione della figura dell'amministratore.

La legittimità di tale espansione funzionale si pone in termini meno problematici nelle società capitalistiche, in specie nelle società per azioni, laddove il rischio di un'esorbitanza dei poteri attribuiti ai direttori generali trova un limite sia in quelle decisioni che concernono la definizione degli obiettivi globali e la fissazione delle relative strategie (attribuzioni per legge specificatamente proprie degli amministratori), sia in quelle relative al funzionamento, fatta eccezione per i compiti di collaborazione.

Nelle società a base personalistica, se, in linea di principio, e comunque rispettando i limiti appena stabiliti per le società capitalistiche, una siffatta espansione può considerarsi legittima, qualche dubbio si pone quando la nomina alla carica di direttore generale con il riconoscimento di poteri più ampi rispetto a quelli ordinariamente individuati in esito alla tipizzazione sociale della figura interviene in una società in accomandita semplice: poiché l'amministrazione, stante il disposto contenuto nell'art. 2318 c.c., «può essere affidata soltanto ai soci accomandatari», ed ex art. 2320 c.c., primo comma, seconda parte «il socio accomandante che contravviene a tale divieto assume responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali e può essere escluso a norma dell'art. 2286 c.c.», ci si chiede in quali conseguenze incorra un direttore generale che in una sas veda un'espansione dei suoi poteri tale da attribuirgli l'esercizio di funzioni spettanti esclusivamente agli amministratori.

Peraltro, concludere *a priori* nel senso della incompatibilità di tale figura nell'organigramma della s.a.s. sarebbe imprudente, considerato che anche gli accomandanti si vedono riconosciuti poteri gestori, seppure mediante la guida di una procura speciale per singoli affari.

Nel caso in esame, solo dal contenuto della deliberazione di nomina alla carica di direttore generale di XX YY, nonché dall'esame dei

compiti da esso in concreto svolti, è possibile individuare la vera natura del soggetto e conseguentemente concludere o nello stesso modo del giudice di prime cure, imputando al direttore generale sulla scorta dell'art. 2396 c.c. esclusivamente la responsabilità propria degli amministratori, attivata in ambito fallimentare in base all'art. 146 l. fall., ovvero anche l'estensione del fallimento ai sensi dell'art. 147 l. fall., a causa dell'assunzione della qualità di socio illimitatamente responsabile (accomandatario) dissimulata sotto l'"ombrello" della nomina formale alla carica di direttore generale con modifica dello statuto.

3. La società in accomandita semplice è caratterizzata dalla compresenza all'interno della compagine sociale di due categorie di soci distinti tra loro in punto di poteri e responsabilità: i soci accomandatari, solidalmente e illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali e ai quali è affidata in via esclusiva la gestione della società, ed i soci accomandanti, responsabili limitatamente alla quota di capitale conferito, esclusi dalla gestione della società.

I tratti tipizzanti la s.a.s. consentono di eleggere questo tipo sociale come l'unico che tra le società personalistiche consenta l'esercizio in comune di un'attività d'impresa con limitazione del rischio e non esposizione a fallimento personale alcuni soci (gli accomandanti).

Ma fino a che punto il beneficio della limitazione di responsabilità opera a favore dei soci accomandanti, e soprattutto quali sono i poteri di ingerenza nella gestione comunque riconosciuti a questi soggetti?

Il disposto contenuto nell'art. 2318 c.c. è chiaro nella sua formulazione: l'amministrazione può essere conferita soltanto ai soci accomandatari.

Dal che è facile dedurre che, se da un lato è ben possibile configurare l'ipotesi in cui ci siano soci accomandatari non investiti del relativo potere gestorio, ma comunque illimitatamente responsabili, è invece da negare che la carica di amministratore possa essere conferita a soggetti diversi dai soci accomandatari; per cui può dirsi affermato il principio unidirezionale della inscindibilità del binomio potere gestorio/responsabilità illimitata.

A tale conclusione si arriva con più forza ricordando il disposto appena esaminato, contenuto nell'art. 2318 c.c., con l'art. 2320, primo comma, c.c. a norma del quale «I soci accomandanti non possono

compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della società, se non in forza di procura speciale per singoli affari. Il socio accomandante che contravviene a tale divieto assume responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali e può essere escluso a norma dell'art. 2286 c.c. ».

Il c.d. divieto di immistione vieta al socio accomandante di porre in essere per la società operazioni di gestione sia interna che esterna, poteri che la legge conferisce esclusivamente ai soci accomandatari. Il compimento di atti di amministrazione, così come l'esercizio degli stessi in forma delegata che superino i limiti della procura speciale ad essi conferiti, comporta la perdita del beneficio della limitazione di responsabilità. Sanzione questa tanto più grave, se si pone mente alla circostanza che la perdita del beneficio della limitazione di responsabilità si estende a tutte le obbligazioni sociali, e non solo a quelle sorte a partire dal momento del verificarsi del fatto violativo, o con esclusivo riferimento a quelle sorte solo per effetto del compimento dello stesso: il socio accomandante che ha posto in essere un comportamento in violazione dell'art. 2320 c.c. risponderà di conseguenza per tutte le obbligazioni passate, presenti e future (ancorché non verrà comunque ad assumere la qualità di socio accomandatario) e in più, evenienza che attira maggiormente la nostra attenzione ai fini della sentenza in esame, in caso di fallimento, esso vedrà l'estensione dello stesso anche nei suoi confronti ex art. 147 l. fall., in quanto divenuto socio illimitatamente responsabile (ancorché non accomandatario).

Occorre allora chiedersi se il direttore generale compia atti di amministrazione e quale sia la natura giuridica di tale figura. Un primo orientamento rinveniva la sua natura in quella di institore, soprattutto se dotato di poteri di rappresentanza.

Tale concezione basava le sue ragioni sulla considerazione che il codice di commercio all'art. 148 attribuiva al direttore generale «la parte esecutiva delle operazioni sociali», tanto da rendere impensabile che un soggetto investito della relativa carica potesse essere privato di poteri di rappresentanza della società. Proprio il riconoscimento del potere di rappresentanza quale connotato essenziale e presupposto ontologico della figura in esame è stato l'argomento posto a fondamento della tesi della equiparazione tra direttore generale e institore; ma tale

fondamento rivela però tutta la sua debolezza rispetto al principio affermato più volte dalla giurisprudenza secondo cui il potere di rappresentanza non costituisce un connotato connaturato ed essenziale della figura del direttore generale: il potere del direttore generale di rappresentare la società presuppone infatti una specifica attribuzione, ovvero la sua stretta inerenza alla natura dei compiti affidati. Solo quando il direttore generale venga dotato di poteri di rappresentanza esterna ad esso espressamente attribuiti, lo stesso potrà considerarsi assoggettato alla disciplina in tema di preposizione institoria, per cui non è praticabile la strada di una riconducibilità *tout court* alla figura dell'institore.

Altra autorevole dottrina ha avuto il merito di osservare che l'equiparazione tra i due soggetti sarebbe il risultato di un palese equivoco: «compito del direttore generale non è quello di eseguire personalmente (come l'institore), ma di far sì che l'apparato esegua (nel rispetto delle competenze predeterminate dall'organigramma aziendale). Se il potere di rappresentanza è affidato ad ausiliari diversi dal direttore generale, quest'ultimo non è minimamente impedito di assolvere con perfetta regolarità la sua funzione tipica, potendo egli in qualsiasi momento orientare l'attività dei rappresentanti ed assicurare, in tal modo la puntuale esecuzione delle deliberazioni di impresa» (Abbadessa, 1991).

Eliminati gli equivoci insiti nella teoria della natura institoria del direttore generale, c'è chi ha ritenuto preferibile ricondurla allo schema tipico del mandato, secondo lo schema del rapporto tra mandante e mandatario (ai sensi dell'art. 1703 c.c.: «il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra»): al mandante (organo amministrativo) spetterebbe in linea generale il compito di specificare mediante istruzioni, di volta in volta impartite, l'obbligo di prestazione originariamente assunto dal mandatario e di verificare l'esatto adempimento dell'incarico quando viene assolto.

In realtà al direttore generale viene riconosciuto un ampio margine di autonomia nell'espletamento delle sue funzioni, che porta ad escludere la riconducibilità allo schema tipico del mandato, replicando gli stessi argomenti utilizzati dalla tesi della natura institoria del direttore generale: se la riconducibilità allo schema del mandato del rapporto direttore generale organo amministrativo comporta l'obbligo in capo

al mandatario direttore generale di svolgere l'incarico nell'interesse della società, il problema resta sempre quello del necessario e ontologico conferimento del potere di rappresentanza in capo al primo. Nell'ambito del contratto di mandato infatti ben può verificarsi una scissione con riferimento al potere di agire all'esterno: il mandato può cioè essere attribuito con rappresentanza, ai sensi dell'art. 1704, allorché il mandatario è deputato ad agire per nome e in conto del mandante; senza rappresentanza (ex art. 1705 c.c.) se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome proprio, fermo restando il compimento di atti giuridici per conto e nell'interesse del mandante.

Il carattere della subordinazione impresso al direttore generale rispetto alla posizione degli amministratori ha portato per molti anni interpreti e studiosi a ricondurre la natura giuridica della figura in questione entro la struttura del rapporto di lavoro, appunto subordinato.

Nonostante l'aggiunta nel disposto normativo del 2396 c.c. della locuzione finale «fatte salve le azioni esercitabili sulla base del rapporto di lavoro con la società» sia novità recente, frutto dell'opera di novellazione del legislatore del 2003, già secondo l'originario assetto codicistico l'opinione di gran lunga prevalente ravvisava nel direttore generale un lavoratore subordinato, meglio inquadrabile nella figura del dirigente.

La soluzione si fondava sull'assunto secondo il quale le decisioni dei direttori generali, nonostante l'ampia autonomia ad essi riconosciuta, non avrebbero mai potuto porsi in contrasto con quelle assunte dall'organo amministrativo: in questo senso all'organo amministrativo dovevano spettare poteri ulteriori di vigilanza e controllo della corrispondenza tra quanto contenuto nelle istruzioni impartite e quanto compiuto in esecuzione delle stesse.

Non mancavano però voci discordanti: c'era infatti chi inquadrava il rapporto che si veniva ad instaurare con la nomina di un direttore generale in quella non già di lavoro subordinato, bensì di lavoro autonomo, *sub specie* di mandato o contratto d'opera. Gli argomenti a sostegno di tale riconducibilità si basavano essenzialmente sia sulla base della disciplina dei gruppi di società, in cui il direttore generale nominato da una delle società facenti parte del gruppo svolge in realtà il proprio incarico anche in favore delle altre, in assenza di uno specifico contratto di lavoro con ciascuna di esse; sia sull'assunto che il rapporto

tra amministratori e direttori generali non si pone come di vera e propria subordinazione, bensì di subordinazione “attenuata” o “debole”, ben potendo estendersi i poteri del direttore generale fino al limite del contrasto tra il loro operato e la volontà degli amministratori, se motivo di causazione di danni a carico della società.

La *ratio* di questa seconda tesi, c.d. della irriducibilità della figura del direttore generale entro il concetto giuslavoristico di subordinazione, riposava sulla constatazione che la vecchia nozione codicistica si mostrava disinteressata al tipo di rapporto che si veniva a instaurare tra direttore generale e amministratori, mostrando quale unica preoccupazione la tutela dei terzi e della società.

Oggi la situazione è cambiata, l’inciso finale contenuto nell’art. 2396 c.c. in punto di azioni di responsabilità esercitabili nei confronti del direttore generale fa salve quelle esercitabili in base al “rapporto di lavoro”, tanto da indurre qualcuno a ritenere che il sintagma in questione segna una inequivocabile riconducibilità del direttore generale entro le mura della subordinazione.

A ben vedere l’inciso finale della norma non contiene alcun riferimento al concetto di subordinazione, e sebbene questa locuzione sia usata il più delle volte dal legislatore nell’impianto codicistico e in leggi speciali per individuare un tipo di rapporto di lavoro subordinato, in modo concorde dottrina e giurisprudenza hanno affermato che «ogni attività lavorativa economicamente rilevante può essere sia di rapporto di lavoro subordinato, sia di rapporto di lavoro autonomo, senza alcuna presunzione di subordinazione» (da ultimo Cass., 15 luglio 2002, n. 10262).

Sotto diversi profili si è poi arrivati a ricondurre la figura del direttore generale nel recinto degli amministratori di fatto. E qui arriviamo al punto di nostro interesse.

La riconducibilità del direttore generale entro la figura dell’amministratore di fatto era stata in realtà utilizzata in passato per affermare l’estensione in capo al primo dei profili penali della responsabilità previsti dalla legge in capo agli amministratori: in altri termini coloro che, benché privi di investitura formale, esercitassero di fatto funzioni amministrative, avrebbero dovuto considerarsi amministratori di fatto e non semplicemente direttori generali.

La portata di una siffatta equiparazione è stato meglio specificata da chi ha ritenuto inammissibile una sovrapposizione *tout court* delle due figure, al fine di scongiurare il rischio di un'estensione eccessiva e immotivata dell'istituto dell'amministratore di fatto a chiunque abbia svolto mansioni *lato sensu* gestorie: intanto il direttore generale potrà considerarsi amministratore di fatto in quanto le ingerenze da lui poste in essere, quale soggetto formalmente estraneo, si concretizzano nell'esercizio continuativo di quei poteri demandati dalla legge esclusivamente agli amministratori.

E allora se il potere del formale amministratore risiede nell'organizzazione e gestione della società, solo quando dall'indagine svolta in concreto sui poteri esercitati dal direttore generale emergerà che, indipendentemente dalla qualifica formale di cui esso è stato investito, ha svolto poteri esercitabili solo dagli amministratori, e quindi poteri di gestione dell'organizzazione della società ovvero poteri di alta direzione dell'impresa, per la prevalenza del principio della sostanza sulla forma, quel soggetto dovrà considerarsi amministratore di fatto. (da ultimo in materia penale Trib. Milano 20 febbraio 2011).

Ancora negli ultimi anni l'orientamento della Suprema Corte sulla figura dell'amministratore di fatto non è mutato, atteso che l'introduzione di quella espressione definitoria dei poteri di amministrazione effettiva, compiuta ad opera dell'art. 2639 c.c., ha soltanto normativizzato un principio consolidato da alcuni decenni nella giurisprudenza penale di legittimità.

E' da oltre un decennio che le pronunce della Suprema Corte hanno definito i presupposti per il riconoscimento della qualifica di amministratore di fatto, distinguendoli dall'attribuzione di una responsabilità a titolo di concorso per specifiche condotte delittuose realizzate dall'*extraneus*.

Una pronuncia del 2006 ha così ribadito quella giurisprudenza, attraverso il richiamo ad alcune massime del decennio precedente:

«... la nozione di amministratore di fatto, introdotta dall'art. 2639 c.c., postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione, con la precisazione che i caratteri della "significatività", e della "continuità" non implicano necessariamente l'esercizio di "tutti" i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprrezzabile attività gestoria,

svolta in modo non episodico o occasionale (Cass., Sez. 5[^], 14 aprile 2003).

È utile altresì segnalare che la definizione legale contenuta nell'art. 2639 c.c., ha recepito i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale, sulla cui base era stato stabilito che la posizione dell'amministratore di fatto, destinatario delle norme incriminatrici della bancarotta fraudolenta, va determinata con riferimento alle disposizioni civilistiche che, regolando l'attribuzione della qualifica di imprenditore e di amministratore di diritto, costituiscono la parte precettiva di norme che sono sanzionate dalla legge penale; la disciplina sostanziale si traduce, in via processuale, nell'accertamento di elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto - quale *intraneus* che svolge funzioni gerarchiche e direttive - in qualsiasi momento dell'iter di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi - rapporti di lavoro con i dipendenti, rapporti materiali e negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti - in qualsiasi branca aziendale, produttiva, amministrativa, contrattuale, disciplinare (Cass., Sez. 5[^], 22 aprile 1998) ».

La motivazione della sentenza riassume chiaramente i presupposti per il riconoscimento della qualifica che l'art. 2639 c.c. ha introdotto in via normativa, ma che costituiscono il parametro di riferimento per ogni vicenda fallimentare in cui si discuta del ruolo di un amministratore di fatto.

4. La riconducibilità della natura giuridica del direttore generale alla figura dell'amministratore pone una questione di ben più ampia portata: se un soggetto solo formalmente qualificato come direttore generale si trovasse in concreto a svolgere poteri riservati *ex lege* agli amministratori, assumendo in concreto le vesti di amministratore di fatto, si giungerebbe a legittimare la figura del c.d. amministratore estraneo nelle società di persone, in generale, e nelle s.a.s, in particolare.

Controverse le posizioni assunte dagli interpreti; e la soluzione, positiva o negativa, dipende sostanzialmente dalla posizione assunta circa il tipo di rapporto giuridico che si instaura tra i due soggetti e la natura di questa relazione.

In particolare, a sfavore si pone chi ammette che il socio possa rinunciare al suo diritto di amministrare solo a favore di soci, «in virtù sia del collegamento del potere di amministrare alla qualità di socio, sia dell'inderogabilità della responsabilità personale dei soci amministratori per le obbligazioni sociali». Il legislatore collega la responsabilità personale alla rappresentanza della società; coloro che agiscono sono responsabili personalmente e solidalmente per le obbligazioni sociali (art. 2262, 1° comma, c.c.) e poiché non è ammissibile che un terzo estraneo assuma responsabilità personale per la sua attività di mandatario con rappresentanza, si deve concludere nel senso che il potere di rappresentanza, a sua volta espressione del potere di amministrare, possa essere conferito solo ai soci.

Si invoca altresì la norma di cui all'art. 2295 n. 3 c.c., laddove la locuzione "amministrazione" è preceduta da quella "soci", nonché la circostanza per cui una disposizione quale l'art. 2380 c.c. – in quale esplicitamente prevede che nelle società di capitali «l'amministrazione della società può essere affidata a non soci» – non è ripetuta per le società personali.

Di opinione contraria è chi ritiene che in questo ragionamento vi sia una confusione concettuale fra potere di amministrazione e potere di rappresentanza, in quanto la qualità di amministratore non è un connotato naturale della qualità di socio e la fonte del rapporto di amministrazione è diversa da quella del rapporto di società.

Nelle società di persone il potere-dovere di amministrazione non è elemento del rapporto sociale, ma di un diverso rapporto la cui disciplina è desumibile dalla normativa sul mandato (art. 2260, 1° comma, c.c.).

A prescindere dalla natura giuridica del rapporto di amministrazione, la qualità di amministratore (trovi fondamento in un atto di nomina o nel dettaglio suppletivo dell'art. 2257 c.c.) va, comunque, distinta dalla qualità di socio, ed il rapporto di amministrazione è rapporto autonomo distinto dal rapporto sociale. Si può infatti essere soci senza essere amministratori e si può cessare di essere amministratori pur conservando la qualità di socio: il rapporto di amministrazione è fonte per il designato di diritti, poteri, obblighi e responsabilità diversi e distinti da quelli che allo stesso competono come socio.

È questa una conclusione a cui si dovrebbe pervenire anche nel caso in cui si ritenga che nelle società di persone non sia configurabile un contratto di amministrazione distinto dal contratto di società, vista la capacità dello stesso contratto di dar vita a diversi e distinti rapporti.

Pensare che nelle società di persone si stipulino due contratti strutturalmente distinti – di società, avente come parti i soci *uti singuli*, da un lato, e di amministrazione, stipulato tra tutti i soci unitariamente intesi e ciascun singolo amministratore, dall'altro – significherebbe applicare alle società personali considerazioni svolte e dimostrate con esclusivo riferimento alle società di capitali.

All'interno dell'unico tipo contrattuale definito nell'art. 2247 c.c., il legislatore ha previsto l'esistenza di autonomi sottotipi, caratterizzati da un progressivo distacco dalla nozione unitaria di cui alla definizione dello stesso art. 2247 c.c.; di questi, la società semplice e la società in nome collettivo rappresentano i tipi elementari (o prototipi) di società, le cui regole di organizzazione sono applicabili tutte le volte in cui non risulti che le parti, nel rispetto di quanto prescritto dalla legge, hanno voluto adottare lo schema corrispondente ad uno dei tipi complessi (società in accomandita semplice, società per azioni, in accomandita per azioni e società a responsabilità limitata).

La regola ermeneutica impone, quindi, che si muova dal tipo elementare a quello complesso, e non viceversa.

Quanto appena detto conduce tendenzialmente ad escludere la possibilità che società di persone vengano amministrate da non soci.

Nella specie, non essendo questo il luogo per porsi la questione con riferimento alle altre società a base personalistica, per la società in accomandita semplice il legislatore è esplicito: «l'amministrazione della società può essere affidata soltanto ai soci accomandatari» (art. 2318, 2° comma, c.c.) . Per il tipo complesso società in accomandita semplice, dunque, sussiste un divieto espresso.

Diversamente per i tipi elementari o sottotipi di società semplice ed in nome collettivo. Il fatto allora che non sussista analoga previsione può ragionevolmente indurre alla conclusione che sia indirettamente consentito affidare l'amministrazione ad un non socio.

La tesi dell'inammissibilità dell'amministratore estraneo in una s.a.s. pone il problema della qualificazione del soggetto che di fatto

svolge funzioni di gestione demandate esclusivamente agli amministratori.

Se i soci accomandatari possono anche non assumere su di loro la carica di amministratore, non è lo stesso per l'ipotesi inversa: proprio per il timore che chi gestisca la società, nelle sas, non venga ad assumere una responsabilità illimitata, e quindi si ponga un problema di mancanza di tutela nei confronti dei terzi, l'amministrazione deve essere demandata esclusivamente ai soci accomandatari.

5. Nella fattispecie sottoposta al nostro esame la situazione è equivoca e dai contorni poco nitidi.

Alla luce delle considerazioni appena svolte due sono gli aspetti sui quali la decisione del giudice non convince.

In primo luogo, a mio avviso non sembra condivisibile il principio affermato dal giudice della prevalenza della forma sulla sostanza: all'interno del fallimento Cicoplastik s.a.s., sulla base della nomina formale di direttore generale da parte dell'assemblea, il XX YY viene inquadrato nella figura di direttore generale, con applicazione della relativa disciplina sancita all'art. 2396 c.c. e conseguente estensione della responsabilità prevista in capo agli amministratori per atti di *mala gestio* di cui all'art. 2393 c.c.

Il giudice afferma che il compimento di atti di *mala gestio* da parte di un soggetto senza alcuna investitura formale trova diretta sanzione nella disciplina prevista per gli amministratori di fatto. Tale impostazione interpretativa è viziata: in presenza di una nomina formale, si avrà la carica di direttore generale, in difetto di investitura formale e a fronte di atti di *mala gestio* si avrà quella di amministratore di fatto.

Sembrirebbe allora che tra la carica di amministratore e quella di direttore generale non ci sia alcuna differenza funzionale, e inoltre sarebbe chiamato alla carica di amministratore un soggetto estraneo in una società la cui disciplina non tollera tale figura. È come se il giudice considerasse l'amministratore di fatto un direttore generale senza nomina formale, e un direttore generale un amministratore di fatto, ma investito formalmente del *nomen* di direttore generale.

La prevalenza della forma sulla sostanza sembra argomento troppo debole per ammettere unicamente un'estensione della responsabilità

in capo a questo soggetto, e soprattutto insufficiente a far fronte a ulteriori problematiche che l'equiparazione all'amministratore di fatto pone in un tipo societario particolare come la s.a.s. (amministratore estraneo). Inoltre, ciò che sembra mancare è un accertamento svolto sulle mansioni svolte in concreto dal soggetto in esame.

Su di un piano completamente speculare e opposto rispetto a quello voluto nella sentenza *de qua*, ed in applicazione del principio della sostanza sulla forma, si dovrà ritenere che la delibera di nomina operata con modifiche statutarie da parte dell'assemblea presenta una portata generale in punto di poteri attribuiti al XX YY.

Si legge infatti che il XX YY era stato nominato «direttore generale della società con l'incarico di provvedere all'impianto generale amministrativo e di rappresentare la società anche nei confronti dei terzi»; inoltre, «la ricostruzione delle dinamiche societarie compiuta dal CTU ed emergente nella procedura fallimentare fanno ritenere che il convenuto XX YY avesse piena conoscenza delle vicende aziendali, avendo questi partecipato all'assemblea del 15 marzo 2000 (relativa agli adempimenti conseguenti al finanziamento di lire 584.920.000 concesso dal Ministero dell'industria, importo accreditato su conto corrente sociale il 5 ottobre 1999 e prelevato solo due giorni dopo con assegno di sportello) e risultando appena nominato nella sua carica gestoria quando la società, sul finire del 1999, procedette all'acquisto di impianti e attrezzature per un importo di lire 514.000.000, beni mai poi rinvenuti in sede di inventario fallimentare. Deve perciò ritenersi che il XX YY partecipasse sistematicamente alla gestione sociale e, per le funzioni esercitate di "direttore generale", non può non essere stimato organo interno della società. Il XX YY, pur a fronte di gravi perdite di esercizio (i bilanci al 31 dicembre 1999 ed al 31 dicembre 2000 non presentano ricavi nel conto economico), nulla risulta aver fatto per porvi rimedio».

Dalla situazione così delineata emerge chiaramente che la posizione rivestita dal XX YY superava il limite delle funzioni proprie del direttore generale, per acquisire connotati gestori riconosciuti *ex lege* solo agli amministratori e in una s.a.s. solo ai soci accomandatari (si parla di partecipazione sistematica nella gestione). Con il che si perveniva a individuare in capo a detto soggetto, non già la carica formale di direttore generale, bensì quella di socio occulto

accomandatario nei cui confronti sarebbe stato auspicabile riconoscere, oltre a una condanna risarcitoria per compimento di atti *mala gestio*, anche l'estensione del fallimento ex art. 147 co 1, in quanto socio illimitatamente responsabile.

6. La soluzione cui si è pervenuti tuttavia segue un ragionamento connotato da una penuria di riscontri e dati oggettivi. A mio avviso il passaggio interpretativo di maggiore criticità della fattispecie è costituito da un errore che avrebbe dovuto orientare la soluzione in altro senso. Il giudice infatti afferma il principio della prevalenza della forma sulla sostanza e la responsabilità correlandoli unicamente al dato della investitura formale a tale carica.

La nomina formale non è di per se fonte certa di applicazione del relativo regime di responsabilità ex art. 2396 c.c., se non è seguita da un'indagine positiva sull'effettivo svolgimento delle mansioni tipiche del direttore generale.

Detta analisi mette il giudice in difficoltà da un verso per la mancata indicazione codicistica dei doveri e dei poteri propri del direttore generale e per altro verso a causa del disaccordo registrato sul punto tra studiosi e interpreti.

L'unico suggerimento positivizzato del legislatore fa esclusivo riferimento al regime di responsabilità applicabile a questo soggetto e non anche ai poteri attribuiti.

La ricerca affannosa di dottrina e giurisprudenza si è tradotta, come abbiamo già avuto modo di osservare, in un ginepraio di soluzioni a volte tra loro in contrasto.

Il giudice per la mancanza di supporti normativi e interpretativi certi e concordanti preferisce ancorare il suo *decisum*, e quindi l'estensione in capo a questo soggetto della responsabilità propria degli amministratori, direttamente al dato dell'investitura formale alla carica di direttore generale operata dalla delibera assembleare. La scelta del giudicante esclude invece in capo al XX YY il riconoscimento della qualità di socio occulto accomandatario e di conseguenza l'estensione del fallimento al socio illimitatamente responsabile (anche occulto) del fallimento.

Perché?

L'equivoco nasce dal peso riconosciuto ad una scrittura privata intercorsa tra il socio accomandatario e il XX YY, di poco successiva (sostanzialmente coeva) alle modifiche statutarie apportate dall'assemblea per la nomina alla carica di direttore generale di quest'ultimo.

Si legge ad un certo punto nella sentenza «invero, dalla scrittura privata intercorsa in data 10 dicembre 1999 tra l'accomandatario WW ZZ e il "Direttore generale" XX YY, può dirsi verificata la sussistenza in capo a XX YY della situazione di socio occulto della società in accomandita semplice fallita, caratterizzandosi la s.a.s. per l'esistenza di due categorie di soci, che si diversificano a seconda del livello di responsabilità (illimitata per gli accomandatari e limitata alla quota conferita per gli accomandanti, ai sensi dell'art. 2312 c.c.); avendo tuttavia a mente che pure la qualità di socio occulto non è ex se idonea a far presumere la qualità di accomandatario, essendo per di più necessario accertare la posizione in concreto assunta dal detto socio, con la conseguenza che il socio occulto di una società in accomandita semplice assume responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, ai sensi dell'art. 2320 c.c., solo ove contravvenga il divieto (sub art. cit.) di "compiere atti di amministrazione o di trattare o concludere affari in nome della società (cfr. Cass., 19 gennaio 1991, n. 508; Cass., 25 luglio 1996, n. 6725) ».

Il giudice, seppure riconosce come verificata la sussistenza in capo al XX YY della situazione di socio occulto, non presume la qualità di accomandatario, posto che solo con la violazione del divieto di immistione questo assume responsabilità illimitata.

Un primo rilievo da muovere si basa sulla considerazione che la condotta violativa sanzionata dal 2320 c.c. comporta sì l'assunzione della responsabilità illimitata in capo al socio accomandante che ha posto in essere una o più operazioni di ingerenza gestoria, ma non anche l'acquisizione dello status di socio accomandatario. A quel socio sarà comunque vietato il compimento di ulteriori atti di amministrazione; l'organo giudicante sembra invece porre un'equiparazione tra la posizione del socio accomandatario e quella di socio accomandante che pone operazioni gestorie in spregio al divieto stabilito dalla legge in capo allo stesso, così da assumere responsabilità illimitata. La responsabilità illimitata, conseguente alla

condotta incriminata e la qualità di socio accomandatario si pongono invece su due piani distinti.

Ma l'argomento di maggior conto va correlato al mancato riconoscimento della natura simulatoria della scrittura privata. Seppure infatti individui in essa la prova dell'assunzione della qualità di socio occulto, il giudice conclude nel senso della mancata estensione del fallimento, per la considerazione che il soggetto direttore generale formale-socio sostanziale pur assumendo la qualità di socio, non assume quella di accomandatario bensì di accomandante.

La scrittura privata in esame, a bene vedere, si incardina agevolmente nella figura del negozio simulato nell'ambito di una simulazione relativa posta in essere tra le parti.

La simulazione infatti viene qualificata come fenomeno che si attua quando si assiste ad una situazione di divergenza tra volontà esteriorizzata rispetto alla reale volontà interna.

Nella prassi legale, può assumere due forme, onde la distinzione tra simulazione assoluta ex 1414 c.c. e relativa disciplinata nel secondo comma della medesima disposizione: nella prima le parti creano soltanto la parvenza esteriore di un contratto, con l'intesa però che non intendono costituire alcun rapporto contrattuale; nel secondo caso creano invece la parvenza all'esterno di un contratto in realtà diverso rispetto a quello realmente concluso, con la conseguenza che l'intesa tra loro sarà nel senso che solo il secondo sarà realmente produttivo di effetti.

La fattispecie sottoposta al nostra esame può allora certamente essere inquadrata entro il fenomeno della simulazione relativa: il socio accomandatario e il neo-nominato "Direttore generale" XX YY stipulano infatti una scrittura privata avente ad oggetto l'assunzione della qualità di socio del secondo, in difformità da quanto esteriorizzato mediante la modifica statutaria avente ad oggetto la nomina alla carica.

XX YY non era già direttore generale, bensì socio della Cicoplastik s.a.s.

Parte della dottrina parla in questa ipotesi anche di simulazione relativa totale, nel senso che se nella simulazione relativa *tout court* le parti creano meramente l'apparenza di un contratto diverso da quelle che in realtà sarà produttivo di effetti, in quella totale si fa la

distinzione tra l'effettiva stipulazione del contratto c.d. simulato destinato ad apparire solo all'esterno, rispetto a quello c.d. dissimulato, che celandosi sotto l'ombrello di quello simulato, è destinato a realizzare gli effetti, perché l'unico realmente voluto dalle parti.

Il contratto simulato si rinviene nell'atto di nomina approvato mediante le modifiche statutarie apportate dall'organo assembleare della società, laddove i veri interessi delle parti trovano invece veritiera e puntuale consacrazione solo nella scrittura privata di poco successiva, avente ad oggetto il diverso effetto dell'assunzione della qualità di socio dell'apparente Direttore generale XX YY.

Il fenomeno della simulazione pone evidenti problemi di tutela dei terzi che fanno affidamento sulla serietà del contratto, nonché delle stesse parti che decidono di divisare i loro reali interessi all'interno del contratto dissimulato.

Con riferimento alle parti, mentre il legislatore è puntuale e laconico nello stabilire che nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 1414 c.c. il contratto simulato non produce effetto tra le parti, più complesso in punto di effetti si mostra il fenomeno della simulazione relativa: ferma restando l'inefficacia del contratto simulato, il secondo comma dell'art. 1414 c.c. stabilisce che invece tra le parti abbia efficacia il contratto realmente voluto, «purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma».

L'inciso finale della norma sta a significare che il contratto dissimulato deve rispondere alle regole generali e alle forme richieste dal tipo e dall'oggetto: classico è l'esempio della donazione per cui occorre, a pena di nullità, la stipulazione per atto pubblico e alla presenza di due testimoni, circostanza che si ritiene soddisfatta se si constata la presenza di questi requisiti al momento della stipulazione del contratto simulato.

Nel caso in esame, la legge ricollega l'acquisto della qualità di socio alla dazione di un apporto che prende il nome di conferimento. Il legislatore non solo nell'art. 2247 in cui fissa la nozione di società individua nell'obbligo di conferimento il requisito essenziale per l'acquisto della qualità di socio (la società è infatti quel contratto mediante il quale due o più parti conferiscono beni e servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica organizzata allo scopo

di dividersene gli utili), ma lo ribadisce nell'art. 2253 a mente del quale «il socio è obbligato a eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale». Peraltro il nostro sistema codicistico nell'ambito delle società di persone sposa il principio della libertà delle forme, per cui non si impongono forme particolari per la validità della instaurazione del vincolo sociale parziale, a meno che forme speciale non siano richieste dalla natura dei beni conferiti.

Nelle società di persone, a differenza delle società di capitali (e in specie nella s.p.a.) le utilità apportabili nella società a titolo di conferimento possono avere diversa natura: in generale si stabilisce che oggetto del conferimento possa essere «qualunque entità suscettibile di valutazione economica», da cui discende la legittimità di un soggetto anche di apportare la propria prestazione d'opera manuale o intellettuale, onde la figura del socio d'opera.

Ne discende che il soggetto XX YY era quindi un socio d'opera, in grado evidentemente di apportare competenze tecnico professionali in punto di gestione. La prova della simulazione viene inoltre rafforzata dalla contestualità temporale tra le modifiche statutarie e la scrittura privata. La qualità di direttore generale era stata attribuita simulatamente per dissimulare l'assunzione della qualità di socio, nella specie di socio accomandatario e di conseguenza un'esposizione personale illimitata e solidale del proprio patrimonio (con eventuale e conseguente estensione anche del fallimento).

IV. Letture di approfondimento

- AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2003;
P. ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4, UTET, Torino, 1991, 461;
L. ANTONETTO, *Commento sub art. 2396 c.c., direttori generali*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, UTET, Torino, 2008;
ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di Morera, Olivieri, Presti e Vella, Zanichelli, Bologna, 3° ed., 2009, 371;
G. BARTALINI, *La responsabilità degli amministratori e dei direttori generali di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2000.
U. BELVISO, *L'istitutore*, Jovene, Napoli, 1966;

- F. BALLATORE - G. BERTOLINO - A.N. GRATTAGLIANO, *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, in *Giur. Sistemática di diritto civile e commerciale*, fondato da Bigiavi, II, 2, 2004, 1773 ss.;
- A. BORGIOLI, *I direttori generali di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975;
- V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2003;
- G. COTTINO, *Diritto societario*, CEDAM, Padova, 2006, 394;
- F. DE MARCO, *Sui poteri institori del direttore generale delle società per azioni*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, III, 1, 568;
- M. FRANZONI, *Sub art. 2396, dell'amministrazione e del controllo*, 1. Disposizioni generali, degli amministratori, a cura di Galgano, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Libro quinto, Del lavoro, (art. 2380-2409), Zanichelli, Bologna-Roma, 2008, 600 ss.;
- F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di dir. Comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, CEDAM, Padova, 1988, 2° ed.;
- ID., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, XXIX, CEDAM, Padova, 2003;
- C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Società*, 2003, 12, p. 1565;
- G. NICCOLINI, *Art. 2396 c.c. Direttori generali*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, vol. III, Jovene, Napoli, 2004;
- V. SALAFIA, *Il direttore generale e il direttore amministrativo. Funzioni e responsabilità*, in *Società*, 1997, 625;
- ID., *Il direttore generale nelle società commerciali*, in *Società*, 2009, 12, 1475 ss.
- A. SILVESTRINI, *Sub art. 2396*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, 2/I, Giappichelli, Torino, 2003, 514 ss.

Caso n. 4

ESTINZIONE E LIQUIDAZIONE DI SOCIETÀ DI PERSONE

di
Antonio Tarantino

I. Il provvedimento

CASS. CIV. SEZ. III, SENT., 07-02-2012, N. 1677

Con citazione in opposizione a precetto ex art. 615 c.p.c., comma 1, l'odierno ricorrente contestava di fronte al Tribunale di Grosseto il diritto della Garage Maremma s.a.s. in liquidazione di promuovere azione esecutiva nei suoi confronti deducendo l'inesistenza di tale società e quindi l'inammissibilità dell'azione da essa, rappresentata dal suo ultimo liquidatore, preannunciata con il precetto notificatogli il 22 novembre 2004 per il pagamento della somma di Euro 13.086,36 in forza della sentenza della Corte d'Appello di Firenze n. 1161/2004, nonché l'esistenza giuridica e/o la nullità quindi dell'atto, in quanto essa società era stata cancellata dal registro delle imprese il 19 marzo 2004, cioè precedentemente all'intimato precetto.

Costituitasi la società opposta (osservando che ai sensi della vigente disciplina, l'avvenuta cancellazione della società dal registro delle imprese non ne determinava comunque l'estinzione), l'adito Tribunale, con decisione in data 5.3.2008, respingeva l'opposizione, affermando che: la nuova disciplina di cui all'art. 2495 c.c., introdotta con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, art. 4, non è applicabile, ex art. 218 disp. att. c.c., alla società già poste in liquidazione alla data del 1 gennaio 2004, quale la Garage Maremma s.a.s.; ritenendo applicarsi detta disposizione solamente alle società di capitali e, quindi, non opera nel caso di specie, essendo la soc. Garage Maremma una società in accomandita semplice;

l'estinzione della Garage Maremma s.a.s. è comunque esclusa proprio per la pendenza del credito oggetto del precetto, nonostante l'intervenuta cancellazione della società dal registro delle imprese.

Ricorre per cassazione ex art. 111 Cost. la C. con tre motivi, e un unico quesito di diritto; resiste con controricorso il Garage Maremma, che ha altresì depositato memoria.

Motivi della decisione

Con tutti i motivi di ricorso si deduce, sotto vari profili, violazione dell'art. 2495 c.c.; si afferma che: ha errato il Tribunale del non considerare che l'art. 2495 c.c. è applicabile anche alle società poste in liquidazione prima dell'1.1.2004; detta norma ha carattere ricognitivo e si applica ad ogni forma societaria; devono ritenersi esauriti tutti i rapporti giuridici pendenti all'atto della cancellazione della società.

Il ricorso merita accoglimento.

Censurabile è infatti la decisione impugnata là dove afferma che «la tesi dell'opponente, secondo cui la società ingiungente sarebbe inesistente giuridicamente, in quanto estinta, non sembra fondata, poiché proprio la pendenza del rapporto debitorio di cui è causa impedisce una tale estinzione».

Infatti, non può che ribadirsi quanto in proposito già statuito da questa Corte a Sezioni Unite (n. 4060/2010), secondo cui in tema di società, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2495 c.c., comma 2, come modificato dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, art. 4, nella parte in cui ricollega alla cancellazione dal registro delle imprese l'estinzione immediata dalle società di capitali, impone un ripensamento della disciplina relativa alle società commerciali di persone, in virtù del quale la cancellazione, pur avendo natura dichiarativa, consente di presumere il venir meno della loro capacità e soggettività limitata, negli stessi termini in cui analogo effetto si produce per le società di capitali, rendendo opponibile ai terzi tale evento, contestualmente alla pubblicità nell'ipotesi in cui essa sia stata effettuata successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 6 del 2003, e con decorrenza dal 1 gennaio 2004 nel caso in cui abbia avuto luogo in data anteriore.

Ne deriva, non essendo necessari ulteriori accertamenti da parte del giudice di merito in sede di rinvio, che deve da parte di questo Collegio dichiararsi ai sensi dell'art. 384 c.p.c. che l'azione esecutiva nel caso di specie non poteva essere proposta dalla società Garage Maremma s.a.s. in liquidazione.

In relazione alla natura della controversia e alla questione oggetto della stessa sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa l'impugnata decisione e, decidendo nel merito, dichiara che l'azione esecutiva da parte della società Garage Maremma non poteva essere proposta.

II. La classificazione e le massime

Società – società di persone – estinzione – cancellazione dal registro delle imprese – effetti.

(Artt. 2312, comma 2, 2495, comma 2, c.c.)

(1) In tema di società, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2495, 2 co., c.c., come modificato dall'art. 4, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma del diritto societario), nella parte in cui ricollega alla cancellazione dal registro delle imprese l'estinzione immediata dalle società di capitali, impone un ripensamento della disciplina relativa alle società commerciali di persone, in virtù del quale la cancellazione, pur avendo natura dichiarativa, consente di presumere il venir meno della loro capacità e soggettività limitata, negli stessi termini in cui analogo effetto si produce per le società di capitali, rendendo opponibile ai terzi tale evento, contestualmente alla pubblicità nell'ipotesi in cui essa sia stata effettuata successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 6/2003, e con decorrenza dal 1.1.2004 nel caso in cui abbia avuto luogo in data anteriore.

III. Il commento

L'estinzione delle società di persone registrate.

di

Antonio Tarantino

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Il principio enunciato dalla Suprema Corte. – 3. Natura ed effetti della cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese. – 4. L'estinzione della società.

1. Una società in accomandita semplice, dopo esser stata cancellata dal registro delle imprese, in persona del suo ultimo liquidatore, notifica ad un proprio debitore un precetto e promuove la conseguente azione esecutiva nei suoi confronti. Costui propone atto di citazione in opposizione al precetto, contestando il diritto della società in liquidazione di agire in giudizio, in ragione del fatto che, a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, quest'ultima deve ritenersi estinta. Il Tribunale di Grosseto, con decisione del 5 marzo 2008, respinge l'opposizione ritenendo che il novellato art. 2495 c.c., in base al quale la cancellazione dal registro delle imprese comporta l'estinzione della società, si applichi alle sole società di capitali; mentre per le società di persone, a prescindere dall'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese, l'estinzione sarebbe preclusa dalla pendenza di rapporti (nel caso di specie di credito) in capo alla società.

Il debitore ricorre per cassazione *ex art.* 111 Cost. e la Suprema Corte accoglie il ricorso, reputando – sulla scia di quanto ritenuto dalla stessa Corte a Sezioni Unite (n. 4060/2010) – che «una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2495 c.c., comma 2, come modificato dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, art. 4, nella parte in cui ricollega alla cancellazione dal registro delle imprese l'estinzione immediata delle società di capitali, impone un ripensamento della disciplina relativa alle società commerciali di persone, in virtù del quale la cancellazione, pur avendo natura dichiarativa, consente di presumere il venir meno della loro capacità e soggettività limitata, negli stessi termini in cui analogo effetto si produce per le società di capitali».

2. La stringatezza della motivazione che caratterizza la decisione in commento potrebbe portare a ritenere elementare il principio dalla stessa enunciato: la cancellazione dal registro delle imprese di una società di persone ha efficacia dichiarativa e quindi consente di poter presumere la sua estinzione.

Ebbene, in realtà, se il lettore dovesse volgere lo sguardo allo scenario che fa da sfondo al conciso principio giurisprudenziale espresso dalla sentenza che si annota, si troverebbe alquanto spaesato.

Infatti, la giurisprudenza precedente alla riforma del diritto societario, riteneva pacificamente che la cancellazione di una società commerciale - di persone o di capitali - dal registro delle imprese, non ne

determinasse l'estinzione, in difetto dell'esaurimento di tutti i rapporti giuridici pendenti facenti capo alla stessa; cosicché, fino al verificarsi di tale condizione, permaneva la legittimazione processuale in capo ad essa (Cfr., tra le molte pronunce, Cass. 20 ottobre 2008, n. 25472, in *Dir. e prat. trib.*, 2009, 681, con nota di Querci, *Il lungo requiem delle società: se la cancellazione dal registro delle imprese ne comporti o meno l'estinzione, alla luce della riforma del diritto societario*; Cass. civ. Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 646; Cass. civ. Sez. I, 15 giugno 1999, n. 5941; Cass. civ. Sez. II, 2 aprile 1999, n. 3221; Cass. civ. Sez. III, 20 ottobre 1998, n. 10380).

Successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, c'è stato un *revirement* delle Sezioni unite sul punto (Cass. s.u. 22 febbraio 2010, n. 4060, in *Foro it.*, 2011, I, 1499; in *Giur. it.*, 2010, 1610, con nota di R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*; in *Società*, 2010, 1010, con nota di D. DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*), le quali hanno affermato che la cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese rende opponibile ai terzi la cessazione dell'ente, anche in presenza di rapporti giuridici pendenti.

Come detto, il suesposto principio è stato confermato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento.

Al fine di comprendere le ragioni che hanno portato la giurisprudenza di legittimità a mutare il proprio orientamento in merito agli effetti della cancellazione dell'ente dal registro delle imprese, è opportuno richiamare la relativa disciplina.

Com'è noto, infatti, l'art. 2312 c.c., con riguardo alle società in nome collettivo registrate, prevede che: «Approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese» (1° comma) e «Dalla cancellazione della società i creditori sociali che non sono stati soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci e, se il mancato pagamento è dipeso da colpa dei liquidatori, anche nei confronti di questi» (2° comma). Analogamente l'art. 2324 c.c., relativamente alle società in accomandita semplice, dispone che: «Salvo il diritto previsto dal secondo comma dell'articolo 2312 nei confronti degli accomandanti e dei liquidatori, i creditori sociali che non sono stati soddisfatti nella liquidazione della società possono far valere i loro crediti anche nei

confronti degli accomandanti, limitatamente alla quota di liquidazione».

In tema di società di capitali, invece, l'art. 2495 c.c. sancisce che «Approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese.

Ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi. La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società».

La predetta norma è rimasta pressoché invariata a seguito della riforma delle società di capitali e cooperative di cui al D.Lgs., 17 gennaio 2003 n. 6, fatta eccezione per l'inserimento, nel secondo comma, dell'inciso preliminare «ferma restando l'estinzione della società» dopo la cancellazione, e della previsione che consente ai creditori di notificare le domande proposte nei confronti dei soci o dei liquidatori, presso la sede della società estinta, entro un anno dalla cancellazione.

Orbene, ad avviso della Cassazione, l'inciso introdotto nel secondo comma della norma in esame, rappresenta il chiaro intento della riforma di estendere il carattere costitutivo della pubblicità che pacificamente caratterizza la nascita degli enti forniti di personalità giuridica, anche alla cancellazione degli stessi; e nonostante la riforma non abbia toccato espressamente le società di persone, il principio introdotto in tema di società di capitali, sempre secondo la Corte, impone un ripensamento della disciplina relativa alle società commerciali di persone, nel senso che anche la cancellazione delle stesse, pur avendo solo natura dichiarativa, consente di presumere la loro estinzione.

A fondamento di tale tesi, che comporta una soluzione sostanzialmente uniforme in merito alla vicenda estintiva delle società di capitali e delle società di persone, la Suprema Corte richiama anche il novellato art. 10 L. Fall., secondo il quale il fallimento degli imprenditori commerciali iscritti, sia individuali che collettivi, può essere dichiarato al massimo entro un anno dalla loro cancellazione dal registro delle imprese, senza prevedere per questi ultimi alcuna differenza in merito alla forma societaria assunta.

La dottrina ha generalmente accolto con favore l'inversione di tendenza delle Sezioni Unite, visto che già prima dell'intervento riformatore non sembrava aver dubbi circa la necessità di collegare alla cancellazione l'effetto estintivo dell'ente, in ragione del tenore letterale del precedente art. 2456, comma 2, c.c. (evidentemente ritenuto già chiaro a tal fine), e dell'esigenza di certezza nei rapporti giuridici che rappresenta un principio cardine del nostro ordinamento; ciononostante, rimangono ancora irrisolte molte delle questioni connesse al momento estintivo delle società di persone.

Resta, innanzitutto, da verificare se le conclusioni a cui giunge l'orientamento giurisprudenziale in esame, in ordine alla natura dichiarativa della cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese, siano o meno condivisibili.

Inoltre, la Suprema Corte si è limitata ad affermare che la cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese rende opponibile ai terzi la cessazione dell'ente anche quando residuano cespiti patrimoniali non liquidati, senza indicare, però, né gli elementi costitutivi della fattispecie estintiva cui sarebbe subordinata l'efficacia dichiarativa della pubblicità nel registro, né le relative conseguenze sui rapporti non definiti.

3. La prima problematica da affrontare riguarda la natura dell'iscrizione della cancellazione delle società personali nel registro delle imprese. La dottrina è divisa sul concetto di cancellazione: Porzio ritiene che si tratti, più correttamente, di una iscrizione di cancellazione, in quanto avente ad oggetto una pubblicità positiva, produttiva di specifici effetti giuridici, e non di una mera correzione dell'iscrizione della società nel registro delle imprese; invece Arena attribuisce alla cancellazione efficacia dichiarativa, muovendo dal convincimento che la stessa abbia ad oggetto non la società, ma «la pubblicità (di diritto o di fatto) che di essa è stata data al tempo della sua esistenza».

Diamo per noti i concetti di pubblicità-notizia, pubblicità dichiarativa e pubblicità costitutiva, limitandoci a ricordare che in caso di pubblicità-notizia l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese svolge una funzione meramente informativa. Quando la pubblicità è dichiarativa, invece, tale adempimento determina l'opponibilità dell'atto nei confronti dei terzi. La pubblicità

costitutiva, infine, incide sull'esistenza stessa dell'atto, condizionandone il perfezionamento e l'efficacia anche *inter partes*. Sicché, se si riconoscesse all'iscrizione della cancellazione natura di pubblicità-notizia, tale adempimento pubblicitario produrrebbe come unico effetto quello di informare i terzi circa l'avvenuta estinzione della società, senza influire sull'efficacia e, tantomeno, sul perfezionamento della stessa. Nel caso in cui, invece, si propendesse per la natura dichiarativa della pubblicità prevista dall'art. 2312 c.c., la cancellazione determinerebbe una presunzione assoluta di conoscenza dell'estinzione della società da parte dei terzi. Infine, nel caso in cui si attribuisse alla cancellazione efficacia costitutiva, la pubblicità nel registro delle imprese comporterebbe essa stessa l'estinzione dell'ente, e la conseguente disgregazione della compagine societaria.

La dottrina è divisa tra chi ritiene che la cancellazione dal registro delle imprese delle società di persone abbia efficacia dichiarativa (Ferri, Galgano, Di Sabato, Guerrera), al pari di quanto sostenuto dal recente orientamento giurisprudenziale a cui aderisce la sentenza in commento, e chi invece attribuisce alla stessa natura costitutiva (Pavone La Rosa, Graziani, Campobasso, Perrino).

Ebbene, com'è noto, ai sensi del primo comma dell'art. 2193 c.c., «I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza». Il secondo comma della medesima disposizione, in continuità logica rispetto a quanto previsto dal primo, prevede che «L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta». Infine, l'ultimo comma stabilisce che «Sono salve le disposizioni particolari della legge».

Dunque, la disciplina in tema di pubblicità commerciale, salva diversa previsione della legge, attribuisce alla stessa effetti "dichiarativi": consente cioè di opporre ai terzi i fatti iscritti, a prescindere dalla effettiva conoscenza dei medesimi.

Ebbene, tenuto conto che l'art. 2312, 1° comma, c.c., non attribuisce un'efficacia particolare all'iscrizione della cancellazione, non sembra possibile derogare al principio di carattere generale sancito dal

secondo comma dell'art. 2193 c.c., e pertanto sembra preferibile ritenere che la cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese produca semplicemente l'effetto di rendere opponibile ai terzi la vicenda estintiva già perfezionatasi *inter partes* (in senso contrario, Cottino).

Questa conclusione, oltre ad essere in linea con il dettato normativo, appare preferibile anche per ragioni di carattere sistematico.

Infatti, è pacifico che l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo di una società di persone, non rappresenta condizione di esistenza dell'ente, ma solo di regolarità dello stesso; cosicché l'organismo societario può essere costituito già prima e a prescindere dall'iscrizione nel registro delle imprese del relativo atto costitutivo.

Ai sensi dell'art. 2297 c.c., la mancata iscrizione incide esclusivamente nei rapporti tra società e terzi, ma non sulla costituzione della stessa, che si perfeziona a prescindere da tale formalità.

Pertanto, non si comprende per quale ragione si dovrebbe giungere a differenti conclusioni per la fase relativa all'estinzione dell'organismo societario.

Infatti, riconoscere alla cancellazione natura costitutiva, anche con riferimento alle società di persone, oltre a comportare un'inammissibile deroga a quanto disposto dall'art. 2193 c.c., determinerebbe una ingiustificata asimmetria nella disciplina in tema di pubblicità delle società di persone, in quanto in tal caso la cancellazione avrebbe un'efficacia più incisiva rispetto all'iniziale iscrizione dell'ente nel registro delle imprese.

Sembra dunque corretto il principio giurisprudenziale adottato dalla sentenza in commento, secondo cui la cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese produce l'effetto di rendere opponibile ai terzi la definitiva disgregazione della compagine societaria, creando una presunzione assoluta di conoscenza del fatto iscritto. Tale conclusione, tuttavia, presuppone che la fattispecie estintiva si perfezioni in un momento diverso rispetto all'iscrizione della cancellazione.

Al riguardo, né la sentenza in commento, né l'orientamento giurisprudenziale a cui la stessa si allinea, forniscono indicazioni all'interprete.

Ciononostante appare essenziale estendere l'oggetto della presente indagine all'individuazione delle circostanze di fatto che nel nostro ordinamento comportano la definitiva disgregazione dell'organismo societario.

4. Il logico corollario della natura meramente dichiarativa della cancellazione delle società di persone è che l'estinzione delle stesse si verifica in un momento differente rispetto al compimento di tale formalità.

Non resta dunque che individuare i fatti che determinano il verificarsi della vicenda estintiva.

Una prima tesi, sostenuta principalmente dalla giurisprudenza precedente alla riforma, riteneva che la società si estinguesse solo dopo la definizione di tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, sostanziali e processuali, facenti capo alla stessa.

In senso analogo, alcuni Autori reputano che per la disgregazione dell'organismo societario è sufficiente che siano stati soddisfatti tutti i creditori sociali, a prescindere dalla sopravvivenza di attività successivamente alla liquidazione.

Tuttavia, le tesi in esame appaiono smentite dallo stesso dato normativo.

Infatti, l'art. 2312, 2° comma, c.c., nello stabilire che, successivamente alla cancellazione della società dal registro delle imprese, i creditori sociali possono far valere i loro crediti (solo) nei confronti dei soci e dei liquidatori – qualora il mancato pagamento sia dipeso da colpa di questi ultimi –, sembra presupporre chiaramente che l'ente può estinguersi anche in presenza di debiti sociali insoddisfatti (così Cottino e Weigmann).

Peraltro, qualora si ritenesse la società ancora in vita in presenza di debiti sociali inevasi, l'art. 2312, 2° comma, c.c. diverrebbe privo di significato, tenuto conto che per le società in nome collettivo, com'è noto, la responsabilità illimitata e solidale dei soci per le obbligazioni sociali è già prevista dall'art. 2291 c.c.; cosicché la norma che disciplina i diritti dei creditori sociali successivamente alla cancellazione della società, ove si ritenesse che gli stessi abbiano comunque la possibilità di agire nei confronti di quest'ultima, avrebbe un contenuto pleonastico.

Inoltre, anche ragioni di carattere sistematico fanno emergere perplessità in ordine alla fondatezza della tesi in esame. L'accoglimento di tale indirizzo determinerebbe una ingiustificata distonia sia con la disciplina dell'estinzione delle società di capitali, prevista dal nuovo testo dell'art. 2495, 2° comma, c.c., sia con la nuova formulazione dell'art. 10 l.fall., che lasciano chiaramente intendere che l'esistenza di debiti sociali insoddisfatti non è di ostacolo all'estinzione della società.

In particolare, come si è avuto più volte modo di evidenziare, l'inciso «ferma restando l'estinzione della società» introdotto dalla riforma del diritto societario nel secondo comma dell'art. 2495 c.c., fa chiaramente intendere che la sopravvivenza di posizioni passive non pregiudica l'estinzione della società. Del pari, l'art. 10 l.fall., nella parte in cui stabilisce che gli imprenditori «possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese», conferma che la cancellazione e, conseguentemente, l'estinzione dell'ente, prescindono dal preventivo soddisfacimento di tutti i creditori sociali.

Sull'impronta degli orientamenti esaminati in precedenza, altri Autori ritengono che l'estinzione delle società non sia subordinata all'esaurimento di tutti i rapporti pendenti relativi alle stesse, ma al regolare svolgimento delle operazioni di liquidazione, che consisterebbe nella definizione dei giudizi pendenti, nell'adempimento delle obbligazioni note ai liquidatore e nella ripartizione del residuo attivo tra i soci.

Sennonché, anche questa tesi sembra essere confutata dallo stesso dato testuale del secondo comma dell'art. 2312 c.c., norma che - consentendo ai creditori rimasti insoddisfatti di agire, oltre che nei confronti dei soci, anche nei confronti dei liquidatori - prende in considerazione la possibilità che il mancato soddisfacimento degli stessi sia dipeso da un inadempimento di questi ultimi. Dunque, la disposizione in parola regola proprio l'ipotesi in cui i liquidatori procedano all'estinzione dell'ente, pur essendo a conoscenza dell'esistenza di creditori insoddisfatti.

Ciò lascia chiaramente intendere che la definitiva disgregazione della società si realizza anche quando l'esistenza di rapporti giuridici

passivi era conosciuta dai liquidatori; difatti, in caso contrario, il mancato soddisfacimento dei creditori sociali non potrebbe mai comportare un inadempimento di questi ultimi, e quindi la fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 2312 c.c. non potrebbe mai realizzarsi.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la dissoluzione della compagine societaria presupporrebbe la liquidazione e la ripartizione di tutto l'attivo patrimoniale, o la definizione dell'intera debitoria sociale. Pertanto, secondo questa tesi, la sopravvivenza alla cancellazione di rapporti giuridici solo attivi o solo passivi, non impedirebbe l'estinzione dell'ente, e viceversa qualora a seguito della liquidazione, residuino sia attività sia passività patrimoniali, la società non potrebbe considerarsi estinta, in quanto il residuo fondo comune dovrebbe essere destinato a garantire l'adempimento delle obbligazioni rimanenti.

Anche questa soluzione non convince pienamente, in quanto, innanzitutto, al pari delle altre tesi prese in considerazione precedentemente, si pone in controtendenza rispetto all'orientamento adottato dal legislatore della riforma e dalla Corte Costituzionale nella nota decisione n. 66 del 12 marzo 1999, - che com'è noto, ha sollecitato i giudici di legittimità a dare una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 10 l.fall. ante riforma, fissando per ogni impresa una data certa, cioè quella della cancellazione dal registro delle imprese, quale *dies a quo* di decorrenza del termine annuale per la dichiarazione di fallimento della stessa - nell'ancorare l'estinzione dell'ente alla cancellazione dello stesso dal registro delle imprese, mira a tutelare esigenze di certezza giuridica.

Infatti, ricollegando l'estinzione della società alla liquidazione di tutto l'attivo o alla definizione di tutto il passivo patrimoniale, si pone a fondamento della fattispecie estintiva un fatto che non potrà mai essere verificato con certezza, in quanto non è mai possibile escludere che, successivamente alla conclusione delle operazioni di liquidazione, quand'anche le stesse siano state compiute con la massima diligenza possibile, vengano scoperte delle sopravvenienze attive o passive.

Peraltro, anche la tesi in parola sembra essere in disarmonia con il secondo comma dell'art. 2312 c.c., nella parte - già richiamata in precedenza - in cui tale disposizione consente ai creditori insoddisfatti di

agire nei confronti degli amministratori, nel caso in cui il mancato pagamento sia dipeso da colpa degli stessi.

Ebbene, tale disposizione, facendo un generico riferimento alla “colpa” dei liquidatori, sembra consentire l’aggressione di questi ultimi anche nell’ipotesi in cui non abbiano intenzionalmente proceduto all’integrale liquidazione dell’attivo, pur essendo consapevoli della persistenza di posizioni giuridiche passive in capo all’ente.

Senonché, potendosi ritenere che l’azione nei confronti dei liquidatori prevista dall’art. 2312 c.c., sia subordinata all’estinzione della società, appare lecito concludere che la persistenza di posizioni sia attive sia passive in capo ad essa, non ne preclude la definitiva cessazione.

Un ultimo orientamento, infine, ritiene che la società si estingua con la chiusura della fase di liquidazione, mediante l’approvazione del bilancio finale.

In altri termini, al pari di quanto accade per la nascita della società, anche la definitiva cessazione della stessa sarebbe rimessa, perlomeno nelle ipotesi di liquidazione volontaria del patrimonio sociale, alla volontà collettiva dei soci, a prescindere dalla persistenza di rapporti giuridici attivi o passivi, facenti capo all’ente.

Pertanto, secondo questa tesi, per l’estinzione della società non sarebbe necessaria la definizione di tutte le vicende giuridiche afferenti la vita della stessa, ma l’approvazione del bilancio finale di liquidazione da parte dei soci, a prescindere sia dal regolare svolgimento della fase liquidativa, sia dall’esistenza di eventuali sopravvenienze patrimoniali passive o attive.

Ebbene, la valutazione in ordine alla fondatezza della tesi in parola, sposta inevitabilmente la riflessione verso la problematica, di carattere generale, consistente nel diritto stesso dell’impresa di porre liberamente fine alla propria attività. In passato, infatti, alla luce della lettura combinata degli artt. 41 della Costituzione e 28 dello statuto dei diritti dei lavoratori, stava prendendo piede un orientamento diretto a mettere in discussione tale libertà. Alla questione pose fine la Cassazione, la quale stabilì in modo perentorio che, ai sensi dell’art. 41 Cost., l’imprenditore ha il diritto sia «di iniziare che di porre fine a un’attività imprenditoriale, indipendentemente dai motivi che inducono il soggetto ad esercitarlo».

Alla luce di tale principio di carattere generale, sembra corretto subordinare l'estinzione della società alla volontà degli stessi soggetti (*id est*, i soci) che le hanno dato vita.

Tale volontà deve ritenersi espressa, appunto, con l'approvazione del bilancio finale di liquidazione, che consente al liquidatore di chiedere la cancellazione della società.

Peraltro, la tesi in esame ha anche il pregio di rappresentare il giusto compromesso tra l'impossibilità di riconoscere efficacia costitutiva alla cancellazione delle società di persone, e le esigenze di certezza del diritto che la riforma delle società di capitali e la più recente giurisprudenza sembrano perseguire.

Infatti, certamente tali esigenze vengono soddisfatte in pieno nell'ambito delle società di capitali, in cui, secondo l'interpretazione maggioritaria del nuovo art. 2495 c.c., la cancellazione dal registro delle imprese ha efficacia costitutiva e quindi comporta, essa stessa, l'estinzione dell'ente. Tuttavia, posto che per le ragioni esposte nel paragrafo precedente, non è possibile attribuire la stessa efficacia anche alla cancellazione delle società di persone, la tesi secondo cui l'approvazione del bilancio finale di liquidazione determina l'estinzione della società, è quella che maggiormente tutela le predette esigenze di certezza giuridica, poiché - a differenza di quanto sostenuto dalle altre tesi prese in esame - ancora l'estinzione della società ad un evento certamente precedente rispetto alla cancellazione della stessa dal registro delle imprese.

In altri termini, mentre le tesi che subordinano l'estinzione della società all'esaurimento di tutti (o alcuni) rapporti giuridici pendenti relativi ad essa, non possono escludere che successivamente alla cancellazione, emergano elementi patrimoniali attivi o passivi, "sfuggiti" alla fase di liquidazione; l'orientamento che collega la definitiva cessazione della società all'approvazione del bilancio finale di liquidazione, comporta la certa anteriorità dell'evento estintivo all'iscrizione della cancellazione.

Queste considerazioni rilevano anche in ordine all'operatività, con riferimento al caso in esame, della disciplina contemplata dall'art. 2191 c.c., per cui, com'è noto, «se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge, il giudice del registro, sentito l'interessato, ne ordina con decreto la cancellazione».

Ebbene, alcuni autori e una parte della giurisprudenza più recente ritengono che il giudice del registro delle imprese, in presenza di rapporti giuridici attivi facenti capo alla società cancellata, «può ordinare la cancellazione della società, in quanto la cancellazione è avvenuta senza che sia stata compiuta in senso sostanziale e definitivo la liquidazione dell'attivo».

Tale tesi non appare condivisibile, in quanto l'art. 2312 c.c. indica, quale condizione per la cancellazione della società, la sola approvazione del bilancio finale di liquidazione, senza fare alcun riferimento alla sostanziale e definitiva liquidazione dell'attivo. Cosicché, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2191 c.c., le sole «condizioni richieste dalla legge» in mancanza delle quali il giudice del registro potrà procedere alla cancellazione della società, consistono nella sussistenza della delibera di scioglimento della stessa e nell'approvazione del bilancio finale di liquidazione.

Quanto affermato, peraltro, è in linea con l'orientamento prevalente, secondo il quale il giudice del registro deve limitarsi ad un mero controllo sulla regolarità formale degli atti oggetto di pubblicità, senza effettuare verifiche di carattere sostanziale.

Dunque, la tesi che identifica la vicenda estintiva delle società di persone con l'approvazione del bilancio finale di liquidazione, a differenza degli altri orientamenti presi in considerazione, sembra conciliarsi perfettamente anche con il disposto dell'art. 2191 c.c., consentendo al giudice del registro, nell'ambito dei poteri di cui dispone, di verificare che la cancellazione sia stata preceduta dall'approvazione del bilancio finale di liquidazione, e quindi dalla definitiva disgregazione dell'ente per volontà dei soci.

IV. Letture di approfondimento

G. ALLECA, *Iscrizione della cancellazione, estinzione e fallimento*, in *Riv. soc.*, 2010, 720;

A. ARENA, *Sul momento dell'estinzione delle società commerciali*, in *Foro it.*, 1960, IV, 15;

- V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo. Artt. 2291 - 2312*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1995, 469;
- CASSAZIONE, SS. UU. Civili, 12 marzo 2013, n. 6070, in http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/soc.php?id_cont=8662.php
- G. COTTINO, *La difficile estinzione delle società: ancora qualche (libera) divagazione sul punto*, in *Giur. It.*, 2012, 12, nota a commento di Cass. 7 febbraio 2012, n. 1677;
- G. COTTINO - R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in G. COTTINO – M. SARALE – R. WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, III, 1, CEDAM, Padova, 2004, 339;
- F. DI SABATO, *Manuale delle società*⁵, UTET, Torino, 1995, 186;
- G. FERRI, *Delle società*³, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1981, Zanichelli, Bologna, 457;
- ID., *Le società*³, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, X, 3, UTET, Torino, 1987, 345 s.;
- F. GALGANO, *Il contratto di società. Le società di persone*², Zanichelli, Bologna, 1980, 151;
- F. GUERRERA, *Società in nome collettivo*, voce dell'Enc. dir., XLII, Giuffrè, Milano, 1990, 960;
- A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, I, 4, Giappichelli, Torino, 2001;
- M. PERRINO, *L'estinzione delle società di persone*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, 718;
- M. PORZIO, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, 4, UTET, Torino, 2007;
- M. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvivenze attive*, in *Riv. società*, 2007, 823;
- A. ZORZI, *L'estinzione delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2014.

PARTE III

SOCIETA' DI CAPITALI
E MERCATI FINANZIARI

Caso n. 1

INESISTENZA DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

di
Daniela Caterino

I. Il provvedimento

*Tribunale di Milano – Giudice del Registro delle imprese – decreto
13 novembre 2007*

[omissis]

Nel merito ritiene il giudice che il ricorso sia completamente privo di fondamento.

Anzitutto deve rilevarsi che, nella specie, esiste contestazione circa la validità dell'assemblea de qua ed è quindi necessario che tale contestazione sia decisa in sede giudiziale contenziosa diversa dalla presente, non preordinata per la soluzione di tali problemi; inoltre, va rilevato che essendo demandato al Conservatore il controllo della sussistenza delle condizioni di legge per l'iscrizione e la corrispondenza dell'atto allo schema normativo legittimo, bene ha fatto il Conservatore a negare l'iscrizione di una assunta delibera sociale adottata all'infuori di ogni schema di apparente legalità.

Inoltre, il rifiuto del Conservatore appare legittimo anche per motivi formali, quali l'assenza di copia conforme, di firma digitale e della compilazione dei riquadri S3 e S4 del Modello.

P.Q.M.

rigetta la richiesta del ricorrente [omissis].

II. La classificazione e le massime

Società – società per azioni – delibera assembleare – assenza dei requisiti minimi di conformità legale dell'atto – rilevabilità dal Conservatore del Registro delle Imprese – sussiste – legittimità del rifiuto di iscrizione – sussiste

(Artt. 2189, comma 2, 2330, comma 2, c.c.; art. 11 d.P.R. n. 581/1995).

E' legittimo il rifiuto di iscrizione di una presunta delibera sociale adottata all'infuori di ogni schema di apparente legalità, nonché priva di alcuni requisiti formali essenziali, quali l'assenza di copia conforme, di firma digitale e della compilazione di alcuni riquadri del modello.

III. Il commento

***Parmenide, il Legislatore, il notaio e il Conservatore: ovvero, della non delibera che non è (assembleare) e...
“non può essere che sia”.***

di

Daniela Caterino

«Orbene io ti dirò, e tu ascolta accuratamente il discorso, quali sono le vie di ricerca che sole sono da pensare: l'una che "è" e che non è possibile che non sia, e questo è il sentiero della Persuasione (infatti segue la Verità), l'altra che "non è" e che è necessario che non sia, e io ti dico che questo è un sentiero del tutto inaccessibile: infatti non potresti avere cognizione di ciò che non è (poiché non è possibile), né potresti esprimerlo. ... Infatti lo stesso è pensare ed essere».

Parmenide, da *Il poema sulla natura*, o *Della natura*.

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Il quadro normativo del controllo sugli atti da iscrivere. – 3. Le irregolarità formali. – 4. Il ruolo del notaio e l'inapplicabilità dell'art. 2436 c.c. – 5. Le irregolarità sostanziali rilevate dal Conservatore e la posizione del Giudice del Registro. – 6. Disciplina riformata delle invalidità assembleari e spazi residui per la cosiddetta “inesistenza” delle delibere.

1. In seno alla società Al.f.a, per azioni sussiste profondo contrasto fra i quattro soci di maggioranza e gli altri due soci di minoranza, Tizio e Caia, questi ultimi coniugati tra loro e titolari nel complesso del

33,3% del capitale sociale. Due dei soci di maggioranza rivestono, rispettivamente, i ruoli di presidente e membro del consiglio di amministrazione.

L'assemblea straordinaria di Al.f.a. delibera col voto contrario dei soci di minoranza un cospicuo aumento di capitale, stabilendo inoltre l'immediata liberazione in denaro di almeno il 70% del valore nominale delle nuove azioni.

I soci di maggioranza affermano il proprio intento di esercitare il diritto di opzione che spetta loro, dando ordine di bonifico bancario per l'importo corrispondente ai decimi da versare; bonifico di cui però – a quanto si comprende dalla lettura dei documenti disponibili – non perviene copia alla società nei termini prescritti dalla delibera di aumento del capitale.

Anche i soci di minoranza, pur contestando nel merito la validità della delibera (ed azionando a tal fine la clausola compromissoria contemplata nello statuto), decidono di esercitare il diritto di opzione adottando un meccanismo quanto meno irrituale: emettono assegni di valore corrispondente ai decimi da liberare, ma chiedono ed ottengono dalla competente Autorità giudiziaria che venga loro concesso sequestro liberatorio *ex art. 687 c.p.c.* Nel contempo, ricorrono in via cautelare dinanzi all'A.G. per ottenere (come in effetti è stato loro riconosciuto) un provvedimento inteso a riconoscere ai soci il diritto di concorrere alla formazione dei quorum costitutivi e deliberativi nella successiva assemblea in conformità alla misura del capitale sociale risultante dopo l'esecuzione dell'aumento di capitale.

L'assemblea ordinaria regolarmente convocata per l'approvazione del bilancio d'esercizio e il rinnovo del collegio sindacale si riunisce (in modo inusitato) già in prima convocazione, ad ora antelucana, con tutti i soci presenti o regolarmente rappresentati; la verbalizzazione viene, ancora una volta inusualmente, curata da un notaio. Di fronte al provvedimento dell'A.G. fatto inserire a verbale dai soci di minoranza, il socio Mevio, presidente del c.d.a., in veste di presidente dell'assemblea, dichiara l'insufficiente informazione di due dei soci di maggioranza, che non hanno ricevuto notificazione del provvedimento sopra descritto e propone il rinvio dell'assemblea ad altra data. La maggioranza (calcolata secondo le percentuali di capitale detenute dai soci anteriormente all'aumento di capitale) si pronuncia a favore e

i lavori assembleari vengono dichiarati chiusi senza alcuna deliberazione sui punti all'o.d.g.; tutti i soci di maggioranza si allontanano dalla riunione.

I soci di minoranza, in completo disaccordo con la decisione di rinvio, ritengono di poter proseguire l'assemblea, avvalendosi del medesimo notaio per la verbalizzazione; in assenza del presidente del c.d.a., il socio di minoranza Tizio viene nominato presidente dell'assemblea e pone in votazione la prosecuzione dei lavori, che viene ovviamente deliberata. L'assemblea (?) respinge il progetto di bilancio presentato dal c.d.a., quindi decide di porre in votazione l'azione di responsabilità nei confronti del c.d.a., la contestuale revoca automatica dello stesso, la nomina quale nuovo amministratore unico del presidente dell'assemblea Tizio e la riconferma nella carica dei membri del collegio sindacale.

Tizio, qualificandosi legale rappresentante di Al.f.a s.p.a., presenta al competente Registro delle Imprese, in via telematica, domanda di iscrizione della delibera di nomina alla carica di amministratore unico e di nomina di due dei sindaci (per l'esattezza, gli ex sindaci supplenti, avendo, a quanto pare, gli effettivi rinunciato al rinnovo). Il Conservatore del Registro delle Imprese rifiuta l'iscrizione sulla base di una serie di ragioni formali (assenza di copia conforme, mancata compilazione di alcune parti essenziali del modello, mancanza della firma digitale del notaio) e sostanziali (in particolare, relativamente alla illegittimità della delibera di sostituzione dei sindaci cessati). Tizio, sempre qualificandosi come amministratore unico di Al.f.a. s.p.a., ricorre contro il provvedimento del Conservatore adducendone il contrasto con il disposto dell'art. 2189, comma 2, c.c., nonché con il corrispondente art. 11 comma 6 del d.P.R. n. 581/1995.

Il Giudice del registro, con il provvedimento qui in commento, respinge il ricorso, ribadendo:

- a) la sussistenza dei vizi formali della domanda;
- b) la non conformità dell'atto alla categoria tipologica della "delibera assembleare", in quanto assunto «al di fuori di ogni schema di apparente legalità»;
- c) la piena competenza del Conservatore a rilevare i vizi suddetti.

2. La vicenda interpretativa dei poteri di sindacato degli atti soggetti ad iscrizione nel Registro delle Imprese da parte del Conservatore e, in seconda istanza, del Giudice del Registro è complessa e risalente, e vede da lungo tempo contrapporsi nettamente vari orientamenti, che vale la pena richiamare sommariamente, non senza aver preliminarmente tratteggiato il quadro normativo vigente, limitandoci ai profili di specifico interesse per la vicenda oggetto della pronuncia in commento.

Ai sensi dell'art. 2189, comma 2, c.c., «prima di procedere all'iscrizione, l'ufficio del registro deve accertare l'autenticità della sottoscrizione e il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione»; a tale disposizione fa eco l'art. 11, comma 6 del d.P.r. n. 581 del 7 dicembre 1995, istitutivo del Registro delle Imprese, che impone all'ufficio, prima di procedere all'iscrizione, di accertare tra l'altro «[...] b) la regolarità della compilazione del modello di domanda; c) la corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge; [...]».

Alle norme appena elencate vanno peraltro affiancati i novellati artt. 2330, comma 3 e 2436, comma 2 c.c., che testualmente dispongono il potere dell'ufficio del registro di procedere all'iscrizione dell'atto costitutivo o della deliberazione modificativa dello stesso una volta «verificata la regolarità formale della documentazione». L'opinione ormai maggioritaria della dottrina è propensa a qualificare il controllo demandato in tali circostanze al Conservatore in termini di mera regolarità formale, nel presupposto della inutilità di una duplicazione dei controlli di legalità sostanziale, ordinariamente affidati al Tribunale (nella costituzione) o al notaio (per le modifiche dell'atto costitutivo).

Si è affermato, in proposito, il carattere speciale delle norme suddette rispetto alla previsione generale dell'art. 2189 c.c. e, sottolineando la marcata discontinuità testuale voluta dal riformatore, se ne è tratta la conclusione dell'intento «palesamente restrittivo [...] di circoscrivere e ridurre i margini del controllo sulla documentazione allegata rispetto all'estensione ed al contenuto ad esso propri nel regime ordinario di iscrizione o di deposito» (Donativi, 2006).

Peraltro, è diffusa – sebbene non unanime – in dottrina la convinzione che più in generale lo stesso art. 2189 c.c. andrebbe ricostruito

nella prospettiva limitata dell'attribuzione al Conservatore di un controllo di «mera regolarità formale» (così Cottino, 2001; Reviglione, 1996; Gatti, 1998; Bocchini, 1999; di parere opposto Marasà-Ibba, 1997; Rordorf, 1996).

3. Anche allo scopo di delimitare il campo della riflessione, vale la pena notare immediatamente che la pronunzia in commento non parrebbe *prima facie* esporsi a censure particolari quanto alla legittimità del riscontro operato dal Conservatore (e successivamente vagliato dal Giudice del Registro) in conformità alla lett. b) dell'art. 11 co. 6 d.P.R. 581/1995 in precedenza richiamata (regolarità di compilazione della domanda): in astratto, tutte le ipotesi di irregolarità formali rilevate dal Conservatore rientrano senz'altro nell'ambito dei poteri di controllo di quest'ultimo.

Si trattava, nello specifico, dell'assenza – in calce alla domanda di iscrizione presentata con modalità telematiche – della firma digitale del notaio che aveva verbalizzato l'assemblea, della carenza di copia conforme e della mancata compilazione dei quadri 13 e 14 del modello telematico usato per l'iscrizione della delibera, necessaria in caso di variazione della forma amministrativa (la s.p.a. intendeva modificare da collegiale a unipersonale la forma dell'organo gestorio).

Ci si deve però chiedere se davvero la domanda di iscrizione della delibera (?) assembleare presentata dal sedicente amministratore unico della società Al.f.a contenesse irregolarità formali tali da rendere ineccepibile il rifiuto di iscrizione, puntualmente ribadito dal Giudice del Registro milanese. In particolare, è dubbio se fosse realmente necessaria la firma digitale del notaio, visto che nella circostanza il suo ruolo non era quello di soggetto incaricato della presentazione della domanda di iscrizione (compiuta invece dal sedicente amministratore unico), ma di semplice verbalizzante volontario della delibera.

Nulla quaestio, al contrario, sulla correttezza del rilievo relativo alla mancata compilazione dei quadri 13 e 14, necessaria in caso di mutamento della forma di amministrazione. Tra l'altro, opportunamente il Conservatore ed il giudice hanno connesso il rifiuto di iscrizione alla mera circostanza formale dell'omessa compilazione, senza

sollevare alcun rilievo sulla questione della competenza dell'assemblea ordinaria a deliberare sul cambiamento di forma dell'organo gestorio, cosa che avrebbe sollevato dubbi.

Ma non è evidentemente questo l'aspetto di maggiore interesse del decreto.

4. In primo luogo, un profilo critico della pronuncia emerge dal rilievo che il giudice meneghino non si è posto – ovvero ha implicitamente risolto in senso negativo – il dubbio relativo all'applicabilità del regime di cui all'art. 2436 c.c., che avrebbe condotto ad una ben più limitativa ricostruzione dei poteri del Conservatore, pur senza incidere sulla soluzione concretamente data al caso di specie, stante la presenza di irregolarità formali che di per sé fondavano adeguatamente il diniego di iscrizione.

I dubbi interpretativi nella ricostruzione della fattispecie vengono dalla circostanza che la delibera, pur essendo di competenza dell'assemblea ordinaria, è stata inusualmente verbalizzata da un notaio. In tale ipotesi, occorre perciò chiedersi:

a) se il ruolo del notaio «verbalizzante» la delibera di assemblea ordinaria in termini di controllo sull'atto possa essere equiparato a quello del notaio rogante e incaricato dell'iscrizione della delibera di assemblea straordinaria;

b) se, in caso di risposta positiva al primo interrogativo, ciò legittimi un'applicazione estensiva del principio di limitazione del potere di controllo al riscontro di mera regolarità formale, che secondo l'opinione dominante dovrebbe trarsi dall'art. 2436 c.c.

Dal sistema delle disposizioni in materia di Registro delle imprese, ed in particolare dall'analisi del d.P.R. n. 581/1995, emerge che il legislatore ha in genere ben presente la differenza tra l'ipotesi di intervento del notaio richiesto espressamente dalla legge, cui si accompagna anche la legittimazione esclusiva dello stesso alla presentazione della domanda di iscrizione, e quella di presenza del notaio in qualità di verbalizzante per volontà delle parti; e del resto, pare indiscutibile che tale diversità di ruolo spieghi i suoi effetti in termini di responsabilità del notaio, dal momento che dall'analisi dell'art. 28 della legge notarile si evince con chiarezza come la responsabilità delineata in tale

norma sia limitata all'ipotesi in cui il notaio abbia ricevuto l'atto manifestamente nullo.

Pertanto, la presenza del notaio e la sua partecipazione alla redazione del verbale assembleare nel caso di specie vanno riportate alla loro dimensione meramente "accidentale" e non possono essere assunte come elementi che dimostrino la sussistenza di un preventivo dovere di controllo notarile sul contenuto dell'atto, rispetto al quale il successivo riscontro del Conservatore avrebbe assunto il carattere di superflua ripetizione di verifiche già effettuate.

5. Il Conservatore, oltre a rilevare una serie di vizi nel contenuto della delibera, aveva esplicitamente sollevato la questione della illegittima riapertura dell'assemblea, che constava tra l'altro da un provvedimento del Tribunale (Tale provvedimento accertava altresì l'illegittimo svolgimento della stessa assemblea, in quanto tenutasi in spregio ad altro provvedimento giudiziario, che aveva disposto in materia di ammissione di alcuni soci ai lavori assembleari e stabilito le modalità di computo dei relativi quorum costitutivi e deliberativi); ma di questo specifico profilo il Giudice del registro non ha ritenuto di occuparsi, ritenendolo da un lato superfluo, alla luce dei distinti rilievi di ordine formale e tipologico ampiamente sufficienti a denegare l'iscrizione, e dall'altro di dubbia rilevabilità, in quanto è nota la *querelle* interpretativa in merito all'estensione dei poteri del Conservatore e del Giudice del registro rispetto alla legittimità di rilievi fondati su vizi di contenuto delle deliberazioni assembleari. Lo stesso Giudice del Registro non si pronunzia sul punto, limitandosi a riscontrare che sussiste nel merito contestazione «circa la validità dell'assemblea *de qua*» e che tale contestazione andrà opportunamente definita in una distinta sede contenziosa; in tal modo, intendeva plausibilmente porre a fondamento del suo diniego di iscrizione, oltre alle irregolarità formali, anche il rilievo della non conformità dell'atto di cui veniva richiesta l'iscrizione alla tipologia della categoria del controllo *sub* lett. c) art. 11 d.P.R. n. 581/1995 (c.d. "controllo qualificatorio", la cui necessità viene fatta discendere dalla dottrina prevalente dal principio della tassatività delle iscrizioni di cui all'art. 2188 co. 1 c.c.) (Marasà, 1997).

Impostando in tali termini la questione, il Conservatore ha saggiamente evitato di emettere una valutazione in termini di validità o invalidità (e di qualificazione della specie di invalidità) della delibera soggetta ad iscrizione; e tuttavia la cautela adottata non lo sottrae del tutto alle note critiche in tema di limiti del suo potere di controllo formulate da non marginale parte della dottrina, e che trovano puntuale riscontro in numerose pronunzie giurisprudenziali. Si è detto *ante* che, nell'ambito delle posizioni dottrinali, non pochi Autori sono inclini a limitare nella circostanza la portata del controllo di tipicità al solo riscontro di appartenenza in astratto dell'atto di cui si richiede l'iscrizione alla tipologia legale degli atti da iscrivere.

Il Giudice del registro milanese ha ricostruito l'ambito di competenza del Conservatore sulla falsariga del dettato dell'art. 11 comma 6 d.P.R. n. 581/1995, laddove ha affermato essere «demandato al Conservatore il controllo della sussistenza delle condizioni di legge per l'iscrizione e la corrispondenza dell'atto allo schema normativo *legittimo*»; ed ha dunque abbracciato senza tentennamenti una ricostruzione dei poteri del Conservatore aderente al canone del riscontro di legalità sostanziale, con ciò aderendo alla tesi dottrinale – minoritaria, ma non certo marginale – incline a conservare l'ampiezza dei poteri di controllo nel quadro della tradizionale ricostruzione interpretativa dell'art. 2189 c.c.

Coerentemente, dunque, ha ritenuto che spettasse al Conservatore un controllo qualificatorio in senso sostanziale, ossia la verifica che l'atto di cui si richiedeva l'iscrizione, classificato nella domanda come “delibera assembleare”, fosse effettivamente riconducibile alla menzionata fattispecie.

6. Ora, con riferimento alla identificazione dei profili costitutivi della fattispecie “delibera assembleare”, è noto che la riforma societaria ha inciso fortemente sulla precedente ricostruzione della problematica, operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in mancanza di una disciplina positiva della c.d. “inesistenza” della delibera.

La novella legislativa ha infatti introdotto, con riferimento a ciascuna delle fasi essenziali di cui si compone il procedimento deliberativo, precisazioni intese a delimitare il concetto di “assenza” della fase stessa, con il chiaro intento di escludere la rilevanza – al di là della

casistica legale – di ulteriori ipotesi in cui dalla carenza di uno *step* necessario nel procedimento si voglia far discendere l'applicazione della disciplina della nullità quale sanzione per il mancato perfezionamento della fattispecie. E così, si è di volta in volta stabilito che la convocazione non è mancante, o il verbale non risulta assente, nelle circostanze puntualmente individuate dalla legge: l'art. 2479, comma 3 c.c. testualmente dispone che

«Ai fini di quanto previsto dal primo comma [*e quindi perché si determini la nullità della delibera*] la convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo di amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea. Il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il suo oggetto ed è sottoscritto dal presidente dell'assemblea, o dal presidente del consiglio d'amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio».

Le opportune precisazioni introdotte dal legislatore, che riguardano il concetto di “delibera” ed il suo contenuto scandito in fasi necessarie, vanno peraltro lette alla luce dell'aggettivo “assembleare”, che pure qualifica e precisa in modo ineludibile la fattispecie e contribuisce ad escludere che possa essere assunta quale oggetto della disciplina dell'invalidità assembleare una decisione assunta, pur con l'apparente rispetto delle fasi del procedimento deliberativo, da un consesso che non possa qualificarsi come assemblea.

In molti casi – e segnatamente nella vicenda in oggetto – la carenza della qualità assembleare dell'organo deliberante può connettersi alla mancanza di una fase essenziale, in particolare alla mancanza di una valida convocazione. Nel caso di specie, i soci di minoranza pretendevano che l'avviso di convocazione sulla base del quale si era svolta la prima parte della riunione, terminata con una delibera di rinvio, fondasse anche il prosieguo. Ma davvero in questo caso dobbiamo per forza riscontrare se c'è o meno la convocazione, oppure c'è uno spazio per l'inesistenza derivante dalla mancanza del carattere assembleare della riunione? La prosecuzione *vi ac clam* della discussione che la maggioranza aveva dichiarato chiusa rappresenta davvero solo una ir-

regolarità di procedimento, o piuttosto impedisce in radice di qualificare come assembleare una riunione proseguita in spregio alla volontà della maggioranza?

Se i soci di minoranza ritenevano illegittima la decisione di rinvio dell'assemblea assunta dalla maggioranza, non restavano privi di tutela, dal momento che avrebbero potuto impugnarla; invece la chiara intenzione di costoro era quella di approfittare di uno spiraglio temporale di non chiara determinazione dei quorum assembleari, per realizzare un vero e proprio *golpe* ai danni della maggioranza. Si tratta dunque di un'operazione compiuta in deciso spregio al principio di buona fede, che dovrebbe governare i rapporti tra soci; in merito alla quale già la maggioranza non a caso si è prontamente attivata per l'impugnativa in sede contenziosa.

Di conseguenza, bene ha fatto il Conservatore a denegare l'iscrizione, non solo per le ragioni formali già dette, ma altresì per la mancata corrispondenza dell'atto alla categoria delle deliberazioni assembleari, non solo e non tanto per il dubbio sulla esistenza della fase di convocazione, ma soprattutto per l'assenza di qualità assembleare della riunione così svolta; e bene ha deciso il Giudice del Registro rigettando l'opposizione al rifiuto di iscrizione pronunciato dal Conservatore.

IV. Letture di approfondimento

- T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, I, 61 ss.;
- E. BOCCHINI, *Manuale del registro delle imprese*, CEDAM, Padova, 1999;
- M. CENTONZE, *L'"inesistenza" delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, Giappichelli, Torino, 2008;
- M. CIAN, *Invalidità ed inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, 759 ss.;
- G. COTTINO, *L'imprenditore*, nel *Trattato di diritto commerciale* dallo stesso A. diretto, I, CEDAM, Padova, 2001;
- V. DONATIVI, *I poteri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese*, ESI, Napoli, 1999;

- ID., *La pubblicità legale delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2006;
- S. GATTI, *Il controllo dell'ufficio del registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1998, II, 633;
- G. MARASÀ – C. IBBA, *Il registro delle imprese*, Giappichelli, Torino, 1997;
- P. REVIGLIONO, *Il “nuovo” registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 279;
- R. RORDORF, *Il giudice del registro delle imprese*, in *Società*, 1996, 1249;
- A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in AA.VV. (a cura di Abbadessa e Portale), *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, II, UTET, Torino, 2007, 214 ss.

Caso n. 2

RESPONSABILITÀ DEI SINDACI

di

Luca Pulli e Nicola Fiore

I. L'atto giudiziario introduttivo

TRIBUNALE DI LECCE

ATTO DI CITAZIONE

Per il Fallimento S.xxxx srl , in persona del curatore p.t. Dott. xxxx xxxx con studio in Lecce alla Via xxxx xxxx , elettivamente domiciliato in Lecce alla Via S. xxxx 63 presso lo studio dell'Avv. xxxx xxxx che lo rappresenta e difende in virtù di mandato in calce al presente atto e giusta formalità previste dall'art. 146 L.F. (cfr. doc. 1 sentenza dichiarativa di fallimento e parere comitato dei creditori).

Premessa in Fatto.

1. La società fallita è stata costituita in data 22.12.1993 ed iscritta nella sezione ordinaria del Registro Imprese di Lecce con codice fiscale e numero di iscrizione xxxx xxxx (n. REA LE/xxxx); la sede legale, inizialmente in xxxx alla Zona Industriale, in data 9.02.2000 è stata trasferita in xxxx alla Zona Industriale.

2. Il capitale sociale, inizialmente pari a £ 20.000.000, è stato aumentato a £ 180.000.000:

- per la somma di £ 50.200.000 mediante utilizzo dei finanziamenti infruttiferi già effettuati dai soci in conto capitale;

- per la somma di £ 4.737.094 mediante utilizzo della riserva ordinaria;

- per la somma di £ 22.906.328 mediante utilizzo della riserva straordinaria;

- per la somma di £ 82.156.578 mediante contestuale sottoscrizione da parte dei soci.

A seguito del predetto aumento, il capitale sociale era così ridistribuito:

<u>Nominativo socio</u>	<u>capitale</u>	<u>Quote (%)</u>
M.E.	£ 50.400.000	28%

C.D.	£ 50.400.000	28%
M L	£ 50.400.000	28%
Z. N.	£ 14.400.000	8%
P.E.	£ 14.400.000	8%

3. La società è stata amministrata da G. C. dal 22.12.1993 al 26.01.1999; e da G. E., già procuratore della società dal 22.03.1995, con decorrenza dal 26.01.1999 alla data della dichiarazione di fallimento (cfr. visura camerale sub doc. 2).

4. In data 29.06.2005, ed in sede di assemblea ordinaria (cfr. verbale assemblea sub doc. 3), la società:

- ha approvato il bilancio di esercizio al 31.12.2004 ed i relativi documenti che lo componevano;

- ricorrendo i presupposti di cui all'art. 2477 III co. c.c., in data 29.6.2005 ha nominato il collegio sindacale nelle persone di B. S. (Presidente), G. L. (Sindaco effettivo), S. L. (Sindaco effettivo), C. D. (Sindaco supplente) e R. A. (sindaco supplente).

5. La società ha svolto l'attività di costruzione, manutenzione e riparazione macchine da sollevamento e trasporto; dal 3.3.1995, quella di riparazione, trasformazione, montaggio di gru e attrezzature su veicoli industriali; e dal 8.5.1996 anche quella di commercio all'ingrosso di apparecchiature ed attrezzature meccaniche, autoveicoli, macchine per il sollevamento e trasporto (cfr. doc. 2).

6. I bilanci societari (al 31.12.2005, al 31.12.2006 ed al 31.12.2007 sub doc. 4,5,6), approvati dall'assemblea con il parere favorevole del collegio sindacale, evidenziano:

<u>Anno</u>	<u>Valore della produzione (netto imposte)</u>	<u>Risultato di esercizio</u>
2005	€ 5.876.830,00	€ 49.165,00
2006	€ 4.148.820,00	- € 1.118.559,00
2007	€ 1.682.857,55	- € 2.043.864,73

FATTO

Sulle irregolarità contabili che hanno occultato le perdite e consentito la prosecuzione dell'attività d'impresa e sui fatti di distrazione addebitabili all'amministratore G. E. e pregiudizievoli per la società.

7. Il curatore ha accertato gravi irregolarità contabili e amministrative che hanno permesso all'amministratore unico (G. E.) di occultare perdite rilevanti (ai sensi del combinato disposto degli artt. 2482 ter

e 2484 n. 4 c.c.) e, conseguentemente, di continuare illegittimamente l'attività d'impresa negli anni 2006 e 2007 perpetrando fatti di distrazione e aggravando la situazione economico-patrimoniale della società, già di deficit nel corso dell'anno 2005.

Prosecuzione dell'attività e compimento di fatti di distrazione che il collegio sindacale avrebbe potuto e dovuto impedire attraverso una diligente osservanza del precetto di cui all'art. 2403 e l'esercizio dei poteri previsti dagli artt. 2403 bis, 2406, 2485 e 2487 c.c. .

Per una migliore conoscenza di quanto addebitato all'amministratore unico e, dunque, al collegio (in punto di omesso e/o negligente controllo) si procederà con la deduzione delle singole attività gestorie (commissive ed omissive).

7.1. Un primo ordine di irregolarità è relativo alla voce "crediti pluriennali" .

Nel bilancio al 31.12.2007, risulta indicata la voce (in dare) Crediti pluriennali per € 193.546,69.

L'esame del libro mastro (anni 2004/2007 sub doc. 7) evidenzia:

- che il conto si origina nel 2004;
- che alla data del 31.12.2004, il saldo del conto in esame era pari ad € 339.345,13;
- che alla data del 28.12.2005, con scrittura di "giroconto" di € 37.468,49, il saldo si incrementa giungendo ad € 376.813,62; il conto utilizzato in contropartita è "Contributi in c/esercizio";
- che successivamente, in data 02.01.2007, risulta annotata una scrittura a decremento del saldo con causale "costi documentati" per € 161.532,00; il conto utilizzato in contropartita è "Insussistenze passive".

In merito a tale voce il collegio sindacale si limita richiedere chiarimenti all'organo amministrativo solo in data 03.05.2007 ed in sede di verifica trimestrale (cfr. verbale sub doc. 8); epoca questa in cui il saldo del conto ammontava ad € 197.595,07 e, dunque, quattro mesi dopo l'abbattimento del conto per € 161.532,00 quali "Insussistenze passive".

L'amministratore non rende i chiarimenti ed il collegio si acquieta senza adottare alcun provvedimento a riguardo.

La lettura della nota integrativa al bilancio al 31.12.2004 (cfr. bilancio sub doc. 9) evidenzia come il saldo originario di € 339.345,13 era così composto:

- per € 177.813,00 trattasi di credito nei confronti di procedura concorsuale;

- per € 161.532,00 trattasi di credito nei confronti di altra procedura concorsuale (per somme che la S.srl avrebbe restituito ex art. 67 l.f.). Le stesse specificazioni sono riportate nella nota integrativa al bilancio successivo, quello al 31.12.2005 (cfr. doc. 4), con la ulteriore precisazione che l'incremento di € 37.469,00 riguarda crediti della stessa natura.

In realtà, dall'esame del relativo mastro contabile, l'incremento è annotato quale "Contributo in c/esercizio" (cfr. doc. 7).

Quindi, una parte del credito (€ 161.532,00) è frutto di una registrazione contabile priva di giustificazione dovendo l'eventuale restituzione da revocatoria interessare necessariamente un conto finanziario e non il conto " sopravvenienze attive" con evidente riflesso positivo (falso) sul risultato economico dell'esercizio 2004.

La restante parte della voce " crediti pluriennali" (€ 177.813,139) si riferisce, in realtà, non già ad un credito nei confronti di altra procedura fallimentare bensì per € 25.817,68 ad acconti imposte anno 1999 e per € 151.995,45 ad acconti imposte (senza specificazione dell'anno di riferimento).

E tale ultima voce si origina da diverse operazioni di giroconto dal conto Credito d'imposta L. 388/92 (cfr. mastro 2002 sub doc. 10) a sua volta alimentato da registrazioni contabili del seguente tipo:

Credito d'imposta L. 388 a fondo credito d'imposta L. 388/92

E' quindi di tutta evidenza che la voce "Crediti pluriennali" per € 177.813,13 non rappresenta un credito della società fin dall'esercizio in cui lo stesso è stato iscritto e, quindi, dall'anno 2002.

Infatti, i modd. Unici anni 1999/2007 (doc. 10a) attestano che gli acconti, di volta in volta versati dalla società, sono stati utilizzati per la determinazione del saldo d'imposta di ciascun anno; sicché è da escludere la sussistenza del suddetto credito che, invece, viene illegittimamente riportato nei bilanci di esercizio.

Ne consegue che dai bilanci dev'essere eliminato l'importo di € 161.532,00 a far data dall'esercizio 2004 e l'importo di € 177.813,13 a far data dall'esercizio 2002 .

7.2. Altra irregolarità riguarda la voce " Cassa contanti".

Nel bilancio al 31.12.2007 (sub doc. 6) risulta indicata "in dare" la voce Cassa contanti per € 8.981,20.

L'Amministratore ha riferito che essa sarebbe stata utilizzata per spese aziendali (non meglio specificate), necessarie nell'ultimo periodo di vita dell'azienda (cfr. verbale di ascolto sub doc. 11).

Tale dichiarazione è contraddetta dal bilancio al 31.12.2007 (sub doc. 6) nel quale è stata espressamente registrata come esistente.

Tale somma, pertanto, è da ritenere illegittimamente sottratta dalle casse sociali.

L'esame del conto "Cassa" evidenzia inoltre uscite alquanto anomale e, comunque, contraddette dalle informazioni assunte dal curatore; più precisamente:

- nel corso del 2005, risultano uscite per cassa in favore dei soci per complessivi € 180.000,00 (cfr. mastro 2005 sub doc. 12).

- nel corso del 2006 (cfr. mastro anno 2006 soci c/prestiti infruttiferi sub doc. 13):

31.01.2006	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
13.000,00				
28.02.2006	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
10.000,00				
31.03.2006	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
10.000,00				
30.04.2006	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
10.000,00				
31.05.2006	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
10.000,00				
30.06.2006	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
<u>15.000,00</u>				

€

68.000,00

Nel corso del 2007 (cfr. mastro anno 2007 soci c/prestiti infruttiferi sub doc. 14):

19.04.2007	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
11.000,00				
24.05.2007	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
10.500,00				
20.07.2007	Soci c/prestiti infruttiferi	a	Cassa	€
<u>5.411,00</u>				
				€
26.911,00				

Riepilogando, negli anni dal 2005 al 2007 risultano uscite dal conto "Cassa contanti" somme di denaro in favore dei soci (non nominativamente indicati) per complessivi € 274.911,00.

Orbene, il dato contabile è stato decisamente contestato dai soci C. D., Z. N. e M. L. i quali hanno espressamente dichiarato di non aver mai ricevuto le suddette somme dalla S. s.r.l..

Tanto premesso, i riscontri eseguiti dal curatore consentono di affermare che l'amministratore ha utilizzato il detto artificio contabile per distrarre e sottrarre liquidità alla società; ovvero, e comunque, che in realtà le somme non erano in cassa con conseguenti ricadute sulle poste attive del bilancio.

7.3. Altra irregolarità attiene alla voce "Cassa Assegni".

Nel bilancio al 31.12.2007 (doc. 6) risulta indicata la voce (in dare) Cassa Assegni per € 41.402,28.

Al curatore non sono stati consegnati i predetti titoli, né risulta essere stato indicato il dettaglio per risalire alla formazione di detto saldo e dunque degli specifici assegni.

L'Amministratore, sul punto, è stato alquanto vago non escludendo che i titoli potessero trovarsi ancora presso la sede della società.

Sebbene oggetto di specifica ricerca, il curatore non ha reperito i titoli sicché è agevole inferire che gli stessi siano stati oggetto di attività distrattiva da parte dell'amministratore Grasso.

Quanto rilevato con riferimento alle voci "Cassa contanti" e "Cassa assegni" è circostanza sintomatica di una gestione e di un controllo assolutamente negligenti ove si consideri, peraltro, che il collegio sindacale, nelle (solo apparenti) verifiche periodiche del 2005 e del 2006, riscontra sempre la coincidenza tra saldo di cassa contabile e saldo di cassa effettivo (cfr. verifiche anni 2005/2006 sub doc. 15).

Ed ancora.

Sostanziali identiche contraddizioni emergono con riguardo alle (si ribadisce solo apparenti) verifiche trimestrali del 2007, ove si consideri:

1°) che, in data 02.02.2007, il collegio ha riscontrato la coincidenza tra saldo di cassa contabile e saldo di cassa effettivo pari a € 77.962,10 (cfr. verbale sub doc. 16);

In realtà, dall'esame dei mastri il saldo contabile del conto cassa alla predetta data risulta pari a complessivi € 60.962,10 di cui € 20.027,96 cassa contanti e € 40.934,14 cassa assegni (cfr. mastri cassa contanti e cassa assegni alla data del 2.2.07 sub doc. 17);

2°) che, in data 03.05.2007, il collegio ha riscontrato la coincidenza tra saldo di cassa contabile e saldo di cassa effettivo pari a € 96.299,40 (cfr. verbale sub doc. 18).

In realtà, dall'esame dei mastri il saldo contabile del conto cassa alla predetta data risulta pari a complessivi € 92.239,40 di cui € 4.974,03 cassa contanti e € 87.265,37 cassa assegni (cfr. mastri cassa contanti e cassa assegni alla data del 3.5.2007 sub doc. 19);

3°) che, in data 01.08.2007, il collegio dichiarava di non essere riuscito a verificare il saldo di cassa poiché la contabilità non risultava aggiornata (cfr. verbale sub doc. 20);

In realtà, vi è una stampa del mastro "Cassa contanti" alla data del 01.08.2007 che riporta un saldo di € 2.366,61 con la seguente annotazione: «il saldo al 31/8 non coincide con la conta di cassa: si rimanda alla prossima verifica trimestrale il chiarimento circa tale differenza» (cfr. mastro cassa contanti alla data del 1.8.2007 doc. 21);

4°) che, in data 29.10.2007, il collegio ha riscontrato un saldo effettivo di cassa di € 20,00 senza che a ciò facesse seguito alcun riscontro contabile (cfr. verbale sub doc. 22);

5°) che, in data 14.11.2007, il collegio ha riscontrato un saldo di cassa contabile, alla precedente data del 24.10.2007, di € 10.185,86 (cfr. verbale sub doc. 23).

In realtà, dall'esame dei mastri contabili il saldo del conto cassa nella stessa data (24.10.2007) risulta pari a complessivi € 104.992,79 di cui € 5.842,86 Cassa contanti e € 99.149,93 Cassa assegni (cfr. mastri cassa contanti e cassa assegni alla data del 14.11.2007 doc. 24).

Tutte le suddette contraddizioni e discrasie sono rese ancor più censurabili in ragione della circostanza che dai verbali del collegio

emerge che le verifiche sono state effettuate non già presso la sede della società bensì presso lo studio B. (cioè lo studio del Presidente del Collegio sindacale). Circostanza, questa, che trova riscontro nelle dichiarazioni dei soci (cfr. dichiarazioni sub doc. 25).

7.4. Anche la voce “ finanziamenti in favore di associazioni sportive” è interessata da gravi irregolarità.

Nel corso degli anni risultano uscite di denaro, prevalentemente bancarie (cfr. mastri anni 2004,2005,2006 e 2007 sub doc. 26):

- in favore di Unione Sportiva G.:

€ 24.000,00 nel 2004;

€ 12.000,00 nel 2005;

- in favore di A.S. S. Volley G.:

€ 39.950,00 nel 2004;

€ 206.282,85 nel 2005;

€ 154.375,58 nel 2006;

€ 16.278,00 nel 2007;

Sotto tale profilo non può essere sottaciuto che l’A.S. S. Volley G. è un ente riconducibile allo stesso Amministratore della società fallita, Sig. E. G. (cfr. documenti A.S. S. Volley doc. 27).

Quanto sopra è reso ancor più censurabile ove si consideri:

1°) che l’assemblea della Stima s.r.l., in data 07.05.2004 ed alla presenza del Sig. E. G., constatata la presenza in proprio o per delega dei soci M., C. e M., ha autorizzato l’amministratore unico a stipulare contratti pubblicitari per un importo massimo di € 180.000,00 (oltre Iva), lasciandogli ampia facoltà in merito alla individuazione delle controparti contrattuali; e tanto contraddicendo l’iniziale premessa (contenuta nello stesso verbale) che il mercato in cui operava la società versava in una condizione di evidente contrazione (cfr. verbale assemblea 7.5.2004 doc. 28).

2°) che in data 30.06.2005, e sempre dopo avere illustrato la crisi del settore di riferimento ed il contesto di relativa tranquillità, l’assemblea ha autorizzato l’amministratore a stipulare contratti pubblicitari per un importo massimo di € 120.000,00 (cfr. verbale assemblea 30.6.2005 sub doc. 29).

3°) che in merito all’effettiva presenza dei soci nelle predette riunioni, il socio M. ha dichiarato di non avere mai partecipato a nessuna delle

assemblee della S. s.r.l. (fatta eccezione per quelle a far data dal luglio del 2007); ed il socio C. che l'amministratore non aveva mai convocato l'assemblea dei soci per l'approvazione dei bilanci, eccetto che per l'anno 2006 (cfr. doc. 25).

7.5 Con riferimento alla voce "Crediti verso clienti"

Nell'ultimo bilancio (cioè quello alla data del 31.12.2007) vi è appostata una voce crediti v/clienti per € 520.826,43 (cfr. doc. 6) nel mentre i mastri contabili la determinano in € 522.319,96 .

In realtà, è emerso che il valore effettivo della voce in esame è pari ad € 435.364,41 (giusta estinzione per pagamento per € 54.768,67, errori contabili per € 23.775,10, estinzione per compensazione per € 29.811,78).

Tuttavia, a fronte del valore di € 522.319,96, il curatore ha incassato la somma di € 191.494,48 circostanza che evidenzia ancor di più la errata appostazione ed il negligente controllo del collegio.

7.6. Con riferimento alla voce clienti – riba.

Nel bilancio al 31.12.2007 il conto presenta un saldo finale in dare di € 123.362,81.

Orbene, la condotta dell'amministrazione (assolutamente silente sul punto) nonché la documentazione e le informazioni aliunde acquisite dal curatore depongono per la insussistenza di tale voce.

Ne consegue che la stessa dev'essere eliminata quanto meno a far data dal bilancio relativo all'esercizio 2007.

7.7. Con riferimento alla voce Crediti commerciali diversi.

Nel bilancio al 31.12.2007 risulta indicata la voce in dare " Crediti commerciali diversi" per € 399.091,89 (cfr. doc. 6).

Il conto risulta aperto nel 2002 attraverso la seguente scrittura " Crediti diversi a Finanziamenti soci L. 388/2000" e resta invariato nel corso degli anni 2004, 2005 e 2006.

Per tale scrittura non è stata rintracciata alcuna documentazione di supporto ed i soci, nelle persone dei sig.ri C. D., M. L. e Z. N., hanno dichiarato di non aver mai sottoscritto prestiti in favore della società (cfr. doc. 25).

In data 02.01.2003 il conto s'incrementa attraverso altra anomala operazione di giroconto dal conto cassa: " Crediti diversi a cassa € 72.000,00".

Infine, ed in data 01.01.2004 (cfr. scrittura libro giornale del 1.1.2004 doc. 30), il conto s'incrementa attraverso un'altra anomala operazione di apertura conti per la quale non è stato possibile individuare il conto utilizzato in contropartita sul libro giornale:

“ Crediti diversi a Conto non rintracciato sul libro giornale € 83.338,94 ”.

Con riferimento a tali appostazioni il collegio sindacale deduce a verbale la necessità di chiarimenti solo in data 3.5.2007 (cfr. verbale sub doc. 31); tale ultima circostanza è, tuttavia, contestata dall'amministratore unico, il quale ha riferito di non aver mai ricevuto alcuna richiesta in quel senso (cfr. doc. 11).

Tanto premesso, la posta è da ritenere fittizia con conseguente sua necessaria eliminazione a far data dall'esercizio 2003.

Da tanto consegue che la rettifica operata dalla curatela ha interessato i seguenti anni e valori:

*anno 2003 € 72.000,00
anno 2004 € 155.338,94
anno 2005 € 155.338,94
anno 2006 € 155.338,94
anno 2007 € 155.338,94*

Le rettifiche sono state operate al netto della parte ricompresa nella voce “ Finanziam. soci L. 388/2000 “ di cui innanzi.

7.8. Con riferimento ai Crediti v/soci (Soci c/prestiti infruttiferi)

Nel bilancio al 31.12.2007 il conto presenta un saldo (in dare) di € 469.110,04.

Dai mastri contabili (cfr. mastro contabile doc. 32) emerge quanto segue:

- alla data del 01.01.2005, il conto presenta un saldo di € 261.000,00;*
- nel corso del 2005, il conto si incrementa progressivamente a seguito di innumerevoli operazioni di prelievo dal conto Cassa contanti (per € 15.000,00 ogni ultimo giorno del mese e complessivi € 180.000,00);*
- al 31.12.2005, il conto presenta un saldo di € 438.500,00;*
- nel corso del 2006, il conto s'incrementa ulteriormente, sempre a seguito di diverse operazioni di prelievo dal conto Cassa giungendo, alla data del 31.12.2006, ad un saldo di € 492.000,00;*
- infine, nell'anno 2007 il conto presenta sia incrementi che decrementi a seguito di operazioni rispettivamente di entrata e di uscita di*

03.05.2007	€ 478.973,35	€
450.873,35		
01.08.2007	€ 484.361,47	€
457.044,47		
29.10.2007	€ 496.927,04	€
469.110,04		

Le contraddizioni e le incongruenze sono dunque palesi e probabilmente trovano una loro censurabile motivazione nella circostanza che le verifiche non sono state effettivamente eseguite .

Alla luce di quanto sopra esposto e documentato, la voce Crediti v/Soci (Soci c/ Prestiti Infruttiferi) dev'essere eliminata dal bilancio societario per i seguenti valori e per i seguenti esercizi:

anno 2004 € 261.000,00

anno 2005 € 438.500,00

anno 2006 € 492.000,00

anno 2007 € 469.110,04

7.9. Con riferimento alla voce “rimanenze”

Nel bilancio al 31.12.2007 risultano indicate rimanenze finali per complessivi € 597.171,00; tuttavia, nulla emerge dalle scritture contabili obbligatorie.

Andando a ritroso, nel bilancio al 31.12.2006 (cfr doc. 5) risultano indicate rimanenze finali per complessivi € 1.440.056,00 così suddivise:

- Ricambi Italia: € 1.146.441,17

(valutati al costo medio ponderato per i beni fungibili - generici - e al costo specifico di acquisto per i beni infungibili)

- Prodotti in corso di lavorazione e semilavorati: € 186.625,28 (iscritti in base ai costi diretti sostenuti nell'esercizio, eventualmente aumentati di una quota di costi generali ragionevolmente imputabile).

- Acconti per merce da ricevere: € 106.989,87

Nella nota integrativa al bilancio del 2006, redatta ad aprile del 2007, si legge come, nel corso dell'anno 2006, si sia proceduto a «rettifiche contabili operate su errori contabili riscontrati sul valore delle giacenze riportate dall'esercizio precedente» (cfr. doc. 5).

In effetti, dall'esame del libro giornale, emerge l'annotazione della seguente scrittura di giroconto:

- 30.06.2006 -

Insussistenze passive a Semilavorati (esistenza iniziali) €
1.058.572,96

Orbene, risulta per tabulas:

1°) che, nonostante il dichiarato errore, i bilanci non sono mai stati rettificati;

2°) che l'organo di controllo, giusta verbale del 3.8.2005 (cfr. doc. 15), rende una dichiarazione stereotipata ed errata: «il sistema di controllo interno appare sufficientemente affidabile e si ritiene sussistere un basso rischio su diversi conti di bilancio coinvolti dal ciclo: rimanenze, variazione delle rimanenze. Il collegio acquisirà la procedura preliminare di inventario al fine di verificarne la validità e se opportuno procederà con dei controlli a campione sulle rilevazioni inventariali”.

3°) che il collegio, nonostante la suddetta rettifica (id est scrittura di giroconto) operata dall'organo amministrativo, è rimasto assolutamente inerte salvo poi a dichiarare, in data 30.03.2007, che: «Dopo un'attenta e approfondita lettura dei dati di bilancio emerge tra le poste straordinarie del conto economico una svalutazione delle giacenze di magazzino iscritte nel bilancio d'esercizio 2005 per un ammontare di poco superiore ad € 1.000.000 (un milione di euro). Di tale scrittura si richiedono tempestivi chiarimenti”. (cfr. verbale sub doc. 34).

4°) che nella relazione al bilancio del 2006, svolta nell'aprile del 2007, i sindaci danno atto di aver «riscontrato la presenza di un errore contabile nel valore attribuito alle giacenze iniziali (rimanenze finali anno precedente)” (cfr. doc. 5).

5°) che il collegio propone all'assemblea l'approvazione del bilancio al 31.12.2005 nonostante la grave irregolarità contabile afferente la voce “rimanenze”;

6°) che il bilancio al 31.12.2005 è stato inviato al Registro delle Imprese in data 7.7.2006 senza rendere atto della rettifica eseguita il precedente 30.6.2006. Rettifica che, giova evidenziare, avrebbe fatto emergere la causa di scioglimento.

Tanto premesso, è di tutta evidenza che il bilancio al 31.12.2005 doveva (e deve) essere revisionato abbattendo la voce rimanenze dell'importo di € 1.058.572,96.

Segretario, i quali constatano la presenza di tutti i soci) (cfr. verbale assemblea 20.10.1998 sub doc. 35D);

- che in data 30.08.1999 l'assemblea delibera di acquisire un conferimento soci infruttifero in conto aumento capitale sociale (senza obbligo di restituzione) per la somma di L. 220.000.000 (il verbale è sottoscritto dal Sig. E. G. quale Presidente, e dal socio C. D., quale Segretario, i quali constatano la presenza di tutti i soci) (cfr. verbale assemblea 30.8.1999 sub doc. 35E).

In sintesi: entro la data del 31.12.2000, l'assemblea delibera conferimenti dei soci in conto capitale per complessive L. 1.250.200.000 (pari a € 645.674,42).

Nelle scritture contabili, e quindi in bilancio, vi sono invece annotati versamenti con l'utilizzo del conto cassa contanti da parte dei soci per complessive L. 942.604.000 (pari a € 486.814,33).

Senonché, in merito alla consistenza effettiva della posta in argomento, i soci C. e Z. hanno dichiarato di non aver mai sottoscritto né erogato alcun prestito in favore della S. srl. Il socio M. ha dichiarato di non avere mai effettuato alcun versamento alla S. srl in denaro contante. E comunque, sorge il dubbio che i predetti verbali fossero relativi a riunioni dell'assemblea effettuate in assenza dei soci stessi ma con la sola presenza di coloro che li hanno sottoscritti (e dunque dell'Amministratore e del Segretario).

Il socio M. ha inoltre precisato di non avere mai partecipato ad alcuna assemblea della S. srl, fatta eccezione per quelle successive a luglio del 2007. In realtà, le immissioni di denaro che i soci avrebbero effettuato secondo quanto annotato nelle scritture contabili non risultano, neanche in minima parte, comprovate da versamenti bancari. Appare inverosimile che somme di denaro di una certa consistenza siano state apportate in denaro contante ed immesse nel conto Cassa senza alcuna tracciabilità.

In buona sostanza, può ritenersi che somme per complessivi € 486.814,33 non siano state effettivamente versate nelle casse della società poi fallita e che dunque la corrispondente posta del patrimonio netto, "Conto per futuro aumento cap.soc. L. 488/92" (poi denominato "Riserva straordinaria"), debba essere decurtata di € 486.814,33 (L. 942.604.000) sin dal 31.12.2000.

Ed inoltre, poiché nel 2006, il conto “Riserva straordinaria” viene in parte girocontato a “Riserva oneri pluriennali”, la parte dell’abbattimento che non trova più capienza nel conto “Riserva straordinaria” verrà ad essere decurtata dal conto “Riserva oneri pluriennali”.

7.11.2. La voce “Finanziam. Soci L. 388/2000” si origina nel corso del 2001 e si incrementa nel corso del 2002 sino a raggiungere, alla data del 31.12.2004, l’importo di € 486.814,33 (sub doc. mastri 2001,2002,2003,2004 sub doc. 35F).

Tra le registrazioni contabili annotate nel 2002 risultano di interesse le seguenti (cfr. registrazione contabile del 31.12.2002 “ crediti diversi per € 243.752,95” sub doc. 35G):

- 14.06.2002 –

Cassa	a	Finanziam. Soci Legge 388/2000	€
8.000,00			

- 26.06.2002 –

Cassa	a	Finanziam. Soci Legge 388/2000	€
16.101,00			

- 31.12.2002 –

Crediti diversi	a	Finanziam. Soci Legge 388/2000	
<u>€ 243.752,95</u>			

Tot.	€ 267.752,95
------	--------------

Orbene, la consistenza effettiva della posta in argomento è posta in discussione dalle dichiarazioni dei soci nel senso che non hanno mai erogato alcuna somma in favore della società né di dovere nulla alla stessa. Peraltro, risulta per tabulas che la voce “Crediti diversi” rimane aperta sino al fallimento (cfr. mastro anno 2007 sub doc. 35H voce dell’attivo “Crediti commerciali diversi” con saldo al 31.12.2007 di € 399.091,89).

Conseguentemente, può ritenersi che le somme per complessivi € 267.752,95, non essendo state effettivamente versate nelle casse della società, debbano essere detratte dalla corrispondente posta del patrimonio netto, “Finanziam. Soci Legge 388/2000”, a partire dal 31.12.2002.

Successivamente, in data 01.03.2005, il saldo aumenta sino a € 836.814,34 a seguito della seguente registrazione contabile per € 350.000,00 (cfr. registrazione contabile 1.3.2005 sub doc. 35i):

Soci c/sottoscrizioni a Conto per futuro aumento capitale sociale L. 488/92

Il conto “Soci c/sottoscrizioni” viene alimentato da innumerevoli registrazioni di immissione di denaro in Cassa.

In effetti, dall’esame del libro delle assemblee emerge che, in data 01.03.2005, l’assemblea delibera di acquisire altro versamento in conto futuro aumento capitale sociale di € 350.000,00; tuttavia, il verbale non è sottoscritto da alcuno, pur recando quale Presidente, il Sig. G. E. e, quale Segretario, il socio M. L., con constatazione di presenza di tutti i soci (doc. 35L).

Il Sig. M. ha espressamente dichiarato di non avere mai partecipato alla predetta assemblea.

Quindi, anche con riferimento alla consistenza della posta in argomento si registra unanimità di dichiarazioni da parte dei soci (C., Z. e M.) nel senso di non aver mai sottoscritto né erogato alcun prestito in favore della S. srl.

Tali dichiarazioni sono confortate dalla totale assenza di riscontri bancari e documentali certi relativamente agli apparenti contributi finanziari.

Conseguentemente, può quindi ritenersi che le somme per complessivi € 350.000,00 non siano state effettivamente versate nelle casse della società fallita e che dunque la corrispondente posta del patrimonio netto, “Finanziam. Soci Legge 388/2000” (poi “Versamenti c/aumento cap. sociale”) debba essere decurtata di ulteriori € 350.000,00 a partire dal 31.12.2005.

7.12. Con riferimento al conto “ Insussistenze passive”.

Nel bilancio al 31.12.2007 (cfr. doc. 6), il conto presenta un saldo finale (in dare del Conto Economico) di € 465.993,48.

La posta in commento si origina prevalentemente attraverso due scritture (cfr. mastro 2007 doc. 36):

- la prima di giroconto della voce Crediti pluriennali per € 161.532,00 (di cui si è già detto sopra);

- la seconda di giroconto, in data 07.07.2007, della voce Crediti v/C. s.r.l. (cliente) per € 287.695,26.

Orbene, la C. s.r.l. è stata dichiarata fallita in data 21.11.2003 (il fallimento è stato chiuso in data 25.05.2007) e dalla visura Cerved risulta che G. E., Amministratore Unico della S. s.r.l., era anche Presidente del CdA della C. s.r.l. (cfr. Cerved C. srl doc. 37).

In buona sostanza, il credito v/C. s.r.l., pari a € 287.695,26, doveva essere svalutato sin dal 2003.

8.13. L'esame ed i riscontri relativi alla "Voce Crediti / Insoluti" depone nel senso della sua fittizietà.

Nel bilancio al 31.12.2007, il conto presenta un saldo finale (in dare) di € 145.099,59.

L'amministratore ha dichiarato di non essersi «mai interessato in prima persona delle vicende contabili e amministrative che erano invero delegate ai vari professionisti e dipendenti incaricati» (cfr. verbale di ascolto sub doc. 11).

La posta è da ritenere insussistente perché non supportata dalla documentazione all'uopo necessaria.

L'errata appostazione delle voci «Crediti pluriennali (retro par. 7.1), Crediti diversi (retro par. 7.7), Soci c/Prestiti infruttiferi (retro par. 7.8), Rimanenze finali (retro par. 7.9) e Credito c/C. srl (insussistenze passive, retro par. 7.12), conto futuro aumento di capitale L. 488/92 (retro par. 7.11.1), conto finanziamento soci L. 388/2000 (retro par. 7.11.2), conto clienti Riba (retro par. 7.6) e clienti insoluti (retro par. 7.7)» impone la revisione e la riclassificazione dei bilanci da cui scaturisce:

1°) che le perdite, occultate nel bilancio al 31.12.2005 (approvato il 29.06.2006 con il parere favorevole del collegio sindacale, chiuso con un utile apparente di esercizio di € 49.165,00) sono pari ad € 3.605.594,98 (risultato questo rinveniente dalla sommatoria delle seguenti voci rettificare: conto futuro aumento di capitale sociale L. 488/92 € 486.814,33; finanziamento soci L. 388/00 € 617.752,95; sanzioni per interessi € 221.575,41; crediti pluriennali 177.813,13 + 161.532,00; crediti diversi € 155.338,94; soci/prestiti infruttiferi € 438.500,00; rimanenze finali € 1.058.572,96; insussistenze passive € 287.695,26).

L'esercizio di riferimento, pertanto, è da considerare chiuso, anziché con un risultato positivo di € 49.165,00, con una perdita di € 3.556.429,98 (id est € 3.605.594,98 – € 49.165,00).

Conseguentemente, la società, già nel corso dell'anno 2005, versava in uno stato di liquidazione virtuale attesa la verificata causa di scioglimento ex art. 2484 n. 4 c.c. con l'insorgenza dei doveri previsti dall'art. 2482 ter, 2484 III co., 2485 I co. e 2486 c.c. (in capo all'amministratore) e quindi, in caso di omissione ovvero di negligente ritardo da parte dell'organo gestorio, quelli di cui all'art. 2406 e 2485 c.c. in capo al collegio sindacale.

2°) che il bilancio al 31.12.2006 (approvato con il parere favorevole del collegio sindacale, chiuso con una perdita apparente di € 1.118.559,00) ha di fatto ed in concreto occultato perdite per € 2.470.937,48 (risultato questo rinveniente dalla sommatoria delle seguenti voci rettifiche: conto futuro aumento di capitale L. 488/92 € 468.734,89; finanziamento soci L. 388/00 € 617.752,95; sanzioni e interessi € 110.070,31; crediti pluriennali € 177.813,13 + 161.532,00; crediti diversi € 155.338,94; soci c/ prestiti infruttiferi € 492.000,00; insussistenze passive € 287.695,26).

Conseguentemente, l'esercizio relativo all'anno 2006 registra una perdita di € 3.589.496,48 (scaturita da € 1.118.559,00 + € 2.470.937,48).

3°) che il bilancio al 31.12.2007 (approvato con il parere favorevole del collegio sindacale, chiuso con una perdita di € 2.043.864,73) ha di fatto ed in concreto occultato perdite per € 1.923.688,59 (risultato questo rinveniente dalla sommatoria delle seguenti voci rettifiche: conto futuro aumento di capitale L. 488/92 € 468.734,89; finanziamento soci L. 388/00 € 221.711,73; sanzioni e interessi € 162.517,46; crediti pluriennali € 177.813,13; clienti Riba € 123.362,81; clienti insoluti € 145.099,59; crediti diversi € 155.338,94; soci c/ prestiti infruttiferi € 469.110,04).

Conseguentemente, l'esercizio relativo all'anno 2007 registra una perdita di € 3.967.553,32 (scaturita da € 2.043.864,73 + 1.923.688,59).

Dunque, le gravi irregolarità contabili, colpevolmente non rilevate dal collegio sindacale, hanno consentito all'amministratore unico di occultare le perdite maturate negli anni 2005/2006/2007 e, quindi, di proseguire nell'attività d'impresa contraendo negli anni 2006 e 2007 nuove operazioni commerciali e di porre in essere i gravi fatti di distrazione retro dedotti [cfr. bilancio contabile al 31.12.2005 e relative

rettifiche, bilancio contabile al 31.12.2006 e relative rettifiche, bilancio contabile al 31.12.2007 e relative rettifiche].

Tutte tali circostanze saranno oggetto di ulteriore trattazione, produzione documentale e deduzioni istruttorie nel corso del processo ed all'esito delle avverse difese.

Sul danno conseguente alle condotte illecite imputabili all'amministratore e rese possibili dall'occultamento delle perdite.

Ribadito e precisato che l'esercizio relativo all'anno 2005 si caratterizza per la verificata (ma occultata) causa di scioglimento e che della stessa l'amministratore poteva venirne a conoscenza sin dai primi mesi del detto anno ove si fosse comportato diligentemente [già con la corretta appostazione (rectius abbattimento) della voce rimanenze], le attività commerciali pure, poste in essere negli anni 2006 e 2007, hanno aggravato notevolmente la situazione economico-patrimoniale della società (già di deficit nel corso dell'esercizio 2005), violato gli artt. 2423 e ss., 2482 ter, 2484 n. 4, 2485 e 2486 e 2487 c.c. nonché gli artt. 216, 217, 223 e 224 L.F. .

Infatti, l'esame della documentazione sociale e delle operazioni poste in essere negli anni 2006 e 2007 consente di affermare che l'amministratore, nonostante la verificata causa di scioglimento, non ha svolto un'attività liquidatoria (e comunque conservativa dell'integrità e del valore del patrimonio) bensì commerciale e lucrativa da cui è scaturito un grave pregiudizio per la società.

In termini economici e numerici, le dette attività (censurabili perché contrarie alla disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 2482 ter, 2484 n. 4 e 2486 c.c.) hanno prodotto un danno che si quantifica prudentemente in complessivi € 1.736.821,96 di cui € 50.383,48 imputato ai fatti di distrazione (retro sub par. 7.2 e 7.3) ed € 1.636.055,00 imputato all'insieme delle operazioni poste in essere negli anni 2006 e 2007 aumentato degli oneri finanziari e delle sanzioni e degli interessi non contabilizzati. Sotto tale ultimo profilo, si precisa che il valore di € 1.636.055,00 rappresenta il risultato economico negativo puro della gestione caratteristica (ripartito quanto ad € 1.528.887,00 all'esercizio 2007 e quanto ad € 107.168,00 all'esercizio 2006).

In subordine, atteso che al collegio sindacale si contesta il non aver impedito non solo la prosecuzione dell'attività a valle della verificata causa di scioglimento ma anche il non aver impedito il dissesto ovvero il suo aggravamento, il danno può essere determinato nella misura pari alla differenza tra l'attivo ed il passivo fallimentare.

Infatti, è giurisprudenza consolidata che, laddove si contesti l'aver provocato ovvero aggravato il dissesto, il pregiudizio può essere determinato e quantificato nella differenza tra i valori dell'attivo e del passivo fallimentare (Cass. 2008/17033; Cass. 1997/9252; Corte d'Appello Bologna, 12-01-2004 “ Il danno richiedibile agli amministratori e ai sindaci può essere quantificato secondo il criterio della differenza tra passivo e attivo fallimentare (salva la prova del maggior danno), qualora ad essi sia imputabile il dissesto della società fallita o il suo aggravamento, imputabilità che può discendere anche solo dalla continuazione dell'attività sociale in presenza della situazione regolata dall'art. 2446 (o 2447) codice civile senza avere adempiuto agli obblighi ivi previsti o comunque con il compimento di operazioni rischiose, ovvero in presenza di uno stato di crisi che avrebbe giustificato l'immediato ricorso ad una procedura concorsuale”).

Sull'omesso/negligente controllo addebitabile all'organo di controllo e sul nesso causale tra questo ed il danno subito dalla società.

Il Collegio sindacale, insediatosi il 29 giugno 2005, avrebbe dovuto e potuto rilevare la mala gestio dell'amministratore (sotto il profilo delle gravi irregolarità che avevano occultato la causa di scioglimento) ed avrebbe potuto e dovuto evitare il compimento dei nuovi fatti di gestione e di distrazione posti in essere dall'amministratore nel corso negli anni 2006 e 2007 nonché il danno a questi conseguenti; e tanto sin dai mesi immediatamente successivi al suo insediamento.

In fatto:

1°) il collegio sindacale ha proposto all'assemblea l'approvazione del bilancio al 31.12.2005 (avvenuta il 29.06.2006) con indicazione di “Rimanenze finali” per complessivi € 2.136.042,00 sebbene il dato non fosse conforme al vero e nonostante la scrittura in rettifica eseguita dall'organo amministrativo nella prima metà dell'anno 2006.

I sindaci, con gravissimo e notevole ritardo (id est nella loro relazione al bilancio al 31.12.2006 e nel verbale di verifica del 30.03.2007, cfr doc. 38) s'interessano della errata appostazione e pur tuttavia si limitano ad un mero rilievo cui non fa seguito alcuna presa di posizione a tutela della società.

2°) il Collegio non ha esaminato e verificato diligentemente le diverse poste contabili costituenti il " patrimonio netto"; mutatis mutandis, avrebbe avuto contezza:

A) della fittizia formazione di alcune riserve ("Conto per futuro aumento cap. soc. L. 488/92", poi denominato "Riserva straordinaria" e "Finanziam. Soci L. 388/2000", poi denominato "Versamenti c/aumento c.s.");

B) della pari fittizia registrazione di alcune poste di Credito dell'attivo patrimoniale (e cioè quelle relative a Crediti diversi, Crediti pluriennali, Soci c/prestiti infruttiferi).

3°) il Collegio, con riferimento al valore delle Rimanenze finali al 31.12.2005, non avrebbe dovuto convalidare il dato riportato dall'A.U. nel progetto di bilancio 2005 atteso che, in data 30.06.2006, veniva registrata nelle scritture contabili l'operazione di rettifica delle giacenze iniziali per il 2006.

La negligenza del collegio che, nel mese di giugno 2006, approva un bilancio che riporta supinamente il dato delle rimanenze finali senza procedere ad un'attenta verifica e ad un riscontro effettivo, è di tutta evidenza.

Vi è inoltre da riferire che gli stessi sindaci [solo in data 30.03.2007, e successivamente alla lettura nelle scritture contabili dell'operazione di giroconto del valore delle rimanenze per € 1.058.572,96 registrata in data 30.06.2006 (e quindi ben 9 mesi prima!)] riscontrano: "dopo un'attenta e approfondita lettura dei dati di bilancio, tra le poste straordinarie del conto economico, una svalutazione delle giacenze di magazzino iscritte nel bilancio d'esercizio 2005 per un ammontare di poco superiore ad 1.000.000,00 (un milione di euro)"; e solo il 30.03.2007 si limitano ad una mera richiesta di chiarimenti.

In buona sostanza, essendo stata la rettifica del magazzino relativo al 2005, annotata contabilmente in data 30.06.2006, se il collegio sindacale, prima di relazionare in merito al bilancio del 2005, e quindi

nel mese di giugno del 2006, avesse chiesto di verificare la voce relativa alle Rimanenze finali, avrebbe avuto contezza della rettifica ed acclarato che il valore delle rimanenze finali indicato nel bilancio del 2005 non corrispondeva al vero.

Ma v'è di più.

L'Amministratore ha dichiarato di aver incontrato i sindaci soltanto nell'estate del 2007 così contraddicendo quanto risulta dai verbali di assemblea relativi all'approvazione dei bilanci al 31.12.2004 e 31.12.2005 (cfr. verbali sub doc. 11); la dichiarazione dell'amministratore unico è confortata da quella resa dal socio M. L. il quale non avrebbe mai assistito né ha mai avuto contezza di verifiche in azienda da parte del collegio sindacale (cfr. doc. 15).

Da quanto sopra esposto e documentato è agevole inferire che le verifiche del collegio sindacale non sono mai effettivamente avvenute ovvero, e nella migliore delle ipotesi, non sono state eseguite con la diligenza e la professionalità richieste dalla funzione che assunsero il 29 giugno 2005.

La negligenza e l'imprudenza del collegio sindacale è di tutta evidenza ed è resa oltremodo censurabile dalla sussistenza di circostanze qualificate dalla dottrina commerciale e aziendalistica nonché dalla giurisprudenza come "indici di rischio" che impongono una particolare attenzione e prudenza nello svolgimento dell'attività di controllo. Infatti, già in sede di prima verifica trimestrale (01 settembre 2005) e della successiva del 25.11.2005, il collegio sindacale aveva riscontrato gravissime anomalie e irregolarità (id est l'omesso versamento di imposte e contributi, la contabilizzazione di consistenti e costanti prelievi di somme da parte dei soci, la reticenza dell'organo amministrativo in ordine alla detta contabilizzazione (cfr. doc. 15).

Tali circostanze, dunque, imponevano un controllo ed un'analisi particolarmente attenta dell'intero assetto organizzativo e contabile ivi comprese le voci oggetto di rettifica da parte della curatela.

Il collegio sindacale, invece,: 1) non ha adottato alcuna iniziativa concreta perché fossero appurate le condotte rilevate nelle verifiche del 1.9.2005 e 25.11.2005; 2) ha proposto l'approvazione del bilancio al 31.12.2005 attestando la conformità dei dati in esso contenuti e, quindi, anche di quelli precedenti alla data della nomina (ivi comprese le voci del patrimonio netto e dei Crediti riportati nelle scritture

contabili e nei relativi bilanci); 3) non ha analizzato assolutamente ovvero con la diligenza e la tecnica all'uopo previste le voci erroneamente appostate e tra queste quella afferente le "rimanenze di magazzino"; 4) ha consentito che l'amministratore inviasse al Registro delle Imprese (e in data 7.7.2006) il bilancio relativo all'anno 2005 senza che lo stesso riportasse la rettifica eseguita il precedente 30 giugno 2006.

E tutto questo senza considerare che l'aver attribuito la gestione ad un amministratore unico costituisce, unanimemente, un "indice di rischio" che impone al collegio sindacale una maggiore attenzione nello svolgimento delle sue funzioni.

IN DIRITTO

Quanto dedotto in fatto delinea nitidamente la responsabilità dell'organo di controllo ed il corrispondente diritto della curatela al risarcimento dei danni che la società non avrebbe subito se il collegio sindacale avesse svolto diligentemente e professionalmente le funzioni ad esso riconosciute dall'ordinamento, azionando altresì tempestivamente gli strumenti endo ed extra societari all'uopo previsti.

L'art. 2407 c.c. recita: " i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni(primo comma); i sindaci sono solidalmente responsabili con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica" (secondo comma).

Orbene, la responsabilità concorrente dei sindaci presuppone l'illecito dell'organo amministrativo ed il suo accertamento deve essere svolto tenendo presente:

1°) che il rapporto tra la società ed i sindaci trova la sua fonte nella delibera di nomina ed ha natura contrattuale;

2°) che le funzioni del collegio sindacale, soprattutto in assenza di un revisore contabile, sono previste e devono essere svolte non solo nell'interesse della società ma anche dei creditori sociali e dei terzi in genere, come si ricava agevolmente dalle norme in materia di integrità del capitale sociale e di redazione del bilancio;

3°) che il collegio sindacale, ai sensi degli artt. 2477, 2403 e 2403 bis c.c., vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei

principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile ove non escluso dall'atto costitutivo; può procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione e di controllo, richiedere notizie agli amministratori circa l'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari;

4°) che gli artt. 2403 bis, art. 2406 c.c., 2482 bis e 2485 c.c. (in caso di perdite rilevanti) e l'art. 2409 c.c. (nell'ipotesi di nomina obbligatoria ex art. 2477 II/III co. c.c.) attribuiscono al collegio sindacale poteri particolarmente incisivi ed in grado, se esercitati tempestivamente, di evitare gli effetti pregiudizievoli della mala gestione amministrativa.

Orbene, i poteri-doveri riconosciuti ed imposti al collegio sindacale in tema di vigilanza sulla corretta amministrazione, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo corretto funzionamento, soprattutto in assenza di un revisore contabile, presuppongono l'esame e la verifica dell'intera gestione e dei singoli atti, ivi compresa l'osservanza dei principi positivi (e non) afferenti la redazione del bilancio (cfr. art. 2423 e ss. c.c. ed i cc. dd. principi contabili).

Ne consegue, da un lato, l'estensione del concetto di vigilanza sulle attività che precedono le determinazioni assunte dal management e, dall'altro, l'affermazione della sindacabilità di tutte quelle operazioni che arrechino o possano arrecare pregiudizio alla situazione economica e patrimoniale della società (c.d. "sindacato sulla legittimità sostanziale").

Infatti, la dottrina prevalente e la stessa prassi aziendalistica ritengono che il collegio debba verificare che la gestione venga svolta nell'interesse della società, nei limiti dell'oggetto sociale, sia prudente e non avventurosa, informata ed avveduta, che non siano compiute operazioni manifestamente imprudenti, azzardate ovvero che possano compromettere la consistenza del patrimonio sociale.

E proprio al fine di dare piena attuazione a siffatti postulati che il legislatore del 2003 riconosce al collegio specifici e generali poteri atti ad impedire che la mala gestione degli amministratori rechi danno alla società e/o ai terzi; prevedendo, al contempo, la responsabilità (anche penale) dell'organo di controllo (giurisprudenza pacifica, ex multis cfr. Cass. pen., sez. V 27-10-1998 n. 11294 " Il reato di cui

all'art. 217 legge fallimentare, richiamato dall'art. 224 legge medesima per i fatti di bancarotta semplice commessi dagli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società dichiarate fallite, è un reato di pericolo presunto, punibile anche a titolo di colpa, e come tale prescinde dall'accertamento del danno. Ne deriva che l'omessa tenuta della contabilità, una volta intervenuta la sentenza dichiarativa di fallimento, è penalmente sanzionata per la mera possibilità di lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, di talché del tutto irrilevante il fatto della mancanza di un effettivo pregiudizio economico per i creditori in conseguenza dell'omissione suddetta"; Tribunale Lecce, 30-11-1993 " I sindaci delle s.p.a. sono soggetti posti dall'ordinamento giuridico in una posizione di garanzia avendo l'obbligo, tra gli altri, di attivarsi al fine di impedire che gli amministratori compiano atti contrari alla legge e, dunque, fatti penalmente rilevanti; pertanto, sono punibili, a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dagli amministratori di una s.p.a., i componenti del collegio sindacale che non abbiano consapevolmente esercitato i poteri-doveri di controllo attribuitigli dalla legge, accettando il rischio che tali reati (nel caso di specie: fatti di bancarotta fraudolenta) potessero realizzarsi").

In linea generale ed a far data dal 1.1.2004 (entrata in vigore della novella), il collegio sindacale non può limitarsi ad un'attività di tipo meramente formale e stereotipata ma deve esercitare un controllo effettivo (cfr. Trib. Como 17.3.2005 " non solleva il collegio da responsabilità la generica richiesta di chiarimenti al consiglio di amministrazione qualora tale richiesta sia del tutto inevasa dall'organo gestorio e non seguita poi da alcuna effettiva reazione da parte dei componenti dell'organo di controllo", in Giur. Comm., 2007).

Orbene, i sindaci possono venire a conoscenza dei fatti oggetto di censura e che, quindi, impongono un loro intervento (ex art. 2406, 2482 bis-ter, 2485 c.c. etc.), durante le visite e le verifiche periodiche in azienda (ivi compreso l'interpello degli impiegati addetti all'ufficio amministrativo), nel corso delle riunioni del C.d.A. e delle assemblee, nel corso degli atti di ispezione e di controllo previsti dall'art. 2403 bis c.c. e finalizzati alla raccolta di dati e notizie per la conoscenza delle modalità adottate dall'organo amministrativo nel compimento delle decisioni gestorie (cfr. G. Bianchi in Amministratori e Sindaci;

Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Il collegio sindacale in Commentario alla riforma delle società Vol. IV).

Ne consegue che, se nello svolgimento delle sue funzioni e nell'assolvimento dei suoi doveri, viene a conoscenza di fatti di rilevante gravità (2406 II co. c.c.) ovvero di omissioni ovvero di gravi ritardi da parte degli amministratori (2406 I co. c.c.), il collegio sindacale ha il diritto-dovere di intervenire convocando l'assemblea e, financo, di attivare l'intervento surrogatorio del tribunale (ex artt. 2485 e 2487 c.c. per l'accertamento della causa di scioglimento e/o la nomina dei liquidatori e, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, per i provvedimenti di cui all'art. 2409 c.c.).

Va da sé che, se i fatti di mala gestio e la causa di scioglimento non vengono rilevati a causa dell'omesso ovvero negligente controllo, la responsabilità è da ritenere in re ipsa, fatta comunque salva la necessità di provare il nesso causale tra la condotta omissiva ed il danno prodotto, seppur in termini probabilistici, dalla gestione successiva al verificarsi della causa di scioglimento.

Con specifico riferimento all'ipotesi della perdita ex art. 2482 ter c.c., è noto che gli amministratori devono accertare ed iscrivere senza indugio la causa di scioglimento (ex combinato disposto degli artt. 2484 e 2485 c.c.) e convocare senza indugio l'assemblea per la ricapitalizzazione ovvero la trasformazione della società (artt. 2482 ter e 2484 n. 4 c.c.), in difetto per i provvedimenti di cui all'art. 2487 c.c. .

Quindi, se al verificarsi della causa di scioglimento il patrimonio della società continua invece ad essere esposto al rischio d'impresa, gli amministratori rispondono nei confronti della società e dei creditori sociali per il decremento che il patrimonio medesimo subisce a causa dell'illegittima prosecuzione dell'attività commerciale e, dunque, in una situazione in cui i costi dei fattori produttivi sono maggiori dei ricavi della produzione.

Per tale motivo, ed alla luce del riformato art. 2486 c.c., gli amministratori rispondono delle conseguenze scaturite dalla complessiva "gestione non conservativa" posta in essere a valle della verificata causa di scioglimento e, quindi, delle perdite emerse nel periodo in cui la società era da ritenere in una situazione di liquidazione virtuale.

E' evidente l'esigenza di porre la società ed i terzi al riparo da eventuali atti illegittimi e pregiudizievoli che dovessero compiere gli amministratori nonostante la verificata causa di scioglimento.

Ratio legis, questa, resa ancor più cristallina dal potere-dovere del collegio sindacale di ricorrere al tribunale per l'accertamento della causa di scioglimento e/o per la nomina dei liquidatori (art. 2485 II co. e 2487 II co. c.c.); ricorso, questo, che, se proposto tempestivamente, è in grado di impedire la prosecuzione dell'attività commerciale e l'eventuale danno a questa conseguente.

Il legislatore della riforma pretende dal sindaco un'attività diligente e professionale, il sindaco deve comportarsi da ottimo controllore ed evitare il compimento di atti pregiudizievoli da parte dell'organo amministrativo (ex plurimis, Trib. Tortona 10.03.2008 “ la funzione del collegio sindacale impone il compimento di una serie di compiti attivi che non possono ridursi ad una mera sequela di avvisi, lettere e, da ultimo, in caso di resistenza dell'organo amministrativo, alle dimissioni dei singoli componenti. Infatti, sotto il profilo della diligenza è obbligo dei sindaci attivare tutte le condotte possibili per impedire od attenuare le conseguenze dannose per la società derivanti dalle condotte degli amministratori” edita in *Le Società* n. 7/2008; Trib. Napoli 28.1.2009 “ a seguito della riforma del diritto societario, ai fini dell'individuazione della responsabilità dei sindaci ai sensi dell'art. 2407 II co. c.c., è divenuto decisivo il momento informativo nel senso che l'acquisizione delle informazioni necessarie all'espletamento delle funzioni di controllo non è oggetto di mera facoltà discrezionale, ma è attività doverosa in quanto funzionale al diligente esercizio dell'attività di vigilanza”, edita in *Le Società* 11/2009). Ma v'è di più. La diligenza che deve presiedere e guidare l'attività di controllo dev'essere modulata in relazione alle situazioni concrete; e pertanto, i controlli e le verifiche devono essere via via più analitici e più intensi in presenza di quelle circostanze aziendali meglio note come “ indici di rischio”.

Ne consegue che da un omesso ovvero da un negligente controllo potrà scaturire la responsabilità solidale del collegio tutte le volte in cui il danno conseguente alla mala gestione non si sarebbe verosimilmente (e non “certamente”) verificato (cfr. G.U. Tedeschi «non è possibile conseguire una verità oggettiva; ci si deve limitare a presupporre una

verità fondata sullo sviluppo normale degli eventi in rapporto alle finalità tipiche dell'istituto», in Il Collegio sindacale, Commentario Schlesinger).

Nella specie si registrano, da un lato, numerose e gravissime irregolarità contabili che hanno occultato le perdite rilevanti ai sensi dell'art. 2482 ter c.c. e consentito all'amministratore di continuare ad operare nonostante la verificata causa di scioglimento e, dall'altro, un'attività di vigilanza e controllo sostanzialmente inesistente non solo con riferimento ai doveri ed ai poteri di cui agli artt. 2403 e 2403 bis c.c. ma anche con riferimento a tutti quegli strumenti (endo ed extra societari) che il legislatore ha messo a disposizione del collegio sindacale per evitare la illegittima prosecuzione dell'attività d'impresa e, quindi, il danno a questa conseguente (artt. 2406, 2485, 2487 e 2409 c.c.).

Un diligente ed accorto controllo e verifica delle risultanze contabili relative all'esercizio dell'anno 2005, abbinato al doveroso interpello del personale addetto alla contabilità e dei soci [attese le riscontrate incongruenze riscontrate già in sede di prima verifica trimestrale (01 settembre 2005)], avrebbe fatto emergere le gravi irregolarità retro individuate e consentito al collegio sindacale di denunciare, sin dal mese di novembre 2005, la verificata causa di scioglimento.

Conseguentemente, avrebbe potuto e dovuto esercitare i poteri di cui agli artt. 2406, 2485, 2487 e, financo, dall'art. 2409 c.c. (ricorrendo l'ipotesi di cui al IV comma dell'art. 2477 c.c.).

Attraverso siffatti strumenti, endo ed extra societari, avrebbe evitato verosimilmente la prosecuzione dell'attività commerciale negli anni 2006 e 2007 e, quindi, il danno da questa scaturito.

E' invece accaduto che l'omissione (ovvero il negligente esercizio) dei compiti attivi di vigilanza e controllo hanno consentito ed agevolato la mala gestio dell'amministratore che, e come risulta da un'attenta analisi della documentazione prodotta e di quella che verrà depositata in corso di causa, ha addirittura aggravato il dissesto; da qui la responsabilità solidale e concorrente degli odierni convenuti (ex art. 2407 c.c.) ed il conseguente obbligo di risarcire il danno prodotto dalla gestione non conservativa posta in essere negli anni 2006 e 2007.

Nonostante i gravi fatti omissivi ed il danno che ne è scaturito, sono rimaste prive di riscontro le diffide formulate dal curatore e dal sottoscritto procuratore.

Tutto quanto sopra premesso, il fallimento Stima srl, in persona del curatore p.t., così come rappresentato difeso ed elettivamente domiciliato

CITA

B. S. , residente in Lecce alla Via F. 39; G. L. , residente in Lecce alla Via B. 8/6; nonché S. L. ,residente in Lecce alla via T. 57 a comparire innanzi al Tribunale di Lecce all'udienza del 30 gennaio 2011 ore di rito con invito a costituirsi nelle forme di legge ed almeno venti giorni prima la fissata udienza e con l'avvertimento che la costituzione oltre il predetto termine comporterà le decadenze di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c. e che in difetto si procederà in loro contumacia per ivi sentire accogliere le seguenti conclusioni. Voglia l'On.le Tribunale di Lecce:

- Accertare e dichiarare, per i motivi in fatto e diritto esposti nella narrativa del presente atto, la responsabilità degli odierni convenuti ai sensi dell'art. 2407 c.c.;*

- per l'effetto, condannare in solido gli odierni convenuti (B. S., G. L. e S. L.) al risarcimento del danno subito dalla società e quantificato nella somma di € 1.736.821,96 ovvero in quella maggiore o minore che risulterà dovuta all'esito dell'istruttoria oltre interessi e rivalutazione monetaria dal sorgere del diritto all'effettivo soddisfo.*

- condannare infine gli odierni convenuti al pagamento delle spese e competenze di giudizio.*

In via istruttoria, la curatela deposita i documenti richiamati nel presente atto di citazione e riserva di altro dedurre e produrre nei termini di rito ed all'esito delle avverse difese ed eccezioni.

Dichiara che il valore della causa è pari ad € 1.736.821,96 ed il relativo contributo unificato ammonta ad € 1.221,00 .

Salvezze illimitate.

Lecce 15 ottobre 2010

Avv. A. R. R.

II. Il commento

La responsabilità dei sindaci nella riforma societaria

di

Luca Pulli e Nicola Fiore

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Responsabilità esclusiva e responsabilità concorrente. - 2.1. La responsabilità solidale con gli amministratori. – 3. Il criterio della diligenza.

1. L'art. 2407 definisce i principi e le procedure che regolano la responsabilità dei sindaci nei confronti della società, dei creditori e dei terzi. La norma, pur non essendo mutata radicalmente, presenta alcune importanti modifiche rispetto alla disciplina previgente.

In primo luogo, è mutato il criterio della diligenza da assumere come parametro per la determinazione della responsabilità: il riferimento alla diligenza del mandatario è stato, infatti, sostituito dai criteri della «professionalità» e della «diligenza richieste dalla natura dell'incarico». Nell'interpretazione della nuova disposizione andrà, quindi, innanzitutto, valutato se sia richiesto ai sindaci, nella sostanza, un diverso grado di diligenza o se l'espressione attualmente usata non sia altro che una esplicitazione del parametro della diligenza del mandatario.

Nessuna modifica ha subito, invece, il secondo comma della disposizione in esame, che prevede per i sindaci la responsabilità solidale con gli amministratori nel caso di fatti o omissioni di questi ultimi, qualora il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. Resta peraltro da vedere se, nonostante, l'identica formulazione testuale rispetto alla previgente disciplina, la riforma e, in particolare, la nuova disciplina del collegio sindacale abbiano portato novità interpretative con riferimento alla responsabilità solidale di sindaci ed amministratori. Eventuali differenze interpretative potrebbero emergere, d'altro canto, dal significato attribuito al nuovo criterio di diligenza.

Importanti modifiche alla disciplina sono state introdotte, infine, per quanto concerne gli aspetti procedurali dell'azione di responsabilità, che sono disciplinati mediante il richiamo di alcune delle norme

in tema di responsabilità degli amministratori. Oltre agli artt. 2393 (azione sociale di responsabilità) e 2394 (responsabilità verso i creditori sociali), si rinvia, per quanto applicabili ai membri del collegio sindacale, agli artt. 2393-bis (azione sociale di responsabilità esercitata dai soci) e 2394-bis (azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali), nonché all'art. 2395 (azione individuale del socio e del terzo). Si deve notare che l'espresso richiamo a quest'ultima norma risolve in modo definitivo la questione, dibattuta, della possibilità di un'azione di responsabilità verso i sindaci da parte di singoli soci e di terzi, possibilità che, in mancanza di un'espressa previsione, era fortemente discussa.

2. Nell'analisi dell' art. 2407 si è soliti distinguere due diverse circostanze nelle quali può sorgere la responsabilità dei sindaci.

La prima ipotesi contemplata dalla norma si verifica quando i sindaci sono, essi soli, responsabili per aver agito in modo difforme rispetto ai criteri di diligenza previsti e qualora da tale condotta sia derivato un danno alla società. Nella seconda ipotesi, invece, il comportamento dei sindaci si accompagna necessariamente a una condotta degli amministratori. Si seguirà, pertanto, nel seguito del commento, la tradizionale distinzione tra responsabilità esclusiva e responsabilità concorrente, con l'avvertenza, peraltro, evidenziata dalla dottrina dominante, che le due ipotesi - pur generando problemi interpretativi diversi - non devono considerarsi contrapposte, giacché, anche nella seconda, il presupposto per la responsabilità dei sindaci è una loro inadempienza. Essi, quindi, rispondono anche in questo caso per fatto proprio e non per fatto altrui.

Non si pongono, quindi, nuovi particolari problemi interpretativi per quanto concerne questi aspetti, sui quali ci si può limitare, pertanto, a richiamare i principali punti di arrivo interpretativi.

Si deve, in primo luogo, ricordare che è opinione pacifica che la norma, nonostante menzioni espressamente alcuni casi di violazione dei doveri di sindaci, ricomprende qualsiasi ipotesi di mancata esecuzione dei doveri del collegio sindacale, sia che si tratti di violazione di precisi compiti individuati dalla legge, sia che si tratti dei generali doveri di controllo indicati dall' art. 2403, sia, infine, che si tratti di «funzioni *lato sensu* gestorie».

E' evidente che, eccettuate le situazioni in cui esistono precisi obblighi di comportamento in capo ai sindaci, la prestazione a questi ultimi richiesta è, per sua natura, di contenuto incerto e determinabile solo in concreto, dovendosi rinviare ai doveri di controllo del collegio.

Oltre che rimandare implicitamente ai doveri propri della carica, la norma dispone espressamente che i sindaci sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Al riguardo è stato osservato, da un lato, che l'obbligo di segretezza è stabilito in funzione dei poteri di ispezione e d'informazione attribuiti, anche singolarmente, ai sindaci. Dall'altro lato, si è evidenziato che la responsabilità dei sindaci per la verità delle loro attestazioni ha una portata decisamente ampia, dal momento che nell'ambito delle attestazioni devono essere ricomprese tutte le dichiarazioni e le attestazioni eseguite dai sindaci, quali quelle relative alle condizioni economiche della società (dichiarazioni contenute nella relazione al bilancio, nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale), nonché quelle relative agli atti di ispezione e di controllo eseguiti di cui sia stato redatto processo verbale, tenendo presente, inoltre, che le attestazioni possono essere non solo scritte, ma anche orali, sia interne alla società sia esterne, vale a dire dirette ai creditori e ai terzi.

Con riferimento alle ipotesi descritte, ciascun sindaco risponderà dei danni cagionati per le proprie inadempienze; nel caso in cui le inadempienze siano attribuibili a più sindaci, tra di loro si applica il principio della solidarietà.

2.1. Il secondo comma dell' art. 2407 disciplina le ipotesi in cui i sindaci non possono cagionare con il loro comportamento un danno alla società o ai terzi, se la loro condotta non è preceduta o accompagnata da una condotta degli amministratori.

Come si è già avuto modo di osservare, è essenziale evidenziare che la fonte della responsabilità dei sindaci è il loro comportamento, il fatto, in altri termini, di non aver vigilato in conformità dei loro doveri. La loro responsabilità, dunque, non discende né deriva automaticamente da quella degli amministratori, accompagnandosi semplicemente il mancato o l'incompleto controllo dei sindaci ad una condotta degli amministratori, di modo che dal concomitante verificarsi di entrambe sia scaturito un danno per la società. L'importanza di questa

precisazione è palese qualora si consideri che da essa discende che non necessariamente il comportamento degli amministratori che ha provocato un danno alla società implica anche la responsabilità dei sindaci: qualora, infatti, questi ultimi abbiano vigilato diligentemente ma, ciò nonostante, si sia potuto produrre il danno derivante dal comportamento degli amministratori, non potrà essere ravvisata alcuna responsabilità in capo ai membri del collegio sindacale.

Dal momento che nulla è mutato nel dato testuale della norma con riferimento alla responsabilità concorrente di amministratori e sindaci, si devono ritenere applicabili gli stessi principi che hanno operato fino a questo momento.

È stato, quindi, ribadito, anche con riferimento all'attuale dato normativo, che i sindaci non rispondono per il fatto in sé degli amministratori, ma rispondono per il danno «solo in quanto sia configurabile, a loro carico, la violazione di un obbligo inerente alla loro funzione e, in particolare, dell'obbligo di vigilare sull'amministrazione della società con la diligenza richiesta dal primo comma dell'art. 2407, di denunciare le irregolarità riscontrate, di assumere le iniziative sostitutive» (Galgano, 2003). Non si tratta, quindi, di una responsabilità oggettiva o indiretta, «essendo essi responsabili, secondo la regola generale dell'art. 2043, solo per il fatto proprio (doloso o) colposo e consistendo qui la colpa nella violazione del loro dovere di vigilare diligentemente sull'operato degli amministratori» (id.).

Con riferimento alle ipotesi in cui la responsabilità dei sindaci è concorrente con quella degli amministratori, si deve peraltro rilevare che, nonostante la formulazione ed i principi desumibili dalla norma siano i medesimi che regolavano la responsabilità prima della riforma, gli accresciuti poteri che il collegio sindacale può, da un lato, esercitare nei confronti degli amministratori (convocazione degli organi amministrativi nelle società quotate e, in ogni caso, impugnazione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione) e, dall'altro, utilizzare per portare a conoscenza dei soci fatti censurabili (convocazione dell'assemblea e relazione annuale alla stessa), per finire con la possibilità di denunciare gravi irregolarità al tribunale *ex art.* 2409, potranno, di fatto, implicare una maggiore severità di giudizio.

La responsabilità dei sindaci concorrente con quella degli amministratori può sorgere, quindi, in tutti i casi di mancata o insufficiente

vigilanza, anche qualora tali carenze si siano manifestate attraverso un inidoneo esercizio dei poteri ispettivi o nel mancato utilizzo dei poteri reattivi attribuiti al collegio.

Quanto alla mancata vigilanza, deve ovviamente farsi rinvio non solo al contenuto dei doveri di controllo del collegio sindacale ed al suo concreto esercizio, ma anche a tutti gli strumenti che sono utilizzabili dal collegio per esercitare l'attività di controllo.

In primo luogo, pertanto, i sindaci dovranno adoperarsi per raccogliere tutte le informazioni necessarie per lo svolgimento della vigilanza. Dovranno, quindi, innanzitutto attivarsi affinché concretamente funzioni quel sistema di flussi di informazioni predisposto dalla riforma, pretendendo - qualora non vengano spontaneamente fornite - le informazioni che gli amministratori sono tenuti a comunicare *ex art.* 2381 e quelle che, nelle società quotate, sono tenuti a comunicare i preposti al controllo interno, nonché mantenendo costanti rapporti, al fine di scambiare informazioni rilevanti, con i revisori e i preposti al controllo interno. I sindaci, inoltre, avendo ricevuto il potere di richiedere informazioni agli amministratori, sono tenuti a farlo ogniqualvolta ritengano che le informazioni in loro possesso (derivate dagli obblighi informativi in capo agli amministratori e dalla partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo) non siano sufficienti per valutare se gli amministratori stiano agendo secondo i principi di corretta amministrazione. Anche con riferimento a singole operazioni, pertanto, i sindaci dovranno chiedere notizie e chiarimenti qualora le informazioni già in loro possesso non siano sufficienti per evidenziare le procedure e le modalità con cui le operazioni stesse sono state decise e verificare, quindi, che rispondano ai principi di corretta amministrazione.

Oltre che adoperarsi secondo la diligenza richiesta nella fase c.d. ispettiva, la responsabilità solidale con gli amministratori, basata sul presupposto che i sindaci non si siano adoperati per evitare il danno, implica un'analisi degli strumenti reattivi di cui l'organo di controllo si può, anzi si deve, servire nel caso riscontri che la gestione della società non segue i parametri di una corretta amministrazione o che si siano verificati all'interno della società fatti censurabili o irregolarità (si veda, a tale riguardo, anche *sub art.* 2403-bis).

In primo luogo i sindaci avranno il dovere di impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione e dell'assemblea che non siano prese in conformità della legge o dello statuto. Oltre a tale provvedimento, in ogni caso in cui i sindaci abbiano motivo di ritenere, in base alle informazioni assunte ed ai riscontri effettuati, che vi siano fatti censurabili da eliminare, dovranno, in primo luogo, renderne edotti gli amministratori, chiedendo la convocazione del consiglio di amministrazione o, nelle società quotate (in virtù dell'art. 151 T.U.F.) procedendo essi stessi alla convocazione. Il primo passo nel tentativo di eliminare il danno che si può produrre verso la società è, quindi, il tentativo di riparazione della situazione irregolare riscontrata ad opera degli stessi amministratori. Il collegio sindacale innanzitutto inviterà, quindi, gli amministratori (su cui, si ricorda, incombe il dovere di vigilanza sugli organi delegati in base all'art. 2381) ad osservare i loro doveri e a sanare eventuali irregolarità riscontrate, anche ponendo un termine per la verifica delle azioni intraprese dagli amministratori.

Qualora le iniziative intraprese coinvolgendo il consiglio di amministrazione non abbiano portato a riscontrare alcun intervento da parte degli amministratori, il collegio sindacale potrà e dovrà convocare l'assemblea, sempre che ricorrano i presupposti di cui all' art. 2406, vale a dire il riscontro di fatti censurabili di rilevante gravità e l'urgenza di provvedere (cfr. *sub* art. 2406). All'assemblea così convocata verranno presentate eventuali proposte per sanare le irregolarità riscontrate e, se del caso, per prendere provvedimenti nei confronti degli amministratori. Nel caso in cui anche l'assemblea non prenda i provvedimenti opportuni, il rimedio che resta al collegio sindacale consiste nella denuncia al tribunale, sempre che i fatti riscontrati costituiscano gravi irregolarità.

E' opportuno peraltro ricordare che, anche nei casi in cui uno o più degli strumenti utilizzati dai sindaci porti agli effetti desiderati, vale a dire l'eliminazione di irregolarità o fatti censurabili rilevati, resta pur sempre in capo al collegio sindacale l'obbligo di riferire all' assemblea in merito ai riscontri effettuati e alle modalità che hanno condotto alla loro eliminazione (si veda *sub* art. 2408).

La conclusione secondo cui la denuncia al tribunale è l'ultimo dei rimedi che devono essere utilizzati dai sindaci è confermata anche dalla considerazione che la conseguenza di tale azione potrebbe essere

la revoca non solo degli amministratori ma anche degli stessi sindaci. L'amministratore giudiziario eventualmente nominato dal tribunale potrebbe, d'altro canto, proporre l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci. E' quindi opportuno che i sindaci abbiano, prima di ricorrere a questa possibilità, provato ad eliminare le irregolarità con gli altri strumenti a disposizione.

Tornando all'analisi della norma, questa pone come condizione per la responsabilità dei sindaci il nesso causale tra condotta dei controllori e danno, affermando che il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci «avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica». Per la sussistenza di tale presupposto non si ritiene, tuttavia, necessario che venga dimostrato in concreto che la condotta dei sindaci avrebbe impedito il verificarsi del danno, essendo impossibile «ricostruire con rigore che cosa sarebbe potuto accadere se i sindaci avessero richiamato gli amministratori ai loro doveri o se avessero segnalato ai soci determinate irregolarità».

La valutazione si fonderà, quindi, sulla constatazione che, in base alle regole dell'esperienza comune, si deve ritenere che un controllo dei sindaci rispondente al criterio della diligenza deve considerarsi idoneo ad impedire il verificarsi del danno conseguente all'azione degli amministratori: una volta stabilita la relazione «logica e cronologica fra l'inadempimento sindacale ed il fatto degli amministratori da cui è derivato il pregiudizio, non sembra però necessaria una positiva dimostrazione della potenziale capacità del controllo ad eliderne le conseguenze, rispondendo tale potenziale capacità alla valutazione legale dell'ipotetico, ordinario evolversi dei fatti» (Cavalli, 1988).

Qualora, quindi, l'inadempienza dei sindaci riguardi i fatti da cui è derivato il danno, il nesso causale si presume, dovendosi, appunto, ritenere che, se i sindaci si fossero adoperati con i mezzi a loro disposizione, l'evento dannoso non si sarebbe prodotto: «è chiaro che la legge non può ammettere, senza contraddirsi, l'inidoneità dei mezzi da essa medesima predisposti rispetto alle finalità tipiche del controllo, perché ciò, svuotando di contenuto il precetto dell' art. 2407, finirebbe per trasformare i (pur innegabili) difetti dell'istituto sindacale in altrettante cause di esenzione da responsabilità» (Cavalli, 1988).

Non essendo mutata la previsione in tema di responsabilità solidale di amministratori e sindaci, non si segnalano nuove questioni in merito

alla solidarietà dell' obbligazione risarcitoria.

Occorre rammentare, tuttavia, che non necessariamente, in caso di danno cagionato dagli amministratori e di mancata vigilanza da parte del collegio sindacale, i sindaci risponderanno per l'intero danno cagionato dagli amministratori. Qualora, infatti, la condotta degli amministratori si componga di più fatti che hanno cagionato danno, i sindaci rispondono solidalmente con gli amministratori solo per quei danni che essi abbiano concorso a cagionare.

Si deve, inoltre, precisare che «il diverso rilievo causale di quanti (sindaci e amministratori) abbiano concorso alla causazione del danno (...) assume (...) rilievo solo nei rapporti interni tra coobbligati (ai fini dell' eventuale esercizio dell' azione di regresso), e non anche nei rapporti esterni che legano gli autori dell'illecito al danneggiato (società, creditori sociali, singoli soci o terzi)» (così Cass., 28 maggio 1998, n.5287, in *Società* 1998, p. 1159 ss.).

Nonostante la legge non lo espliciti, si ritiene, inoltre, che esista un vincolo di solidarietà anche tra i sindaci, qualunque sia il tipo di omissione verificatasi e anche qualora vi sia stata una ripartizione interna di competenze . Del resto, la previsione per cui è esente da responsabilità soltanto il sindaco che, essendo immune da colpa, abbia fatto verbalizzare il proprio dissenso come previsto dall' art. 2404, comma 4, non avrebbe senso se non fosse prevista la responsabilità solidale per tutti i membri del collegio.

Nella ripartizione interna della responsabilità, l'obbligazione risarcitoria potrà essere graduata in modo diverso sulla base dell' effettiva condotta di ciascuno dei membri del collegio sindacale. La responsabilità potrà dunque essere calibrata in modo differente tra i vari sindaci, a seconda del comportamento tenuto da ciascuno di essi, a maggior ragione considerando i poteri individuali che sono oggi attribuiti ai membri del collegio.

La differente posizione dei singoli sindaci può, in particolare, derivare sia dal diverso grado di diligenza con cui essi si sono operati nella fase ispettiva (richiedendo informazioni, compiendo ispezioni), sia nella fase valutativa (nel senso che potrà assumere rilievo l'eventuale dissenso che alcuni sindaci abbiano espresso con riferimento a determinate condotte degli amministratori, a situazioni o operazioni particolari), sia nella fase comminatoria, poiché, visti i poteri che (nelle

società quotate) sono attribuiti anche a due soli membri del collegio, potrebbe aversi la situazione in cui soltanto alcuni sindaci si adoperino per eliminare irregolarità o fatti censurabili riscontrati, convocando gli organi amministrativi o l'assemblea dei soci.

Il fatto che nelle società quotate si possa assistere all'attivarsi solo di alcuni sindaci per l'eliminazione di fatti irregolari riscontrati induce a un duplice ordine di considerazioni.

Da un lato, sarà certamente sufficiente - come si sosteneva anche nel vigore della precedente disciplina - soltanto l'attività di alcuni sindaci per evitare la responsabilità dell'intero collegio, non assumendo rilevanza, da questo punto di vista, che le azioni intraprese siano frutto di un'azione collegiale o meno. Si supponga, cioè, che siano stati rilevati gravi fatti censurabili ma che il collegio, una volta convocati e sentiti gli amministratori, non giudichi opportuno dare luogo alla convocazione dell'assemblea. Due soli sindaci potrebbero decidere di agire in via autonoma e, nonostante il dissenso del collegio, verificato il permanere di gravi fatti censurabili e l'urgenza di provvedere, procedere alla convocazione dell'assemblea. La convocazione dell'assemblea da parte di due soli sindaci potrebbe essere in questo caso sufficiente per evitare la responsabilità dell'intero collegio. Resta vero, tuttavia, che i sindaci dissenzienti potranno far presente l'inerzia dei loro colleghi in sede di relazione all'assemblea.

Nel caso in cui, invece, l'attivarsi di solo uno o alcuni dei sindaci non sia sufficiente ad evitare l'azione di responsabilità, i sindaci che si erano adoperati per evitare il danno (e che avranno anche provveduto a far annotare il loro dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale) non potranno ovviamente essere ritenuti responsabili per i danni derivanti dal mancato intervento.

Resta, in ogni caso, salva la possibilità per il sindaco dissenziente di riferire all'assemblea annuale convocata per l'approvazione del bilancio, che rende ancora più netta la diversa posizione di costoro rispetto agli altri sindaci. Questa possibilità è, anzi, considerata un vero e proprio dovere del sindaco dissenziente nei casi in cui dal suo mancato intervento possa derivare un pregiudizio alla società o ai terzi.

3. Il primo comma dell'art. 2407 è stato modificato con riferimento al parametro della diligenza con cui i sindaci devono espletare le loro

funzioni e in assenza della quale può sorgere la loro responsabilità per i danni cagionati alla società. La norma indica ora che i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico. Non vi è più, quindi, il rinvio al canone della diligenza del mandatario.

L'introduzione di un diverso parametro per la valutazione dello svolgimento della funzione di sindaco secondo la dovuta diligenza induce a domandarsi quali comportamenti siano richiesti per poter affermare che i sindaci abbiano adempiuto i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico. La questione, in altri termini, è se il grado di diligenza richiesto sia una esplicitazione del significato che assume la diligenza del mandatario nel caso di funzione sindacale oppure se il grado di diligenza oggi richiesto sia diverso (e, se del caso, maggiore) a quello precedentemente espresso.

L'interpretazione - elaborata nel vigore del previgente art. 2407 - del criterio della diligenza del mandatario evidenzia, in primo luogo, come il legislatore avesse inteso precisare che «i doveri generali di controllo e vigilanza non comprendono ogni e qualsiasi atto o fatto sociale, ma soltanto quelli rilevabili ed impedibili attraverso una cura ed uno sforzo d'attenzione "normali"». Il riferimento al criterio della normalità portava quindi ad escludere, come è stato osservato, «che i sindaci siano responsabili per colpa lievissima, non essendo tenuti alla c.d. diligenza massima» (Tedeschi).

Per l'individuazione del criterio della diligenza non è peraltro sufficiente escludere che i sindaci debbano agire con la diligenza massima, essendo opportuno definire in modo più preciso cosa si intenda individuando nella «normalità» il grado di attenzione richiesto nello svolgimento dei compiti di vigilanza.

È stato, al riguardo, sostenuto dalla dottrina dominante che, nel caso dei sindaci, la figura del *bonus pater familias* «debba essere necessariamente focalizzata con riferimento al tipo di attività ed agli scopi perseguiti dalla legge con l'istituzione dei controlli interni», motivo per cui «la diligenza richiesta è quella dell'avveduto uomo d'affari, o meglio, dell'avveduto controllore o revisore, ai sensi del secondo comma dell' art. 1176. Più ancora che per gli amministratori, invero, pare difficile escludere l'esistenza di un'attività professionale,

non solo in quanto la legge stessa impone che almeno alcuni dei sindaci siano iscritti a determinati albi, ma anche e soprattutto perché le prestazioni dovute dai componenti del collegio presentano oggettivamente i connotati tipici della professionalità in senso lato» (Cavalli).

Quando si fa riferimento alla diligenza «normale» per lo svolgimento della funzione di sindaco, non si può, quindi, fare riferimento ad un grado di attenzione qualunque, poiché non si può ignorare l'attività, nonché la qualifica professionale, dei membri del collegio sindacale. Ad una condotta così caratterizzata si deve peraltro ritenere che debbano uniformarsi tutti i membri del collegio e non solo coloro che sono iscritti ad albi professionali: «la funzione è unica e proprio tale funzione presenta connotati di professionalità, indipendentemente dalla posizione personale di chi l'esercita (al più, potrebbe attribuirsi un qualche rilievo alla diversa preparazione e perizia tecnica dei vari sindaci al fine della ripartizione interna dell'obbligo risarcitorio)» (Cavalli). Queste conclusioni, che erano state raggiunte nel momento in cui la disciplina del collegio sindacale prevedeva diverse qualificazioni professionali per i suoi membri, pare che debbano essere accolte anche per l'interpretazione dell'attuale disposizione, nei casi in cui il collegio sindacale non sia composto solo da revisori contabili (cfr. *sub artt. 2397 e 2409-bis*).

Sotto un profilo più concreto di individuazione della diligenza con cui i sindaci devono operare, se è vero che è difficile, se non impossibile, individuare delle precise regole di condotta che i sindaci devono seguire nelle varie situazioni, è anche vero che alcuni principi generali possono essere enunciati. In particolare, si deve evidenziare che il criterio della media diligenza si estrinseca in un'attività di controllo che deve modularsi in dipendenza dalle situazioni concrete che si verificheranno. Ciò implica, senza dubbio, che i sindaci devono svolgere la loro attività con un grado di attenzione maggiore al sorgere di situazioni che non possono considerarsi rientranti nella «normalità». I controlli dovranno, infatti, essere più analitici e più intensi al verificarsi di quelli che sono stati definiti come «indici di rischio» e che possono, per esemplificare, essere rappresentati da irregolarità pregresse, come da una particolare struttura della società (amministrazione unica o presenza di deleghe particolarmente ampie all'interno del consiglio di amministrazione; società a ristretta base azionaria). Parte della dottrina

ritiene, d'altro canto, che la condotta dei sindaci sia valutata con minor rigore in situazioni in cui oggettivamente la situazione concreta sia particolarmente complessa dal punto di vista dell'accertamento di irregolarità o delle misure da intraprendere per la loro eliminazione, ovvero quando, vi sia stata una costante e positiva certificazione dei bilanci, dal momento che «il collegio si trova istituzionalmente di fronte ad una serie di riscontri penetranti ed approfonditi affidati ad organizzazioni altamente specializzate» (Cavalli).

Gli indici di rischio, cioè le situazioni in cui è opportuno che il grado di attenzione nello svolgimento del controllo da parte del collegio sindacale sia maggiore, sono evidenziati anche nei principi elaborati in ambito professionale per fornire una guida nello svolgimento dell'attività dei sindaci. Con riferimento ai criteri per poter individuare il grado di diligenza richiesto ai membri del collegio sindacale, alcune indicazioni si possono, infatti, rinvenire nei *Principi di comportamento* redatti dal Consiglio nazionale dell'ordine dei dottori commercialisti. Deve, tuttavia, essere evidenziato che, nonostante i codici di comportamento, quale quello citato, possano rappresentare delle utili linee guida nello svolgimento dell'attività di controllo, non necessariamente il discostarsi da tali principi di comportamento sarà fonte di responsabilità per i sindaci. Specularmente, l'essersi attenuti a quanto in essi previsto non varrà a dare certezza del rispetto del criterio di diligenza richiesto, non potendo la responsabilità dei sindaci prescindere dalle specifiche circostanze di ogni caso concreto.

Se questa era la ricostruzione del significato del criterio della diligenza del mandatario, le conclusioni non sembrano sostanzialmente diverse con riferimento al nuovo criterio della professionalità e della natura dell'incarico. Non pare, infatti, che il nuovo riferimento normativo introduca un criterio differente rispetto a quello fondato sul parametro della professionalità dell'avveduto uomo d'affari. È stato, infatti, osservato che il criterio richiesto dalla nuova disciplina consiste nella «diligenza che ci si attende, avuto riguardo alle qualità professionali richieste, da chi ha accettato di svolgere la funzione di sindaco».

Il criterio non sembra, in altri termini, in realtà molto diverso da quello che scaturiva dalla richiamata interpretazione della diligenza del mandatario, dal momento che il parametro di riferimento finiva in

ogni caso per essere quello che faceva perno su una diligenza di tipo professionale.

È da osservare che in concreto si potrà tuttavia configurare un sistema che vede una più severa valutazione della responsabilità dei sindaci, in seguito alle importanti modifiche apportate ai loro doveri e, soprattutto, ai loro poteri.

Lecture di approfondimento

S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 308;

G. CASELLI, *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 251;

E. LOFFREDO, *Modifiche, piccole e non, in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 630.

V. inoltre gli Autori citati al Caso seguente.

Caso n. 3

PROROGATIO DEI SINDACI

di
Nicola Fiore

I. Il provvedimento

*TRIBUNALE MILANO - SEZIONE OTTAVA CIVILE
IL GIUDICE DEL REGISTRO DELLE IMPRESE*

[Omissis]

A scioglimento della riserva di cui all'udienza del 13 luglio 2010;

Letti gli atti del procedimento sopra indicato;

Vista la richiesta depositata ai sensi dell'art. 2190 c.c. il 10 maggio 2010 dal Conservatore del Registro delle Imprese per l'iscrizione d'ufficio della cessazione del dr. M.G. dalla carica di Sindaco effettivo della s.r.l. T. S. a far tempo dal 10 luglio 2009;

Sentiti il Presidente del C.d.a. della s.r.l. e il dr. G. (il quale ha aderito alla richiesta del Conservatore, del resto da lui stesso sollecitata) nonché il Conservatore (il quale ha ribadito la propria richiesta);

Considerato che:

- il dr. G. risulta aver comunicato le proprie dimissioni dalla carica di membro del Collegio sindacale della s.r.l. T. S. il 10 luglio 2009 con missiva indirizzata al C.d.a. e al Presidente del collegio sindacale;

- la mancata iscrizione della cessazione del G. dalla carica è stata giustificata dal Presidente del C.d.a. in ragione delle contemporanee dimissioni dell'altro sindaco effettivo F. R. e dei due sindaci supplenti G.D.S. e F.S., dimissioni le quali avrebbero quindi determinato la necessità di prorogatio del G. nella carica, altrimenti venendo a mancare la continuità dell'organo;

Ritenuto che la giustificazione addotta per la mancata iscrizione non appare fondata, - sia per un profilo di fatto, in realtà non avendo il C.d.a. neppure provveduto alla iscrizione della cessazione dalla ca-

rica degli ulteriori membri del Collegio sindacale, cosicché, in sostanza, della contemporaneità delle dimissioni di altri sindaci non vi è, allo stato, alcun riscontro univoco, tale non potendo essere considerata - come sottolineato dal difensore del G. - la produzione nel presente procedimento di copia di missive di dimissioni prive di data certa; - sia per un profilo di diritto, non condividendo questo giudice l'orientamento interpretativo citato dal Presidente del C.d.a. della T.S.

Riguardo a tale ultimo aspetto va infatti ritenuto, ad avviso di questo giudice, che la rinuncia di un sindaco effettivo abbia effetto immediato, indipendentemente dalla sua accettazione da parte dell'assemblea, non solo quando sia possibile l'automatica sostituzione del dimissionario con un sindaco supplente (soluzione questa sulla quale si è formato un orientamento giurisprudenziale costante, cfr., ad es., Cass. 18 gennaio 2005, n. 941) ma anche laddove tale sostituzione non sia possibile per la mancanza di sindaci supplenti.

In tal senso, secondo l'orientamento che appare preferibile (cfr. Tribunale Napoli 15 ottobre 2009, in [Omissis], 2010, I, 1965), va infatti letta la disciplina del novellato art. 2401 c.c., la quale, per il caso di «morte, di rinuncia o di decadenza di un sindaco» continua a non richiamare - come nel testo previgente - l'istituto della prorogatio e si limita - ancora come nel testo previgente - a prevedere, nell'ultimo comma, che «se con i sindaci supplenti non si completa il collegio sindacale, deve essere convocata l'assemblea, perché provveda all'integrazione del collegio medesimo», così differenziandosi tale specifica disciplina da quella contenuta nel novellato art. 2400 c.c., ove - con disposizione innovativa rispetto al testo previgente - si prevede invece esplicitamente la prorogatio dell'incarico dei sindaci per il diverso caso di cessazione degli stessi «per scadenza del termine».

Tale lettura della disciplina normativa, - oltre che conforme al tenore letterale delle disposizioni significativamente non richiamanti la prorogatio nel caso di cessazione dei sindaci per loro rinuncia, - appare del resto consonante rispetto alla complessiva evoluzione dell'ordinamento, in particolare nell'ambito pubblicistico del quale il meccanismo della prorogatio è oggi qualificabile come eccezionale, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale 4 maggio 1992, n. 208 (che ha precisato come l'istituto in esame non risponda ad una esigenza

generalizzata dell'ordinamento ma appunto costituisca una eccezione alle norme che fissano la durata in carica degli organi amministrativi, come tale applicabile solo ai casi espressamente previsti) e del successivo decreto legge 16 maggio 1994 n. 293, come convertito dalla legge 15 luglio 1994 n. 444, che ha positivamente confermato l'eccezionalità dell'istituto riducendone l'applicazione per gli organi amministrativi dal punto di vista soggettivo, oggettivo e temporale [Omissis].

Ad avviso di questo giudice deve dunque ritenersi che nel caso di rinuncia del sindaco al proprio incarico, anche in mancanza di sindaci supplenti idonei a reintegrare il collegio, la rinuncia abbia effetto immediato, posto che la prorogabilità dell'incarico:

- da un lato non è prevista dalla specifica disciplina dell'art. 2401 c.c. e non è ricavabile da un principio generale dell'ordinamento, - e, d'altro lato, non può essere ricostruita in via di applicazione analogica dell'art. 2400 c.c., dettato per la ben diversa ipotesi della cessazione dell'incarico sindacale per scadenza del suo termine, - ipotesi questa nella quale non ricorre alcuna espressa manifestazione di volontà del Sindaco di non voler proseguire nell'incarico.

Né a contrastare la ricostruzione fin qui prospettata può poi valere, ad avviso di questo giudice, il tradizionale rilievo della esigenza di continuità di funzionamento dell'organo di controllo che avrebbe valenza analoga a quella di continuità di funzionamento dell'organo amministrativo, per il quale l'art. 2385 c.c. (nel testo previgente così come in quello novellato) prevede la prorogatio degli amministratori cessati anche nel caso di rinuncia degli stessi.

Tale rilievo è infatti ben superabile ove si osservi, su di un piano sistematico:

- che, da un lato, le esigenze di continuità dei due organi appaiono di per sé differenti, posto che «se non è ipotizzabile una vacatio, anche breve, dell'organo amministrativo, titolare dei poteri di gestione e quindi della vita operativa della società, è invece ammissibile una vacatio dell'organo di controllo, che non è chiamato ad un impegno quotidiano e ad una costante presenza fisica, sino al momento dell'assemblea che provveda alla sostituzione» (così Tribunale Napoli, cit.), - e che poi, d'altro lato, in ogni caso nell'ipotesi di inerzia assembleare quanto alla integrazione del collegio sindacale si verrebbe comunque

a verificare una ipotesi di mancato funzionamento della assemblea, mancato funzionamento rilevante quale causa di scioglimento della società, così dunque per altra via potendosi scongiurare la temuta situazione di sopravvivenza di una società priva di (alcuni o di tutti) i membri dell'organo di controllo obbligatorio.

Per quanto fin qui detto deve dunque disporsi l'iscrizione d'ufficio richiesta dal Conservatore.

2.08.2010

II. La classificazione e le massime

Società – Società di capitali – Società per azioni – Sindaci – cessazione dall'ufficio per rinuncia – istituto della prorogatio – inapplicabilità – obbligo di immediata iscrizione nel Registro imprese della cessazione del sindaco in capo agli amministratori – sussiste.

(artt. 2385, 2400 c.c.)

(1) L'istituto della prorogatio, contemplato dall'art. 2385 c.c. per gli amministratori di s.p.a cessati anche nell'ipotesi della loro rinuncia, non è applicabile al caso della rinuncia dei sindaci, considerate le differenti esigenze di continuità dei due organi e la presenza di rimedi alternativi che impediscono la sopravvivenza della società senza organo di controllo; pertanto, gli amministratori sono obbligati all'immediata iscrizione della cessazione nel Registro delle imprese ed in mancanza provvede d'ufficio il Conservatore.

III. Il commento

L'applicazione della prorogatio ai sindaci che rinunciano al loro ufficio: una questione ancora aperta?

di

Nicola Fiore

SOMMARIO. 1. La vicenda. – 2. Il quadro normativo. – 3. Il problema del *dies a quo* dell'efficacia della rinuncia nella dottrina e nella giurisprudenza. – 4. La pronunzia.

1. Con il decreto in commento, il Giudice del Registro ha inteso focalizzare la propria attenzione sulla *vexata quaestio* della rinuncia al proprio ufficio da parte del sindaco effettivo.

A seguito di un corto circuito informativo tra *management* e collegio sindacale di una srl, incaricato anche della revisione contabile, tutti e tre i componenti del collegio presentano le proprie irrevocabili dimissioni al consiglio di amministrazione invitandolo a convocare senza indugio l'assemblea dei soci per la nomina di un nuovo collegio sindacale e procedere perciò alla iscrizione presso il Registro delle Imprese, della rinuncia dei dimissionari uscenti con effetto immediato.

In conseguenza dell'inerzia degli amministratori, i dimissionari investono della questione il Giudice del Registro delle Imprese il quale, accertate le cause delle dimissioni, iscrive d'ufficio la notizia della rinuncia alla carica dei sindaci dimissionari con effetto immediato, essendo le stesse dimissioni qualificate come atto unilaterale recettizio.

2. La disciplina civilistica, ed in particolare l'art. 2401 c.c., lascia spazio a diverse e contrastanti applicazioni sul punto, facendo dibattere la dottrina e la giurisprudenza sulla possibilità di applicare in via analogica anche ai sindaci rinunzianti la disciplina della *prorogatio* prevista per gli amministratori.

Il decreto spinge inoltre a riflettere se sia possibile attuare i meccanismi di sostituzione previsti dagli artt. 2400 e 2401 c.c., o per analogia dal 2385 c.c., anche nelle ipotesi "patologiche" in cui venga a trovarsi una società nella quale si siano verificate le dimissioni collettive di tutti i sindaci effettivi, in concorso con la circostanza che l'assemblea non sia in grado di nominare un nuovo collegio sindacale, per dissidio tra i soci, o per loro disinteresse a partecipare alle decisioni, o ancora per l'impossibilità di individuare nuovi sindaci disposti ad accettare l'incarico (ipotesi questa non tanto infrequente nella pratica, poiché le dimissioni collettive di tutti i sindaci sono spesso l'estrema reazione che i membri del collegio sindacale - spesso di srl, e quindi ormai espropriati del ricorso al Tribunale ex art. 2409 c.c.- hanno nei confronti delle società che non operano correttamente).

La formulazione del nuovo art. 2400 c.c. ha avuto il merito di risolvere i dubbi sull'applicabilità della *prorogatio* ai sindaci solo nel caso di scadenza del termine "fisiologico" dell'incarico dei sindaci. Soluzione tecnica adottata dal legislatore, rispondente all'esigenza di prevenire il configurarsi di una situazione in cui i sindaci in scadenza non possano redigere la relazione (oltre agli altri adempimenti di controllo) di cui all'art. 2429 c.c., qualora l'approvazione del bilancio avvenga decorsi i tre anni solari di carica.

Del resto, la scelta compiuta dal legislatore ha avuto il pregio di confermare le conclusioni cui erano giunte, già prima della riforma del 2003, pressoché unanimi dottrina e giurisprudenza.

3. In sede di rinuncia dei sindaci dal loro incarico permane, oltre che un vuoto normativo che l'art. 2401 c.c. parrebbe non colmare, anche un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza, in merito al momento nel quale ha efficacia tale rinuncia.

Più nel dettaglio, le opinioni espresse, se risultano concordi nel considerare la rinuncia all'ufficio immediatamente efficace qualora un sindaco supplente possa validamente sostituire un sindaco dimissionario, divergono invece qualora detta sostituzione non sia possibile o solo anche non sia sufficiente a ricostituire il collegio nella sua interezza.

La corrente di pensiero che sposa la tesi al ricorso per via analogica della regola della *prorogatio* ai sindaci che rinunciano all'ufficio, poggia le basi sul prevalente interesse sociale ad avere assicurata l'effettività e la continuità del controllo affidato al collegio sindacale (Domenichini, 1985; Ferri, 1984): in altri termini, il diritto del sindaco a rinunciare in qualsiasi momento al proprio incarico sarebbe compresso dall'interesse generale della collettività dei vari *stakeholders* a vedersi tutelata da un collegio sindacale in grado di funzionare in via continuativa. Una parte della dottrina (Tedeschi, 1992) insiste nell'affermare che «il collegio sindacale per la funzione di controllo che istituzionalmente gli è affidata, al pari dell'organo amministrativo, è organo obbligatorio ed essenziale nella struttura stessa della società di capitali». Si è arrivati così alla conclusione che la mancata espressa previsione della regola della cd. *prorogatio* ai sindaci che rinunciano all'ufficio sarebbe una semplice "dimenticanza" del legislatore, che

ha invece voluto tutelare il principio generale volto a mantenere l'esistenza e la continuità d'azione degli organi sociali.

Questa posizione è contestata da più recente dottrina. Traendo spunto da una sentenza sull'argomento emessa dal Tribunale di Napoli nel 2009 (Trib. Napoli 10 ottobre 2009 in *Foro It.*, 2010, Parte I, colonna 1965), si è affermato (G. Bianchi, 2001) che la regola della *pro-rogatio* sia da considerarsi di natura straordinaria e quindi non estensibile automaticamente a fattispecie diverse da quelle individuate dal legislatore, sicché la rinuncia all'ufficio del sindaco si sostanzia «in un recesso oggetto di diritto potestativo per definizione, ed in mancanza di esplicite previsioni contrarie, non tollera restrizioni o condotte necessitate che incidano sulla sua efficacia; e tali regole assumono specifica rilevanza in seno a rapporti di durata, com'è quello che lega i sindaci alla società per la quale svolgono l'attività di vigilanza e di controllo». Nello stesso senso, la norma di comportamento 1.6 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti sottolinea che «la forzata permanenza in carica in regime di proroga del sindaco rinunziante rappresenterebbe una compressione del proprio diritto alle dimissioni».

A ben vedere, anche se il ruolo di sindaco è svolto a tempo determinato, come ogni prestazione d'opera è ammessa la rinuncia preventiva da parte del titolare della carica sotto forma di dimissioni; quanto detto è espressione di un principio generale che trova conferma nelle disposizioni in tema di mandatari (art. 1727 c.c.), di prestatori d'opera (art. 2237 c.c.) e lavoratori in genere (artt. 2118-2119 c.c.) in cui si riconosce la generale possibilità di recedere dagli obblighi contrattuali assunti nei confronti di mandanti, committenti e datori di lavoro. Resta semmai da stabilire la struttura e l'efficacia dell'atto di dimissioni.

Tecnicamente, la rinuncia si attua attraverso una dichiarazione unilaterale recettizia in cui i destinatari sono, oltre che la società, anche i singoli amministratori.

Peraltro, l'efficacia delle dimissioni è immediata, non richiedendosi alcuna accettazione espressa da parte dell'assemblea ovvero dal consiglio di amministrazione. In quanto dichiarazione recettizia, la rinuncia del sindaco produce effetto non appena giunta nella sfera di conoscibilità degli amministratori, secondo le regole civilistiche di cui agli artt. 1334 e 1335 c.c. Detta efficacia ha tuttavia valenza "interna",

atteso che l'opponibilità ai terzi delle dimissioni passa attraverso la pubblicità con l'iscrizione al Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 2400 c.c. (e nella sentenza del tribunale partenopeo, viene posto in risalto come l'iscrizione nel R.I. della cessazione dall'ufficio del sindaco non abbia natura di pubblicità costitutiva, ma solo di pubblicità notizia).

4. Il Giudice del Registro meneghino condivide la ricostruzione da ultimo avanzata. Egli focalizza la sua attenzione sul fatto che l'art. 2401 c.c. si limita a stabilire:

- l'automatico subentro dei sindaci supplenti «in caso di morte, di rinuncia, o di decadenza di un sindaco»; nonché
- l'obbligo per gli amministratori di convocare l'assemblea affinché provveda a integrare il collegio sindacale «se con i sindaci supplenti non [si riesce a completare] il collegio» medesimo.

Da un'interpretazione letterale dell'articolo in questione, già pare evidente che il legislatore, nel disciplinare le dimissioni dei sindaci per rinuncia all'ufficio, abbia voluto introdurre regole *ad hoc* diverse rispetto a quelle della *prorogatio* ex art. 2385 c.c. (Salafia, 2010).

Del resto le disposizioni contenute dell'articolo 2401 c.c. sono comuni ai casi di morte o di decadenza dei sindaci, casi questi ultimi per i quali non si può dubitare dell'inapplicabilità della regola della *prorogatio*.

Nel decreto in commento, inoltre, si descrive un diverso ruolo tra l'organo amministrativo e di controllo all'interno della società.

Infatti, mentre il consiglio di amministrazione è preposto alla conduzione della società, e quindi una sua seppur breve assenza non potrebbe che compromettere l'attività della società stessa, il collegio sindacale è chiamato a svolgere le funzioni di cui all'art. 2403 c.c.; pertanto, la continuità aziendale non risulta "compromessa" da una sua *vacatio*, ovviamente sempre che sia limitata a brevissimi periodi di tempo.

In altri termini, la funzionalità del collegio sindacale, pur rilevante per il funzionamento della società può e deve considerarsi periodica; si è affermato in proposito (Bianchi, 2003) che le funzioni del collegio sindacale «sono scaglionate nel tempo e gli adempimenti sono previsti a scadenze ben definite, consentendo un avvicendamento anche non

simultaneo, ed inoltre il controllo è generalmente successivo, non richiedendo quindi l'immediatezza della sostituzione».

Del resto, a maggiore tutela degli interessi degli *stakeholders*, rimane l'obbligo per gli amministratori di continuare a svolgere i propri compiti in conformità alla legge e allo statuto.

Sulla base delle argomentazioni sin qui svolte, è agevole ritenere la soluzione della *prorogatio* non solo incongrua bensì paradossale, in particolare nei casi in cui l'impossibilità di svolgere la funzione di controllo sia dipesa dalla condotta degli amministratori (in tale ipotesi, si rischierebbe di giungere al paradosso per cui il sindaco sarebbe esposto al rischio di una permanenza in carica "forzata" con connessa assunzione di responsabilità).

L'interpretazione fatta propria dal Giudice del Registro trova forza proprio nella circostanza che nessuna delle riforme compiute sino ad oggi, si è mai interessata di comprendere il caso della rinuncia all'ufficio da parte del sindaco tra quelli per i quali si rende applicabile la regola della *prorogatio*.

Distinguendo ipotesi fisiologiche in cui l'istituto suddetto deve trovare applicazione nell'interesse della società, ed ipotesi patologiche, in cui l'interesse del singolo all'effettività ed alla immediatezza delle dimissioni deve prevalere sull'interesse di gruppo, è ragionevole ritenere che in queste ultime parlare di *prorogatio* sia logicamente, prima ancora che giuridicamente, errato.

Appare perciò evidente, che quella del legislatore non sia una "svista" cui porre rimedio con l'istituto della *prorogatio*, ma sia invece una precisa scelta razionale.

IV. Letture di approfondimento

AA. VV., *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. Marchetti – L. A. Bianchi – F. Ghezzi – M. Notari, volume *Il collegio sindacale. Il controllo contabile*, Giuffrè, Milano, 2005, 235 e ss.;

G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 4, UTET, Torino, 1991, 74 e ss.;

G. BIANCHI, *Dimissioni dei sindaci e decorrenza degli effetti*, in *Le società*, 2001, 1232;

- ID., *Amministrazione e controllo delle nuove società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2003;
- G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. 16, tomo II, UTET, Torino, 1985, 550;
- G. FERRI, *Dimissioni dei sindaci ed iscrizione nel Registro Imprese*, in *Riv. Dir.comm.*, 1984, II, 113;
- V. SALAFIA, *Cessazione dei sindaci per rinuncia all'ufficio*, in *Le Società*, 2010, 1311;
- G. U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, nel *Commentario Schlesinger al codice civile*, Giuffrè, Milano, 1992.

Caso n. 4

AUMENTO DI CAPITALE E DIRITTO DI OPZIONE NELLA S.P.A.

di
Alessandra Lafratta

I. Il provvedimento

*TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI VERONA – SEZIONE IV
CIVILE – ORDINANZA EMESSA IN DATA 21 MARZO 2012 SU RI-
CORSO EX ARTT. 2378 E 2479 C.c.*

...omissis...

Con il ricorso in esame [Tizio] nella sua qualità di socio, titolare di una partecipazione pari all'1% del capitale sociale della società resistente, ha impugnato la delibera con la quale, in data 4 novembre 2011, l'assemblea dei soci della stessa a seguito della riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale ha adottato, in assenza del ricorrente, i seguenti provvedimenti:

- copertura di euro 90.000,00 di perdite mediante azzeramento del capitale sociale;*
- copertura di euro 460.142,65 di perdite mediante utilizzo della somma, di pari importo, prelevata dal conto riserva copertura perdita;*
- copertura della restante perdita di euro 862.988,13 e contestuale ricostituzione del capitale sociale ad euro 90.000,00, mediante utilizzo della complessiva somma di euro 952.988,13 prelevata dal conto finanziamento [Caio] infruttifero;*
- sottoscrizione dell'intero capitale sociale da parte del socio di maggioranza [Caio] che era stato presente alla suddetta assemblea, mediante rinuncia dello stesso al predetto proprio credito e contestuale sottoposizione della copertura perdite e ricostituzione del capitale sociale alla condizione risolutiva dell'esercizio del diritto di opzione spettante al socio assente, diritto che avrebbe dovuto essere esercitato nel termine di trenta giorni dalla notificazione del verbale, in misura corrispondente alla quota di partecipazione del medesimo tanto per*

la copertura delle perdite quanto per la ricostituzione del capitale sociale.

Il ricorrente ha sostenuto che la delibera è illegittima sotto due distinti profili.

In primo luogo essa, a detta del [socio Tizio], avrebbe limitato il proprio diritto di opzione avendogli imposto di sottoscrivere il deliberato aumento di capitale per l'intera misura (12,48%) della propria partecipazione originaria allo stesso. In secondo luogo il ricorrente ha dedotto che la delibera sarebbe in contrasto con l'art. 246[2], comma 1, c.c. perché ha condizionato l'esercizio del proprio diritto di opzione al preventivo ripianamento delle perdite della [Alfa s.r.l.] Sul punto va evidenziato che la doglianza del [socio Tizio] riguarda la parte del testo della delibera nel quale si precisa che l'opzione avrebbe dovuto essere esercitata per intero "preventivamente" per la quota di copertura delle perdite.

...omissis... In via preliminare è senz'altro ravvisabile il fumus boni iuris della fondatezza del primo dei due motivi di impugnazione fatti valere dal [socio Tizio], essendo palese la violazione del diritto di sottoscrizione (questa è l'espressione utilizzata dal legislatore della riforma delle società di capitale in vece di quella tradizionale di diritto di opzione) a lui spettante rispetto all'operazione di aumento di capitale per cui è causa.

Infatti, dopo la riforma della disciplina delle società di capitali di cui al d.lgs. 6/2003, ogni limitazione od esclusione di tale diritto nel caso in cui tali operazioni siano conseguenza della riduzione del capitale sociale al di sotto dei minimi di legge va esclusa alla luce della espressa salvezza dell'art. 2482-ter c.c., fatta salva dall'art. 2481-bis, comma 1, c.c. Detta interpretazione trova conferma nella considerazione della ratio della norma che è stata individuata, dalla relazione ministeriale al predetto testo di legge, nell'intenzione di impedire "prassi non commendevoli che la pratica ha a volte elaborato per ridurre sostanzialmente, o addirittura eliminare, la partecipazione delle minoranze". Nel caso di specie, con la delibera del 4 novembre 2011, è stato imposto al [socio Tizio] di esercitare il predetto diritto per intero, ossia in misura corrispondente alla quota di partecipazione del medesimo al capitale sociale della società resistente, e così, inevitabilmente, lo si è limitato.

La seconda doglianza di parte ricorrente è invece infondata e va pertanto disattesa. Il [socio Tizio] lamenta che la delibera avrebbe violato il principio operante in materia di società di capitali, della limitazione del socio al proprio conferimento, in quanto, per evitare di rimanere escluso dalla società ha dovuto partecipare obbligatoriamente al ripianamento delle perdite eccedenti il capitale.

Orbene, con riguardo ad una simile ipotesi, la Corte di Cassazione, sez. I, con sentenza n. 23262 del 17 novembre 2005, ha avuto occasione di affermare che : “Non viola il principio della limitazione di responsabilità dei soci nelle società di capitali la delibera assembleare assunta a maggioranza che, perseguendo l’obiettivo di evitare lo scioglimento della società, delibera di ripianare le perdite eccedenti il capitale mediante versamento di somme di denaro da parte dei soci”.

Tale principio, infatti, secondo la Suprema Corte, trova deroga nelle ipotesi di destinazione specifica, quali la deliberazione di aumento del capitale sociale e quella di ripianamento della perdita e di ricostituzione del medesimo.

Parte della dottrina, nell’aderire ad una simile conclusione, ha osservato, a ulteriore conforto di essa, che il principio della responsabilità limitata al conferimento non può far prevalere l’interesse del socio dissenziente alla liquidazione della quota su quello della società a sopravvivere, né può portare alla ugualmente inaccettabile conseguenza che siano solo alcuni dei soci a gravarsi dell’onere di ripianare le perdite, per poi far partecipare tutti all’aumento di capitale. E’ stato anche osservato che depono ora a favore di tale interpretazione un preciso dato normativo ossia il nuovo testo del terzo comma dell’art. 2484 c.c., introdotto sempre dalla riforma del 2003, che ha definitivamente chiarito che la causa di scioglimento, rappresentata dall’ipotesi di cui all’art. 2447 c.c. per le società di capitali e dall’art. 2482-ter c.c. per quelle a responsabilità limitata, non opera più di diritto, con l’ulteriore duplice conseguenza che neanche il diritto alla quota di liquidazione del socio sorge più automaticamente e che è pienamente valida la delibera che elimini a maggioranza la stessa causa di scioglimento.

Non va poi trascurato, a ulteriore sostegno della tesi qui condivisa, che, nel caso di specie, se il ricorrente avesse partecipato all'assemblea egli avrebbe dovuto ripianare le perdite o votare per lo scioglimento della società senza alcuna possibilità alternativa (è appena il caso di aggiungere che avendo egli poi optato per la prima alternativa non ha titolo ora per avanzare la richiesta di scioglimento della società).

Sussistono anche i presupposti per sospendere l'esecuzione della delibera, potendo essa arrecare un pregiudizio irreparabile al ricorrente proprio in ragione del meccanismo che è stato prescelto nel caso di specie per procedere all'aumento di capitale, ossia quello di subordinare la sua sottoscrizione alla condizione risolutiva dell'esercizio del diritto di sottoscrizione da parte del socio assente.

In pendenza della condizione, e fino a quando la delibera non verrà annullata, soci sono coloro che hanno presenziato all'assemblea ed essi, rappresentando l'intero capitale sociale, potrebbero assumere in futuro qualsiasi tipo di delibera, eventualmente anche con scopi fraudolenti, senza che il [socio Tizio] abbia la possibilità di reagire giuridicamente ad esse.

P.Q.M.

Sospende l'esecuzione della delibera impugnata. Riserva la liquidazione delle spese di questa fase all'esito del giudizio di merito.

II. La classificazione e le massime

Società – società a responsabilità limitata – perdita integrale del capitale sociale e successiva ricostituzione – impiego di finanziamenti dei soci – illegittima limitazione del diritto d'opzione (*recitius* di sottoscrizione) – sussiste.

(Art. 2481-bis, 1° comma, c.c.)

(1) E' illegittima la delibera di aumento del capitale sociale a seguito dell'integrale perdita dello stesso, che vincoli alcuno dei soci all'esercizio del diritto di opzione in misura pari alla partecipazione precedentemente posseduta.

Società – società a responsabilità limitata – perdita integrale del capitale sociale e successiva ricostituzione – impiego di finanziamenti dei soci – sottoposizione del diritto d’opzione (*rectius* di sottoscrizione) a condizione – illegittima violazione del principio di responsabilità limitata - non sussiste.

(Art. 2462, 1° comma, c.c.)

(2) E’ legittima la delibera di aumento del capitale sociale a seguito dell’integrale perdita che subordini l’esercizio del diritto d’opzione dei soci-non finanziatori alla condizione che gli stessi partecipino, in ragione della quota sottoscritta, al ripianamento delle perdite reso possibile dall’impiego di versamenti in precedenza effettuati dai soci-finanziatori.

III. Il commento

Piccole società sottocapitalizzate e grandi diseguaglianze tra soci

di

Alessandra Lafratta

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda. – 3. La decisione del giudice: profili problematici – 4. La riduzione del capitale al disotto del minimo legale.– 5. Diritto di opzione e diritto di sottoscrizione: limiti ed esclusione – 6. Gli apporti dei soci fuori capitale: coercibilità. – 7. Conclusioni.

1. La vicenda sottoposta all’esame del giudice di Verona presenta profili di interesse legati a problemi di ordine sostanziale frammisti ad altri di ordine ermeneutico. Quanto ai primi, viene in rilievo il fenomeno della sottocapitalizzazione nelle società di capitali, specie se di piccole dimensioni, che emerge per urgenza in una s.r.l. a ristretta base partecipativa. L’atroce *deficit* patrimoniale in cui versa la società costringe il socio più prodigo ad impiegare versamenti, in precedenza effettuati a titolo di mutuo, in operazioni di salvataggio sul capitale. L’intervento consente alla società di sopravvivere alla fase di fibrillazione, creando tuttavia le condizioni per avvantaggiare anche l’altro socio, meno solerte, che non vi ha preso parte e che potrebbe beneficiare, a costo zero, della partecipazione in una società che altrimenti

si sarebbe estinta. All'iniquità che ne deriverebbe si cerca di ovviare tramite l'adozione di una complessa delibera che, percorrendo soluzioni originali, lascia emergere – e qui i problemi di ordine ermeneutico – le difficoltà generate da un dato normativo lacunoso: nel diritto vigente manca una norma che disciplini, almeno *in parte qua*, il fenomeno degli apporti dei soci fuori capitale.

Il giudice, la cui mano verosimilmente è mossa dalla preoccupazione di cercare una soluzione che soddisfi le esigenze sostanziali che fanno da sfondo alla vicenda, probabilmente sorvola con un po' di leggerezza sulle tecniche interpretative giungendo, talvolta, a piegare il significato di disposizioni dettate ad altro proposito (quelle sull'esclusione e sui limiti del diritto d'opzione) sino quasi a distorcerlo, nonché ad utilizzare in modo improprio o, quanto meno, creativo, alcuni termini del dettato normativo.

Proprio per tale ragione, nel condurre il lettore alla comprensione del provvedimento, si cercherà di illuminare di volta in volta le motivazioni che hanno spinto la società ad una soluzione così macchinosa oltretutto sospetta di illegittimità e, dopo aver esaminato la decisione giudiziale, si avrà cura di suggerire soluzioni alternative che, maggiormente in linea con la disciplina positiva, si ritiene avrebbero altrettanto utilmente soddisfatto l'interesse delle parti.

2. La società Alfa a responsabilità limitata, con capitale sociale di 90.000,00 euro, ha tra i propri soci Tizio, titolare di una partecipazione pari al 12,48% e Caio, socio di maggioranza e plausibilmente unico altro socio [N.B.: Non vi sono elementi da cui desumere con certezza che Caio sia titolare della residua partecipazione dell'81,52% del capitale. Peraltro, trattandosi di informazione che non compromette la sostanziale comprensione, potrebbe anche esser tralasciata. Tuttavia, nello sforzo di ricostruire con un buon grado di verosimiglianza l'intera vicenda, si preferisce assumere questa ipotesi di lavoro. E si tratta di ipotesi che merita di esser condivisa giacché a proposito del diritto di partecipazione e voto in assemblea, e - soprattutto - successivamente all'aumento del capitale, a proposito del diritto di sottoscrizione, nel provvedimento non è mai fatta menzione di alcun altro socio, come invece sarebbe stato ragionevole attendersi se, oltre Tizio e Caio, la società fosse stata partecipata da altri. Deve perciò ritenersi

che nell'assemblea che ha assunto le decisioni di intervento sul capitale fosse presente ed avesse votato esclusivamente il socio Caio, legittimato ad assumere anche da solo decisioni di modifica dello statuto poiché titolare di una partecipazione superiore alla metà del capitale sociale].

Alla vigilia dell'assemblea del 4 novembre 2011, la situazione patrimoniale della società include, al passivo, le seguenti voci:

Patrimonio netto:

Capitale:	90.000,00 euro
Riserva copertura perdite :	460.142, 65 euro
Perdita:	1.413.120,78 euro

Debiti:

Debiti verso il socio Caio:	952.988,13 euro
-----------------------------	-----------------

[N.B. Nel provvedimento, si riferisce di un “conto riserva copertura perdite” al quale la società attinge tramite operazioni di “prelievo” come a voler indicare l’esistenza di un conto sul quale siano depositate le somme destinate a riserva. Sorvolando sulla circostanza che difficilmente ai valori indicati nelle riserve – parti, invero, solo ideali del patrimonio netto – corrispondano conti intestati alla società (di regola si preferisce impiegare tali valori in investimenti maggiormente fruttiferi), nel ricostruire la situazione contabile si ritiene opportuno ricorrere all’uso di una denominazione volutamente generica per questa riserva, giacché nessun elemento consente di appurare a quale fra quelle indicate nello schema di stato patrimoniale *ex art.* 2424, lett. A) voci da II a VII, c.c. si intenda fare riferimento. Quanto ai debiti verso Caio, nel provvedimento si ricorre ad una denominazione ancora una volta generica oltretutto, per certi versi, empirica: senza qualificare dal punto di vista giuridico e, conseguentemente, neppure da quello contabile, la natura dei finanziamenti in parola, si riferisce di un conto denominato “finanziamento Caio infruttifero” dal quale la società ha “prelevato” le somme da impiegare in aumento del capitale.

In questo caso, tuttavia, attesa la rilevanza della questione per la comprensione dell’intera vicenda, occorre meglio indagare la natura del finanziamento sì da sceglierne la collocazione più appropriata in bilancio. Nel prosieguo della trattazione ci si intratterrà diffusamente sugli aspetti problematici nonché sulle incertezze emerse in merito alla stessa qualificazione giuridica di questo genere di operazioni. Al

momento è utile brevemente anticipare che la natura dei finanziamenti in esame va ricercata nell'alternativa tra la causa del mutuo e la *causa societatis* con soluzione da rinvenirsi indagando l'effettiva volontà di chi li ha concessi.

Da un esame complessivo della vicenda sembra potersi propendere senza troppe perplessità per la causa del mutuo.

Una ricostruzione effettuata *a posteriori* della volontà del disponente lascerebbe emergere infatti l'intenzione di ottenere la restituzione del finanziamento. La conclusione appare doverosa se si considera che proprio tramite la rinuncia al diritto di restituzione Caio consente di ripianare la perdita e che di tale rinuncia – almeno indirettamente – il socio si duole esigendo la partecipazione proporzionale dell'altro socio alle operazioni di risanamento.

La conclusione sembra condivisibile anche se inquadrata da altro angolo visuale: se il finanziamento fosse stato concesso *causa societatis*, l'imputazione dello stesso a capitale, generando una permutazione tra poste del netto che hanno la medesima natura, avrebbe dato luogo ad un aumento di capitale a titolo gratuito in forza del quale non vi sarebbe stata occasione di riconoscere alcun diritto di sottoscrizione. Il provvedimento in commento, tuttavia, ha proprio ad oggetto il diritto di sottoscrizione, così confermando la natura onerosa dell'aumento di capitale nonché la causa di mutuo dei finanziamenti].

Le considerazioni sinora formulate consentono di vincere gli unici argomenti di ordine formale – la denominazione “conto infruttifero” adoperata in contabilità e la mancata indicazione di un termine per il rimborso – dai quali sarebbe stato ragionevole inferire la *causa societatis*.

Ricorre la situazione descritta dall'art. 2482-ter c.c.: la perdita non solo incide di oltre un terzo sul capitale sociale, ma lo porta ad un valore inferiore al minimo legale (10.000 euro, ai sensi del n. 4) dell'art. 2463 c.c.). Si rende allora necessario, sempreché non si voglia decidere la trasformazione della società (come contemplato nell'ultimo comma dell'art. 2482-ter c.c.), ridurre il capitale sociale e contemporaneamente deliberarne un aumento a cifra superiore al predetto limite. In caso contrario, nell'ipotesi di cui al n. 4) dell'art. 2484 c.c. e, *a fortiori*, nell'ipotesi qui ricorrente di perdita integrale del capitale, la società si scioglie.

In ragione di tale urgenza è convocata l'assemblea che, nella riunione del 4 novembre 2011, è regolarmente costituita nonostante la presenza di un solo socio, Caio, titolare di una partecipazione superiore alla metà del capitale sociale. Per la medesima ragione, l'assemblea può validamente deliberare con il solo voto da questi espresso (si veda, sul punto, l'art. 2479 *bis* c.c.). L'assemblea adotta una delibera dal contenuto complesso, disponendo una serie di interventi che incidono sulla situazione patrimoniale della società, risanandola. Il giudice riferisce solo in forma sintetica i provvedimenti adottati e tuttavia, per esigenze di chiarezza, si preferisce in questa sede indicarne analiticamente il contenuto avendo cura di cogliere, di volta in volta, i riflessi economico-patrimoniali, risultanti in contabilità.

a) Impiego della riserva a copertura della perdita. [N.B.: Attingere alle riserve per coprire la perdita è la soluzione che regolarmente si adotta per ipotesi di questo tipo: proprio in questo consisterebbe, secondo la dottrina (Nobili e Spolidoro, 1993), la funzione di protezione del capitale. In proposito si rileva che le perdite riducono, di regola, il netto patrimoniale (il saldo algebrico tra attivo e passivo) con un effetto automatico (icasticamente descritto come «la discesa di una colonna di mercurio») sulle riserve, nell'ordine che alle stesse va assegnato in ragione – inversa - alla crescente vincolatività; così che l'effetto di erosione sarà progressivo a partire dalle riserve soggette ad un grado di minore vincolatività (riserve facoltative costituite con utili non distribuibili, riserve disponibili) passando per la riserva statutaria e le riserve da rivalutazione monetaria, e giungendo, in ultimo, ad intaccare la riserva legale e quella da sovrapprezzo. Nel caso in esame non v'è modo di riscontare il descritto fenomeno giacché la società ha evidentemente facoltà di attingere esclusivamente all'unica “riserva copertura perdite” disponibile].

La situazione patrimoniale risulta così modificata:

Patrimonio netto:

Capitale:	90.000,00 euro
Riserva copertura perdite:	0
Perdita:	952.988,13 euro
<i>Debiti:</i>	
Debiti verso il socio Caio:	952.988,13 euro

b) Rinuncia del socio-finanziatore Caio ad una parte del proprio credito. L'operazione, qualificabile come remissione di debito, genera un ricavo straordinario che la società può, così, contabilizzare come *sopravvenienza attiva straordinaria* (nel conto economico) da imputare ad ulteriore copertura della perdita. [N. B.: La remissione del debito, quale modalità non soddisfacente di estinzione dell'obbligazione, va qualificata, in questo caso, come atto a titolo gratuito senza scopo di liberalità. Mentre può affermarsi la natura gratuita dell'atto in ragione dell'assenza di corrispettivo a carico della società, deve negarsi l'*animus donandi* giacché l'impovertimento del disponente – la rinuncia al credito – trova causa non solo nell'altruistico fine di arricchire il donatario – mediante estinzione del vincolo obbligatorio – ma anche negli indubbi riflessi a favore del scio connessi all'operazione, lasciando emergere, così, anche un interesse di natura egoistica. Come efficacemente descritto in dottrina, nel concedere finanziamenti a fondo perduto in favore della società, il socio ha modo di recuperare con la mano sinistra ciò che eroga, apparentemente senza corrispettivo, con la destra (Chiomenti, 1981, Spada, 1978 e Ferro-Luzzi, 1981)].

In contabilità si registra, nello stato patrimoniale, al *passivo*:

Patrimonio netto:

Capitale:	90.000,00 euro
Riserva copertura perdite:	0
Perdita:	90.000,00 euro

Debiti:

Debiti verso il socio Caio:	90.000,00 euro
-----------------------------	----------------

c) Copertura della residua perdita mediante riduzione integrale del capitale sociale. La situazione patrimoniale, al *passivo*, mostra:

Patrimonio netto:

Capitale:	0
Riserva copertura perdite:	0
Perdita:	0

Debiti:

Debiti verso il socio Caio:	90.000,00 euro
-----------------------------	----------------

d) Aumento del capitale sociale e contestuale immediata sottoscrizione da parte del socio Caio, così divenuto unico azionista. Il socio, conformemente al disposto degli artt. 2462, 2° comma e 2464, commi

4° e 7°, c.c., provvede immediatamente ad adempiere all'obbligo di conferimento. L'adempimento avviene tramite compensazione del credito residuo, di 90.000 euro, che il socio vanta a titolo di mutuo, con il credito, di pari importo, che la società ora vanta, nei confronti dello stesso socio, a titolo di conferimento.

In, ultimo, al *passivo* della situazione patrimoniale si registra:

Patrimonio netto:

Capitale:	90.000,00 euro
Riserva copertura perdite:	0
Perdita:	0

Debiti:

Debiti verso il socio Caio:	0
-----------------------------	---

L'intera delibera è risolutivamente condizionata alla duplice circostanza *a)* che Tizio eserciti il diritto d'opzione nella misura corrispondente alla partecipazione precedente la riduzione del capitale e *b)* che, nella stessa misura, il socio partecipi al ripianamento delle perdite mediante apporti fuori capitale. Caio impone a Tizio un vero e proprio *aut/aut*: sottoscrivere il capitale in misura pari alla quota precedentemente posseduta impegnandosi nella stessa misura a partecipare alla perdita mediante apporti fuori capitale, oppure lasciare la società. L'impressione è che Caio, avendo rinunciato al rimborso del credito vantato, esiga da Tizio un contributo analogo, quasi si trattasse del prezzo da pagare per restare in una società che altrimenti si sarebbe estinta. E, per di più, vuole che questo contributo sia prestato nella stessa misura corrispondente alla partecipazione di Tizio in società prima della riduzione del capitale.

Nell'esaminare il provvedimento si cercherà di indagare l'incerta ammissibilità delle condizioni imposte al socio assente, interrogandosi in particolare circa: *a)* la legittimità di una decisione assembleare che costringa i soci ad esercitare il diritto di sottoscrizione sugli aumenti di capitale in una misura predeterminata dalla stessa assemblea; *b)* la legittimità di una decisione che costringa i soci di una società di capitali a prestare apporti ulteriori rispetto al conferimento.

Tizio, assente in assemblea, impugna la delibera con atto di citazione ai sensi dell'art. 2378, comma 1°, c.c. e, contestualmente, ai sensi del comma terzo della medesima disposizione, chiede che ne sia sospesa l'esecuzione.

L'azione proposta in via ordinaria è finalizzata ad ottenere la pronuncia costitutiva di annullamento della delibera assembleare (*petitum*) perché assunta in violazione della legge (*causa petendi*) *sub specie* di:

- violazione del combinato disposto degli artt. 2841-bis e 2482-ter c.c. che non ammettono, in occasione dell'aumento di capitale sociale derivante da una precedente riduzione al disotto del minimo legale, alcuna limitazione del diritto di opzione (*rectius*: di sottoscrizione);

- violazione del principio di autonomia patrimoniale perfetta delle società di capitali secondo cui, ai sensi del primo comma dell'art. 2462 c.c., la società a responsabilità limitata risponde delle obbligazioni sociali soltanto con il proprio patrimonio.

3. Il giudice, pronunciandosi in sede cautelare, ritiene sussistente il *fumus boni iuris* con riferimento al primo dei due motivi, mentre respinge il secondo. Riconosciuta l'esistenza del *periculum in mora* nella (non meglio specificata) possibilità che l'assemblea possa «assumere in futuro qualsiasi tipo di delibera, eventualmente anche con scopi fraudolenti» ed idonea a creare un (altrettanto non meglio specificato) pregiudizio irreparabile al ricorrente, è concessa la sospensione dell'efficacia della delibera impugnata.

L'accoglimento, seppur nella fase sommaria, del primo dei motivi di violazione di legge deriva, come prospettato dal ricorrente, dalla riconosciuta inammissibilità, *ex artt. 2481-bis e 2482-ter c.c.*, di limitazioni al diritto di sottoscrizione in occasione degli aumenti deliberati a seguito della perdita di capitale oltre il minimo legale. Come si avrà modo di meglio precisare, tuttavia, la decisione sembra presentare profili di criticità in merito all'opportunità di ricorrere alle citate disposizioni: la fattispecie sottoposta all'esame del giudice non sembra infatti perfettamente sussumibile nell'ipotesi ivi disciplinata.

Il secondo motivo di illegittimità, invece, è respinto. Richiamando un – pericoloso, ma fortunatamente isolato – principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione, (Corte di Cassazione, sez. I, n. 23262

del 17 novembre 2005, in *Massim. Giur. it.*, 2005), il giudice – sorprendentemente – ammette che la volontà assembleare, in occasione delle operazioni di ripianamento di perdite, possa obbligare i soci a parteciparvi in misura ulteriore rispetto al conferimento.

La soluzione, che lascia emergere profili di criticità di portata ben maggiore di quelli di cui al punto precedente, tocca principi che costituiscono il cuore della disciplina delle società dotate di autonomia patrimoniale perfetta, comportando un evidente arretramento sul terreno delle regole che presiedono alla libera formazione del capitale sociale ed alla, di regola connessa, limitazione della responsabilità limitata. Si rende necessario pertanto avviare l'esame critico della decisione principiando proprio dalla disamina della disciplina di diritto positivo dedicata alle perdite di capitale.

4. L'unico socio presente nell'assemblea del 4 novembre dopo aver assunto, tra le altre, la decisione di aumentare il capitale sociale si preoccupa di assicurarne altresì l'integrale sottoscrizione. Mostrando forse eccessiva premura, Caio preferisce non attendere lo spirare del termine che di regola l'art. 2482-*bis*, co. 2°, c.c. assicura per l'esercizio dei diritti di sottoscrizione e – ciò che è più grave –, così facendo, priva dello stesso termine il socio assente, ammesso per tal via a sottoscrivere solo tardivamente un aumento di capitale di cui si è già disposta l'integrale copertura. Si deve così ricorrere al macchinoso espediente della condizione risolutiva per recuperare, *a posteriori*, una facoltà che invero è già prevista *ex lege*.

Viene lecito chiedersi se le disposizioni che prevedono l'obbligo di provvedere in merito alla perdita si esprimano in termini così stringenti da rendere improcrastinabili non solo le decisioni in modifica del capitale, ma anche la sottoscrizione dell'aumento eventualmente disposto, sino al punto da imporne l'integrale copertura da parte dei soli soci presenti in assemblea. La riflessione muove dalle perplessità generate dall'adozione di una delibera che, nel caso di specie, per recuperare la facoltà di sottoscrizione agli assenti ricorre al meccanismo della condizione risolutiva, scegliendo, così, una soluzione che, in ragione di tanta urgenza, a tacere della dubbia ammissibilità di cui si dirà nel prosieguo, nasce *provvisoria* ed *instabile*. Esaminando la di-

sciplina positiva, nei limiti in questa sede concessi, si cercherà di chiarire in quale misura il legislatore intervenga con disposizioni imperative in ipotesi di questo genere, al fine di segnare il confine tra i provvedimenti che l'assemblea *deve* adottare con urgenza e quelli che *può* di regola rinviare ad un momento successivo.

La nozione di perdita di capitale coglie i profili patrimoniali ed in ciò differisce dalla nozione di perdita d'esercizio. In termini semplici, può dirsi che la seconda è il risultato economico dell'esercizio, risultante dal conto economico, voce n. 23), nello schema di cui all'art. 2425 c.c., e riportata nello stato patrimoniale, al Passivo, lett. A) Patrimonio netto, voce IX, secondo lo schema dell'art. 2324 c.c., unitamente alle altre c.d. componenti ideali del netto: capitale, riserve, utili o perdite (degli esercizi precedenti) portate a nuovo. Proprio impiegando le informazioni rinvenibili da questo secondo documento, è più agevole comprendere la nozione, come si è anticipato, squisitamente patrimoniale di perdita di capitale. In dottrina (Nobili, 2006, Colombo, 1998 e Marchetti, 1983) si ritiene che quest'ultima vada identificata nella differenza negativa tra patrimonio netto contabile della società (capitale sociale, più riserve e utili, meno perdite a nuovo) e capitale sociale. L'ipotesi è eccezionale ché, come anticipato, di regola la perdita d'esercizio è ripianata attingendo alle riserve e conservando valore positivo alla differenza tra netto e capitale. Qualora si registri una perdita che supera l'ammontare delle riserve, il risultato economico di esercizio intacca il capitale sociale, lasciando emergere, solo in quest'ultima eventualità, e per questa misura, una perdita di capitale.

Le disposizioni dedicate alle perdite di capitale ruotano intorno alla identificazione di una soglia di rilevanza che segna il *discrimen* tra le ipotesi in cui v'è facoltà e quelle in cui v'è obbligo di intervenire. La soglia, per dir così, d'allerta è fissata nella diminuzione di oltre un terzo del capitale sociale. Al di qua di tale misura la reintegrazione o la riduzione del capitale sono *oneri* cui la società ha *facoltà* d'adempiere se vuol procedere alla ripartizione degli utili. Per la società a responsabilità limitata, l'art. 2478-bis, 5° comma, c.c. - con contenuto analogo, come si è anticipato, a quanto previsto per le società azionarie dall'art. 2433, 3° comma c.c. (applicabile alla s.a.p.a. nei limiti di cui all'art. 2454 c.c.) - dispone che «se si verifica una perdita del capitale

sociale, non può farsi luogo a ripartizione degli utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente». Una disposizione di identico contenuto prevista, per le società di persone, dall'art. 2303, 2° comma, c.c. per la società in nome collettivo è applicabile, nei limiti di compatibilità ex art. 2315 c.c., anche all'accomandita semplice.

Al di là della soglia-limite, con disposizioni che prevedono un grado d'imperatività crescente in ragione dell'incidenza della perdita sul capitale, v'è *obbligo* di provvedere. Secondo l'ipotesi base (se, cioè, ai sensi dell'art. 2482-*bis*, 1° comma, c.c., «risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite») deve essere convocata senza indugio l'assemblea affinché siano assunti gli opportuni provvedimenti e (prosegue il 4° comma della disposizione da ultimo citata), «se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio e per la riduzione del capitale in proporzione delle perdite accertate».

Con maggior grado di urgenza e di imperatività, ex art. 2482-*ter*, 1° comma, c.c. dispone che «se la perdita di oltre un terzo del capitale» produce l'ulteriore effetto di ridurlo «al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'art. 2463» [10.000 euro] deve essere convocata «senza indugio [...] l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo». Il secondo comma dell'art. 2482-*ter* c.c. fa salva la possibilità di procedere alla trasformazione della società. Se nessuna decisione viene adottata, l'art. 2484, 1° comma, n. 4), c.c., dispone che la società si scioglie.

La legge tace, però, sulle modalità tramite le quali è possibile elidere la perdita. In via interpretativa, così, si fa cenno alla possibilità, rimessa alla libera scelta dei soci, di ricorrere al versamento di somme a fondo perduto o all'impiego di versamenti in conto capitale (o altri con denominazioni analoghe) già in precedenza effettuati dai soci; o, ancora, alla possibilità di rimettere un credito in precedenza vantato dal socio nei confronti della società; oppure all'assunzione (da parte di alcuno dei soci) dell'obbligo di tenere indenne la società dalla perdita, consentendole così di iscrivere all'attivo un credito nei suoi con-

fronti (Nobili e Spolidoro, 1993 e Guerrera, 2004). In proposito (ammonisce Nobili, 2006 confermando quanto già prospettato nel precedente scritto del 1993) la dottrina unanime ha cura di segnare il limite a tutte le possibilità d'intervento sinora descritte, ritenendo di dover «negare alla società la possibilità di imporre “unilateralmente” ai soci la copertura delle perdite con le modalità sopra descritte».

E' chiaro che gli interventi sinora ipotizzati possono essere realizzati sia a copertura di una ordinaria perdita d'esercizio che a copertura delle perdite che incidono sul capitale, con l'ulteriore considerazione che, nell'ipotesi in cui la perdita riduca il patrimonio netto ad un valore negativo – consumando per intero il capitale – i metodi or ora ricordati devono necessariamente affiancarsi all'adempimento degli obblighi fissati dall'art. 2482-ter c.c.: riduzione a zero del capitale e contestuale aumento. Beninteso, poi, l'adempimento di quest'ultimi potrà avvenire secondo soluzioni variamente combinate; e così, potrà darsi l'opportunità di riduzione a zero del capitale e suo aumento con soprapprezzo da utilizzare a copertura della perdita residua; oppure ancora, ad un aumento di capitale per un importo superiore alla perdita, e immediata riduzione fino a totale copertura della perdita stessa; o, infine, ad aumenti di capitale c.d. «a fisarmonica»: delibere, cioè, tramite le quali l'assemblea decide, in successione, la riduzione a zero del capitale, il suo contestuale aumento per un importo pari ad una parte soltanto della perdita, l'immediato azzeramento, il successivo aumento, e così via, fino a coprire l'intera perdita, ricostituire un patrimonio netto positivo, e così il nuovo capitale. La pratica degli aumenti «a fisarmonica» (su cui si veda Busi, 1998) potrebbe dirsi ora ostacolata dalla disciplina del riformato art. 2436 c.c. (richiamato, per la s.r.l. dall'art. 2480 c.c.) che subordina l'efficacia delle delibere di modifica dello statuto all'iscrizione nel registro delle imprese. Si incorrerebbe, in questi casi, in delibere che per poter essere efficaci (e quindi sottoscritte) devono essere pubblicate, ma, allo stesso tempo, se considerate singolarmente, non possono essere iscritte perché *contra legem* con riferimento all'art. 2480-ter c.c. intervenendo, difatti, in un momento in cui non è stata – completamente - assorbita la perdita. La dottrina (Nobili 2006 e Guerrera, 2004) risolve il problema suggerendo, per le delibere interinali che ripianano solo parzialmente la perdita, di procedere ad un'unica iscrizione, da effettuarsi una volta che gli aumenti

di capitale siano stati interamente sottoscritti e liberati. Per l'ultima delibera, quella, per intendersi, che interviene dopo che sia stata assorbita la perdita, varrebbe la regola ordinaria: l'iscrizione tornerebbe a precedere, perché a ciò funzionale, l'esercizio del diritto di sottoscrizione da parte dei soggetti legittimati.

Quale che sia la soluzione in concreto assunta, va poi ricordato che le decisioni adottate in questa evenienza, intervenendo sul capitale sociale, sono modificazioni dell'atto costitutivo soggette alla disciplina generale dettata dall'art. 2480 c.c. Il citato articolo dispone che tali modificazioni siano deliberate dall'assemblea dei soci a norma dell'art. 2479-*bis* c.c., così che, come si desume anche dall'art. 2479, comma 4°, c.c., non può in alcun caso prescindersi dall'adozione del metodo collegiale, finanche nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo autorizzi il ricorso al metodo non assembleare. Fuori di dubbio, poi, che si tratti di decisioni di regola sottratte alla competenza degli amministratori, giacché le modifiche dell'atto costitutivo possono esser attribuite a questi ultimi nei soli casi di espressa previsione legale (si vedano, sul punto, l'art. 2481 c.c. per l'aumento del capitale sociale; l'art. 2482-*bis*, ultimo comma, c.c. tramite rinvio – nei limiti della compatibilità - all'ultimo comma dell'art. 2446 c.c., per l'ipotesi di riduzione del capitale in seguito a perdite di oltre un terzo portate a nuovo, in società con quote di partecipazione indicate in termini frazionari senza indicazione del valore in euro; oltreché le disposizioni di cui agli artt. 2505 e 2505-*bis* c.c. in tema di fusioni, c.d. semplificate: in tutte le ipotesi indicate la competenza dell'organo amministrativo è comunque subordinata a previsione statutaria).

L'art. 2479-*bis*, comma 3°, venuta meno la distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria, specifica che in questo caso (come per le decisioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci) l'assemblea, regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale, delibera con il voto favorevole dei soci che rappresentano la medesima frazione.

Il verbale deve essere redatto da notaio. Con carattere sostanzialmente innovativo rispetto alla disciplina prevista prima della riforma (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) «la deliberazione non produce effetti se non dopo l'iscrizione». L'iscrizione nel registro delle imprese assume

quindi il ruolo di *condicio iuris*, così sovvertendo l'indirizzo consolidato in dottrina (si veda, per tutti, Frè, 1982, e, per l'indirizzo minoritario Marasà, 1993) e giurisprudenza prevalenti che, nel silenzio della previgente disciplina, ritenevano che la delibera modificativa avesse effetto immediato, salvi i casi in cui la legge non disponesse diversamente (erano i casi, ad esempio, di riduzione del capitale per esuberanza (art. 2445 c.c.), di emissione di obbligazioni (art. 2411 c.c.), di trasformazione di società di persone in società di capitali (art. 2498 c.c.) oltre che di fusione e scissione (2503 e 2504-*decies* c.c.).

Si propone così la questione, prima non sussistente, dell'ammissibilità di delibere ad efficacia condizionata, proprio come quella oggetto del provvedimento in commento.

E si tratta, peraltro, di questione risolta in modo tutt'altro che univoco dalla dottrina, invero piuttosto esigua (Plasmati, 2011, Magliulo, 2004, Salafia, 2000, Tassinari, 1996 e Marchetti, 1995), che ha avuto occasione di occuparsene. Attesa la stretta implicazione tra pubblicità ed efficacia, secondo un primo indirizzo, dovrebbe negarsi in radice la possibilità di apporre condizioni alle delibere modificative dell'atto costitutivo. In tale direzione deporrebbero la previsione di cui all'art. 2436, comma 5°, c.c. (ritenuta ostativa secondo la tesi qui riportata) oltreché l'assenza di disposizioni specificamente dedicate alle modalità di pubblicazione di questo genere di delibere nonché dell'evento condizionante. Proprio per ovviare a tali problemi, secondo un indirizzo intermedio, sarebbero ammesse delibere condizionate ogni qualvolta l'evento dedotto in condizione consista, a sua volta, in un atto soggetto a regime pubblicitario. Un terzo ed ultimo indirizzo, seguito dalla dottrina più recente, ammette senza riserve l'iscrizione di delibere condizionate, spostando il problema sull'individuazione dei metodi più adeguati per assicurarne l'opponibilità ai terzi e, conseguentemente, l'efficacia.

A prescindere dalla soluzione del problema interpretativo, in questa sede è sufficiente notare quanto delicato sia il tema, ad onta dell'assoluto disinteresse che, sul punto, emerge dal provvedimento in commento ove, forse non a caso, non si fa alcun cenno all'iscrizione della delibera nel pubblico registro delle imprese. Benché omessa, la circostanza è, come anticipato, tutt'altro che secondaria giacché, in difetto della pubblicazione, la delibera deve ritenersi *ex lege* improduttiva di

effetti, rendendo il ricorso in via cautelare non necessario e, conseguentemente, il provvedimento di sospensione *inutiliter datum*.

Rinviando alle conclusioni l'occasione per prospettare soluzioni alternative, si vuole sin d'ora criticare la stessa scelta di adottare una delibera che traballa, a ragione della dibattuta ammissibilità, in punto di opportunità. L'impressione è che l'adozione di una decisione sottoposta a condizione risolutiva e, per tal ragione, *instabile*, sia derivata probabilmente, come anticipato, da una malintesa urgenza, sì da risultare non necessaria.

Come emerso dalla disamina delle disposizioni dedicate alle perdite di capitale, il legislatore riferisce l'urgenza esclusivamente alla necessità di ridurre il capitale sociale, ineluttabile alternativa allo scioglimento, lasciando la società in facoltà di optare per la trasformazione o per l'aumento del capitale in misura almeno pari al minimo legale. Fuori dall'urgenza si colloca, invece, la sottoscrizione di quest'ultimo, che, tutt'altro che urgente, può ben avvenire in tempi successivi, come, tra l'altro, espressamente previsto dell'art. 2481-*bis*, comma 2°, c.c.

5. Si passi ora a considerare la prima condizione cui è sottoposta la delibera. Il socio Tizio è tenuto ad esercitare il diritto di sottoscrizione in misura pari alla quota di partecipazione (12,48 %) precedente la riduzione a zero del capitale. In caso contrario, e così anche nel caso in cui il socio non rispetti l'ulteriore condizione di cui al paragrafo seguente, gli effetti della delibera, sino ad allora provvisori, perché così condizionati, si consolideranno, segnando la definitiva estromissione del socio.

Come anticipato, Tizio, assente in assemblea, mal tollera la coercizione così impressa all'esercizio del diritto di sottoscrizione ed impugna la delibera *in parte qua*, lamentandone l'illegittimità ai sensi del combinato disposto degli artt. 2481-*bis*, co. 1° e 2482-*ter* c.c. Il giudice, in forza delle medesime disposizioni, accoglie il ricorso.

In questa sede si rivela opportuno effettuare preliminarmente alcune precisazioni di carattere, per dir così, terminologico. Nella lettura del provvedimento si fa riferimento al concetto di "limitazione" o "limite" al diritto di opzione; Si legge, infatti, che «a detta del socio Tizio, [la delibera] avrebbe limitato il diritto di opzione» e, più avanti,

che «è stato imposto al socio Tizio di esercitare il predetto diritto per intero[...] e così, inevitabilmente, lo si è limitato». I termini, tuttavia, sono impiegati dall'organo giudicante (e, precedentemente, dallo stesso ricorrente), in un senso che solo latamente (e forse impropriamente) può ricondursi al significato tecnico che assumono nella specifica disciplina del diritto d'opzione.

Il limite di cui agli artt. 2441 c.c. per la s.p.a., e (seppur implicitamente) 2481-*bis* c.c. per la s.r.l., indica la misura, inferiore a quella spettante di diritto, entro cui è consentito ai soci sottoscrivere l'aumento di capitale (nelle stesse norme, la possibilità si affianca a quella di escludere del tutto il diritto). Si ammette, così, a determinate condizioni, una limitazione che è finalizzata a preferire specifici soci o terzi nella sottoscrizione del capitale di nuova emissione. Il limite, in questo caso, incide sul *quantum*, in particolare, sul *quantum* massimo, ferma restando per il titolare la facoltà – che, come si avrà modo di precisare, del diritto d'opzione costituisce l'essenza – di liberamente determinarsi in merito all'*an* o ad un *quantum* in misura inferiore.

Quando nel provvedimento si impiega il medesimo termine vi si attribuisce un significato affatto differente: qui *limite* è la misura fissa alla quale il socio è vincolato qualora voglia esercitare il diritto. Limite, in questa accezione, che è, insieme, massimo e minimo, misura al di sotto ed al di sopra della quale è vietato l'esercizio del diritto (sempre che ancora di *diritto* possa parlarsi).

Non v'è dubbio che nell'uso comune il termine descriva un'area semantica alla quale appartiene anche l'accezione impiegata dal ricorrente, prima, e dal giudice, poi, ma altrettanto non sembra potersi ritenere nel nostro specifico ambito, ove, peraltro, la stessa fisionomia, oltretché i limiti del diritto in parola sembrano necessitare di una breve ricostruzione.

Il legislatore della riforma del 2003, nel dettare *ex novo* la disciplina delle modificazioni statutarie nella s.r.l., prima risultante *per relationem* da quella di s.p.a., con scelta terminologica da taluni definita priva di significato (forse a ragione, atteso che lo stesso legislatore sembra non attribuirvene nella stessa *Relazione di accompagnamento*), prevede, al comma primo dell'art. 2481-*bis* c.c., dedicato all'aumento di capitale sociale mediante ulteriori conferimenti, il neointrodotta diritto di sottoscrizione, naturale *pendant* per la s.r.l. del

diritto di opzione di s.p.a., più diffusamente regolamentato dall'art. 2411 c.c. a ciò specificamente dedicato.

Il legislatore assicura, così, ai soci la possibilità (non già l'obbligo) di mantenere inalterata la misura della propria partecipazione ogni qualvolta sia deliberato un aumento di capitale, sì da poter continuare ad esser titolari, per la stessa misura, dei diritti amministrativi e patrimoniali corrispondenti.

Indipendentemente dal *nomen* impiegato, i due diritti sembrano, salvo quanto si avrà modo di prospettare nel prosieguo, sostanzialmente assimilabili, sì che le riflessioni che la dottrina ha formulato in merito a contenuto e natura del diritto d'opzione nelle società azionarie sono estensibili al diritto di sottoscrizione di s.r.l.

Mutuando l'uso di un termine che, già nel linguaggio corrente, assume il significato di *scelta*, di facoltà di eleggere, e che (Bonetti, 1957) nel diritto romano classico era utilizzato quale sinonimo di *electio*, salvo discostarsene in epoca postclassica, ove l'*optio* (*optio legata*, *optio tutoris* ed *optio servi*) assumeva il significato specifico di atto solenne di scelta (perciò affiancata alla *denuntiatio*), il diritto d'opzione nelle società azionarie (art. 2441 c.c.) per buona parte è assimilabile all'oggetto del patto d'opzione di cui all'art. 1331 c.c., con la differenza che, mentre quest'ultimo, attinente alla fase delle trattative precontrattuali, consiste in un'eccezione al principio di libera revocabilità della proposta di fonte convenzionale, il primo ne ripete gli effetti con specifico riferimento al contratto di società, disponendo un'irrevocabilità che qui deriva dalla legge.

Come per l'opzione di diritto comune, anche in ambito societario, l'offerta di opzione è irrevocabile e vincolante per il proponente – la società – sino allo scadere del termine stabilito (non inferiore a trenta giorni dalla pubblicazione dell'offerta). Alla società è solo consentito limitare o escludere il diritto, rispettando le condizioni di cui all'art. 2441 c.c., altrimenti, secondo la regola generale, oggetto della proposta sarà la sottoscrizione del deliberato aumento di capitale in misura proporzionale alle azioni (o alle obbligazioni convertibili) possedute dal beneficiario. Quest'ultimo – azionista (o titolare di obbligazioni convertibili) – ha, per lo stesso termine, facoltà di accettare, onde, se accetta, il contratto si conclude, perfezionandosi così l'acquisto delle azioni (o delle obbligazioni convertibili).

La posizione giuridica del beneficiario, identica, almeno sul piano degli effetti, in entrambi i tipi di opzione, è stata talvolta qualificata come diritto potestativo (Rubino, 1962 e Forchielli, 1948a, 1948b e 1947). Tuttavia la soluzione non sembra appagante se si considera che qui la scelta del beneficiario non determina una modifica unilaterale di un rapporto giuridico preesistente - ch  in questo, come noto, consiste il diritto potestativo -. Nell'opzione, una relazione giuridica non pu  ancora dirsi esistente, anzi, la stessa verr  in essere proprio con l'*in idem placitum consensus* perfezionato al tempo dell'accettazione del beneficiario. Per tale ragione   pi  appropriato (Bonetti, 1957) parlare di *facolt *, cos  qualificandosi la posizione soggettiva autonoma di colui che pu  liberamente determinarsi nella propria sfera giuridica, con effetti diretti nei confronti di altro soggetto, la cui posizione   cos  qualificabile in termini di *soggezione*.

Il diritto di sottoscrizione nella s.r.l. ripete, ancora una volta, lo schema gi  proprio dell'opzione di diritto comune e di quella delle societ  azionarie. Anche in questo caso, al socio spetta, *ex art. 2481-bis c.c.*, la facolt  di sottoscrivere liberamente il capitale di nuova emissione sino ad un valore corrispondente alla quota di partecipazione gi  posseduta e la societ  deve attendere l'esercizio di tale facolt  per tutto il periodo che, come anticipato, deve risultare dalla delibera e non pu  esser inferiore a trenta giorni dal momento della comunicazione ai soci. Nonostante il legislatore abbia affidato all'autonomia dei soci la scelta della determinazione del termine per la sottoscrizione, l'imposizione di un limite minimo inderogabile si spiega in ragione della finalit  di assicurare ai titolari un congruo margine di tempo per effettuare una scelta meditata e per reperire le risorse necessarie a liberare, almeno in parte, l'aumento (De Marchi, Santus e Stucchi, 2008).

Analogamente a quanto avviene nella s.p.a., il diritto di sottoscrizione di s.r.l. pu  essere limitato o escluso. Tuttavia tale facolt    sottoposta a condizioni differenti, con effetti di maggiore garanzia per la compagine sociale: *a)* per un verso,   necessaria un'espressa previsione statutaria; *b)* per altro verso, ai soci che non hanno consentito alla decisione di aumento, e cos  deve ritenersi avuto riguardo anche a coloro che non abbiano consentito alla modifica statutaria *sub a*, nel caso in cui questa sia introdotta in epoca successiva alla costituzione,

è data facoltà di recedere *ex art. 2473; c)* per altro verso ancora, non è consentito escludere o limitare il diritto in occasione delle riduzioni del capitale sociale al disotto del minimo legale *ex art. 2482 – ter c.c.*; *d)* manca, in ultimo, una specifica disciplina per l'ipotesi in cui i soci non esercitino i diritti di sottoscrizione loro spettanti (quello che, per le s.p.a., è comunemente detto inoptato). Ma si comprende che per tale ipotesi, come anche per quella di portata generale in cui il socio voglia cedere il diritto di sottoscrizione indipendentemente dalla partecipazione, la circostanza che l'art. 2481-*bis*, comma 2°, c.c. subordini l'ingresso di terzi ad una previsione statutaria, non può dirsi senza effetto, incidendo sensibilmente sull'interesse all'acquisto dei diritti di sottoscrizione. E, proprio in questo aspetto, può forse cogliersi il senso della differenza terminologica alla quale il legislatore ha (forse inconsapevolmente) fatto ricorso. Ché, distinguendosi tra diritto di sottoscrizione e diritto d'opzione, vuol forse proprio enfatizzarsi la stretta pertinenza alla partecipazione sociale che il primo rivela e che non è altrettanto spiccatamente riscontrabile nel secondo, maggiormente simile al patto d'opzione di diritto comune e, per tale ragione, maggiormente idoneo a circolare indipendentemente dalla partecipazione sociale cui pertiene (la ricostruzione qui prospettata è condivisa da Pinna, 2005 e Bartalena, 2004).

Ci si è sinora intrattenuti in riflessioni in merito alla ricostruzione di natura, contenuto e funzione del diritto di sottoscrizione sugli aumento di capitale di s.r.l. nella speranza di agevolare la comprensione della decisione qui in commento, in parte cercando di ovviare alla laconicità della disciplina positiva.

Per le ragioni indicate in apertura di paragrafo, può ora meglio comprendersi per quali ragioni la condizione posta tramite la delibera *de qua* possa solo con difficoltà esser sussunta nella fattispecie di cui all'art. 2481-*bis* c.c., giacché quella in parola sembrerebbe più propriamente qualificabile come *coercizione* (non già limitazione) del diritto di sottoscrizione. Il richiamo, prospettato dal ricorrente ed avallato dal tribunale, agli artt. 2481-*bis* e 2482-*ter* c.c., che vietano la possibilità di limitare o escludere il diritto in occasione delle perdite di capitale eccedenti il minimo legale, sembra, allora, almeno dubbio, nella misura in cui è adoperato per motivare l'illegittimità della delibera.

Può tuttavia aggiungersi che, avendo ad oggetto una condizione che si colloca sullo scivoloso crinale tra – ammesse – limitazioni al diritto di sottoscrizione e – dubbie – coercizioni all’esercizio dello stesso, il quesito sottoposto al giudice sia di tutt’altro che agevole soluzione. Difficile è, infatti, definire la misura entro la quale l’imposizione di specifiche modalità di esercizio dei diritti sociali possa nettamente distinguersi da una limitazione o esclusione degli stessi.

Può ritenersi, come è sembrato al giudice, che l’imposizione ai soci di una quota fissa (predeterminata dalla volontà assembleare) per l’esercizio del diritto di sottoscrizione in nulla differisca dalle limitazioni di cui all’art. 2481-*bis* c.c.: in questo caso, la decisione qui in commento risulterà condivisibile. In caso contrario, la soluzione andrà rinvenuta altrove.

La questione, alla quale, in questa sede, non può dedicarsi che un cenno, impatta con il dibattuto tema della ammissibilità di clausole statutarie che intervengano sui diritti derivanti *ex lege* dalla partecipazione al contratto di società in misura superiore a quella ammessa dalla stessa disciplina positiva.

Se si propende per una interpretazione restrittiva, se si ritiene, cioè, le norme che assegnano diritti partecipativi ai soci in forza della adesione al contratto sociale abbiano natura imperativa, dovrà ritenersi vietato disporre dei diritti stessi oltre la misura dalle stesse norme consentita. Per questa via, (con meccanismo analogo, se si vuole, a quello che, nella disciplina generale sul contratto, risulta dal combinato disposto degli artt. 1418, co. 1° e 1374 c.c.) dovrà ritenersi che la volontà assembleare (e, così, anche lo stesso statuto) non possa incidere sul diritto di sottoscrizione in misura diversa da quanto consentito dall’art. 2481-*bis* c.c., sì che limitazioni (*rectius* coercizioni) del tipo di quella prevista nella delibera *de qua* saranno da ritenere, in ogni caso, inammissibili: la società non avrebbe, infatti, alcuna facoltà di incidere in questi termini sui diritti di sottoscrizione che, derivando ai soci direttamente dal contratto sociale, sarebbero, senza il loro consenso, indisponibili.

Se si preferisce un’interpretazione meno rigorosa, se si ritiene, cioè che le disposizioni che assegnano ai soci i diritti partecipativi non abbiano natura imperativa, bensì dispositiva, dovrà ammettersi che lo statuto o la volontà assembleare abbiano, comunque entro certi limiti,

la possibilità di modulare il contenuto di tali diritti partecipativi, lasciando margini per riconoscere la legittimità di clausole del tipo di quella introdotta con la delibera *de qua*. Resterebbe tuttavia da risolvere la questione, tutt'altro che agevole, di chiarire i limiti di ammissibilità di tali clausole oltre che la modalità di introduzione delle stesse (se, cioè, sia sufficiente introdurle con le ordinarie maggioranze previste per le modifiche statutarie, o se debba ritenersi necessario ricorrere all'unanimità dei consensi dei soci). La riflessione è lasciata all'interprete, potendo in questa sede solo aggiungersi che qualche indicazione può forse intravedersi nel comma secondo del più volte citato art. 2481-*bis* c.c. Se si ritiene che quella in commento sia una "modalità", sebbene piuttosto onerosa, imposta dall'assemblea all'esercizio del diritto di sottoscrizione, secondo quanto disposto da quest'ultima disposizione, potrebbe intravedersi qualche margine per ritenere legittima la clausola, che, così argomentando, potrebbe essere assunta in occasione, e con le stesse maggioranze, previste per la delibera di aumento del capitale sociale.

6. Resta ora da soffermarsi sulla parte della delibera che obbliga il socio Tizio a contribuire, *ex post*, mediante apporti fuori capitale, alla copertura della perdita realizzata tramite il tempestivo intervento di Caio. Come nel caso descritto al paragrafo precedente, l'obbligo è imposto ricorrendo al meccanismo della condizione risolutiva, percorrendo una soluzione che vuol rimediare all'immeritato vantaggio che altrimenti si produrrebbe in favore del socio Tizio a seguito della sofferta rinuncia al credito disposta dal socio - finanziatore Caio per elidere la perdita. Si vuol così scongiurare la possibilità che Tizio possa godere, a costo zero, della partecipazione in una società che, senza tale intervento, si sarebbe sciolta. Ancora una volta, in pendenza della condizione, al socio è imposto l'*aut/aut*: sottostare alle condizioni decise in assemblea, provvedendo anch'egli a ricapitalizzare la società mediante apporti fuori capitale, o lasciare la società nelle mani del socio di maggioranza (che, consolidandosi l'effetto della delibera del 4 novembre, diverrebbe unico socio). La questione, questa volta, è di ben più agevole soluzione, in ragione della macroscopica violazione del principio di responsabilità limitata che la delibera sembra implicare, tuttavia la sorprendente decisione assunta dal giudice nel senso della

legittimità, rende utile soffermarsi brevemente sulla prassi degli apporti fuori capitale, peraltro ricorrente, come anticipato, proprio nelle società di piccole dimensioni.

A tal proposito si suole impiegare l'espressione volutamente generica di versamenti in conto capitale, per accomunare disposizioni in favore della società operate dai soci al di fuori delle regole che presiedono alla formazione del capitale sociale. Tali operazioni sono spesso celate dietro l'impiego di formule atecniche scelte, in ragione della relativa polivalenza, per giocare in un'area di ambiguità.

Le denominazioni impiegate sono piuttosto variegate. Alcune sono centrate sul concetto di finanziamento, come "soci conto versamenti", "soci conto anticipi", "soci conto soci", "soci conto finanziamenti", "soci conto finanziamento infruttifero", altre sul concetto di conferimento, come "versamenti in conto capitale", "versamenti in conto futuro aumento capitale" alle quali possono sostanzialmente essere assimilate quelle come "versamenti socio conto perdite", "soci conto perdite" o "soci conto copertura perdite" più specificamente dedicate alle operazioni realizzate, in occasione di attuali, o in previsione di future, perdite. Di fronte a fattispecie così diversificate, emerge la questione attinte la stessa qualificazione giuridica dell'operazione. Essenziale è stabilire quando i "versamenti", al di là della denominazione impiegata, costituiscono un finanziamento, sia pure infruttifero, e quando invece un conferimento. Va da sé che nel primo caso essi avrebbero la causa del mutuo (oneroso o no), darebbero diritto al rimborso e, contabilmente, dovrebbero far parte del capitale di debito (nella specie, debiti verso terzi); nella seconda ipotesi, invece, avrebbero la causa societaria, non darebbero diritto al rimborso ma solo alla quota di liquidazione (che può esser riconosciuta solo ove la società, nella fase di scioglimento, abbia preliminarmente soddisfatto per intero i creditori) e, dal punto di vista contabile, andrebbero indicati come capitale di rischio ed inseriti nel netto patrimoniale. La giurisprudenza che, inizialmente, aveva mostrato di attribuire importanza decisiva alla denominazione della posta (si veda, per tutte, Cass. 3 dicembre 1980, n. 6315, in *Giur. comm.*, 1981, II, 895 ss., con nota di Ferro-Luzzi, *I versamenti in conto capitale*), tende ora ad svalutare questo aspetto dando rilievo alla effettiva volontà dei soci (così, più recentemente, Cass. 19

marzo 1996 n. 2314, in *Dir. e pratica comm.*, 1996, 932) conformandosi all'opinione da sempre prevalsa in dottrina che riconduceva il problema ad una ricostruzione dell'effettiva volontà delle parti: una *quaestio voluntatis*, quindi, per la cui soluzione, la denominazione impiegata costituisce solo un elemento indiziario privo di valore decisivo.

Le stesse poste di bilancio vengono presentate (spesso al banchiere) come componenti del netto, enfatizzando l'entità dei mezzi propri della società, ai fini della valutazione della capacità di meritare credito, salvo poi, nel momento in cui la società versi in una situazione di crisi, esser rivendicate come prestiti, (magari al curatore) per esigerne il rimborso.

Evidente è il pregiudizio arrecato ai creditori sociali in forza di permutazioni – oltretutto spesso operate *a posteriori* – di poste originariamente qualificate come passività ideali (e costituenti, insieme agli altri mezzi propri, il patrimonio netto della società soggetto al *rischio* d'impresa) poi trasformate in passività effettive (concorrenti, con gli altri debiti verso i creditori sociali, ed a pari titolo, al rimborso).

Evidente, in egual misura, è la violazione delle regole che presiedono alla formazione del capitale sociale e, più in generale, al funzionamento degli organismi corporativi. In dottrina si fa notare come in tali casi dietro il simulacro di una società di capitali i soci si comportino come soci di una società di persone, ove l'indeterminatezza dei conferimenti si accompagna all'obbligo, *ex art. 2253, 2° comma, c.c.* a conferire quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale (Galgano, 1987 e Portale, 2004). Ne consegue la trasformazione del capitale sociale in posta "cenerentola" e l'obsolescenza del relativo principio di "fissità".

L'ammissibilità del ricorso a tali forme di finanziamento, già prospettata da risalente dottrina (Simonetto, 1958), ha trovato per la prima volta riconoscimento normativo in disposizioni di carattere fiscale che, dettando una disciplina di favore, hanno condotto alla dilagante proliferazione del fenomeno.

Successivamente è intervenuto il legislatore nel 2003 che, proprio nell'interesse dei creditori sociali, sia per l'ipotesi in cui la società sia *in bonis*, che – e forse più efficacemente – per l'ipotesi di insolvenza, all'art. 2467 c.c. ha disciplinato il fenomeno introducendo regole in

tema di esigibilità (il rimborso del finanziamento è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori) ed eseguibilità (il rimborso, qualora avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, deve essere restituito) dei finanziamenti. In un cono d'ombra erano, invece, e continuano ad essere, gli altri interessi potenzialmente sacrificati dai versamenti qui in esame, quegli stessi interessi che, peraltro, emergono nel provvedimento commentato e che sembrano in tale vicenda così incrinati da portare ad un punto di frattura i rapporti di equilibrio tra i soci.

Tra le funzioni tradizionalmente attribuite al capitale sociale - *vincolistica*, di *garanzia* (almeno supplementare) e *organizzativa* - è quest'ultima che viene maggiormente compromessa nella vicenda in commento. Con tale espressione si intende richiamare, specie nelle società capitalistiche, l'utilità assoluta dal capitale nel fungere da base di misurazione di alcune fondamentali situazioni soggettive dei soci, sia di carattere amministrativo (come il diritto di voto), sia di carattere patrimoniale (diritto agli utili ed alla quota di liquidazione): funzione che sembra entrare in crisi nell'ipotesi in cui l'imputazione di risorse a capitale avvenga senza il rispetto delle formali procedure che ne regolano la formazione.

Sebbene trascurata dal legislatore della riforma che, come si è detto, ha mostrato maggior premura per l'ipotesi in cui ai versamenti dei soci sia attribuita la causa di mutuo, occorre meglio approfondire l'ipotesi in cui i versamenti siano effettuati (in origine, o a seguito di successiva riqualificazione) *causa societatis* e vengano, così, iscritti al patrimonio netto come riserve (di capitale) o, secondo taluno, anche come fondi, o, ancora, direttamente imputati a capitale sociale ovvero a copertura di perdite.

Si analizzino due ipotesi: *a*) i versamenti sono effettuati da *tutti* i soci *in proporzione* alla partecipazione di ognuno a capitale; *b*) i versamenti sono effettuati soltanto da *alcuni* soci (o da uno solo, con buona probabilità, come nel caso in commento, il socio di maggioranza). E' chiaro che l'ipotesi *sub a*) non genera particolari problemi: se il finanziamento è effettuato in proporzione alla partecipazione sociale, sia nel caso in cui questo sia imputato ad aumento del capitale, sia per l'ipotesi in cui sia impiegato a copertura delle perdite, o a riserva, i rapporti interni tra soci resteranno immutati. Maggiori aspetti

di problematicità presenta, invece, l'ipotesi *sub b*). Se il finanziamento poi imputato indifferenziatamente al netto (*sub specie* di riserva, aumento di capitale o copertura di perdite) proviene solo da uno o alcuni dei soci, è lecito domandarsi se sia equo che da tale imputazione tragano beneficio anche gli altri, che al finanziamento non hanno partecipato. Il singolare affievolimento del principio di uguaglianza tra soci (uguaglianza in ragione della quota) è certamente evidente nel caso di impiego dei finanziamenti per la copertura delle perdite, soprattutto se questa avviene in circostanze cruciali – come in quella oggetto del provvedimento commentato – in cui in assenza di tale operazione di salvataggio, l'unica alternativa possibile sarebbe stata quella dello scioglimento. Qui il beneficio tratto dai soci-non finanziatori è quasi palpabile, consistendo nella possibilità di partecipare in una società che altrimenti non sarebbe sopravvissuta. Ma anche nel caso di imputazione ad aumento di capitale, è possibile avvertire la compromissione del principio di eguaglianza capitaria di cui s'è detto se si considera che gli altri soci beneficiano “a costo zero” della permanenza in una società ricapitalizzata, con tutto ciò che ne consegue, anche in termini di merito creditizio. E, ancora con maggiore evidenza, è percepibile la scoloritura dei rapporti di equilibrio tra soci nel caso in cui, sempre a seguito di un aumento di capitale così confezionato, o nel caso in cui i finanziamenti siano imputati a riserve, la società poi provveda alla relativa riduzione, assegnando a tutti – e quindi anche ai soci, per dir così, non finanziatori – rimborsi in denaro.

Viene allora spontaneo chiedersi se distorsioni nei rapporti tra i soci di quelle sinora esemplificate possano essere ovviate obbligando in qualche modo i soci ad apporti fuori capitale proporzionali al conferimento.

La dottrina che ha avuto modo di occuparsi della questione, peraltro nell'urgenza decretata dal varo della disposizione fiscale incentivante cui si è in precedenza accennato, ha negato tale possibilità. Si tratta di riflessioni formulate in merito alla necessità di previa delibera assembleare che, ai sensi della citata disciplina, fungeva da presupposto necessario per accedere ai benefici fiscali.

A tali conclusioni fa da sfondo il carattere determinato (secondo Portale, 1970) dell'obbligo di conferimento che deriva dall'art. 2253 c.c. e che, ad avviso dell'Autore, ha portata generale, impedendo alla

volontà della maggioranza, espressa secondo le regole proprie dell'organizzazione corporativa, di obbligare il socio a conferimenti ulteriori. Conferma si avrebbe proprio dalla disciplina del diritto di opzione che, in sede di aumento di capitale, non a caso attribuisce al socio la facoltà, e mai l'obbligo, di sottoscrizione (nello stesso senso Nobili, 1958 e Belviso, 1985).

L'eventuale delibera assembleare che preveda finanziamenti in conto capitale, allora, non potrà validamente costituire titolo obbligare i soci ad apporti supplementari, potendo, al più, rilevare come atto probatorio della volontà e del titolo – solo negoziale – dei versamenti successivamente effettuati dai soci. E, si badi bene, il carattere obbligatorio – almeno nel senso corporativo, di obbligo nei confronti della società – va negato sia alle delibere adottate a maggioranza, che a quelle assunte all'unanimità. In entrambi i casi emerge l'inidoneità, quale atto corporativo assunto secondo il metodo collegiale, ad incidere su posizioni soggettive (anche di soci assenti e dissenzienti) indisponibili senza il consenso dei titolari (Tantini, 1990), ché anche nel caso in cui la delibera fosse adottata all'unanimità, la stessa potrebbe al più valere come atto di natura contrattuale rappresentando null'altro che la sommatoria dei consensi (Mignoli, 1960).

A conclusioni di non differente tenore si giunge anche nell'ipotesi in cui un siffatto obbligo di conferimenti “ulteriori” trovi fonte, non già in una decisione assembleare, ma, a monte, in una disposizione statutaria (introdotta in fase costitutiva o con una successiva decisione di modifica dello statuto). La previsione statutaria non sposterebbe i termini del problema ed avrebbe il medesimo significato di una clausola che impegnasse i soci a sottoscrivere eventuali aumenti dell'assemblea. Ancora una volta si tratterebbe di una fonte – questa volta di natura contrattuale – che, intervenendo su un'area estranea all'organizzazione sociale, afferente la situazione patrimoniale del socio ed indisponibile senza il suo consenso (Buonocore, 1960 e Pellizzi, 1967), non potrebbe che ritenersi, ancora una volta, *inefficace*.

Le posizioni della dottrina sin qui riportate sembrano condurre ineluttabilmente a ritenere che la decisione di obbligare il socio Caio a partecipare, mediante apporti fuori capitale, al ripianamento delle perdite, sia una scelta che, sebbene condivisibile in punto di equità, debba dirsi inammissibile in punto di legittimità. Conseguentemente, a meno

che non si voglia del tutto obliterare il principio della responsabilità limitata, la delibera deve reputarsi illegittima oltretutto inefficace, *in parte qua*, giacché interviene su un'area di diritti del socio che risulta indisponibile dall'organizzazione corporativa,

E, tuttavia, quella che a tutta prima sembrerebbe una soluzione evidente ed obbligata, viene sorprendentemente disattesa dall'organo giudicante, tramite una decisione che, anche e soprattutto nella misura in cui sembra mostrare di allinearsi a precedenti arresti della giurisprudenza di legittimità, deve esser meglio analizzata.

Il giudice, proprio richiamandosi ad un'interpretazione formulata dalla Corte di Cassazione afferma la legittimità di delibere assembleari che, «perseguendo l'obiettivo di evitare lo scioglimento della società», impongano il versamento di somme di denaro da parte dei soci per ripianare le perdite. Nel prosieguo della motivazione, sembra volersi giustificare siffatta conclusione in ragione della soppressa operatività *ex lege* delle cause di scioglimento (tra le quali certo rientra la perdita integrale del capitale sociale). Così si afferma che il diritto alla quota di liquidazione del socio non sorga più automaticamente e sia pienamente valida la delibera che elimini a maggioranza la stessa causa di scioglimento.

L'argomentazione deve ritenersi, tuttavia, cedevole. Se, in linea di principio, l'affermazione può ritenersi senz'altro veritiera, meno corretto, oltretutto inopportuno, è adoperare la stessa affermazione per inferire la legittimità della delibera in commento che, invero, si occupa di questione affatto differente. Certo, ai sensi dell'art. 2484, 1° comma, n. 4) c.c., la causa di scioglimento si verifica solo qualora la società non adotti i provvedimenti di cui all'art. 2482-ter c.c., e, in ogni caso, il diritto alla liquidazione della quota non potrà esser preteso dal socio prima degli adempimenti di cui agli artt. 2492 e 2493 c.c. Cosa ben diversa, però, e certamente dalla stessa norma non desumibile, è affermare che in occasione delle perdite di capitale sia possibile obbligare il socio a conferimenti ulteriori. Squarciando il velo dell'autonomia patrimoniale senza che alcuna norma lo legittimi, quanto deciso dalla Suprema Corte sembra piuttosto il frutto un'indimostrata affermazione di principio, che il Tribunale di merito meglio farebbe a non riproporre. E che in questa sede non può certo condividersi.

7. Per le ragioni che si è avuto occasione di individuare, la soluzione adottata dall'assemblea del 4 novembre, presenta evidenti aspetti di illegittimità. Come indicato al paragrafo 4, per di più, la decisione adottata, si rivela già, e a monte, poco opportuna, in ragione di una cattiva interpretazione della portata imperativa delle disposizioni che obbligano a provvedere con urgenza in occasione di perdite di capitale al di sotto del minimo legale. La decisione del Tribunale, seppur dipesa in parte dalle laconiche disposizioni normative e per altra parte indotta dalle impervie soluzioni scelte, deve ritenersi, come si è avuto modo di notare al paragrafo 5, dubbia e, secondo quanto emerso al paragrafo 6, del tutto non condivisibile.

Resta ora da chiedersi se esistano rimedi diversi da quello prospettato nella delibera qui commentata che, proponendosi di risolvere situazioni simili, percorrano soluzioni che siano, al tempo stesso, opportune ed efficaci oltreché legittime.

Osservando il ventaglio degli soluzioni che, secondo la dottrina dianzi richiamata, possono essere adottate a seguito del verificarsi perdite che portano il capitale sociale al disotto del minimo legale, si è fatto cenno alla possibilità di intervenire in modifica del capitale secondo modalità diverse da quella dell'immediata sequenza riduzione-aumento. Si vuol qui richiamare la possibilità che la società, nella situazione esistente alla vigilia della delibera qui impugnata, procedendo in senso contrario alla via solitamente percorsa in questi casi, deliberi dapprima l'aumento e, solo successivamente, la riduzione. In particolare si può ipotizzare che l'assemblea deliberi un aumento di capitale per un valore superiore al minimo, e, contestualmente, per un importo pari a quello della perdita, obblighi i soci a corrispondere somme ulteriori a titolo di sopraprezzo. Così facendo, la riduzione del capitale sociale potrà esser rinviata ad un momento immediatamente successivo, all'esclusivo fine di formalizzare l'effetto che la perdita ha prodotto in erosione del capitale stesso. In questo modo, evitando di ricorrere al macchinoso espediente dell'adozione di una delibera sottoposta a condizione risolutiva, tornerà ad operare la disciplina generale che riconosce ad entrambi i soci, *ex lege*, il diritto di sottoscrivere l'aumento in ragione della partecipazione di cui ciascuno è titolare. E, sempre secondo la disciplina generale, entrambi i soci avranno

la facoltà di avvalersi del termine concesso *ex lege* per determinarsi liberamente, e senza fretta, in merito all'opportunità di decidere la sottoscrizione del deliberato aumento, tenuto conto altresì del fatto che, in ragione del sopraprezzo, entrambi saranno tenuti a ricapitalizzare la società, colmando la perdita. Si darà così la possibilità al socio Caio di scegliere se sottoscrivere l'aumento del capitale, eventualmente adoperando il credito derivante dal finanziamento in compensazione dell'obbligo di conferimento e, allo stesso modo, si riuscirà a conseguire l'utile effetto di costringere il socio Tizio, liberamente ammesso a decidere la misura della propria eventuale partecipazione all'aumento di capitale, a partecipare, per la stessa misura, alla perdita, mediante l'obbligo di sopraprezzo.

IV. Letture consigliate di approfondimento

P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nelle SOCIETÀ di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 507;

A. BARTALENA, *sub art. 2481-bis*, in *Commentario delle società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, vol. 3, Jovene, Napoli, 2004;

U. BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XVII, UTET, Torino, 1985, 99;

P. BONETTI, *Opzione (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, UTET, Torino, 1957, 1087;

C. A. BUSI, *Azzeramento e ricostituzione di capitale nelle s.p.a.*, CEDAM, Padova, 1998;

G. E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7, tomo I, UTET, Torino, 1998, 509;

G. COTTINO, *Diritto societario*, in *Diritto commerciale*, vol. 1, tomo II, di G. Cottino, con la collaborazione di O. Cagnasso, A. Monteverde e L. Quattrocchio, CEDAM, Padova, 2006;

G. DE MARCHI - A. SANTUS - L. STUCCHI, *sub art. 2481-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Giuffrè, Milano, 2008, 1179;

- E. FAZZUTTI, *sub art. 2481-bis*, in *La riforma delle società Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2003, 187;
- P. FERRO LUZZI, *I versamenti in conto capitale*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 895;
- P. FORCHIELLI, *Patto di opzione e condizione potestativa*, in *Riv. trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1948, 800;
- G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, Libro V, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982;
- F. GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, in *Contratto e impresa*, 1987, 365 ss.;
- G. GIANNELLI, *L'aumento di capitale a pagamento*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum*, Scritti in memoria di Gianfranco Cambasso, UTET, Torino, vol. 3, 2007, 290;
- F. GUERRERA, *sub art. 2445*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini - Stagno D'alcontres, Jovene, Napoli, 2004, 1199;
- M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, CEDAM, Padova, 1992;
- G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 6, tomo I, UTET, Torino, 1993, 57;
- R. NOBILI – M. S. SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 6, tomo I, UTET, Torino, 1993, 263;
- R. NOBILI, *Contributo allo studio del diritto d'opzione nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1958;
- G. PLASMATI, *La pubblicità delle delibere condizionate*, Giuffrè, Milano, 2011;
- G. B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1970, 3 ss.;
- ID., *Appunti in tema di «versamenti in conto futuri aumenti di capitale» eseguiti da un solo socio*, in *Vita not.*, 1994, 587;
- ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. I, tomo III, UTET, Torino, 2004, 1;

- G. C. M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. XXX, tomo I, Giuffrè, Milano, 1982, 360;
- M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti «spontanei» in società di capitali*, Torino, 2001;
- V. SALAFIA, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell'assemblea straordinaria*, in *Le società*, 2000, 1290;
- E. SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 1;
- G. SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, continuato da F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 1992, 305;
- M. SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella S.r.l.*, Torino, 2012;
- G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1, tomo III, UTET, Torino, 2004, 743 ss.;
- ID., *I «versamenti in conto capitale», tra conferimenti e prestiti*, Giuffrè, Milano, 1990;
- F. TASSINARI, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, in *Riv. Not.*, 1996, 83;
- R. WEIGMANN, *Capitale, utili, riserve nelle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 76.

Caso n. 5

ESCLUSIONE DEL SOCIO DI S.R.L.

di
Carla Manna

I. Il provvedimento

*Tribunale di Bari – IV Sezione Civile – ordinanza 8 settembre 2009
IL GIUDICE dr. XXXX*

Con ricorso ex art.669 bis c.p.c. proposto ante causam e depositato in data 17.8.09 l’Autorità Portuale di Bari (d’ora innanzi A.P.), in persona del suo Presidente e legale rappresentante p.t., esponeva di aver costituito in data 30.7.04 la Bari Porto Mediterraneo s.r.l. (d’ora innanzi B.P.M.) con capitale inizialmente sottoscritto interamente da esso ente e successivamente aperto alla partecipazione di altri soggetti pubblici e privati, e tanto al fine di concedere alla B.P.M. la gestione della Stazione Marittima Passeggeri e del Terminal Crociere, nonché di altre attività, concessione perfezionata con atto n.3 del 21.12.04, senza espletamento alcuno di gara pubblica sia per la selezione dei soci privati, sia per la scelta del soggetto concessionario dei beni e dei servizi; che, su conforme parere richiesto all’Avvocatura Distrettuale, il Comitato Portuale con delibera n.1 del 19.2.09 decideva di procedere all’annullamento d’ufficio delle delibere n.5 del 16.6.04 e n.6 del 28.7.04 con le quali erano stati concessi i servizi in oggetto alla B.P.M.; che tale provvedimento, emesso in sede di autotutela, veniva impugnato dinnanzi al Tar di Puglia e di poi dinnanzi al Consiglio di Stato che, con sentenza n.4812 del 30.7.09, statuiva la legittimità del provvedimento di annullamento; che in data 7.8.09 il C.d.A. della B.P.M. s.r.l. deliberava la esclusione per giusta causa della A.P. dalla compagine societaria della B.P.M. ai sensi dell’art.11 dello statuto.

Ciò premesso, la A.P. chiedeva al Tribunale di Bari: a) la sospensione, ex artt. 2388 e 2378 c.c., ovvero ex art. 700 c.p.c., dell’efficacia della delibera adottata dal C.d.A. della B.P.M. in data 7.8.09; b) in

subordine l'adozione dei provvedimenti d'urgenza più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della futura pronuncia di inesistenza e/o nullità e/o invalidità della predetta delibera consiliare, con ordine al Conservatore del Registro delle Imprese di iscrizione del relativo provvedimento.

Disposta la comparizione delle parti, si costituiva in giudizio la B.P.M. s.r.l., in persona del Presidente del C.d.A., aderendo al ricorso, nonché la stessa B.P.M. in persona del Presidente e legale rappresentante p.t. dr. M. Carofiglio, nonché M. Carofiglio e M. Guadagnuolo in proprio e quali amministratori della B.P.M., eccependo l'improcedibilità e l'inammissibilità del cautelare proposto e, nel merito, la sua infondatezza sia sotto il profilo del fumus che del periculum,

OSSERVA

Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni di improcedibilità e inammissibilità del proposto cautelare, sì come sollevate da parte resistente.

La B.P.M. ha infatti, eccetto la sussistenza di una clausola compromissoria di cui all'art. 21 dello statuto sociale, il quale devolve alla competenza arbitrale ogni controversia avente ad oggetto rapporti sociali, ivi comprese le controversie relative alla validità delle delibere assembleari; la conseguenza è che, in virtù del disposto di cui all'art. 35 co. 5° d.lgs. n. 5/03, agli arbitri competerebbe pure il potere di disporre la sospensione dell'efficacia della delibera.

Tale eccezione risulta, a parere del Giudicante, infondata stante il chiaro dettato normativo di cui all'art.669 quinquies c.p.c., a mente del quale «se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale la domanda (cautelare) si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito». E del resto, la competenza del G.O. in tema cautelare è stata ribadita dalla prima parte del disposto di cui all'art. 35 co. 5° d. lgs. n. 5/03, la quale prevede che «la devoluzione in arbitrato di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies c.p.c.».

Quanto invece, al tenore della seconda parte della norma anzi richiamata (secondo la quale «... se la clausola compromissoria consente

la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre... la sospensione dell'efficacia della delibera»), tenore invocato da parte resistente a sostegno della propria eccezione, il Giudicante osserva che, come correttamente rilevato da parte ricorrente, tale disposizione costituisce una deroga al principio generale di cui all'art. 669 quinquies c.p.c. e va pertanto applicata in via restrittiva alla sola ipotesi ivi prevista di impugnativa di delibere assembleari (e non già del C.d.A. qual è quella oggetto di causa) e che il tenore letterale della norma («agli arbitri compete sempre») induce a ritenere che il potere di sospensione conferito agli arbitri sia meramente concorrente rispetto a quello attribuito, in via generale cautelare, al G.O. e giammai esclusivo.

Peraltro, solo tale interpretazione appare assolutamente coerente con il sistema e con le esigenze di tutela urgente proprie del cautelare, le quali potrebbero rimanere irrimediabilmente frustrate, risolvendosi in un'ipotesi di denegata giustizia, dai tempi non brevi di instaurazione del Giudice Arbitrale, tanto più ove si consideri che, nel caso di specie, l'art. 21 dello statuto sociale impone, prima dell'accesso arbitrale, un tentativo di conciliazione da esperire presso il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale nazionale ed internazionale di Bari.

E a proposito di tale tentativo di conciliazione, oggetto di obbligo convenzionale ex art. 21 dello statuto, parte resistente ha, sotto altro profilo, eccepito la improcedibilità della domanda cautelare, in quanto non preceduta dall'esperimento del tentativo di conciliazione.

Senonché, l'esperimento di tale tentativo appare sicuramente prodromico all'instaurazione del giudizio di merito, ma nulla induce a ritenere, né le norme né il sistema, che lo stesso, sia esso convenzionale sia esso legale, debba precedere altresì l'esperimento di una eventuale fase cautelare, la quale, di per sé, appare incompatibile anche con i tempi del tentativo di conciliazione. Né la fonte convenzionale di tale obbligo, rimarcata da parte resistente, appare idonea ad interferire con il potere pacificamente e normativamente riconosciuto al G.O. in materia cautelare pure a fronte di clausola compromissoria la quale ha, del pari, natura esclusivamente convenzionale. In altri termini, se il disposto di cui all'art. 669 quinquies c.p.c. attribuisce al

G.O. il potere de intervenire in via cautelare e urgente anche nel caso di convenzione tra le parti tesa a devolvere la controversia al giudice arbitrale, non si vede perché la convenzione, accessoria a quella compromissoria, che sancisce l'obbligo di procedere preliminarmente in via conciliativa prima dell'instaurazione del giudizio di merito, debba far venir meno la giurisdizione del G.O. in via cautelare.

In ultimo, in via preliminare parte resistente ha lamentato l'inapplicabilità dell'art. 2388 c.c., previsto in materia di s.p.a., anche alle s.r.l. e la violazione del disposto di cui agli artt. 2388 e 2377 c.c., il quale, quand'anche applicabile in via analogica consente la sospensione delle delibere impugnabili solo in corso di causa e non anche ante causam.

Senonché, sia la eccepita inapplicabilità alle s.r.l. del disposto di cui all'art. 2388 c.c. il quale solo nell'ambito delle s.p.a. prevede esplicitamente la possibilità di sospensione della delibera del C.d.A., sia la mancata previsione di un potere di sospensione ante causam ex artt. 2388 e 2378 c.c., altro non significa che nel caso di specie- in cui si discute di una delibera di C.d.A. adottata da una s.r.l. e di un'istanza proposta ante causam- occorre accedere alla tutela innominata atipica, pure invocata da parte ricorrente (in via subordinata), restando estranea al nostro sistema la possibilità, anche solo teorica, che una situazione, pure meritevole, rimanga priva di tutela, essendo all'uopo prevista la norma di cui all'art. 700 c.p.c. a chiusura del sistema.

E allora, sgombrato il campo dalle eccezioni preliminari di improcedibilità e inammissibilità del cautelare sì come proposto, occorre scendere all'esame del merito dell'istanza cautelare medesima, sotto il duplice profilo del fumus e del periculum in mora.

Quanto al fumus, parte ricorrente ha preliminarmente contestato la competenza del C.d.A. di una s.r.l. ad adottare la delibera di esclusione, per essere tale competenza attribuita invece, all'assemblea dei soci.

La ricorrente A.P. fonda la propria tesi essenzialmente su due argomenti, e cioè sul disposto di cui all'art. 2479 co. n. 5 c.c., il quale in materia di s.r.l. rimette inderogabilmente alla competenza dell'assemblea dei soci le decisioni che «comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci», nonché sul disposto di cui all'art. 2287 c.c. dettato in materia di società di persone, applicato in via analogica in

ragione del «carattere personalistico dell'attuale società a responsabilità limitata», avvalorato, nel caso di specie, dalle clausole statutarie di cui agli artt. 9 e 10 che riservano ai soci il potere di esprimere il gradimento in caso di trasferimento della quota per atto tra vivi ovvero di autorizzare il sub ingresso degli eredi del socio defunto.

Il Giudicante rileva che, nel silenzio della legge e dello statuto sociale, la questione risulta assolutamente opinabile, dovendosi operare per l'una o per l'altra tesi interpretativa via via offerta dalla dottrina e in assenza di precedenti giurisprudenziali consolidati, sì come evidenziato anche dalle parti.

E allora, pur nella consapevolezza dell'assoluta opinabilità della soluzione da adottare, va rilevato che ove occorra farsi applicazione del criterio ermeneutico dell'analogia, desta non poche perplessità che il richiamo in via analogica venga fatto per una s.r.l. alle norme dettate in materia di società semplice (art. 2287c.c.), anziché piuttosto a quelle dettate in materia di società cooperativa (art. 2533 c.c., il quale attribuisce al c.d.a. la competenza in materia di esclusione), tipo societario strutturalmente assai più vicino alle società di capitali. Va infatti evidenziato che la nuova s.r.l. pur a fronte della piega di tipo personalistico assunta con la riforma, rimane pur sempre, e sicuramente, una società di capitali, sia pure di tipo decisamente attenuato rispetto alle s.p.a.

Del pari, non convincente è il richiamo al disposto di cui all'art. 2479 c.c. operato da parte ricorrente, non versandosi nel caso di specie in un'ipotesi di «modificazione dei diritti dei soci».

A tal proposito, suggestiva e convincente appare l'argomentazione a contrario offerta dalla difesa della società resistente, la quale ha evidenziato che – poiché è pacifico in dottrina e giurisprudenza che l'individuazione dell'organo competente in materia di esclusione e del relativo procedimento è materia disponibile da parte dell'autonomia statutaria nella s.r.l., mentre le materie riservate alla competenza dell'assemblea dei soci ex art. 2479 c.c. sono inderogabili - far rientrare la materia dell'esclusione nell'ambito del predetto disposto normativo equivarrebbe a ritenere che la materia stessa è in toto sottratta all'autonomia statutaria.

Trattasi allora, di una eccezione, allo stato e prima facie, infondata e sulla quale appare quanto mai opportuno che si pronunci il Giudice del merito.

E allora, qualora dovesse ritenersi (come pare) che la competenza nel caso di specie sia attribuita all'organo amministrativo e non già ai soci, resta da esaminare, sempre sotto il profilo del fumus dell'impugnativa delle delibera de qua, la sussistenza di una giusta causa di esclusione ex art. 11 dello statuto sociale («...costituiscono giusta causa di esclusione del socio ai sensi e per gli effetti dell'art. 2473 bis c.c.: - gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dal contratto sociale...»).

A tal proposito parte ricorrente ha dedotto l'insussistenza di una "giusta causa" legittimante l'esclusione, in quanto i motivi addotti sono riconducibili a quella condotta posta in essere dalla A.P. in sede di autotutela ed estrinsecatasi nel provvedimento di annullamento d'ufficio dell'atto di concessione alla B.P.M. di beni e servizi, condotta la quale è stata ritenuta legittima sia dal TAR che dal Consiglio di Stato, in quanto la procedura di concessione non era stata preceduta da gara pubblica; tale condotta, proprio perché ritenuta ormai in via definitiva legittima, non appare idonea a integrare il requisito della "giusta causa".

A tanto parte resistente ha contro dedotto che alla A.P. non si contesta, quale giusta causa di esclusione, di aver avviato il procedimento di annullamento d'ufficio delle concessioni date alla B.P.M., «ma se ne contestano le modalità esecutive oltre che la strumentalità in relazione ai programmi gestionali» e tanto con riferimento alla «imposizione al rilascio immediato dei beni e della cessazione quasi ad horas delle attività di B.P.M. », comportamento peraltro stigmatizzato anche dal Consiglio di Stato. In altri termini, all'A.P. si contesta la condotta da essa tenuta non già quale Autorità Pubblica, bensì quale socia della società di capitali B.P.M.

Sicché, posto che appare assolutamente intuitivo ed evidente che la sola condotta consistente nell'esercizio del potere di autotutela, in quanto riconosciuto legittimamente esercitato da pronunce giurisdizionali ormai definitive, non può, di per sé sola, costituire giusta

causa di esclusione per inadempienze al contratto sociale, occorre valutare quali siano le ulteriori condotte contestate che configurino inadempimento al contratto sociale ex art.11 dello statuto.

Peraltro, a prescindere dalle allegazioni e deduzioni difensive di entrambe le parti, non v'è dubbio che allo stato, nell'attuale sede di cognizione sommaria, non può che darsi esclusivo rilievo a quelle che sono le condotte indicate ed esplicitate in sede di delibera di esclusione, sì come contestate al socio A.P.

Invero, la delibera di esclusione del socio A.P. dalla compagine sociale della B.P.M., adottata dal C.d.A. in data 7.8.09, si compone di una prima parte costituente mera premessa in fatto (v. pag. 1 della delibera in atti) e di una seconda parte in cui risultano elencati i motivi della deliberata esclusione (v. pag.2).

Ebbene, i motivi esposti e indicati sub. 7 - 8 e 9 della delibera attengono all'esercizio del potere di autotutela da parte della A.P. (e come tali non rilevano ai fini per cui è causa per quanto già detto) e risultano esplicitati in maniera del tutto generica: il primo motivo attiene all'insussistenza di ragioni di pubblico interesse sottese alla condotta di A.P., come risultante dallo studio commissionato alla Ernst & Young, valutazione, pure esaminata dal G.A. che, al contrario, ha accertato l'esistenza di una «motivazione adeguata e completa delle plurime ragioni di pubblico interesse a fondamento dell'atto di annullamento» (cfr. pag. 11 sentenza del Consiglio di Stato); il secondo e terzo punto (sub. 8 e 9 della delibera impugnata) attengono alle risultanze della Commissione Ministeriale nominata per la verifica del procedimento concessorio, risultanze non utili ai fini per cui è causa, vuoi perché il procedimento risulta già esaminato dal G.A. con gli esiti di cui s'è detto, vuoi perché le contestazioni ivi riportate risultano allo stato assolutamente generiche, prive di specificità alcuna delle condotte contestate e, peraltro, allo stato non fornite di alcun supporto probatorio.

Ai punti 6 – 10 e 11 della delibera de qua risultano invece operate ulteriori contestazioni estranee all'esercizio del potere di autotutela, le quali, tuttavia, a parere del Giudicante, non appaiono sufficienti, prima facie, e salvo successivo approfondimento in sede di piena cognitio, a integrare gli estremi dell'inadempienza al contratto sociale e quindi della giusta causa rilevante ai fini della esclusione del socio

A.P., sia sotto il profilo della gravità dell'inadempimento sia sotto il profilo della necessaria proporzionalità della sanzione inferta.

In particolare, al punto 6 si contesta che la A.P. «... con provvedimento n. 1237 vietava con decorrenza immediata alla B.P.M. di fatturare compensi per le prestazioni rese, ordinando alla stessa di rilasciare, entro il brevissimo termine di gg. 10, ogni consistenza all'interno del porto di Bari»; al punto 10 si contesta che la A.P. «decideva di eseguire immediatamente la sentenza del Tar...pretendendo manu militari la restituzione dei beni demaniali...con episodi profondamente lesivi della stessa dignità dei rappresentanti della B.P.M....violando così gli obblighi di esecuzione del contratto sociale secondo buona fede e correttezza»; infine, al punto 11 si contesta che «in altre occasioni l'A.P. ha tenuto un comportamento lesivo dell'obbligo di collaborazione secondo buona fede...danneggiando gravemente gli interessi patrimoniali della società, allorché ha disconosciuto l'applicazione di tariffe compensative per i servizi ai passeggeri prestati dalla B.P.M. nell'area attrezzata di Marisabella nonché presso la stazione marittima di San Vito».

E allora, premesso che quanto alla condotta indicata sub punto 11 nessuna prova risulta offerta in atti, né le parti hanno in alcun modo dedotto sul punto, la contestazione principale, e forse unica, si sostanzia nella condotta per la quale l'A.P. ha ritenuto di dare immediata esecuzione alla sentenza del Tar (la quale aveva dichiarato la legittimità dell'annullamento d'ufficio da essa posto in essere in sede di autotutela), ordinando alla B.P.M. di rilasciare nel termine brevissimo di gg. 10 ogni consistenza all'interno del porto di Bari, nonché alle modalità esecutive di tale ordine poste in essere da A.P.

Tale condotta risulta peraltro stigmatizzata anche dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4812/09, allorché, pur confermando la illegittimità degli atti di concessione a suo tempo adottati e la legittimità dell'annullamento d'ufficio degli atti medesimi (in ragione della presenza di una «motivazione adeguata e completa delle plurime ragioni di interesse pubblico poste a fondamento dell'atto di annullamento d'ufficio, nonché della corretta valutazione della posizione dei controinteressati»), il G.A. ha però riconosciuto la «illegittimità del provvedimento n. 1237 del 19.2.09 con il quale il Presidente dell'A.P. intimava alla B.P.M. il rilascio dei beni oggetto della concessione entro

gg. 10, oltre ad una serie di prescrizioni dirette all'immediata interruzione dell'attività svolta dalla società... per contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità... i quali imponevano all'A.P. di programmare per tempo la procedura di gara e pianificare il passaggio al nuovo soggetto...».

Ciò nonostante, tale unica contestazione, la quale si sostanzia nell'aver dato immediata esecuzione ad una pronuncia di prime cure che accertava la legittimità dell'annullamento degli atti concessori e quindi nell'aver posto in essere con estrema rapidità tutti gli atti necessari alla rimozione degli effetti delle concessioni annullate, pur essendo contraria ai principi di correttezza, ragionevolezza e proporzionalità, non costituisce allo stato – di per sé sola – grave inadempimento al contratto sociale, tale da giustificare, sotto il profilo della proporzionalità, l'irrogazione della sanzione dell'esclusione dalla società medesima.

Tale condotta, infatti, non è di univoca interpretazione (come sostenuto da parte resistente, la quale ne ha sottolineato il carattere persecutorio da parte del socio A.P. nei confronti della compagine sociale di appartenenza e quindi la contrarietà al contratto sociale), potendo giustificarsi anche dall'intento dell'Autorità Pubblica di ripristinare quanto prima una situazione di legalità e rimuovere, del pari in tempi brevi, quella situazione di illegalità che con gli atti di concessioni annullati si era venuta a determinare.

Ciò detto sotto il profilo del fumus, ricorre nel caso di specie altresì il requisito del periculum in mora, stante la già disposta convocazione dell'assemblea della B.P.M. per il giorno 17.9.09 in prima convocazione e 28.9.09 in seconda convocazione, per deliberare in ordine ad argomenti di estrema delicatezza posti all'ordine del giorno (quali la riduzione del numero dei componenti del C.d.A., la sostituzione dei medesimi e la nomina del Presidente del C.d.A.), dalla quale deliberazione potrebbe derivare al socio A.P., cui sarebbe inibita la partecipazione, danni gravi ed irreparabili, com'è intuitivo.

Il ricorso cautelare va, pertanto, accolto.

Quanto alle spese processuali, ricorrono giustificati motivi (in relazione alla delicatezza della questione di diritto e di fatto affrontate) per disporre l'integrale compensazione tra le parti.

P.T.M.

*Visti gli artt. 700 – 669 quinquies c.p.c., accoglie il ricorso e per l'effetto dispone la sospensione dell'efficacia della delibera adottata dal C.d.A. della Bari Porto Mediterraneo s.r.l. in data 7.8.09 di esclusione del socio Autorità Portuale, con iscrizione del presente provvedimento presso il registro delle imprese;
dichiara interamente compensate tra le parti le spese della presente fase cautelare.*

II. La classificazione e le massime

Società – società a responsabilità limitata – Mancato esercizio autonomia statutaria - Competenza degli amministratori a decidere l'esclusione del socio – Sussiste.

(art. 2473-bis c.c.)

(1) Nel caso in cui l'atto costitutivo di una s.r.l., nel prevedere specifiche ragioni di esclusione per giusta causa, non indichi l'organo competente ad assumere la relativa decisione, essa spetta agli amministratori.

Società – Società a responsabilità limitata – Esclusione del socio - Comportamento del socio esecutivo di una sentenza del G.A. – Estremi della giusta causa di esclusione – Non sussistono.

(art. 2473-bis c.c.)

(2) Il comportamento del socio pubblico di s.r.l. che dia esecuzione ad una pronuncia del G.A. non costituisce giusta causa di esclusione, in quanto non qualificabile come grave inadempienza alle obbligazioni che derivano dal contratto sociale.

III. Il commento

L'esclusione del socio di s.r.l.: i problemi del mancato esercizio dell'autonomia statutaria

di
Carla Manna

SOMMARIO: 1. La vicenda. - 2. L'esclusione del socio di s.r.l.: le novità della riforma. - 3. La competenza ad adottare la delibera di esclusione. - 4. Requisiti della clausola di esclusione: specificità e giusta causa. - 5. La liquidazione della quota e la tutela del socio escluso. - 6. La decisione del giudice.

1. In data 30 Luglio 2004 l'Autorità portuale di Bari costituisce la Bari Porto Mediterraneo s.r.l., inizialmente in forma di società unipersonale, sottoscrivendo integralmente il suo capitale, e successivamente consentendo l'ingresso in tale società di altri soggetti, pubblici e privati. Il nuovo ente viene costituito allo scopo di ricevere in concessione da parte dell'A.P. la gestione della Stazione Marittima Passeggeri e del Terminal Crociere, nonché di altre attività, cosa che puntualmente avviene con atto del 21 Dicembre 2004, senza che venga preventivamente espletata alcuna gara pubblica sia per la selezione dei soci privati, sia per la scelta del soggetto concessionario dei beni e dei servizi.

Trattandosi di una società *in house* ed essendo stata palesemente violata la normativa in tema di servizi pubblici, l'A.P. decide di ripristinare la legalità annullando d'ufficio, nel Febbraio 2009, le delibere del 2004 con le quali era avvenuta la concessione dei servizi di cui sopra alla B.P.M. s.r.l.

Ovviamente la società, vedendosi spogliare di tutte le sue attività, ricorre prima innanzi al TAR Puglia e successivamente davanti al Consiglio di Stato chiedendo che venga dichiarato illegittimo il provvedimento emesso in sede di autotutela.

Il Consiglio di Stato, invece, dà ragione all'A.P. e, con sentenza del Luglio 2009 statuisce la legittimità del provvedimento di annullamento.

A questo punto, nell'Agosto 2009, il C.d.A. della B.P.M. s.r.l. decide di escludere per giusta causa l'A.P. dalla sua compagine societaria ai sensi dell'art. 11 dello statuto.

Da qui prende il via il procedimento cautelare; l'A.P. ricorre innanzi al Tribunale di Bari chiedendo: a) la sospensione ex artt. 2388 e 2378 c.c., ovvero ex art. 700 c.p.c., dell'efficacia della delibera di esclusione; b) in subordine, l'adozione dei provvedimenti d'urgenza più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della futura pronuncia di inesistenza e/o nullità e/o invalidità di suddetta delibera.

Prima di analizzare la decisione del giudice è opportuno soffermarci sulla disciplina dell'esclusione del socio di s.r.l. e sulle problematiche che derivano dalla lacunosità della normativa.

2. Nella disciplina ante-riforma del 2003 l'unica ipotesi legale di esclusione del socio di s.r.l. era disciplinata dall'art. 2477 (vecchio testo, ora corrispondente all'art. 2466, co. 3, nuovo testo) c.c. e riguardava il caso del socio moroso che non avesse provveduto ad eseguire il conferimento sottoscritto. La profonda diversità rispetto alla disciplina delle società di persone era palese e giustificata dal fatto che nelle società di capitali il socio non rileva in quanto persona, bensì in quanto apportatore di capitali (da qui la nota descrizione delle società di capitali come insieme di "sacchi di denaro" e non come insieme di persone).

Il legislatore della riforma del 2003 introduce con l'art. 2473 bis c.c. la possibilità di prevedere clausole di esclusione statutarie, mantenendo l'esclusione legale per il caso di mancata esecuzione del conferimento.

La novità è data dal fatto che nell'atto costitutivo possono essere inserite specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio. In pratica la riforma ha dato la possibilità di accentuare il carattere personalistico del tipo societario s.r.l., così da farne qualcosa di diverso da quello che fino al 2003 era denominato la "piccola s.p.a."

E' evidente come questa svolta consenta di dare un peso ai vincoli fiduciari che legano i partecipanti alla società. Il legislatore, peraltro, lascia i soci liberi di decidere in quali casi il rapporto sociale non possa più proseguire nei confronti del singolo socio. Il risultato è una nor-

mativa alquanto scarna che, lasciando ampio spazio all'autonomia statutaria, pone alcuni problemi interpretativi nel caso in cui l'atto costitutivo della s.r.l. non abbia disciplinato ogni singolo aspetto.

In particolare, due sono i problemi che vengono immediatamente in evidenza: il primo è quello dell'individuazione dell'organo competente a decidere l'esclusione; il secondo, invece, attiene al carattere di specificità della clausola di esclusione ed al suo rapporto con la giusta causa.

3. L'art. 2473 bis c.c. nulla dice circa l'individuazione dell'organo competente a decidere dell'esclusione del socio, dando, quindi, ampia libertà all'autonomia statutaria. Ovviamente, nel caso in cui l'atto costitutivo nulla abbia previsto, il problema passa in capo al giudice che sia chiamato ad esprimersi sulla validità della decisione di esclusione.

Vediamo quali sono le possibili soluzioni del problema.

Innanzitutto, si potrebbe sostenere che la competenza a decidere l'esclusione del socio spetti agli amministratori, argomentando sulla base del fatto che nel caso del socio moroso (art. 2466, co. 3, c.c.) tale competenza è attribuita esplicitamente.

Sempre a favore di una competenza dell'organo amministrativo milita l'art. 2533 c.c., il quale disciplina l'esclusione del socio nella cooperativa, che rappresenta il tipo societario attualmente più vicino alle società di capitali.

I detrattori di tale soluzione interpretativa sostengono che attribuire la competenza agli amministratori potrebbe creare problemi in caso di amministrazione disgiunta o di amministratore unico. Per quanto riguarda l'amministrazione disgiunta, però, bisogna ricordare che resta sempre fermo il potere di veto degli altri amministratori. Nel caso poi di società con unico amministratore, questo potrebbe essere revocato dagli altri soci qualora non siano d'accordo circa l'esclusione del socio.

Un'altra corrente interpretativa ritiene, invece, che la competenza ad escludere un socio spetti esclusivamente agli altri soci ai sensi dell'art. 2479, co. 2, n. 5, c.c. secondo il quale "in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci... 5) la decisione di compiere operazioni che comportano... una rilevante modificazione dei diritti dei soci". La considerazione che fa questa parte della dottrina è che

l'esclusione costituisce la modificazione estrema dei diritti del socio, ovvero sia la loro totale cessazione. Inoltre, tale decisione, ai sensi del successivo co. 4, comporta l'applicazione necessaria del metodo assembleare. Si tratta di una soluzione interpretativa certamente più garantista per il socio escludendo, ma che finisce per ingessare l'autonomia statutaria proprio dove il legislatore ha lasciato ampia libertà. Inoltre, questa soluzione si pone in netta antitesi con la competenza affidata agli amministratori nel caso di cui all'art. 2466 c.c.

La competenza dei soci a deliberare l'esclusione viene, infine, sostenuta da alcuni con riferimento a quanto previsto dall'art. 2287 c.c. nelle società di persone. Va detto che, nonostante l'accentuazione del carattere personalistico della s.r.l. effettuata con la riforma del 2003, il modello della società semplice resta notevolmente distante dalla s.r.l., ragion per cui appare sconsigliabile ricorrere ad un'interpretazione analogica dell'art. 2287 c.c.

4. Nell'autorizzare la previsione di clausole di esclusione all'interno dell'atto costitutivo di una s.r.l. il legislatore ha posto due paletti: che si tratti di cause specifiche e che siano riconducibili a giusta causa. Si tratta di due requisiti che devono necessariamente coesistere affinché la clausola di esclusione possa considerarsi valida.

Analizziamoli nel dettaglio.

Il requisito della specificità attiene all'esatta individuazione della fattispecie che dà luogo alla decisione di esclusione. La clausola di esclusione deve essere collocata all'interno dell'atto costitutivo ed è solo in questa che devono trovarsi gli elementi necessari alla sua comprensione. In sostanza, secondo parte della dottrina la "specificità" va intesa come sinonimo di determinatezza e non come mera determinabilità. Pertanto, se per definire esattamente la portata della clausola noi dovessimo far riferimento ad elementi extra statutari verrebbe meno il carattere della specificità.

Per difetto di specificità devono essere considerate nulle anche clausole che in apparenza non lo sono quali, ad esempio, quelle che utilizzano concetti elastici ed indeterminati come diligenza, correttezza e buona fede. Altre clausole che non possono considerarsi specifiche sono quelle che parlano di gravi inadempienze alle obbligazioni che nascono dal contratto sociale: è necessario, infatti, indicare

in dettaglio quale sia il tipo di inadempienza che determina l'esclusione. Infine, andrebbero considerate nulle anche quelle clausole che prevedono l'esclusione del socio che rechi danno morale o materiale alla società o che fomenti dissidi al suo interno.

Da quanto abbiamo detto risulta con evidenza come il requisito della specificità richiesto dal legislatore per le clausole di esclusione statutarie sia necessario per conciliare le contrapposte esigenze sia della società, che deve poter avere a sua disposizione uno strumento di autotutela efficace per poter escludere dalla sua compagine il socio che si sia reso responsabile di determinate azioni lesive o che abbia perso alcuni requisiti fondamentali, sia del singolo socio, che va tutelato dal rischio di soprusi della maggioranza.

Nel bilanciamento di tali esigenze un ruolo fondamentale ha il notaio chiamato a redigere l'atto costitutivo, che può essere dichiarato responsabile per aver rogato una clausola statutaria nulla.

Si è detto che le clausole di esclusione devono essere non solo specifiche, ma anche riconducibili alla giusta causa.

Solitamente si ricorre alla nozione di giusta causa quando il comportamento del singolo socio è tale da far venire meno il rapporto fiduciario che la società ha nei suoi confronti. Secondo la dottrina, peraltro, la giusta causa può essere invocata anche quando sopraggiungono delle cause oggettive di incompatibilità del socio con la sua partecipazione alla società.

Vediamo nel dettaglio in quali casi può presentarsi una giusta causa di esclusione del socio.

Innanzitutto, il rapporto fiduciario della società nei confronti del singolo componente può cessare qualora quest'ultimo sia venuto meno ai suoi doveri di socio. Ovviamente non è sufficiente parlare genericamente di violazione dei doveri, ma in rispetto al requisito di specificità della clausola sarà necessaria una dettagliata individuazione. Ad esempio, possono configurare giusta causa di esclusione la violazione del divieto di concorrenza o l'abuso delle informazioni, il conflitto di interessi, un utilizzo illegittimo delle cose sociali o l'uso improprio dei diritti particolari attribuiti al singolo socio. Inoltre, può costituire giusta causa di esclusione l'aver assunto obbligazioni in nome e per conto della società senza averne i poteri.

Altre specifiche cause di esclusione per giusta causa possono riguardare la violazione dei doveri particolari del socio amministratore.

Le clausole di esclusione possono anche prevedere il sopravvenire o il venir meno di particolari condizioni personali del socio incompatibili con la sua permanenza nella compagine sociale. Tali condizioni possono riguardare l'interdizione o l'inabilitazione, che comporterebbero l'ingresso del tutore o del curatore nella gestione della quota. Costituiscono, inoltre, giusta causa di esclusione la perdita di una determinata qualifica professionale, qualora questa sia stata presupposto dell'ingresso in società del soggetto escludendo.

Infine, può legittimamente prevedersi l'esclusione del socio che sia condannato per reati appartenenti ad una determinata categoria, che comportino l'interdizione anche solo temporanea dai pubblici uffici. L'esclusione può anche essere legata alla condanna a pene superiori ad un determinato limite o all'applicazione di misure di sicurezza o di prevenzione.

Si discute, invece, circa l'ammissibilità dell'esclusione del socio che fallisca in proprio. Parte della dottrina ritiene che la fattispecie sia già disciplinata dall'art. 2471 c.c. mediante l'espropriazione della partecipazione. Va detto, peraltro, che l'assoggettamento a procedura concorsuale del singolo socio ha come effetto, oltre al discredito che può derivare alla società, l'ingresso nella compagine sociale di altri soggetti estranei (v. ad esempio il curatore fallimentare). La società potrebbe avere interesse ad evitare questi effetti negativi con la previsione di una clausola di esclusione *ad hoc*.

L'obiezione di chi sostiene che così facendo si aggira il vincolo posto dalla legge sulla partecipazione viene respinta da altra dottrina ricordando che la stessa partecipazione sarebbe surrogata dalla quota di liquidazione attribuita al socio uscente.

Dopo aver esaminato in dettaglio i requisiti della specificità e della giusta causa è doveroso focalizzare l'attenzione sul diverso ruolo che essi svolgono nella valutazione, da parte del giudice, della clausola di esclusione. Il controllo sulla specificità della clausola è un controllo di tipo formale che riguarda l'esatta individuazione della fattispecie causa di esclusione. Se la clausola non fa riferimento ad una situazione ben determinata ne va dichiarata la nullità.

Una volta accertata la rispondenza al carattere della specificità il giudice procede ad un controllo di tipo sostanziale sulla legittimità della clausola: essa va parametrata alla giusta causa. Si tratta, in particolare, di un controllo sulla meritevolezza degli interessi in gioco. Il giudice deve verificare rispetto al caso concreto che la sanzione dell'esclusione sia proporzionata, considerando da un lato il pregiudizio che potrebbe derivare alla società dalla permanenza del socio al suo interno e dall'altro il suo contrapposto interesse a rimanervi. Il parametro della giusta causa si pone, quindi, come strumento di tutela di entrambe le parti in gioco.

5. Una volta adottata la decisione di escludere il socio bisogna procedere alla liquidazione della sua quota. L'art. 2473 bis c.c. rimanda per questa fase a quanto previsto dall'art. 2473 c.c. in caso di liquidazione del socio recedente. In particolare, la norma prevede che la partecipazione sia rimborsata in proporzione al patrimonio sociale. Si rende, pertanto, necessario determinarne il valore di mercato, ovviamente facendo riferimento alla data in cui è stata deliberata l'esclusione. Potrebbe facilmente accadere che manchi l'accordo tra socio uscente e amministratori circa il valore della quota; in tal caso a determinare l'ammontare del rimborso provvederà un esperto nominato dal tribunale.

La società ha tempo 180 giorni per liquidare il socio escluso, termine che decorre dal giorno della comunicazione della decisione di esclusione o, comunque, dal momento della sua effettiva conoscenza.

Quanto alle modalità di liquidazione, innanzitutto, gli altri soci potrebbero decidere di acquistare la quota del socio escluso proporzionalmente al valore della propria partecipazione. Oppure i soci rimanenti potrebbero individuare un terzo che entri in società al posto del socio escluso il cui conferimento venga utilizzato per il rimborso.

Un'altra possibilità è data dall'utilizzo di riserve disponibili per rimborsare il socio uscente: in tal caso le quote degli altri soci si accrescono senza che essi debbano effettuare un nuovo conferimento.

Per previsione espressa dell'art. 2473 bis c.c., invece, non è possibile effettuare il rimborso mediante riduzione del capitale sociale. Il legislatore inserisce tale divieto per evitare che i terzi siano danneggiati dalla decisione di escludere un socio.

L'utilizzo dei termini "può" e "anche" nell'indicazione delle modalità di rimborso lascia spazio all'autonomia statutaria per la previsione di modalità alternative, l'importante è che l'effetto finale non sia quello del depauperamento del capitale sociale o della riduzione delle garanzie dei terzi.

Qualora non sia possibile liquidare il socio escluso senza intaccare il capitale sociale sembra che l'unica strada sia lo scioglimento della società: in tal caso il diritto del socio alla liquidazione della quota viene sostituito dal diritto alla quota di liquidazione.

Per paralizzare il procedimento di esclusione, il socio sicuramente può impugnare la decisione di esclusione; peraltro, dottrina e giurisprudenza propongono una varietà di soluzioni interpretative quanto ai termini ed alle modalità.

Partendo dai termini, non essendo previsto nulla di specifico nella disciplina della s.r.l., i richiami che vengono fatti sono o all'art. 2287 c.c. che riguarda le società di persone (il quale prevede 30 giorni) o all'art. 2533 c.c. in tema di società cooperative (il quale prevede 60 giorni).

Peraltro, la soluzione migliore in caso di lacuna statutaria sembra essere quella di utilizzare le regole ordinarie in tema di invalidità delle decisioni dei soci o degli amministratori, che prevedono un termine di 90 giorni.

Altro problema è quello della decorrenza del termine: se la decisione è stata assunta dai soci esso decorre, ai sensi dell'art. 2479 ter, co. 1, c.c., dalla sua trascrizione nell'apposito libro. In caso, invece, di decisione adottata dagli amministratori, poiché essi non sono tenuti a trascriverla immediatamente nel relativo libro, il termine decorre dal momento in cui il socio escluso ne abbia avuto conoscenza o avrebbe potuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza.

E' logico che l'autonomia statutaria può accrescere la tutela dell'escludendo prevedendo la comunicazione obbligatoria della decisione di esclusione ai fini del decorso del termine per l'impugnazione.

Importante dal punto di vista della tutela dell'escluso è anche la precisa indicazione dei motivi dell'esclusione: è proprio attraverso il loro raffronto con le clausole statutarie che il giudice valuta la legitti-

mità della decisione. A ben guardare, peraltro, la puntuale motivazione della decisione di esclusione potrebbe essere conveniente anche per la società stessa.

6. Dopo aver passato in rassegna le problematiche relative all'esclusione del socio di s.r.l. e le possibili soluzioni interpretative, è il momento di analizzare la decisione del Tribunale di Bari in sede cautelare.

L'A.P. aveva chiesto al Tribunale che fosse sospesa l'efficacia delle delibera di esclusione adottata dal C.d.A. della B.P.M. s.r.l.

Il giudice, dopo aver rigettato le eccezioni di improcedibilità ed inammissibilità del giudizio cautelare, passa ad occuparsi del merito sotto il duplice profilo del *fumus* e del *periculum in mora*.

Il profilo del *fumus boni iuris* viene scisso in due parti. La prima riguarda la competenza del C.d.A. di una s.r.l. ad adottare la delibera di esclusioni.

L'A.P. nel suo ricorso sostiene che la competenza a decidere l'esclusione vada attribuita all'assemblea dei soci richiamando, innanzitutto, l'art. 2479, co. 5, c.c., il quale, in materia di s.r.l., rimette inderogabilmente alla competenza dell'assemblea dei soci le decisioni che «comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci» ed, inoltre, l'art. 2287 c.c., riguardante le società di persone, in via analogica, «stante il carattere personalistico dell'attuale s.r.l. ».

Al contrario, la società resistente sostiene la competenza del C.d.A. sulla delibera in questione, evidenziando come si tratti di materia disponibile da parte dell'autonomia statutaria, mentre le materie riservate alla competenza dell'assemblea dei soci ex art. 2479 c.c. sono inderogabili.

Il giudice, rilevato nel caso in esame il mancato esercizio dell'autonomia statutaria quanto all'individuazione della competenza a decidere l'esclusione e l'assenza di indicazioni da parte del legislatore, ricorre all'analogia e considera applicabile nel caso di specie l'art. 2533 c.c. che, in tema di società cooperative, attribuisce la competenza in materia di esclusione al C.d.A. In particolare, privilegia la disciplina della società cooperativa perché considera questo tipo societario strutturalmente più vicino alle società di capitali.

La soluzione adottata dal giudice circa la competenza in materia di esclusione appare condivisibile quanto al risultato, ma non quanto all'argomentazione.

Abbiamo già visto come il legislatore abbia lasciato ampia libertà all'autonomia statutaria riguardo alla possibilità di introdurre ipotesi di esclusione convenzionali e come nulla abbia previsto per il caso in cui non sia statutariamente disciplinato ogni aspetto del procedimento.

Certamente tra le società di persone e le società cooperative sono queste ultime le più vicine al modello della s.r.l., ma prima di spingerci a cercare altrove bisogna vedere se la disciplina della stessa s.r.l. può fornirci una soluzione interpretativa.

Due sono gli elementi che ci vengono in aiuto: innanzitutto, il fatto che l'art. 2479 c.c. non preveda tra le materie espressamente riservate alla decisione dei soci la delibera di esclusione; in secondo luogo, il fatto che ai sensi dell'art. 2466, co. 3, c.c. sia attribuito agli amministratori il potere di escludere il socio moroso. Il combinato disposto delle due norme induce a ritenere che in mancanza di una espressa previsione statutaria la delibera di esclusione debba essere adottata dagli amministratori. Abbiamo visto in precedenza quali problemi possono scaturire da questa soluzione; ma non va dimenticato che il notaio potrebbe suggerire, in sede di redazione dell'atto costitutivo, di attribuire espressamente la competenza all'assemblea dei soci, soprattutto quando si scelga di ricorrere all'amministrazione disgiunta o all'amministratore unico.

Il secondo aspetto rilevante sotto il profilo del *fumus* è quello relativo alla sussistenza della giusta causa di esclusione.

L'art. 11 dello statuto della B.P.M. s.r.l. stabilisce che «costituiscono giusta causa di esclusione del socio ai sensi e per gli effetti dell'art. 2473 bis c.c.: -gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dal contratto sociale».

Innanzitutto, va sottolineato come qui si ponga un problema di validità della clausola per difetto di specificità in quanto, pur facendo riferimento ad elementi intra statutari non vi è un'esatta individuazione delle inadempienze che determinano l'esclusione del socio. Il giudice, però, non valuta quest'aspetto e, dando per scontata la legittimità della clausola, passa ad analizzare il comportamento dell'A.P.

per verificare se effettivamente ci sia stata una grave inadempienza del contratto sociale.

Secondo la ricorrente non sussisterebbe una “giusta causa” legittimante l’esclusione in quanto la sua decisione di annullare d’ufficio l’atto di concessione alla B.P.M. di beni e servizi è stata avallata anche da due pronunce rispettivamente del TAR e del Consiglio di Stato.

D’altro canto, la B.P.M. contesta quale giusta causa di esclusione non il provvedimento di annullamento, bensì le sue modalità esecutive. Infatti, l’A.P. avrebbe, a seguito della pronuncia del TAR, intimato alla B.P.M. «il rilascio dei beni oggetto della concessione entro 10 gg., oltre ad una serie di prescrizioni dirette all’immediata interruzione dell’attività svolta dalla società». Il comportamento dell’A.P., volto a dare immediata esecuzione al provvedimento di autotutela, è stato stigmatizzato anche dal Consiglio di Stato (che pure gli aveva dato ragione quanto alla legittimità dell’annullamento d’ufficio) per contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità, «i quali imponevano all’A.P., di programmare per tempo la procedura di gara e pianificare il passaggio al nuovo soggetto».

Il giudice, in sede cautelare, non ritiene che il comportamento dell’A.P. possa essere interpretato univocamente come persecutorio nei confronti della stessa B.P.M. della quale è socio, ben potendo giustificarsi anche con l’intento di porre fine quanto prima a quella situazione di illegalità che si era prodotta con gli atti di concessione oggetto di annullamento.

Pertanto, ritiene sussistente il *fumus boni iuris*.

Infine, il Tribunale passa ad analizzare la contemporanea sussistenza del *periculum in mora*, rappresentato dalla già disposta convocazione della B.P.M. per deliberare su alcuni argomenti di grande importanza per la società, tra i quali la riduzione del numero dei componenti del C.d.A., la sostituzione dei medesimi e la nomina del Presidente del C.d.A. E’ evidente che in assenza di una sospensiva della decisione di esclusione l’A.P. non potrebbe partecipare all’assemblea e che gravi danni le potrebbero derivare da tale circostanza.

In conclusione, quindi, il giudice accorda la tutela cautelare all’A.P. sulla base di due presupposti: il primo è il *fumus* dato dalla possibilità che il comportamento tenuto nell’eseguire il provvedimento di annullamento in autotutela non sia valutato giusta causa di

esclusione nel giudizio di cognizione; il secondo è il *periculum in mora* dato dall'imminente assemblea, alla quale senza l'ordinanza sospensiva dell'efficacia della delibera di esclusione l'A.P. non potrebbe partecipare.

IV. Letture di approfondimento

O. CAGNASSO, *commento agli artt. 2473- 2473 bis c.c.*, in G. COTTINO – G. BONFANTE – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Bologna, 2004;

Id., *Recesso ed esclusione nella s.r.l.*, in ABBADESSA-PORTALE, *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, UTET, Torino, 2006;

Id., *Profili concernenti l'esclusione del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. It.*, 2008, p. 1434, nota a Tribunale Milano 24 Maggio 2007;

F. CASALE, *L'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p.816;

D. GALLETTI, *Commento all'art. 2473 bis c.c.*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, CEDAM, Padova, 2005;

S. MASTURZI, *Commento all'art. 2473 bis c.c.*, in M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Giappichelli, Torino, 2003;

G.M. MICELI – G.A.M. TRIMARCHI, *I limiti all'autonomia statutaria nella s.r.l. in tema di esclusione per giusta causa e di obblighi dei soci tra silenzio ed ermetismo legislativo*, in *Riv. Not.*, 2007, p. 452, nota a Tribunale Treviso 17 Giugno 2005;

M. TANZI, *commento all'art. 2473 bis c.c.*, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Il nuovo ordinamento aggiornato al d. lgs. 6 febbraio 2004 n. 37*, Jovene, Napoli, 2004.

Caso n. 6

CONTRATTI DI INVESTIMENTO

di

Francesco Sporta Caputi

I. Il provvedimento

TRIB. DI TARANTO – SENTENZA 27 APRILE 2009, N. 566

[omissis]

In particolare, il 14 gennaio 2004 (dopo un brevissimo periodo dalla nota di accettazione dell'incarico del 23 dicembre 2003 e nonostante l'efficacia dell'incarico per il periodo di due anni, suscettibile di proroga), Banca XXX presentava già una proposta operativa per la sottoscrizione di un prestito obbligazionario comunale, dalla quale non può, certamente, desumersi un'accorta indagine del consulente in ordine alla complessiva situazione debitoria dell'Ente, nonché in ordine alle strutture di trasformazione dell'indebitamento maggiormente rispondenti al profilo di costo/rischio dell'Ente, secondo quanto indicato nella delibera di conferimento dell'incarico (delibera G.C. n.708/2003, cit.); l'advisor aveva assunto l'obbligo negoziale di procedere all'“analisi complessiva del debito dell'Ente” che, evidentemente, non poteva intendersi come mera verifica statico-contabile del totale saldo debitore desumibile dai bilanci e dai conti consuntivi (determinazione, ovviamente, troppo semplice e semplicistica per un operatore qualificato, incaricato dell'attività di consulenza per la gestione attiva del debito dell'ente pubblico), ma doveva, invece, intendersi - correttamente e diligentemente - in termini di valutazione tecnico-dinamica delle singole componenti quantitative e qualitative del debito totale, in modo da individuare l'entità sostanziale del debito, l'incidenza dello stesso sulla gestione dell'Ente, nonché la tollerabilità del debito - anche per effetto dei nuovi finanziamenti da rimborsare - da parte degli esercizi finanziari e gestionali futuri, direttamente interessati dalla restituzione dell'importo finanziato.

[omissis]

La patologia nella condotta attuata dal consulente può ulteriormente desumersi dal fatto che l' advisor – dopo aver ommesso un doveroso parere probo ed ogni attività di assistenza nel compimento dell'attività provvedimento prodromica all'emissione del prestito obbligazionario, violando la prescrizione contenuta nella delibera G.C. n.708/2003 - con nota del 5 maggio 2004, successiva al contratto per l'emissione del prestito obbligazionario, ammetteva di non avere avuto alcuna contezza in ordine al bilancio di previsione 2004, ovvero, in ordine al documento fondamentale che avrebbe dovuto indicare i prestiti da emettere, secondo quanto disposto dall'art.35, comma 3, della Legge n.724/1994.

Quanto esposto è sufficiente per ritenere che l'advisor non abbia uniformato la propria condotta al canone di correttezza e buona fede (art.1175 c.c.) che deve connotare, sempre, il rapporto obbligatorio nelle diverse fasi attuative, nonché allo standard di diligenza qualificata dell'operatore professionale, secondo la previsione contenuta nel secondo comma dell'art.1176 c.c., perseguendo esclusivamente l'obiettivo della emissione del prestito obbligazionario, quasi che il contratto di advising non imponesse obblighi negoziali, ma fosse solo lo strumento per assumere il ruolo di contraente in proprio.

Il fatto che il contratto sia stato stipulato a titolo gratuito non esimeva, comunque, il consulente dall'osservanza degli obblighi negoziali, specificati dalla buona fede e dalla diligenza; il contratto gratuito, a differenza dell'atto di liberalità (come la donazione) e del rapporto di cortesia, si connota, infatti, come negozio dotato di giustificazione causale coincidente con un interesse patrimoniale - anche mediato – e giuridicamente rilevante dell'obbligato e ciò è tanto più vero nella fattispecie in esame ove si consideri che l'advisor era anche indicato come contraente in proprio dell'operazione finanziaria in fieri.

[omissis]

...non possono residuare dubbi in ordine alla responsabilità del consulente, posto che lo stesso, non solo ha violato il precetto di diligenza qualificata, il dovere di correttezza e di protezione, il dovere di informazione, nonché la regola dell'affidamento, ma ha proposto l'emissione del prestito obbligazionario per 250 milioni di euro in maniera

volutamente superficiale, omettendo ogni indagine e cautela resa necessaria dalla posizione professionale rivestita e dalla situazione economico-finanziaria del Comune, destinatario dell'attività di consulenza; e ciò, al solo fine di emettere il prestito obbligazionario che, lungi dal ridurre l'esposizione debitoria dell'Ente locale, ha determinato un aggravamento del debito cui si è correlato - eziologicamente - lo stato di dissesto; al riguardo, basti considerare - tra l'altro - che: Banca XXX ha consigliato di perfezionare l'operazione finanziaria mediante estinzione dei mutui che, per legge, non potevano essere estinti, in quanto presentavano un valore finanziario delle passività inferiore a quello del prestito proposto per estinguerli;....

[omissis]

L'analisi ex post della condotta del consulente esprime come dato oggettivo il contrasto netto, radicale con gli esposti canoni comportamentali e la realizzazione di una dicotomia di obiettivi che ha inciso gravemente sull'interesse negoziale del Comune e che ha completamente annullato la valenza del programma contrattuale: infatti, il Comune (quale istituzione portatrice di interesse pubblico) doveva attuare una riduzione dell'indebitamento attraverso l'individuazione delle migliori strategie di gestione attiva del debito in essere alla data del 3.12.2003, mentre Banca XXX, pretermettendo il ruolo negoziale di consulente (forse, sulla scorta di dissimulati e non inverosimili accordi riferibili ai soggetti investiti di ruoli attivi nella vicenda negoziale, appartenenti ad entrambe le compagini organizzative) ha perseguito non l'obiettivo precipuo, oggetto dell'incarico di consulenza, ovvero, la scelta di strumenti finanziari volti a ridurre l'esposizione debitoria dell'Ente locale, quanto, invece, lo scopo di divenire contraente in proprio attraverso la formalizzazione dell'emissione del prestito obbligazionario a fermo con la garanzia blindata delle delegazioni di pagamento.

Il Comune non ha rappresentato l'ente "da salvare" attraverso la riduzione dell'indebitamento, ma ha rappresentato lo strumento per la concretizzazione di un'operazione finanziaria, assolutamente, contraria all'interesse pubblico.

[omissis]

Il delineato quadro rende evidente l'inadempimento doloso del contratto da parte di Banca XXX e, quindi, sussistendo tutti gli elementi

costitutivi della fattispecie risarcitoria (condotta, dolo, danno, nesso di causalità), la domanda attorea merita accoglimento, in via generica, con necessità della determinazione del quantum debeatur in separato giudizio, secondo la richiesta formulata dall'istante.

Dal suo canto, l'advisor non ha fornito (come era suo onere, ex art.2697 c.c.) elementi probatori diretti a superare l'inadempimento e la responsabilità a suo carico, sul piano oggettivo e soggettivo.

[omissis]

Sulla scorta di tanto, è lecito porsi una domanda: come hanno fatto L. e Banca XXX (rappresentata da propri funzionari) a "pattuire" in ordine al collocamento del prestito obbligazionario in mancanza di tappe indefettibili per la validità dell'intera operazione finanziaria?

La risposta non può che andare oltre il margine della negligenza e della illegittimità degli atti.

[omissis]

Il dirigente – in assenza del bilancio di previsione per l'anno 2004 ed in assenza delle indefettibili determinazioni del Consiglio Comunale, organo esclusivamente competente ex lege – ha costituito un vincolo negoziale che avrebbe dovuto rappresentare il posterius rispetto al prius della deliberazione consiliare, del bilancio di previsione, della determinazione dell'importo dovuto alla Cassa Depositi e Prestiti per l'estinzione anticipata dei mutui, nonché della determinazione da parte di Banca XXX degli importi occorrenti per la restituzione rateale del prestito (dati fondamentali per la validità dell'operazione e per la imprescindibile valutazione di raffronto tra le passività, nella prospettiva della riduzione delle stesse, a vantaggio del Comune).

Per comprendere ulteriormente il profilo di illiceità dell'operazione negoziale, è sufficiente considerare la clausola n.3) del contratto del 24.3.2004, che enuclea le caratteristiche del prestito sul piano dell'importo, del valore nominale di ciascuna obbligazione, della durata, delle modalità di restituzione, degli interessi, delle modalità e dei tempi di assunzione a fermo, delle garanzie attraverso le delegazioni di pagamento, determinando l'esercizio da parte del L. di una capacità dispositiva inesistente.

La patologia nella formazione progressiva del consenso si evince anche dagli atti deliberativi.

[omissis]

Peraltro, al di là della non particolare chiarezza nell'indicazione dell'oggetto della scrittura privata del 24 marzo 2004, non può dubitarsi che il dirigente abbia voluto impegnare la sfera negoziale dell'Ente, in assenza di volontà da parte del Consiglio Comunale – unico organo legittimato in tal senso – ed in assenza di tutta una serie di atti costituenti il necessario presupposto di tale volontà, della legittimità provvedimentale e della validità dell'intera operazione di emissione del prestito obbligazionario.

[omissis]

...la stessa argomentazione può essere sostenuta a contrario per ritenere, invece, che il contratto stipulato tra il L. e Banca XXX è risultato carente proprio sul piano strutturale, per mancanza del consenso riferibile alla P.A. (malamente rappresentata da un suo dirigente e da amministratori “distratti”), per contrarietà a norme imperative (art.1418, primo comma, c.c.), nonché per illiceità della causa (art.1418, secondo comma, c.c.); in ordine a quest'ultimo profilo, non può dubitarsi che la causa concreta, coincidente con l'interesse perseguito dalle parti, è risultata difforme dalla causa tipica dell'operazione negoziale individuata sulla scorta delle disposizioni normative di riferimento, la cui inderogabilità determinava l'obbligo di realizzare una fattispecie complessa perfettamente aderente al quadro normativo.

[omissis]

Le emergenze documentali hanno acclarato che l'emissione del prestito obbligazionario è avvenuta in assenza di vincolo contrattuale, posto che – per le ragioni evidenziate – la costituzione del rapporto negoziale Comune-Banca XXX non può farsi discendere dalla scrittura privata del 24.3.2004, né dalla deliberazione consiliare n.59/2004; dopo l'adozione di tale delibera non vi è stata alcuna attività provvedimentale del Consiglio Comunale e non è intervenuto alcun accordo volto a cristallizzare il regolamento negoziale, in conformità alla disciplina normativa di riferimento; il tutto è avvenuto secondo i paralleli accordi stretti fra il L. e Banca XXX, come se l'ente pubblico non fosse parte negoziale, ma mero veicolo per la realizzazione di un'operazione finanziaria ben lontana dall'interesse pubblico e dalla salvaguardia delle casse comunali.

[omissis]

Il legislatore, con l'art.41, secondo comma, della Legge n.448/2001, ha consentito un'unica deroga al principio della finalizzazione dell'indebitamento ai soli investimenti, consentendo la possibilità di estinguere anticipatamente mutui preesistenti (stipulati dopo il 31.12.1996) all'unica ed esclusiva condizione dell'ottenimento di un vantaggio economico-finanziario per l'ente locale: in altri termini, la conversione di ogni mutuo diventa possibile solo ed esclusivamente se consente la riduzione del costo del debito da ritenersi come l'interesse pubblico cui è finalizzata la norma.

Banca XXX ha confermato di non aver verificato la convenienza per il Comune di estinguere ognuno dei 167 mutui in essere con la Cassa Depositi e Prestiti, posto che la valutazione è stata complessiva (i mutui sono stati considerati come se fossero un unico mutuo); tanto è sufficiente per ritenere violato il principio imperativo ricavabile dalla norma in esame, in base al quale per procedersi ad operazioni del genere è fondamentale ed indefettibile la previa verifica della riduzione del valore finanziario per ognuno dei mutui astrattamente estinguibili.

[omissis]

Il quadro delineato sul piano del concreto agire dei soggetti protagonisti delle vicende amministrative e negoziali e sul piano delle violazioni normative non fa residuare alcun dubbio in ordine alla radicale nullità delle operazioni finanziarie compiute, sotto il profilo della contrarietà a norme imperative (art.1418, primo comma, c.c.), della mancanza di consenso da parte del Comune di Taranto (artt.1325-1418, secondo comma, c.c.), della causa illecita (1322, secondo comma, 1343-1418, secondo comma, c.c.).

Le valutazioni già svolte consentono di individuare, nettamente, il contrasto con il dettato normativo di riferimento e la carenza del consenso da parte del Comune, inteso come ente pubblico territoriale obbligato ad esprimere la volontà negoziale secondo una tipica competenza funzionale inderogabile ed una rigida sequenza procedimentale scandita dalla legge, nell'unica prospettiva di perseguire l'interesse della collettività rappresentata; per la rilevata causa illecita occorrono ulteriori considerazioni.

In termini generali, l'illiceità della causa è data dal fatto che la determinazione causale di chi compie il negozio è rivolta ad un risultato

pratico oggettivamente contrario alle norme e, quindi, l'illiceità dello scopo pratico immediato trasforma il negozio in uno strumento contra ius, la cui attuazione è sanzionata dall'ordinamento, risolvendosi in un abuso della funzione negoziale.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, il Giudice, nel procedere alla identificazione del rapporto contrattuale, alla sua denominazione ed alla individuazione della disciplina che lo regola, deve valutare la causa "in concreto", quale elemento essenziale del negozio, tenendo presente che essa si prospetta come strumento di accertamento – per l'interprete – della generale conformità a legge dell'attività negoziale posta effettivamente in essere, della quale va accertata la conformità ai parametri normativi degli articoli 1343 e 1322, secondo comma, c.c. (cfr, in termini, Cass. 19 febbraio 2000 n.1898); nella stessa direzione, sempre la Suprema Corte ha statuito che nei contratti tipici si configura illiceità della causa, con conseguente nullità del contratto, allorché le parti avvalendosi dello schema tipico di un contratto, direttamente perseguono uno scopo contrario ai principi giuridici ed etici fondamentali per l'ordinamento (cfr. Cass. 15 ottobre 2001 n.12510).

Nella vicenda in esame, l'interesse concretamente perseguito dalle parti contraenti non è stato coincidente con lo scopo da attuare secondo legge, ovvero, quello della riduzione della esposizione debitoria del Comune secondo le fasi, le condizioni e gli strumenti indicati dal legislatore, ma vi è stata, invece, non solo una deviazione dalla causa tipica, ma la totale incisione di questa, cui si è sovrapposta una causa concreta di segno contrario, correlata al conseguimento di interessi particolari, ontologicamente opposti a quello pubblico.

Da ciò discende la patologia della causa concreta, contraria alle indicate norme imperative, all'ordine pubblico, al canone di meritevolezza degli interessi perseguiti secondo l'ordinamento giuridico ed ai principi etici cui devono ispirarsi anche i soggetti che svolgono un'attività economica, per assicurare l'ordine e l'utilità sociale, verso la piena attuazione dei precetti costituzionali (articoli 41-47 Cost).

[omissis]

La declaratoria di nullità delle operazioni finanziarie de quibus postula un duplice effetto: da un lato, la ripetizione delle somme conseguite da Banca XXX in esecuzione dei contratti e delle delegazioni di

pagamento da parte del tesoriere, secondo i principi in materia di indebito oggettivo (condictio indebiti sine causa, ovvero, ob iniuxtam causam) sanciti dall'art.2033 c.c., con gli interessi legali a decorrere dal momento dei pagamenti, attesa la mala fede dell'accipiens, dall'altro lato, la ripetizione – sempre ex art.2033 c.c. - delle somme conseguite dal Comune di Taranto in esecuzione dei contratti di finanziamento, con gli interessi dalla data della domanda riconvenzionale spiegata da Banca XXX, posto che la mala fede non può essere ascritta all'Ente locale.

[omissis]

P.Q.M.

Il Tribunale di Taranto, in composizione collegiale, in persona dei Magistrati Franco Morea-Presidente, Marina Cosenza-Giudice, Annagrazia Lenti-Giudice relatore-estensore,

[omissis]

così provvede:

- rigetta le eccezioni in rito sollevate dalla convenuta Banca XXX;*
- dichiara la litispendenza parziale in ordine alla domanda proposta da Banca XXX nei confronti di B.P.P.B. S.c.p.a., con competenza del Tribunale di Matera, già investito della cognizione con procedimento n.434/2007 R.G.;*
- accoglie la domanda proposta dal Comune di Taranto nei confronti di Banca XXX e, per l'effetto, dichiara l'inadempimento dell'advisor Banca XXX, la nullità dell'operazione finanziaria relativa all'emissione del prestito obbligazionario per l'importo di 250 milioni di euro, la nullità del contratto di apertura di credito per l'importo di 100 milioni di euro, nonché la nullità delle connesse delegazioni di pagamento notificate al tesoriere comunale il 20.5.2004 ed il 18.11.2004;*
- condanna Banca XXX alla restituzione delle somme conseguite dal Comune di Taranto, attraverso il tesoriere comunale, in esecuzione delle operazioni negoziali e delle connesse delegazioni di pagamento, con gli interessi legali dalla data dell'attività solutoria al soddisfo;*
- in accoglimento della domanda riconvenzionale spiegata da Banca XXX, dispone che il Comune di Taranto provveda alla restituzione delle somme conseguite in esecuzione delle operazioni negoziali dichiarare nulle, con gli interessi legali dalla domanda al soddisfo;*

- condanna Banca XXX, in via generica, al risarcimento dei danni in favore del Comune di Taranto, con determinazione del quantum debeat in separato giudizio, secondo la richiesta di parte istante;
 - rigetta la domanda riconvenzionale di risarcimento del danno proposta da Banca XXX nei confronti del Comune di Taranto;
- [omissis]

II. La classificazione e le massime

Contratti di intermediazione finanziaria – Contratto di *advisoring* con enti pubblici per l’emissione di un prestito obbligazionario – Contenuto – Ristrutturazione del debito dell’ente pubblico - Obblighi – Diligenza professionale dell’*advisor* – Omissione di controlli sul rispetto dei vincoli finanziari di bilancio – Omissione di controlli sulla convenienza economica dell’operazione di ristrutturazione del debito in termini di riduzione degli oneri finanziari per l’ente pubblico – Omissione di controlli sulla corretta formazione della volontà di diritto privato dell’ente pubblico – Violazione dei doveri di correttezza, buona fede e diligenza professionale – Responsabilità contrattuale per inadempimento – Sussiste. (Art. 21-23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; artt. 1175, 1176, 1325, 1375, 1418 c.c.; art. 41 legge 28 dicembre 2001, n. 448; art. 35, comma 3, legge 23 dicembre 1994, n. 724; DM n. 389/96, n. 420/96, n. 457/96; artt. 42, comma 2, 107, commi 2 e 6, 162, 193, 199, 202, 203 e 205 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 30, comma 15, legge 27 dicembre 2002, n. 289).

(1) *Il contratto di *advisoring* obbliga il soggetto professionale detto *advisor* (nel caso di specie una banca) - che di norma è titolare di una posizione di controllo su informazioni tecnico-finanziarie relative ad uno strumento finanziario o ad una opportunità di investimento - ad informare la propria condotta nella prestazione del servizio di consulenza su investimenti o operazioni finanziarie a correttezza, buona fede e diligenza professionale. Incorre pertanto in responsabilità contrattuale per inadempimento l’*advisor* che, pretermettendo il ruolo negoziale di consulente a favore di quello di controparte negoziale dell’operazione finanziaria consigliata, piuttosto che suggerire al*

cliente-investitore (nel caso di specie, il Comune di Taranto) gli strumenti finanziari a lui più adeguati, si preoccupa di divenire contraente in proprio di un emittendo prestito obbligazionario del suo cliente, al quale aveva altresì lo suggerito, consigliato ed “organizzato” per gli aspetti tecnico-operativi.

La violazione del precetto della diligenza professionale e l'elemento del dolo nella condotta dell'advisor di un ente pubblico si evincono, oltre che dal travisamento del suo ruolo contrattuale, anche dalla completa omissione di ogni tipo di controllo e verifica sul rispetto dei vincoli finanziari di bilancio dell'ente comunale, sul rispetto del corretto procedimento di formazione della volontà di diritto privato dell'ente nonché sul rispetto delle norme che subordinano la ristrutturazione del debito dell'ente in altre forme di finanziamento alla dimostrazione della effettiva convenienza economica per lo stesso ente in termini di riduzione degli oneri finanziari connessi.

A tali obblighi di condotta l'advisor è sempre tenuto, a nulla rilevando il fatto che il contratto di advising è stato stipulato a titolo gratuito.

Contratti di intermediazione finanziaria - Ristrutturazione del debito dell'ente pubblico - Difetto di volontà dell'ente pubblico - Nullità dell'operazione di emissione di BOC (Buoni ordinari comunali) - Sussiste.

(Artt. 21-23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; artt. 1175, 1176, 1325, 1375, 1418 c.c.; art. 41 legge 28 dicembre 2001, n. 448; art. 35, comma 3, legge 23 dicembre 1994, n. 724; DM n. 389/96, n. 420/96, n. 457/96; artt. 42, comma 2, 107, commi 2 e 6, 162, 193, 199, 202, 203 e 205 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 30, comma 15, legge 27 dicembre 2002, n. 289)

È nullo il contratto avente ad oggetto l'emissione di BOC (Buoni ordinari comunali) per difetto di volontà negoziale dell'ente comunale.

III. Il commento

Prestazione di servizi di investimento: la responsabilità degli intermediari finanziari nella peculiare vicenda dei BOC del Comune di Taranto

di

Francesco Sporta Caputi

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Quadro normativo di sintesi; 3. La responsabilità degli intermediari finanziari ed i rimedi. 4. La vicenda riguardante il Comune di Taranto: l'operazione di emissione dei BOC (Buoni Ordinari Comunali); 5. Il contratto di *advisoring* ed il suo corretto adempimento. 6. Sulla formazione della volontà negoziale dell'ente all'emissione del prestito obbligazionario. 7. Altre questioni: cenni sul difetto di giurisdizione e sulla continenza-litispendenza rispetto ad altro processo pendente.

1. I temi della prestazione dei servizi di investimento e della patologia di contratti di intermediazione finanziaria si sono contraddistinti, nell'ultimo decennio, per una vitalità di dibattiti interpretativi senza precedenti, purtroppo stimolata da numerose ipotesi di *crack* finanziari e di gravi perdite finanziarie, con conseguenti effetti a cascata sul pubblico dei risparmiatori-investitori.

La "ricerca di giustizia" da parte degli investitori danneggiati ha dato vita ad una produzione giurisprudenziale, di merito e di legittimità, che senza timori di smentita può definirsi "tumultuosa" e che si è connotata altresì per la molteplicità di soluzioni interpretative adottate, tutte teoricamente sostenibili, che hanno rappresentato l'humus naturale per una più approfondita riflessione sul tema da parte della più autorevole dottrina giuscommercialistica.

2. La prestazione dei servizi di investimento aventi ad oggetto strumenti finanziari è attività fortemente regolamentata all'interno del nostro ordinamento in virtù dei molteplici interessi, tutti di rango costituzionale, toccati da detta attività.

La fonte normativa di riferimento è il d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, meglio noto come Testo Unico della Finanza (anche TUF) conte-

nente una disciplina organica delle attività di intermediazione finanziaria preordinata ad assicurare tutela al bene giuridico “superiore” del risparmio, degno del rilievo costituzionale riconosciutogli all’art. 47 Cost.

La tutela del risparmio e dei suoi portatori (i risparmiatori) quale bene strategico essenziale per l’equilibrio e l’efficienza del sistema economico nazionale e per il concreto riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. viene attuata dal legislatore del TUF mediante una presa di coscienza fondamentale, che funge da criterio assiologico dell’intero corpo normativo: l’asimmetria informativa e di competenze tecniche che connota il particolare “mercato” dell’intermediazione finanziaria e che rappresenta, allo stesso tempo, fattore competitivo e fattore “degenerativo”. In altri termini, l’assunto metodologico di fondo è che il dato endemico dell’asimmetria informativa e di competenze, ed i connessi *agency costs*, possono essere gestiti mediante una rigida ed imperativa regolamentazione della intermediazione finanziaria, con una netta separazione di ruoli e di regole tra emittenti, intermediari e gestori del mercato.

Avendo riguardo alla attività di intermediazione finanziaria, il precipitato regolamentare di tali assunti di fondo si traduce, da un lato, nella riserva dell’attività di prestazione di servizi di intermediazione ed investimento a favore di soggetti cui sono imposti stringenti requisiti patrimoniali, organizzativi e professionali, oltre che significative limitazioni sul piano operativo-gestionale, ciò anche in attuazione dell’art. 41, comma 3, Cost. (cfr. artt. 1, 5, 6, 7, 8, 10, 18, 33, 43 del TUF); dall’altro, “istituzionalizzando” e cristallizzando la posizione di debolezza del risparmiatore-cliente-investitore che intende accedere a tali servizi di investimento, posizione che viene “compensata”, nell’impianto del TUF e dei regolamenti Consob attuativi, da un nutrito ed articolato complesso di flussi informativi (*ante*, *durante* e *post* investimento) e di sistemi di protezione cui corrispondono specularmente tassativi obblighi di condotta e di comportamento imposti agli intermediari finanziari che tali servizi prestano.

Le norme di condotta cui gli intermediari finanziari devono informare la prestazione dei servizi di investimento sono compendiate negli artt. 21 e 23 del TUF nonché negli artt. 27 ss. del Regolamento intermediari Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007. Si tratta di un corpo

normativo caratterizzato dall'obbligo per gli intermediari finanziari di fornire all'investitore, in tutte le fasi della prestazione del servizio da quella precontrattuale a quella post contrattuale, una informazione di dettaglio sul tipo di servizio prestato, sulla natura e tipologia dello strumento finanziario negoziato, sui profili di rischio dello strumento finanziario e sulla appropriatezza/adequatezza dello strumento finanziario rispetto alla esperienza dell'investitore ed alla sua propensione al rischio. La segnalata asimmetria informativa e di competenze viene colmata, nella *mens legis*, gravando la parte contrattuale più forte, ossia l'intermediario professionale, di obblighi informativi e di comportamento a favore della parte più debole, ossia l'investitore, di gran lunga superiori a quelli prevista dalla diritto comune dei contratti.

La patologia, o meglio la violazione, del sistema di obblighi informativi e di comportamento degli intermediari finanziari costituisce l'oggetto del presente contributo.

3. La stipulazione del contratto di intermediazione finanziaria e la sua esecuzione in violazione dei richiamati precetti normativi, oltre a determinare riflessi sulla stabilità del vincolo contrattuale, espone gli intermediari finanziari a responsabilità di carattere risarcitorio.

Il dibattito tema della natura giuridica di tale responsabilità è intimamente legato ad questione interpretativa a monte riguardante la natura delle norme di condotta e la gerarchia di interessi giuridici tutelati dalle stesse. Si tratta di questioni giuridiche di tipo sistematico che hanno appassionato autorevole dottrina e che vantano altresì l'intervento in funzione nomofilattica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che sul punto si sono pronunciate mediante la nota sentenza Cass. SS.UU, 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

Le questioni che si sono poste all'attenzione degli interpreti sono diverse e dense di molteplici implicazioni; esse hanno riguardato:

- a) l'accertamento della natura imperativa o meramente dispositiva delle norme statuenti i principi generali e le regole di comportamento per gli intermediari nell'erogazione dei servizi di investimento;
- b) l'individuazione del vizio che affetta il contratto di intermediazione finanziaria stipulato in violazione delle richiamate

regole di comportamento e del tipo di azione esperibile dal risparmiatore danneggiato;

c) il tipo di responsabilità cui resta esposto l'intermediario infedele che eroga i servizi in spregio delle cautele indicate dal legislatore;

d) il *quantum* del danno risarcibile a favore del cliente leso dal comportamento infedele, renitente o scorretto dell'intermediario finanziario.

Le questioni giuridiche sopra segnalate hanno costituito gli elementi di una vivace disputa giurisprudenziale e dottrinale riguardo all'individuazione del rimedio contrattuale più idoneo ed appropriato utilizzabile dal risparmiatore danneggiato. Le posizioni delineatesi hanno toccato l'intero ventaglio di rimedi contrattuali conosciuti e predisposti dal Codice civile, oscillando dalla soluzione più radicale della nullità del contratto per contrarietà a norme imperative (tali essendo qualificate secondo questo filone interpretativo gli artt. 21 e 23 TUF e le norme regolamentari attuativa) alla soluzione intermedia della risoluzione per inadempimento, purché grave, fino a quella più sofisticata e irta di difficoltà sul piano probatorio dell'annullabilità del contratto di prestazione dei servizi di investimento per errore essenziale o per dolo, anche solo nella forma del dolo incidente. L'atteggiamento quasi schizofrenico delle corti di merito nella scelta dell'uno o dell'altro rimedio ha difatti portato autorevole dottrina a parlare di «*ambaradam* dei rimedi contrattuali», con locuzione che pare appropriata tenuto conto della identità delle norme violate a fronte della diversità dei rimedi ritenuti applicabili.

Indiscussa – anche nell'arresto del 2007 della giurisprudenza di legittimità – la natura imperativa delle citate norme di condotta, la questione concerne la gerarchia degli interessi giudici dalle stesse tutelati. Fra le possibili soluzioni prospettabili, prevale in dottrina e giurisprudenza l'opinione secondo la quale il legislatore ha privilegiato, nella stesura dell'art. 21 del TUF, la salvaguardia degli interessi particolari degli investitori perseguita mediante l'utilizzo di strumenti di tutela diretta, mentre è posto come obiettivo mediato ed ulteriore quello della protezione degli interessi generali alla stabilità del sistema finanziario. La tutela dell'interesse del singolo investitore si atteggia quindi quale

strumento migliore per assicurare l'interesse pubblico alla competitività e al buon funzionamento del sistema finanziario.

I criteri della diligenza, della correttezza e della trasparenza enunciati dall'art. 21 del TUF vengono unanimemente interpretati come richiami alle clausole generali della correttezza (art. 1175 c.c.), della diligenza (art. 1176 c.c.) e della buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

Dipante le questioni di rilievo sistematico, la natura giuridica delle regole di condotta di cui agli artt. 21 e 23 del TUF è stata chiarita dalla più avveduta dottrina e giurisprudenza richiamando la migliore ricostruzione dogmatica in materia di patologia del vincolo contrattuale (ivi compreso quello di intermediazione finanziaria) che distingue tra vizi genetici del contratto, che determinano nullità dello stesso poiché riguardanti gli elementi essenziali dello stesso, e vizi funzionali del contratto, che generano risoluzione per inadempimento poiché attinenti alla fase esecutiva di un contratto (connotata nel caso di specie da non corretto adempimento delle prestazioni) già perfetto nei suoi elementi costitutivi.

Le regole di condotta di cui agli artt. 21 e 23 del TUF, nonché le norme attuative contenute nel Regolamento intermediari Consob, poiché disciplinano la fase esecutiva del contratto, non anche a quella genetica, sono tali da ingenerare, se violate, vizi funzionali del contratto di intermediazione finanziaria. Tale conclusione ha ricevuto altresì l'avallo delle richiamate Sezioni Unite della Corte di Cassazione che ha altresì enunciato i seguenti principi di diritto in materia di contratti di intermediazione finanziaria:

- a) i contratti stipulati per la prestazione dei servizi di investimento soggiacciono alla norme generali in materia di contratto contenute nel Codice civile, cui si affiancano le norme speciali contenute nel TUF volte essenzialmente a presidiare la fase dello scambio di informazioni - *humus* indefettibile di ogni accordo contrattuale - assicurando elevati *standard* di completezza ed intelligibilità delle medesime;
- b) eventuali deroghe rispetto all'articolazione «regole di validità-regole di comportamento» devono essere esplicitamente previste dalla normativa speciale per essere validamente invocate in fase di contenzioso sulla formazione o esecuzione del contratto;

c) la buona fede e la correttezza dei comportamenti dei contraenti costituiscono parametri la cui operatività attiene sempre alla fase dinamica del fenomeno contrattuale e precontrattuale ed in mancanza di esplicita previsione normativa non sono mai invocabili ai fini della declaratoria di nullità dell'accordo contrattuale;

d) la violazione delle regole di validità riguardanti il contenuto e la struttura del contratto è sanzionata dalla nullità o, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 1427 c.c. ss., dalla annullabilità del contratto; di converso, la violazione delle regole di comportamento, ivi comprese quelle dettate dal TUF, poste a carico dei contraenti assume natura precontrattuale o contrattuale a seconda del momento temporale in cui è collocata la regola violata, generando l'obbligo di risarcire il danno cagionato, oltre a consentire la possibile rimozione *ex tunc* degli effetti del contratto già concluso qualora sia richiesta la risoluzione per inadempimento, purché grave.

In estrema sintesi, il ventaglio dei vizi del contratto di intermediazione finanziaria e dei relativi rimedi è così compendiabile: a) il mancato rispetto del requisito della forma scritta, in quanto vizio genetico, determina nullità del contratto ex art. 1418, comma 2°, c.c.; b) il mancato adempimento degli obblighi informativi a favore del risparmiatore/investitore, anche riguardanti eventuali conflitti di interesse dell'intermediario o eventuale inadeguatezza dell'operazione rispetto alla esperienza o propensione al rischio dell'investitore determina: b1) risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., in quanto vizio funzionale attinente alla fase esecutiva del contratto già perfezionatosi; b2) responsabilità pre-contrattuale con obbligo di risarcimento del danno ex art. 1337, 1175, 1375 e 1218 c.c., qualora gli obblighi informativi inadempiti si collochino nella fase prodromica al perfezionamento del contratto-quadro; c) la carente, omissiva o decettiva informazione sugli strumenti finanziari o sui rischi connessi, tramutandosi in un vizio della volontà nella specie dell'errore, può dar luogo ad annullabilità del contratto ex art. 1427 c.c., qualora l'errore sia qualificabile come essenziale, o a semplice risarcimento del danno patito ex art. 1440 c.c., qualora l'errore o la decettività dell'informazione non sia essenziale, ma sia tale da aver determinato a concludere a condizioni contrattuali diverse e più svantaggiose di quelle che si sarebbero

avute in presenza di una informazione chiara e completa (cd. dolo incidente).

4. La sentenza riguarda, come intuibile *prima facie*, la tematica della intermediazione finanziaria nella fase sia dell'*advisoring* (cioè della consulenza strategica *ante* emissione) sia del collocamento e sottoscrizione del prestito obbligazionario emesso. Il caso di specie, tuttavia, assume connotati ed articolazioni peculiari, ponendo all'interprete questioni trasversali al diritto commerciale e privato, al diritto dell'intermediazione finanziaria ed al diritto amministrativo.

La vicenda oggetto della sentenza Trib. Taranto 27 aprile 2009, n. 566 qui commentata concerne una delle principali (e più azzardate) operazioni finanziarie all'origine del grave dissesto finanziario che ha interessato il Comune di Taranto a partire dal 2004. Per la prima volta, l'autorità giudiziaria civile si è pronunciata sulla spinosa vicenda dell'emissione di un prestito obbligazionario da 250 milioni di euro da parte del Comune di Taranto, mediante emissione dei cd. BOC (Buoni Ordinari Comunali).

Il prestito obbligazionario doveva avere - almeno nelle intenzioni - la funzione di ristrutturare l'esposizione debitoria del Comune di Taranto nei confronti della Cassa Depositi e Prestiti, riducendo l'onere per interessi passivi ed acquisendo altresì nuove risorse per finanziare la realizzazione di altre opere pubbliche.

L'operazione di emissione di un prestito obbligazionario comunale (rappresentato da titoli detti BOC), benché attratta all'alveo del diritto privato dei contratti e dell'intermediazione finanziaria, postula a monte la formazione della volontà di diritto privato dell'ente territoriale comunale che implica, oltre alla procedimentalizzazione dell'*iter* volitivo, anche l'accertamento dell'esistenza di un effettivo interesse pubblico dell'amministrazione alla conclusione dell'operazione, alla luce dei delicati equilibri finanziari degli enti locali, come regolati dalla normativa speciale di settore. Ne sono risultate motivazioni della sentenza particolarmente corpose, qui riportate relativamente alle parti ritenute pertinenti al diritto commerciale e dell'intermediazione finanziaria.

I fatti storici possono essere così ragguagliati.

In data 3 dicembre 2003, la banca XXX offriva all'Assessore al Bilancio del Comune di Taranto la «prestazione di servizi di consulenza finalizzati al perfezionamento di operazioni destinate alla gestione attiva dell'indebitamento comunale» logicamente collegati all'estinzione anticipata ex art. 41 della legge n. 448/2001 dei mutui già contratti ed in essere dal Comune di Taranto con la Cassa Depositi e Prestiti. L'intera operazione mirava ad assicurare al Comune un risparmio di spesa in linea interessi passivi di diversi milioni di euro. Seguiva, il 15 dicembre 2003, delibera della Giunta comunale di conferimento dell'incarico gratuito di *advisoring* a banca XXX, che accettava il 23 dicembre 2003, per la selezione della migliore strategia di gestione attiva dell'indebitamento da realizzarsi mediante prodotti finanziari derivati o mediante il collocamento di prestiti obbligazionari di nuova emissione.

In data 14 gennaio 2004, appena venti giorni dopo l'accettazione dell'incarico, banca XXX proponeva al Comune di Taranto, quale soluzione per la «gestione attiva dell'indebitamento», l'emissione di un prestito obbligazionario comunale (BOC), con impegno della stessa banca XXX, formalizzato in data 18 gennaio 2004, al collocamento ed alla sottoscrizione dell'intero prestito in emissione (cd. assunzione a fermo).

Il giorno successivo, il dirigente comunale dell'Ufficio Risorse finanziarie, con determinazione dirigenziale (adottata illegittimamente in luogo della delibera del Consiglio comunale), conferiva alla banca XXX l'incarico di collocamento di un prestito obbligazionario comunale dell'importo di 250 milioni di euro, con assunzione a fermo da parte della stessa banca, cui seguiva in data 24 marzo 2004 la stipulazione di un contratto tra il comune e la banca per la prestazione da parte di quest'ultima del servizio di collocamento, con assunzione a fermo, del più volte citato prestito obbligazionario comunale. L'emissione del prestito veniva poi deliberata dal Consiglio comunale del Comune di Taranto in data 21 aprile 2004, con esplicita destinazione di una parte del prestito (circa 143 milioni di euro) alla Cassa Depositi e Prestiti a saldo dell'estinzione anticipata dei mutui preesistenti che *medio tempore* era stata richiesta.

Comunicata in data 19 maggio 2004 al Comune di Taranto l'ottenimento dell'autorizzazione della Banca d'Italia all'emissione del prestito obbligazionario, la banca XXX fissava al 21 maggio 2004 la data di perfezionamento dell'operazione con pagamento dell'importo, comunicando poi in data 20 maggio 2004 allo stesso comune che il valore finanziario del nuovo prestito obbligazionario del comune destinato all'estinzione anticipata dei mutui Cassa Depositi e Prestiti era inferiore alle precedenti passività per un valore di oltre 1 milione di euro, informando così della convenienza economica in termini di risparmio di interessi assicurata dalla nuova operazione.

I temi affrontati sono molteplici, spaziando dalla questione dell'esatto adempimento del contratto di *advisoring*, alla legittimità dell'emissione del prestito obbligazionario, al rispetto dei vincoli finanziari e di bilancio all'emissione dello stesso, alla corretta formazione della volontà di diritto privato dell'ente comunale, fino ad aspetti concernenti il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la continenza e la litispendenza parziale del giudizio instaurato presso il tribunale jonico rispetto ad un previo giudizio instaurato davanti al Tribunale di Matera.

5. Un primo aspetto oggetto di discussione è l'esatto adempimento del contratto di *advisoring* intercorso tra il Comune di Taranto e Banca XXX.

È utile premettere che il contratto di *advisoring* è, nel mondo dell'intermediazione finanziaria, un contratto avente ad oggetto la prestazione di un servizio informativo e di consulenza in materia di investimenti e di operazioni finanziarie, diretto ad agevolare una più informata e ponderata decisione di investimento da parte del destinatario del servizio. Ai tempi del fatto di causa, tale contratto non era qualificato come servizio di investimento e non soggiaceva, dunque, alla stringente disciplina recata dal TUF agli artt. 21 ss. Detta qualificazione è stata invece conferita al servizio di consulenza ad opera del novellato art. 1, comma 5, lett. f), del TUF, nel testo introdotto ad opera del d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164.

Dedotto in giudizio, da parte del Comune di Taranto, l'inadempimento contrattuale da parte della banca *advisor* (Banca XXX), il collegio giudicante lo ha ritenuto sussistente in base ad una serie di articolate argomentazioni.

Rilevato che il contratto aveva per oggetto l'individuazione delle migliori strategie di gestione dell'indebitamento del Comune, mediante l'utilizzo di prodotti finanziari derivati o l'emissione di un prestito obbligazionario, il giudice evince l'inadempimento dei detti obblighi da parte dell'*advisor* da una serie di indici. *In primis*, rileva il giudice che desti perplessità il breve lasso di tempo (appena quindici giorni) intercorso tra la data del perfezionamento del contratto di *advisor* e la data di formulazione della proposta operativa di emissione del prestito obbligazionario con sottoscrizione a fermo da parte della stessa banca. Tempi così ristretti non hanno consentito alla banca di procedere all'analisi complessiva del debito dell'ente «*che, evidentemente, non poteva intendersi come mera verifica statico-contabile del totale saldo debitore [...] ma doveva, invece, intendersi - correttamente e diligentemente - in termini di valutazione tecnico-dinamica delle singole componenti quantitative e qualitative del debito totale, in modo da individuare l'entità sostanziale del debito, l'incidenza dello stesso sulla gestione dell'Ente, nonché la tollerabilità del debito [...] da parte degli esercizi finanziari futuri*».

L'inadempimento della banca *advisor* ed, in particolare, la violazione del precetto della diligenza professionale cui l'intermediario deve informare il proprio operato sono denotati dalla circostanza che la banca *advisor* non ha tenuto conto del fatto che: a) il Comune era privo di liquidità, come si desumeva invece dal rendiconto 2002 che evidenziava la massima utilizzazione delle anticipazioni del tesoriere sui primi tre capitoli di bilancio; b) il disavanzo finale di cassa era pari all'anticipazione massima di tesoreria consentita dalla legge; c) il bilancio di previsione 2004 prevedeva entrate sui primi tre titoli totalmente assorbite dalla spesa corrente, ecc.

Ulteriore condotta tenuta dalla banca XXX in violazione del dovere di correttezza e della diligenza professionale è la duplicità di ruoli dalla stessa rivestiti nell'intera operazione. La banca XXX, oltre ad essere *advisor* (consulente) dell'intera operazione, è risultata anche controparte contrattuale della operazione che la stessa banca aveva

consigliato. Evidente è il sospetto di un conflitto di interessi in cui versava banca XXX che, piuttosto che adempiere con la diligenza professionale al contratto di consulenza, ha opportunisticamente sfruttato il suo ruolo di consulente per consigliare una operazione finanziaria di cui era la controparte unica, lucrando così sia le commissioni per l'attività di *advisoring* sia i proventi quale controparte contrattuale. Lo strisciante conflitto di interessi in cui si trovava ha inevitabilmente portato banca XXX a non eseguire alcuno dei controlli e delle verifiche sulla regolarità dei bilanci dell'ente comunale, sulla predisposizione delle necessarie deliberazioni del Consiglio comunale, sulla preventiva comunicazione alla Cassa Depositi e Prestiti per l'estinzione anticipata dei mutui già attivi, sulla specificazione nelle delibere dell'ente della destinazione delle somme rivenienti dal nuovo indebitamento al finanziamento della spesa per investimenti, ecc. Ancora, il conflitto di interessi ha indotto banca XXX, con evidente negligenza, a non verificare preventivamente e ad attestare successivamente la convenienza economica, in termini di riduzione del costo per interessi, dell'estinzione anticipati di alcuni mutui comunali mediante la contrazione di un altro prestito a medio/lungo termine tramite l'emissione dei BOC.

Evidente risulta, nella vicenda *de quo*, la violazione di ogni più elementare regola di diligenza professionale, oltre che di correttezza e buona fede da parte della banca XXX.

L'*advisor* quindi, secondo la condivisibile opinione del giudice, non ha «*informato la propria condotta al canone di correttezza e buona fede (art. 1175 c.c.) che deve connotare, sempre, il rapporto obbligatorio nelle diverse fasi attuative, nonché allo standard di diligenza qualificata dell'operatore professionale, secondo la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 1176 c.c.*».

6. Un altro aspetto singolare della vicenda concerne la “atipica” procedura di formazione della volontà contrattuale dell'ente territoriale in ordine alla emissione del prestito obbligazionario da 250 milioni di euro.

Afferma laconicamente, ma precisamente, il collegio giudicante che «*Il dirigente (dell'area risorse finanziarie, ndr) - in assenza del*

bilancio di previsione 2004 ed in assenza delle indefettibili determinazioni del Consiglio Comunale, organo esclusivamente competente ex lege - ha costituito un vincolo negoziale che avrebbe dovuto rappresentare il posterius rispetto al prius della deliberazione consiliare, del bilancio di previsione, della determinazione dell'importo dovuto dalla Cassa Depositi e Prestiti per l'estinzione anticipata dei mutui, nonché della determinazione da parte di Banca XXX degli importi occorrenti per la restituzione rateale del prestito (dati fondamentali per la validità dell'operazione e per la imprescindibile valutazione di raffronto tra le passività, nella prospettiva della riduzione delle stesse, a vantaggio del Comune)».

Come si intuisce dalla parte motiva della sentenza, l'intera attività che ha portato alla emissione del prestito obbligazionario è stata gestita da un dirigente dell'Ufficio risorse finanziarie del Comune di Taranto il quale ha impegnato la volontà negoziale dell'ente senza una previa manifestazione di volontà in tal senso da parte del Consiglio Comunale, unico organo competente a decidere su tali argomenti ai sensi dell'art. 203 del d.lgs. n. 267/2000 (cd. TUEL).

Oltre alla sostituzione di funzioni del dirigente comunale che ne ha determinato inevitabilmente un difetto di competenza, nella vicenda esposta mancante è risultata altresì tutta una serie di atti prodromici alla deliberazione consiliare quali: a) la comunicazione della Cassa Depositi e Prestiti dell'importo dovuto dal Comune per l'estinzione anticipata dei mutui in essere, con stima della penale per estinzione anticipata; b) inserimento dell'emittendo prestito obbligazionario nel bilancio di previsione 2004; c) l'attestazione dell'effettivo vantaggio assicurato al Comune dall'emissione del prestito obbligazionario in termini di riduzione degli oneri per interessi passivi. Le esposte carenze procedurali hanno finito per inficiare irrimediabilmente la legittimità dell'attività provvedimentale dell'ente.

L'effetto a valle della descritta illegittimità del procedimento amministrativo è la nullità del contratto di emissione del prestito obbligazionario per difetto di volontà negoziale (di diritto privato) riferibile alla pubblica amministrazione, oltre che - a dire dei giudici - per illiceità della causa, poiché la causa concreta, coincidente con l'interesse perseguito dalle parti e consistente nel lucro da parte di Banca XXX

delle commissioni e degli interessi sul prestito obbligazionario, è risultata difforme dalla causa tipica dell'operazione negoziale desumibile dalla normativa di settore, consistente nella riduzione dell'esposizione debitoria del Comune e degli oneri finanziari connessi.

Più in particolare, le molteplici irregolarità di carattere amministrativo censurate dai giudici di primo grado concernono la mancanza dei presupposti normativi richiesti all'ente territoriale per la ristrutturazione del debito e per l'emissione di prestiti obbligazionari.

Violata risulta, *in primis*, la disposizione recata dall'art. 41, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 secondo cui «gli enti possono provvedere alla conversione dei mutui contratti successivamente al 31 dicembre 1996, anche mediante il collocamento di titoli obbligazionari di nuova emissione o rinegoziazione, anche con altri istituti dei mutui, in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico degli enti stessi». Non è risultata nemmeno rispettata la disposizione di cui all'art. 35, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n. 274, secondo la quale «nessun prestito può comunque essere emesso se dal conto consuntivo del penultimo esercizio risulti un disavanzo di amministrazione e se non sia stato deliberato il bilancio di previsione dell'esercizio in cui è prevista l'emissione del prestito». Lapalissiana è altresì la violazione dell'art. 203 del TUEL, a mente della quale il ricorso dell'ente locale a qualsiasi forma di indebitamento richiede l'avvenuta approvazione del bilancio annuale di previsione relativo all'esercizio nel corso del quale deve avere esecuzione il prestito, bilancio che deve altresì recare una precisa e particolareggiata descrizione del tipo di indebitamento che l'ente intende assumere, delle sue forme, nonché delle opere pluriennali e degli investimenti al cui finanziamento è destinato: nulla di tali adempimenti contabili è stato fatto.

La nullità dell'intera operazione di emissione del prestito obbligazionario comunale (e del contratto di *advisoring* stipulato a monte) per difetto di volontà, chiaramente discendente dai principi generali del diritto dei contratti e del diritto amministrativo, trova peraltro ulteriore conferma nell'art. 30, comma 15, della legge n. 289/2002 secondo cui «qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'art. 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli» poiché dagli atti

di causa è emerso che il nuovo indebitamento del Comune di Taranto era nei fatti destinato a coprire dei saldi passivi di tesoreria, ossia spese della gestione corrente che nulla hanno in comune con le spese per investimenti per la realizzazione di opere pubbliche.

La declaratoria di nullità del contratto di *advisoring* e della conseguente operazione di emissione del prestito obbligazionario comunale – statuisce poi correttamente il giudice di primo grado – comporta l’attivazione di obblighi reciproci di restituzione dell’indebito conseguente, con obbligo del Comune di Taranto alla restituzione a Banca XXX delle somme percepite in esito alla sottoscrizione del prestito obbligazionario ed obbligo speculare della Banca XXX alla restituzione al Comune delle somme incassate a titolo di rata di rimborso del prestito.

7. Un breve cenno meritano, in chiusura, le delicate questioni processuali che, nell’economia del processo e delle motivazioni della sentenza, hanno assunto la veste di questioni pregiudiziali di rito.

Un primo aspetto discusso concerne il ritenuto difetto di giurisdizione del giudice ordinario adito, sollevato dalla banca convenuta sulla base del rilievo che i vizi dedotti dall’attore in giudizio fossero vizi di legittimità del provvedimento amministrativo che riverberano, al più, in vizi di legittimità degli atti amministrativi prodromici alla stipulazione del contratto di *advisoring* e di emissione del prestito obbligazionario.

Il collegio giudicante, rifacendosi al più accreditato orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato formatosi anche in esito riforma recata dalla legge n. 205/2000, ha chiarito che valore dirimente in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo assume la posizione giuridica soggettiva oggetto di tutela, così che la tutela di diritti soggettivi appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario mentre la tutela degli interessi legittimi rispetto all’*agere* della pubblica amministrazione appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo. Nel caso di specie, il Comune ha agito in giudizio per chiedere la tutela di situazioni giuridiche riconducibili alla categoria dei diritti soggettivi ed in relazione ad un’attività giuridica contrattuale conclusa utilizzando la capacità d’agire di diritto privato, senza mai

utilizzare poteri e discrezionalità amministrativa appartenenti alla sfera delle attribuzioni pubbliche. In altri termini, sebbene il Comune di Taranto abbia operato per il perseguimento di finalità pubbliche (anche se i fatti di causa hanno escluso tale finalizzazione dell'attività dell'ente nel caso di specie), esso ha operato mediante gli strumenti giuridici e contrattuali del diritto privato, utilizzando una volontà negoziale di natura privatistica ed operando in posizione di parità con la controparte privata, senza mai erigersi in una posizione di supremazia giustificata dall'uso del potere pubblico.

Il problema della continenza del processo incardinato a Taranto è stato poi posto dalla banca convenuta in relazione ad un precedente processo, incardinato davanti al Tribunale di Matera, attivato dalla convenuta nei confronti di un'altra banca svolgente attività di tesoreria per il Comune di Taranto. Sul punto, ferma nel senso della negazione della continenza è stata la corte tarantina, sulla base del rilievo per cui non è riscontrabile un *petitum* più ampio posto al giudice lucano rispetto a quello posto al giudice tarantino tale da giustificare ex art. 39 c.p.c. la continenza del secondo processo nel primo. Non vi è, ad avviso del collegio tarantino, identità di competenza fra i due tribunali riguardo ai due giudizi, «sia in ordine all'identità delle cause per il profilo soggettivo e per il titolo; vi è, invece, una coincidenza di domande che, per alcuni versi, si sovrappongono e, per altri versi, presentano un profilo di interdipendenza». Al contrario, attesa la sospensione del giudizio disposta dal giudice lucano ai sensi dell'art. 295 c.p.c. e la necessità che le domande nei confronti del tesoriere comunale siano deliberate dal giudice competente, la corte tarantina ha dichiarato la litispendenza parziale relativamente alla domanda di manleva e risarcimento del danno proposta dalla Banca XXX nei confronti della banca svolgente il servizio di tesoreria per conto del Comune di Taranto.

IV. Letture di approfondimento

ALPA, *Commento sub art. 21*, in G. Alpa – F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, CEDAM, Padova, 1998;

- S. AMOROSINO – C. RABITTI BEDOGNI, *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012;
- F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2012;
- M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000;
- F. CARRESI, *Il contratto*, t. I-II, in *Tratt. dir. civ. e comm.le.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano, vol. XXI, 1987;
- R. COSTI – L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. VIII, CEDAM, Padova, 2004;
- G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*, in *Giur.it.*, 2008, 347 ss.;
- G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Esi, Napoli, 1996, 137 ss.;
- ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.;
- E. GABRIELLI – R. LENER, *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento*, ne *I contratti del mercato finanziario*, vol. 2, Tomo primo, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2004, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Giappichelli, Torino, 2004;
- P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008;
- F. IUDICA, *Manuale del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2012;
- D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, 403 ss., disponibile anche all'indirizzo internet: <http://www.ilcaso.it/opinioni/97-maffeis-11-03-08.pdf> ;
- M. MIOLA, *Commento sub art. 21*, in *Testo unico della finanza*, Commentario diretto da G. F. Campobasso, UTET, Torino, 2002, Tomo I;
- S. PATTI, in G. PATTI S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 1993;
- A. PERRONE, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 993 ss.;

- A. PISANI MASSAMORMILE, *Emissioni obbligazionarie e responsabilità degli intermediari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, I, 760;
- C. RABITTI BEDOGNI, *Commento sub art. 21, comma 1, lett. a e b*, in C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1998;
- V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA – P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011;
- ID., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradam dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 896 ss.;
- V. ROVITO – L. PICARDI, *Commento sub art. 23*, in G. F. CAMPOBASSO (commentario diretto da), *Testo unico della finanza*, UTET, Torino, 2002, Tomo I;
- R. SACCO, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, UTET, Torino, 2004;
- V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*, in *Contratti*, 2008, 231 ss.;
- F. SPORTA CAPUTI, *Vizi del contratto di intermediazione finanziaria e responsabilità degli intermediari*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno III, Cacucci, Bari, 2010.

PARTE IV

PROCEDURE CONCURSUALI

Caso n. 1

CONTRATTO PENDENTE DI LEASING E FALLIMENTO

di
Nicola Tacente

I. Il provvedimento

IL TRIBUNALE DI TARANTO, PRIMA SEZIONE
CIVILE E FALLIMENTARE

...Omissis...

ritenuto in diritto che :

- *nel merito, va evidenziato che la società concedente ha proposto due distinte domande di ammissione al passivo e/o revindica, l'una (integralmente ammessa dal GD) relativa al credito chirografario di E 15.230,82 per canoni scaduti e interessi alla data del fallimento, l'altra (rigettata) di revindica dei due automezzi oggetto dei contrastati contratti di leasing : ne consegue che la presente opposizione non può avere oggetto diverso da quello inizialmente proposto con la domanda di revindica disattesa dal GD, sul presupposto che il curatore, con l'autorizzazione del CdC, sarebbe subentrato nei due contratti, ancora pendenti alla data della dichiarazione di insolvenza ;*
- *pacifica ed incontestata tra le parti è la circostanza che il curatore, previa autorizzazione del CdC, abbia espresso la volontà di subentrare ex art 72 L.F. nei due contratti di leasing, pur risultando la stessa soltanto indirettamente dagli atti della presente opposizione, mediante il rinvio ad essa operato nella motivazione di rigetto del GD (“preso atto della richiesta del curatore di subentrare nei contratti di locazione finanziaria, vista l'autorizzazione del CdC al predetto subentro, rigetta la domanda di rivendica”) ;*
- *il contrasto tra le parti verte invece in ordine all'applicabilità al caso di specie dell'art 72 L.F., sostenendosi da parte dell'opponente che i contratti, alla data del fallimento, non erano più pendenti, in quanto risoltisi di diritto per inadempimento della Società Beta Srl, e che gli stessi erano stati già compiutamente eseguiti da parte della concedente, mediante la consegna dei veicoli alla utilizzatrice ;*

- *il secondo assunto difensivo è del tutto infondato, poiché il contratto di leasing, nelle sue varie forme e tipologie, è un contratto ad esecuzione continuata e periodica (come ad es. la locazione), in cui il concedente non esaurisce affatto i suoi obblighi, mettendo il bene a disposizione dell'utilizzatore, ma ne conserva di ulteriori (di assistenza e "protezione" dell'utilizzatore stesso) sino al momento del finale passaggio di proprietà, a seguito del pagamento del premio finale c.d. "di riscatto" ; in caso contrario non si spiegherebbe, tra l'altro, la disciplina dettata dall'art 72 quater L.Fall. per l'ipotesi del fallimento dell'utilizzatore ed il suo richiamo al precedente art 72, relativo appunto ai "rapporti pendenti" ;*
- *del pari infondata è la tesi secondo cui i contratti si sarebbero risolti di diritto per morosità della Società Beta Spa, in quanto, analizzando le condizioni generali di contratto (punti 20 e 21), si evince che il concedente ha sì la facoltà di dichiarare l'utilizzatore moroso decaduto dal beneficio del termine, ma detta decadenza diverrà efficace soltanto a seguito di comunicazione inviata a mezzo di r.r.; inoltre, se l'inadempimento persiste, il concedente avrà sempre la facoltà di dichiarare risolto il contratto ed intimare all'utilizzatore all'immediata riconsegna del bene, ma sempre con le modalità ivi previste e cioè mediante comunicazione con r.r. ;*
- *nulla di tutto ciò è avvenuto nel caso di specie ovvero, quanto meno, non risulta nell'ambito della presente opposizione, non avendo l'opponente dimostrato di aver esercitato la facoltà di dichiarare l'utilizzatore decaduto dal beneficio del termine e/o di aver comunicato allo stesso la propria intenzione di intendere risolto di diritto il contratto ; ovviamente, l'intervenuto fallimento non può mai costituire legittima causa di risoluzione del contratto, per espresso divieto di legge ex art 72, 6° comma , L.F. ;*
- *ne consegue che, essendo ancora pendenti ex art 72 L.F. i contratti in questione alla data del fallimento, il curatore ha potuto legittimamente esercitare, ai sensi della stessa norma, la sua facoltà di subentrarvi "assumendo tutti i relativi obblighi" , tra cui, principalmente, quello di "pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati", a norma dell'art 74 L.F., applicabile anche al contratto di leasing e quindi alla specie ;*

- il Fallimento, essendo subentrato nei rapporti di leasing, è quindi tenuto al pagamento in prededuzione dell'intero corrispettivo della cessione dei due veicoli, canoni, interessi scaduti e premio finali inclusi, né è di ostacolo a tale inevitabile conclusione la circostanza che il concedente, prima di conoscere l'intenzione del curatore di subentrare nei contratti, abbia chiesto l'ammissione al passivo in via chirografaria dei canoni scaduti e dei relativi interessi ;
- pur dovendosi doverosamente affermare tale principio, non può tuttavia essere accolta in questa sede la richiesta subordinata formulata dal concedente (tra l'altro da ritenersi inammissibile poiché proposta per la prima volta nell'atto di opposizione) di pagamento del corrispettivo complessivo dovuto a termini di contratto ovvero di ammissione dello stesso al passivo in prededuzione, poiché la prima richiesta può in teoria essere formulata soltanto in un ordinario giudizio di cognizione (che abbia ad oggetto l'inadempimento di un debito non concorsuale della procedura), mentre la seconda deve essere proposta al GD nelle forme della domanda di ammissione al passivo ;
- in conclusione l'opposizione va rigettata, avendo giustamente il GD disatteso la domanda di revindica, in presenza del subentro del curatore nei relativi contratti; le spese di lite, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza;

P . T . M .

- rigetta l'opposizione allo stato passivo ;
- condanna l'opponente al pagamento in favore del Fallimento della Società Beta Spa delle spese di lite, che liquida in euro 925,00 per diritti ed euro 1.400,00 per onorari, oltre accessori di legge .

II. La classificazione e le massime

Procedure Concorsuali – Fallimento – Rapporti giuridici pendenti – Locazione Finanziaria – Subentro del Curatore – Azione di restituzione dei beni da parte del locatore – Presupposti – Insussistenza.

(Artt. 72, 72-quater R.D. n. 267/1942).

(1) *E' illegittima la richiesta di restituzione dei beni concessi in leasing se il curatore è subentrato, in luogo del fallito, nel contratto medesimo ai sensi dell'art. 72 quater L.Fall. assumendone i relativi*

diritti ed obblighi.

Procedure Concorsuali – Fallimento – Rapporti giuridici pendenti – Locazione Finanziaria – Subentro del Curatore – Richiesta di ammissione al passivo del credito per i canoni in prededuzione formulata in sede di opposizione allo stato passivo – Inammissibilità.

(Artt. 72-quater, 93, 98, 111-bis R.D. n.267/1942).

(2) E' inammissibile la richiesta, formulata dal locatore nell'atto di opposizione allo stato passivo, di ammissione al passivo in prededuzione dell'intero ammontare dei canoni di leasing dovuti in seguito al subentro del curatore nel contratto, dovendo tale richiesta essere formulata nelle forme dell'istanza di ammissione al passivo.

III. Il commento

Subentro del curatore fallimentare nel contratto di leasing e sorte del credito per i canoni pregressi

di

Nicola Tacente

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. I rapporti giuridici pendenti: profili generali. – 3. Il contratto di *leasing*: riflessi nel diritto fallimentare. – 4. Opposizione allo stato passivo ex art. 98 L.Fall. – 5. Conclusioni.

1. La Società Alfa Spa ha perfezionato con la Società Beta Srl un contratto di *leasing* avente per oggetto due autoveicoli. Successivamente la Società Beta Srl viene dichiarata fallita. Il Curatore del Fallimento, esaminate le scritture contabili della società e le domande di ammissione al passivo proposte dai creditori, deposita il progetto di stato passivo nella cancelleria del Tribunale competente. La Società Alfa Spa, nella domanda di ammissione al passivo fallimentare, richiede l'insinuazione dei canoni scaduti non pagati nonché la restituzione degli autoveicoli. Il GD, successivamente, rende esecutivo lo stato passivo ed ammette il credito per i canoni scaduti mentre rigetta

la richiesta di restituzione degli autoveicoli perché il curatore, autorizzato dal comitato dei creditori, ha manifestato la volontà di subentrare in tali rapporti pendenti. La Società Alfa, quindi, si oppone alla formazione dello stato passivo del Fallimento, lamentando che i contratti di leasing si erano risolti per inadempimento ancor prima della dichiarazione di fallimento della Società Beta Srl, in quanto quest'ultima era già morosa nel pagamento dei canoni; di conseguenza il curatore non poteva subentrare in un rapporto non più pendente al momento dell'accertamento giudiziale dell'insolvenza. Si oppone, dunque, richiedendo la restituzione dei veicoli; in caso di rigetto di tale istanza, chiede, in subordine, la condanna del Fallimento al pagamento in prededuzione - sono crediti prededucibili non solo i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura concorsuale, ma anche quelli che sono così qualificati dalla legge in talune ipotesi di subingresso del curatore in rapporti giuridici preesistenti dai quali siano sorti - dei canoni scaduti, degli interessi e del prezzo del riscatto dei veicoli.

Il Fallimento della Società Beta Srl, in persona del suo Curatore, contesta tale opposizione preliminarmente con eccezioni di tipo formale e nel merito afferma che il curatore è legittimamente subentrato nel relativo contratto in quanto non si è mai risolto prima, con conseguente infondatezza dell'opposizione.

Il Tribunale di Taranto ha rigettato sia la richiesta principale dell'opponente sia la richiesta in subordine per i seguenti motivi:

1- il contratto di *leasing* non si è mai risolto, in quanto dalle condizioni generali del contratto si evince che il concedente ha facoltà di dichiarare l'utilizzatore moroso decaduto dal beneficio del termine e di avvalersi della risoluzione del contratto, ma deve inoltrare tale comunicazione a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno inviata all'utilizzatore; tale formalità, invece, non è stata mai espletata.

2- Il Fallimento, poiché è subentrato nel rapporto di *leasing*, dovrebbe essere tenuto al pagamento in prededuzione del corrispettivo dei canoni, interessi scaduti e del premio finale, ma tali richieste di pagamento devono essere proposte al G.D. nella forma della domanda di ammissione al passivo e non con la opposizione allo stato passivo; in tale giudizio, infatti, non sono ammesse domande nuove o mutamenti della domanda.

2. L'art. 72 apre la sezione IV del capo III del titolo II della L.Fall. dedicata agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti. La materia è stata oggetto di varie modifiche che hanno provveduto non solo a fornire una disciplina dettagliata per molte tipologie contrattuali (art. 72 *quater*: locazione finanziaria), ma anche a dettare regole generali applicabili ai rapporti pendenti in caso di fallimento di una delle due parti contraenti.

In linea generale, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto ovvero di sciogliersi dal medesimo.

L'art. 72 non fissa un termine entro il quale il curatore deve decidere, ma prevede al 2° comma che il contraente *in bonis* lo può mettere in mora facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale, senza che il curatore abbia manifestato la sua scelta, il contratto si intende sciolto.

I presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art 72 L.Fall. sono:

- la preesistenza di un contratto, ossia di un negozio che si è perfezionato prima della dichiarazione di fallimento;
- il mancato raggiungimento dell'effetto finale del contratto, perché non è stato eseguito integralmente;
- la mancata risoluzione del contratto in data antecedente alla dichiarazione di fallimento.

A seguito della decisione del curatore, quindi, possono verificarsi due situazioni:

a) – il curatore decide di subentrare nel contratto e conseguentemente ne assume diritti e obblighi, mentre l'eventuale credito del contraente *in bonis* derivante dalla inesecuzione del contratto diviene credito della massa e, quindi, destinato ad essere soddisfatto in prededuzione, cioè con preferenza rispetto agli altri crediti, anche se muniti di causa legittima di prelazione;

b) – il curatore decide di sciogliere il contratto: il contraente *in bonis* ha il diritto di far valere nel passivo del fallimento il credito conseguente al mancato adempimento e la eventuale restituzione dei beni, ma non ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno.

3. Il *leasing* (o locazione finanziaria) è una tecnica contrattuale nata per soddisfare una precisa esigenza delle imprese: quella di disporre di beni strumentali necessari per l'attività produttiva senza essere costrette ad immobilizzare ingenti capitali per l'acquisto.

Il *leasing* è un contratto di scambio atipico (in quanto non disciplinato dal c.c.) che persegue interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art.1322c.c. E' il contratto mediante il quale un imprenditore, detto concedente (*lessor*), offre in godimento ad un utilizzatore (*lessee*) un determinato bene mobile o immobile in cambio del pagamento di un canone a scadenza periodica, con facoltà per l'utilizzatore, sottoscrivendo l'apposito patto di opzione, di diventare proprietario del bene locato mediante la corresponsione al concedente, al termine del programma contrattuale, di una somma di denaro. Si è soliti definire operativo il *leasing* che l'utilizzatore contratta direttamente con il fornitore, senza l'intermediazione dell'imprenditore concedente (negozio giuridico bilaterale). Il *leasing* operativo ha in genere per oggetto beni strumentali. La durata del contratto è più breve della vita economica del bene ed i canoni sono commisurati al valore di uso. Si ritiene che tale contratto rientri nello schema della locazione. Il *leasing* finanziario, invece, è una operazione trilaterale alla quale partecipano la società di *leasing* (concedente), l'utilizzatore e l'impresa che produce o distribuisce il bene stesso (fornitore). La società di *leasing* acquista dal fornitore il bene desiderato dall'utilizzatore e lo concede in godimento a quest'ultimo per un periodo che coincide con la vita economica del bene; l'utilizzatore deve versare al concedente un canone periodico e gli è riconosciuta la facoltà di acquistare la proprietà ad un prezzo predeterminato. Da tali definizioni è possibile individuare le principali differenze tra queste due forme negoziali:

- nel *leasing* finanziario il concedente è un soggetto terzo che si inserisce nel rapporto tra produttore ed utilizzatore, nel *leasing* operativo il concedente è il produttore – fornitore del bene;

- nel *leasing* finanziario il canone è commisurato al valore del bene, nel *leasing* operativo, il canone viene calcolato sulla base del valore derivante dall'uso del bene;

- nel *leasing* finanziario, al termine del rapporto, all'utilizzatore è riconosciuto il diritto di opzione di acquisto, nel *leasing* operativo, al termine del contratto, i beni dati in godimento devono essere restituiti.

La differenza fondamentale è rappresentata dalla funzione economico – sociale che i due schemi perseguono: mentre il *leasing* operativo è volto ad evitare all'utilizzatore i rischi connessi alla rapida obsolescenza del bene, il *leasing* finanziario assolve ad una funzione di finanziamento.

Per lungo tempo costante orientamento della giurisprudenza di legittimità (si veda: Cass. 13 dicembre 1989 nn. 5569-5574, in *Fall.*, 1990, p.266; in *Foro it.*, 1990, p.461; in *Giust.civ.*, 1990, p.28; in *Giur.it.*, 1990, pp 379 e 741; Cass. 20 febbraio 1992, n.2083, in *Riv.it.leasing*, 1992, p.162; Cass. 18 giugno 1992, n.7556, in *Contratti*, 1992, p.479; Cass. Sez.Un.,7 gennaio 1993, n.65, in *Contratti*, 1993, p.177; in *Società*, 1993, p.767; Cass. 19 luglio 1995, n.7870, in *Giust.civ.*, 1996, p.127; Cass. 29 marzo 1996, n.2909, in *Foro pad.*, 1996, p.281; Cass. 18 novembre 1998, n.1164, in *Contratti*, 1999, p.683; Cass. 26 gennaio 2000, n.854, in *Foro.it.*, 2000, p.2269) e di autorevole dottrina hanno inteso distinguere il *leasing* di godimento dal *leasing* traslativo. In particolare nel *leasing* di godimento vi è una obbligazione di durata in cui il protrarsi dell'adempimento per un certo tempo diviene elemento essenziale per le parti contraenti. A tale contratto si applica la disciplina del contratto di locazione. In caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, si applicherà l'art. 1458 c.c. (recupero del bene e mantenimento canoni maturati) essendo il *leasing* di godimento un contratto di durata che presuppone una prestazione continuativa (la messa a disposizione del bene) e una controprestazione periodica (il pagamento dei canoni). Al contrario, nel *leasing* traslativo la causa del contratto consiste prevalentemente nel trasferimento del bene (la funzione finanziaria è coesenziale alla causa traslativa). Al contratto si applica la disciplina della vendita con riserva di proprietà e pertanto in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore si applicherà l'art. 1526 c.c. (il concedente restituirà all'utilizzatore i canoni riscossi salvo un equo compenso e quest'ultimo restituirà il bene concessogli in *leasing*).

Inoltre il *leasing* traslativo si distingue dal *leasing* di godimento perché nel primo il trasferimento della proprietà del bene a favore dell'utilizzatore non è il risultato di una facoltà opzionale da esercitarsi dopo l'esaurimento naturale del contratto, bensì è già dall'inizio

inteso e voluto dalle parti contraenti quale elemento essenziale del negozio. La conseguenza è che nel *leasing* traslativo i canoni sono corrisposti dall'utilizzatore non solo a titolo di corrispettivo del godimento del bene, bensì anche a titolo di prezzo per l'acquisto.

Vedremo nel prosieguo che l'approccio del legislatore della riforma fallimentare alla fattispecie del *leasing* tende a superare tale rigida bipartizione, suggerendo soluzioni di disciplina tendenzialmente unitarie.

Premesso ciò, per la soluzione del caso proposto è necessario conoscere come si atteggia il contratto di *leasing* nel caso in cui una delle parti contraenti fallisca.

L'art. 72 *quater* L.Fall. disciplina la sorte del contratto di *leasing* in caso di fallimento. Esso distingue le sorti del contratto di locazione finanziaria in caso di fallimento dell'utilizzatore, disciplinato nei primi tre commi, da quelle in caso di fallimento della società concedente, disciplinato nel quarto ed ultimo comma. A questo riguardo si osserva, innanzitutto, che l'art. 72 *quater* L.Fall. ha definitivamente sciolto un primo dubbio interpretativo, affermando che il contratto di locazione finanziaria, essendo un contratto ad effetti obbligatori e non reali, fino a quando non perviene al termine della sua durata oppure fino al momento dell'esercizio dell'opzione finale di acquisto da parte dell'utilizzatore, deve essere sempre considerato un rapporto giuridico pendente. Infatti in caso di fallimento dell'utilizzatore, si rinvia alla disciplina dell'art. 72 L.Fall. con conseguente sospensione del rapporto e facoltà per il curatore di subentrarvi o di disimpegnarsi definitivamente. In caso di prosecuzione il concedente ha diritto a trattenere i canoni già riscossi, a insinuare al passivo l'ammontare dei canoni scaduti ma non riscossi alla data di apertura del fallimento da corrispondersi in prededuzione (in dottrina si vedano: Vattermoli, 2006, Dimundo, 2007).

In caso di scioglimento del contratto il concedente ha diritto alla restituzione del bene; inoltre ha diritto di insinuare nel passivo l'eventuale importo differenziale tra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla successiva vendita del bene già concesso in locazione. Viceversa, egli è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza tra il prezzo di vendita del bene restituito e il

credito residuo in linea capitale (cioè scorporato dalla componente degli interessi contenuti nei canoni periodici insoluti e di quelli che scadono successivamente alla dichiarazione del fallimento); non ha diritto ad alcun risarcimento del danno. Per quanto riguarda i canoni pagati fino alla dichiarazione di fallimento, l'art. 72 *quater* L.Fall. non dice nulla, limitandosi a stabilire nel comma 2 che si applica l'art. 67, comma 3, lettera a), L.Fall.

Da questo semplice richiamo si ricava l'affermazione di due fondamentali principi: innanzitutto, la conferma che l'art. 67, comma 3, lettera a), L.Fall., che esclude la revocatoria fallimentare per "i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso", si applica anche ai canoni di locazione finanziaria; e, in secondo luogo, che i canoni pagati fino alla dichiarazione di fallimento restano integralmente acquisiti dalla società concedente, per cui non devono essere restituiti.

Il testo dell'art 72 *quater* L.Fall. mostra dunque di essersi ispirato alla disciplina del *leasing* traslativo per cui il mancato subentro del curatore nel contratto determina la risoluzione *ex tunc* del rapporto pendente, ancorché venga riconosciuto al concedente *in bonis* la possibilità di insinuare al passivo il credito residuo relativo ai canoni impagati. Tale effetto risolutivo del rapporto contrattuale è stato generalizzato per tutte le fattispecie di *leasing*, a prescindere dalla natura traslativa o di godimento che, perciò, continuerà ad avere rilevanza solo per le vicende del contratto fuori del contesto concorsuale.

4. L'opposizione allo stato passivo è un mezzo di impugnazione che il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili può proporre avverso la decisione con la quale si rigetta in tutto o in parte la sua domanda di insinuazione al passivo o di restituzione o di rivendicazione di beni mobili o immobili. L'opposizione si propone contro il curatore quale unico ed esclusivo legittimato passivo in tale giudizio. Oggetto dell'opposizione è il decreto depositato in cancelleria, con il quale il GD ha reso esecutivo lo stato passivo, formato dopo aver terminato l'esame di tutte le domande di ammissione.

In sede di opposizione allo stato passivo, l'indagine del Tribunale non è limitata alla sola legittimità del provvedimento pronunciato dal

GD, ma è estesa al riesame dell'intero rapporto dal quale il credito insinuato trae origine.

L'orientamento prevalente assegna al giudizio di opposizione una natura impugnatoria e lo ritiene retto dal principio della immutabilità della domanda; pertanto si esclude che possano essere prese in considerazione questioni non rilevabili d'ufficio dedotte solo in questa fase dall'opponente. Il giudizio di opposizione ha ad oggetto la revisione della decisione del GD nei limiti del *devolutum* e delle censure formulate in correlazione alle domande enunciate in quella sede. Dunque la tesi maggioritaria ritiene che nel giudizio di opposizione il ricorrente non possa ampliare né il *petitum* né la causa *petendi*; non possa far valere un credito di importo maggiore rispetto a quello insinuato. Tuttavia, la chiarezza di tali principi si scontra con la complessità della realtà e di conseguenza con una difficoltà di una loro coerente applicazione. Mentre risulta di certo pacifica la non azionabilità di nuovi crediti o di crediti con importo superiore rispetto alla domanda proposta ai sensi dell'art. 93 l.Fall., lo stesso non può essere affermato per quanto riguarda, ad esempio, la richiesta per la prima volta in sede di opposizione della collocazione in prededuzione del credito insinuato in senso positivo (in giurisprudenza si vedano: Cass. 3186/1962; Trib. Reggio Emilia 18 settembre 1989; Trib. Genova 20 aprile 1988; *contra* Cass. 19605/04; Cass. 11026/97; Cass.10241/92; Trib. Roma 19 giugno 2002), oppure dell'istanza di riconoscimento di una causa di prelazione diversa da quella originariamente fatta valere.

5. La fattispecie sottoposta alla nostra attenzione evidenzia un contrasto tra le parti circa l'applicabilità al caso di specie dell'art 72 *quarter* L.Fall. che al primo comma rinvia all'art.72 L.Fall:

- l'opponente sostiene che i contratti, alla data del fallimento, non erano più pendenti, in quanto risoltisi di diritto per inadempimento della Società Beta Srl;

- l'opposto, invece, ritiene che il curatore ha potuto legittimamente subentrare nel contratto perché è da ritenersi pendente in quanto non si è mai risolto.

L'opposizione della Società Alfa Spa, in verità, è molto debole e infondata. Infatti, il contratto di *leasing* stipulato tra le parti prevede una clausola risolutiva espressa disciplinata dall'art.1456 c.c. la quale

sancisce che, in caso di inadempimento per morosità, la parte diligente deve inviare una raccomandata con ricevuta di ritorno alla parte inadempiente dichiarando la morosità e la risoluzione del contratto. L'art. 1456 c.c. afferma quanto segue: «I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva». Dunque, la risoluzione del contratto non è automatica, non consegue cioè *de jure* al mancato adempimento dell'obbligazione secondo le modalità stabilite, ma è necessario che la parte interessata dichiari all'altra parte che intende avvalersi della clausola risolutiva. Rispetto al momento dell'inadempimento potrebbe sopravvenire un interesse del creditore all'adempimento tardivo, interesse che verrebbe frustrato se la risoluzione fosse automatica. Finché il creditore non comunica al debitore inadempiente la propria volontà di avvalersi della clausola, il contratto non si intenderà risolto e costui potrà sempre adempiere.

Nel caso *de quo*, benché vi sia stato inadempimento, il contratto non si è mai risolto perché la dichiarazione prevista dall'art. 1456 c.c. non è stata mai inviata alla Società Beta Srl. Ne consegue che, essendo ancora pendenti ex art. 72 L.Fall. i contratti in questione alla data del fallimento, il curatore ha potuto legittimamente esercitare, ai sensi della stessa norma, la sua facoltà di subentrarvi assumendo tutti i relativi obblighi, tra cui, principalmente, quello di pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati, a norma dell'art. 74 L.Fall.

Da questa prima conclusione discendono due ulteriori conseguenze.

1) se il curatore fallimentare ha deciso di subentrare nel contratto di *leasing* quale rapporto pendente ex art. 72 L.Fall., il contraente *in bonis* non ha diritto alla restituzione dei beni, ma solo ad insinuarsi nel passivo per i canoni insoluti. Se, invece, il contratto si fosse risolto prima della dichiarazione di fallimento, il curatore non avrebbe avuto la possibilità di subentrarvi e la richiesta del contraente *in bonis* sarebbe stata legittima. A tal proposito sottolineo un nuovo orientamento giurisprudenziale che ritiene che con l'introduzione dell'art. 72 quater L.Fall. il legislatore abbia inteso dettare una disciplina unitaria della

locazione finanziaria, per cui, nel caso di fallimento dell'utilizzatore, la portata del testo normativo di cui alla disposizione predetta, che richiama in tale ipotesi l'art. 72 L.Fall., può senz'altro essere estesa fino a ricomprendere e disciplinare anche il caso dello scioglimento del contratto di *leasing* ("traslativo") avvenuto per risoluzione prima del fallimento, restando esclusa la possibilità di fare ricorso alle previsioni di cui all'art. 1526 c.c. (in giurisprudenza si vedano: Tribunale Perugia, 05 giugno 2012 ; Tribunale di Udine, 10 febbraio 2012 ; Tribunale Treviso, 06 maggio 2011). Con l'art. 72 quater L.Fall. il legislatore ha stabilito un punto di equilibrio tra le esigenze di tutela del contraente *in bonis* e quello della massa.

Orbene, le regole del concorso sono poste a tutela di un interesse (quello della massa) superiore a quello del singolo creditore. Il nuovo punto di equilibrio è sicuramente più favorevole del precedente alla società di *leasing*. Infatti con riferimento al *leasing* traslativo il grande vantaggio del concedente è che non deve restituire i canoni percepiti, che sono di valore superiore all'equo compenso, cui aveva diritto prima della riforma ex art. 1526 c.c. perché si avrebbe il risultato paradossale di dare minore tutela al concedente nell'ipotesi di risoluzione del contratto, avvenuta prima del fallimento, rispetto a quella di scioglimento, avvenuta in pendenza della procedura. Il legislatore fallimentare dimostra di aver abbandonato la tradizionale distinzione tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento, riconducendo ad unità tale tipo di contratto, costruendo il *leasing* come un contratto di durata che ha come unica causa il finanziamento.

2) – La prededucibilità di un credito è una caratteristica che deve essere evidenziata in sede di formulazione della domanda di ammissione al passivo ex art. 93 L.Fall.; qualora venga proposta in sede di opposizione allo stato passivo ex art. 98 L.Fall. sarà rigettata perché la opposizione è un rimedio di natura impugnatoria e, come tale, è soggetta al divieto dello *ius novorum*, cioè l'inammissibilità di domande nuove in sede di gravame.

Secondo recenti orientamenti giurisprudenziali di legittimità, nel giudizio di opposizione allo stato passivo sono ammessi nuovi documenti, assunzione di nuove prove e nuove eccezioni (in giurisprudenza si veda: Cass. 11 settembre 2009 n. 19697; Cass. 25 febbraio 2011 n. 4708), mentre è vietata l'introduzione di domande nuove, le

quali avrebbero dovuto essere sottoposte al vaglio del GD secondo i termini e le modalità previste dall'art.93 L.Fall. (più precisamente la Cassazione, affermando il carattere sommario del procedimento di formazione dello stato passivo, attribuisce al giudizio di opposizione la natura di "giudizio di merito a cognizione piena", non assimilabile ad un giudizio di appello, almeno per quanto riguarda i limiti della deduzione di prove onde consentire il pieno sviluppo del contraddittorio, senza che possano verificarsi preclusioni riconducibili alla antecedente fase a cognizione sommaria, nella quale non è prevista come necessaria la difesa tecnica).

IV. Letture di approfondimento

a) Sui contratti pendenti in generale:

A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Galgano, IX, CEDAM, Padova, 1986;

O. CAGNASSO, *I contratti pendenti*, in AMBROSINI S. (a cura di) *Le nuove procedure concorsuali – Dalla «riforma organica al decreto correttivo»*, Zanichelli, Bologna, 2008;

C. CAVALLINI, *Commentario alla Legge Fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2010;

P. F. CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Commentario sistematico diretto da Jorio A. - Fabiani M., Zanichelli, Bologna, 2010, 283-303;

A. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Giappichelli, Torino, 2007, 210-290;

A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nella prospettiva della liquidazione fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 875-877;

S. SANZO, *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Giuffrè, Milano 2009;

G. TARZIA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in *Fallimento*, 2007, 1385;

L. VERDIRAME, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1169.

b) Sul leasing:

- A. ANTONUCCI, *Il leasing nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 153;
- U. APICE, *Il contratto di leasing nelle procedure concorsuali*, CEDAM, Padova, 2002;
- G. BERSANI, *La disciplina del leasing nel fallimento fra interpretazioni giurisprudenziali e nuove norme fallimentari*, in *Fall.*, 2009, 305;
- M. COSTANZA, *Diritti di credito del concedente di fronte al fallimento dell'utilizzatore*, in *Fall.*, 2003, 667;
- M. R. LA TORRE, *Il leasing finanziario nel fallimento ed il nuovo art. 72 quater l. fall.*, in *Fall.*, 2008, 290;
- A. PATTI, *Il leasing*, in M. FERRO (a cura di), *I rapporti giuridici pendenti*, Giuffrè, Milano, 1998, 66;
- D. VATTERMOLI, *Commento all'art. 72 quater*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della Legge fallimentare*, UTET, Torino, 2006, I, 450.

Caso n. 2

REVOCATORIA FALLIMENTARE DI RIMESSE
IN C/C BANCARIO

di
Alessandra Lafratta

I. Il provvedimento

*Tribunale di Taranto – Terza sezione civile – Sentenza 12 marzo 2012
– Presidente dott. Pietro Genoviva*

*[omissis] Con atto di citazione notificato in data 30. 12.2009, l'attore
esponeva che:*

- *con sentenza del 19.3.2007 il Tribunale di Taranto dichiarava il fallimento della società Alfa;*
- *nel semestre anteriore alla dichiarazione di insolvenza, la società effettuava in favore della Banca Delta, pagamenti solutori sul conto corrente n. XXX per complessivi euro 2.444.037,51;*
- *la banca era ben consapevole dello stato di insolvenza della società, in conseguenza dei numerosi protesti elevati, delle esecuzioni pendenti e dei bilanci, costantemente in perdita.*

Concludeva chiedendo la dichiarazione di inefficacia dei pagamenti solutori effettuati nel periodo sospetto e la condanna della convenuta al pagamento delle relative somme, oltre interessi e rivalutazione.

Costituitasi in giudizio, la banca contestava la domanda attrice, sostenendo la natura non solutoria delle rimesse affluite sul menzionato c/c, stante la natura "bilanciata" delle operazioni di dare ed avere registrate nel breve periodo (giugno 2006 - marzo 2007) di vigenza del rapporto bancario.

La causa, prima di passare in decisione, veniva istruita mediante produzione documentale, avendo il GI ritenuto superfluo l'espletamento della CTU richiesta da parte attrice.

La domanda attrice è infondata e va pertanto rigettata.

La Cassazione ha costantemente affermato il principio che sfuggono all'azione revocatoria fallimentare, non avendo la necessaria natura solutoria, i versamenti affluiti sul c/c intrattenuto dal fallito con la banca, ove gli stessi rientrano nell'ambito delle c.d. "operazioni bilanciate", cioè di accordi intervenuti tra l'istituto ed il correntista, in base ai quali le rimesse, coeve e/o prossime a corrispondenti pagamenti in favore di terzi, siano destinate a costituirne la provvista, sicché in realtà la banca non ne possa trarre alcun sostanziale beneficio (ex pluribus cfr. Cass. 2.7.2010 n 15782 ; Cass. 7.3.2008 n 6190).

Dal canto suo, la più recente giurisprudenza di merito, anche in riferimento alla mutata disciplina della revocatoria fallimentare, ha affermato il principio che tali pattuizioni non debbano necessariamente essere provate dalla banca (che eccepisca la natura non solutoria delle rimesse, in quanto appunto espressione di partite bilanciate) attraverso la produzione di accordi e/o atti scritti, potendo ben risultare anche per comportamenti concludenti ovvero attraverso altri elementi presuntivi, poiché ovviamente precisi e concordanti (App. Brescia 26.5.2011; App. L'Aquila 15.7.2011; App. Napoli 9.9.2011; App. Torino 15.6.2010).

Applicando tale condivisibile giurisprudenza al caso di specie, si deve osservare che il semplice esame degli estratti conto e degli scalari prodotti in atti e relativi al c/c XXX dimostra, relativamente all'intero suo breve periodo di accensione (giugno 2006 - marzo 2007), la natura chiaramente "bilanciata" delle operazioni bancarie ivi rappresentate, senza che sia necessaria un'onerosa CTU per arrivare alle medesime, intuitive conclusioni.

Ed invero, a fronte dell'emissione di assegni bancari in favore di terzi (fornitori), la società, nella stessa giornata ovvero in data immediatamente precedente o successiva, provvedeva a far affluire sul conto la necessaria provvista, mediante l'accredito di bonifici provenienti dai suoi clienti o, in mancanza, attraverso versamenti in contante o tramite assegni circolari, sicché il c/c, pur registrando a volte, nell'ambito del trimestre di riferimento, numeri debitori (cfr. gli estratti scalari in atti), all'inizio ed alla fine del periodo di rendicontazione, aveva sempre un saldo a credito del cliente.

Il primo trimestre del rapporto bancario si chiude infatti con un saldo attivo di euro 103,04 (ovviamente riportato in apertura del periodo successivo), il secondo trimestre con un attivo addirittura di euro 35.086,23, il terzo ed ultimo trimestre con un credito della società di euro 3.878,40.

Le emissioni di a/b (uscite) sono sempre sostanzialmente coeve (al massimo precedute o seguite di qualche giorno) al versamento sul c/c (entrate) di bonifici, contante o a/c, ed in alcuni casi vi è persino esatta coincidenza degli importi:

- 12.7.2006 a/b di euro 9.000,00 a fronte di due bonifici per complessivi euro 9.043,20 ;
- 14.7.2006 a/b di euro 9.000,00 a fonte di un bonifico di pari importo ;
- 9.8.2006 a/b di euro 14.000,00 a fronte di due bonifici di complessivo pari importo ;
- 5.9.2006 tre a/b per complessivi euro 31.600,00 a fronte di due bonifici per un totale di euro 30.000,00 ;
- 6.11.2006 bonifico in uscita di euro 32.500,00 a fronte di altro in entrata e di pari importo ;
- 9.3.2007 bonifico in uscita di euro 11.000,00 a fonte di altro in entrata di pari importo ;
- 14.3.2007 un a/b ed un bonifico in uscita per complessivi euro 55.960,00 a fronte di altro bonifico in entrata di euro 60.000,00.

Anche al di là di tali significative coincidenze di poste, l'esame dell'intero andamento del c/c evidenzia che le "uscite" sono state sempre bilanciate da corrispondenti "entrate", sicché queste ultime non hanno mai avuto natura solutoria, né la banca se ne è mai concretamente avvantaggiata.

Difettano inoltre gli ulteriori elementi della "consistente" e "durevole" riduzione dell'esposizione debitoria nei confronti della banca, non essendosi anzi mai registrato, quanto meno alla fine di ogni trimestre contabile, alcuna posizione "a debito" da parte della società poi fallita.

In conclusione, difettando nel modo più assoluto la natura "solutoria" delle rimesse effettuate sul menzionato c/c, in assenza, per altro, di ogni ipotesi di durevole e consistente riduzione dell'esposizione debitoria (che in realtà non vi è mai stata), la do-

manda attrice va rigettata.

[omissis]

II. La classificazione e le massime

Fallimento – Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori – Azione revocatoria fallimentare – Rimesse in conto corrente bancario – Operazioni bilanciate – Necessità della prova scritta dell’accordo - Esclusione [art. 67, co. 3°, lett. b) l.f.]

(1)Le rimesse affluite in conto corrente che, in epoca immediatamente precedente o successiva, sono bilanciate da addebiti di importo pressoché corrispondente non hanno natura solutoria e non sono revocabili senza che sia necessario fornire in proposito la prova dell’accordo intervenuto tra banca e correntista.

II. Il commento

Il tribunale di Taranto alla prova con la nuova revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario: verso una più agevole applicazione del criterio delle “operazioni bilanciate”

di

Alessandra Lafratta

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Aspetti definatori. – 3. La revocatoria delle rimesse in conto corrente: breve richiamo alle soluzioni interpretative percorse *ante* riforma. – 4. La revocatoria delle rimesse in conto corrente nella disciplina riformata. – 5. Le operazioni bilanciate: profili applicativi. – 6. La tesi delle operazioni bilanciate nell’applicazione della corte.

1. La sentenza del tribunale di Taranto risolve una controversia insorta in una situazione del tutto consueta: a seguito della dichiarazione di fallimento della società Alfa, la curatela promuove azione revocatoria nei confronti della banca Delta, presso la quale la prima intratteneva un rapporto di conto corrente.

Il curatore espone che la banca, in ragione dei protesti elevati, delle esecuzioni pendenti e dei bilanci costantemente in perdita, fosse consapevole dello stato di insolvenza in cui versava la società sin dal semestre precedente il fallimento. Così, ai sensi dell'art. 67, co. 2°, l.f., chiede la revoca di tutte le rimesse affluite sul conto nello stesso periodo, asserendo che le stesse avrebbero natura solutoria. Proprio dalla contestazione di tale ultima affermazione prende le mosse la difesa della banca Delta, ad avviso della quale, secondo l'insegnamento elaborato da una risalente tesi giurisprudenziale, le rimesse non avrebbero natura solutoria poiché rientranti in operazioni "bilanciate", essendo destinate a costituire la provvista di incarichi impartiti dal correntista alla banca, aventi ad oggetto l'esecuzione di pagamenti disposti in favore di terzi. La banca convenuta sostiene, per tal via, di non aver tratto alcun sostanziale beneficio dalle rimesse, pur effettuate dalla società in accredito sul proprio conto, che invero sarebbero ivi transitate solo temporaneamente, per poi esser definitivamente destinate ad altri soggetti.

Pur affrontando una questione nota e lungamente indagata dalla giurisprudenza fallimentare, il provvedimento in rassegna rappresenta un utile e moderno modello di applicazione dell'elaborazione giurisprudenziale in tema di "operazioni bilanciate", anche in considerazione dell'evoluto approccio che la corte mostra, a disciplina riformata, con riferimento ai profili operativi della richiamata tesi.

2. Ai fini di una migliore comprensione, si ritiene opportuno effettuare alcuni preliminari cenni alle nozioni di "conto corrente bancario" e "rimessa". Il contratto innominato di conto corrente bancario (talvolta definito "di corrispondenza") è socialmente tipico, poiché oggetto di compiuta disciplina *standard* raccomandata dall'Associazione Bancaria Italiana (Norme Bancarie Uniformi).

Nonostante ne condivida il *nomen iuris*, esso va tenuto distinto sia dal contratto di conto corrente ordinario (disciplinato dagli artt. 1832 ss. c.c., non a caso, in un capo – il XVI del libro IV, *Delle obbligazioni* – distinto da quello – il XVII del medesimo libro – dedicato ai *Contratti bancari*) dal quale prende in prestito il meccanismo tecnico

operativo, sia dalla fattispecie di cui agli artt. 1852 ss. c.c. (delle *operazioni bancarie in conto corrente*) che, pur nel primo ricompresa, non ne esaurisce i tratti tipologici.

Mediante il contratto di conto corrente bancario, due parti, una comune - il correntista -, l'altra tipica - l'istituto di credito -, si impegnano affinché la prima possa disporre delle somme derivanti dall'atto di costituzione della provvista mediante il meccanismo del conto corrente, avvalendosi al contempo della possibilità di impartire alla banca incarichi di natura prevalentemente gestoria (si tratta di incarichi *lato sensu* assimilabili ad un "servizio cassa" e sostanzialmente riconducibili ad un rapporto di mandato).

Ad avviso della dottrina che si è compiutamente occupata della questione (Cavalli, 1988, ove ampi riferimenti alle tesi contrarie), poiché il rapporto costitutivo della provvista può consistere sia in un deposito che in un'apertura di credito, ma anche e congiuntamente in entrambe le tipologie contrattuali, il contratto di conto corrente bancario andrebbe tenuto distinto dalla fattispecie di cui agli artt. 1852 ss. c.c., ove il rapporto di provvista può originare alternativamente da una sola delle ipotesi richiamate.

Si comprende allora perché, ad avviso della dottrina da ultimo richiamata, nell'incertezza di un'alternativa tra il contratto innominato misto o il collegamento negoziale, la causa del contratto di conto corrente bancario risulterebbe dalla fusione o, se si preferisce, dalla combinazione della causa di altri contratti tipici, (quello di deposito, quello di apertura di credito, o entrambi, da cui può esser alimentata la provvista, nonché quello di mandato) dai quali mutuerebbe parte della disciplina.

Le disposizioni degli artt. 1852 ss. c.c., nonché le regole di funzionamento del conto corrente ordinario e le norme bancarie uniformi (cui s'è dianzi accennato), completerebbero l'insieme delle norme applicabili. Se nel conto corrente ordinario «le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse», la stessa regola vale per il conto corrente bancario, con la specificazione ulteriore che qui è solo l'ente creditizio che procede all'annotazione delle rimesse ordinate dal correntista.

In dottrina, al fine di interpretare la nozione di “rimessa”, originariamente propria alla sola prassi bancaria ed ora adoperata dal legislatore fallimentare, si indica una «trasmissione di valori» (Scozzafava e Grisi, 1985), ovvero un «atto o rapporto dal quale può scaturire a favore di una delle parti un credito nei confronti dell'altra» (Martorano, 1961), che può sostanzialmente essere assimilata ad un atto di accreditamento, in sé neutro e privo di rilevanza causale (Ferri, 1958). Secondo altra classificazione, la rimessa sarebbe definibile nei termini di «negozio di attuazione» (Molle, 1981) del contratto di conto corrente, perciò sprovvisto di una specifica manifestazione di volontà negoziale.

3. Quale che sia la soluzione preferita, da ciascuna delle ricostruzioni richiamate in chiusura del precedente paragrafo emerge che la “rimessa” senz'altro identifica un'annotazione contabile con causa “neutra” inespressiva in sé di volontà negoziale, la cui funzione può quindi essere compresa soltanto indagando la vicenda da cui origina o nella quale si iscrive.

La questione assume particolare rilievo in sede fallimentare, ove la necessità di ricostruire il patrimonio del fallito al netto di tutti gli atti che, comportando una violazione delle regole di *par condicio*, hanno arrecato pregiudizio ai creditori, impone di inquadrare le “rimesse” in alcuna delle categorie indicate nell'art. 67 l.f.

Qui interessa, in particolare, comprendere quando una rimessa annotata in accredito sul conto corrente del fallito si traduca in un atto idoneo ad avvantaggiare la banca a detrimento degli altri creditori.

Anzitutto occorre definire le condizioni affinché la banca possa assumere la qualità di creditore del fallito. Con esclusivo riferimento al rapporto di conto corrente, rileveranno le ipotesi in cui il correntista *a)* abbia ottenuto ed in concreto adoperato le somme derivanti da un'apertura di credito; *b)* pur senza beneficiare di alcuna formale concessione di credito, ovvero eccedendo il fido di quella eventualmente accordata, o anche in caso di sopravvenuta revoca di un'apertura di credito originariamente concessa, il correntista abbia disposto di risorse eccedenti quelle disponibili, in forza di prestiti concessi, così, solo “di fatto” (c.d. scoperture di conto).

Ricorrendo alcuna delle situazioni descritte, poiché la banca assume la qualità di “creditore” del correntista, emerge la possibilità che alla rimessa possa attribuirsi finalità “solutoria”. Conseguentemente, la stessa rimessa, se acquisita dalla banca, potrà essere revocata poiché atto di «pagamento di debito liquido ed esigibile» ai sensi dell’art. 67, co. 2°, l.f. (beninteso, con la necessaria ricorrenza della condizioni fissate dalla stessa disposizione: che l’operazione risalga al semestre precedente la dichiarazione di fallimento e che il curatore provi la conoscenza dello stato di insolvenza).

Nel silenzio che il legislatore serbava prima della riforma delle procedure concorsuali, la giurisprudenza aveva compiutamente elaborato *i)* le condizioni al ricorrere delle quali alle rimesse potesse attribuirsi finalità “solutoria”, nonché *ii)* paralleli criteri interpretativi a tenore dei quali – pur essendo astrattamente ravvisabile una finalità “solutoria” – la stessa dovesse, in concreto, essere negata in ragione di particolari incarichi conferiti alla banca dal correntista (teoria delle “operazioni bilanciate”).

Con riferimento al punto *sub i)*, soccorre il criterio affermato dalla Suprema Corte nella fondamentale pronuncia a Sezioni Unite n. 5413 del 18 ottobre 1982 mediante la quale si è introdotta la distinzione tra conto “passivo” e conto “scoperto”. Ad avviso della corte, in entrambi i casi ricorre l’ipotesi descritta in precedenza: il correntista è debitore della banca. Tuttavia occorre distinguere. Nel primo caso, anticipato *sub a)*, il conto è “passivo”: il correntista ha ottenuto un’apertura di credito, di cui però dispone nei limiti dell’importo massimo del fido accordato. Ai sensi dell’art. 1843 c.c., alla rimessa non può attribuirsi neppure in astratto natura “solutoria”, essendo essa finalizzata non già ad estinguere, bensì - e soltanto - a ricostituire il credito disponibile (c.d. funzione “ripristinatoria”).

Affatto diversa è l’ipotesi di conto c.d. “scoperto”, secondo quanto dianzi descritto *sub b)*: il correntista non ha ottenuto (ha ecceduto o non può più godere di) una formale apertura di credito, ragione per cui, non operando il meccanismo “ripristinatorio” *ex art.* 1843 c.c., la banca può immediatamente esigere il rimborso.

Solo in tali eventualità alle rimesse deve assegnarsi natura “solutoria”, essendo le stesse immediatamente acquisite dalla banca ad estinzione del proprio credito.

Al descritto meccanismo erano sottratte (come anticipato al punto *sub ii*) le rimesse sussumibili in quelle che la giurisprudenza aveva stigmatizzato nei termini di “operazioni bilanciate”.

La tesi è stata per la prima volta formulata dalla Corte d’Appello di Milano nella pronuncia dell’11 ottobre 1994, e, affermata quale *ius receptum* presso le corti di merito (tra le altre, Trib. Milano, 9 maggio 1996, App. Roma, 1 aprile 1997 e Trib. Milano, 9 marzo 1999) ha infine ottenuto il *placet* della Corte di Cassazione nel 1999 (26 novembre 1999, n. 686), mediante l’affermazione del principio di diritto secondo cui «*i versamenti in conto corrente di corrispondenza che il correntista abbia effettuato allo specifico fine di consentire alla banca di adempiere un ordine di pagamento a terzi contestualmente conferito non sono soggetti a revocatoria fallimentare anche quando il conto sul quale avviene l’accredito sia scoperto*».

La medesima soluzione, in considerazione della *ratio* citata, è stata poi replicata con riguardo a quei versamenti strumentali a successivi prelievi disposti a favore dello stesso correntista o, in generale, per impegni di cassa (in questo senso, Cass. 29 dicembre 2004, n. 24084).

Per tal via, pur in presenza di un conto “scoperto” e quindi, almeno in linea di principio, di rimesse aventi natura “solutoria”, si invitava l’interprete a valorizzare una lettura sistematica del conto che consentisse di negare natura solutoria a quegli accreditamenti, strumentali ad addebitamenti di corrispondente importo, che per tale ragione risultassero non già finalizzati ad estinguere il credito della banca, bensì a fornire quest’ultima della provvista necessaria all’esecuzione di incarichi impartibile dal correntista.

In dottrina (Bonfatti e Censoni, 2006), con maggior impegno esplicativo, evocando la componente gestoria che, come anticipato, connota dal punto di vista causale il contratto di conto corrente bancario, si è ritenuto che ogni operazione bilanciata fosse sussumibile in un contratto di mandato avente ad oggetto l’ordine di pagamento impartito dal correntista all’ente creditizio, in favore di altro soggetto o, come anticipato, anche in proprio favore.

Proprio in ragione del rapporto di mandato, identificabile nel servizio di cassa, le rimesse non avrebbero natura “solutoria” assumendo la funzione di atti esecutivi di quello stesso rapporto. In altri ter-

mini, quando la rimessa disposta dal correntista (mandante) e registrata, al solito, in accredito sul conto, serve da “provvista” affinché l’ente creditizio (mandatario) possa eseguire il pagamento, poi registrato in addebito, a favore di altro soggetto (beneficiario), la stessa rimessa non rappresenta un pagamento nei confronti dell’istituto di credito – che non può acquisirla – neanche nel caso in cui, essendo registrata su un conto *scoperto*, pur risulti l’esistenza un debito liquido ed esigibile.

Questo genere di operazioni si manifesta contabilmente mediante l’annotazione di due partite di segno opposto e di importo pressoché corrispondente, avvenute a breve distanza di tempo. Il dato contabile, talvolta associato alla prova dell’accordo avente ad oggetto il mandato di pagamento, è stato ritenuto sufficiente, nei termini di seguito precisati, a dimostrare l’esistenza di un’“operazione bilanciata” ed a paralizzare un’azione di revoca.

4. Come anticipato, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 introduce, al comma 3°, lett. *b*), dell’art. 67 l. fall., una specifica esenzione riguardante le rimesse in conto corrente bancario, prevedendo che le stesse «non sono soggett[e] all’azione revocatoria [...] purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l’esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca».

La disciplina è completata dal comma 2°, dell’art. 70 l. fall., riscritto per intero mediante il medesimo intervento normativo e solo marginalmente modificato dal d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, ove si prevede che «qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di posizioni passive derivanti da conto corrente bancario o comunque rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l’ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d’insolvenza, e l’ammontare residuo delle stesse alla data in cui si è aperto il concorso [...]».

Chiara la volontà di imprimere un ridimensionamento alle azioni revocatorie promosse nei confronti degli istituti di credito (delle quali, nella stessa *Relazione* di accompagnamento al decreto, si lamenta un uso «sovente strumentale»), l’imprecisa formula legislativa ado-

perata nella disciplina riformata apre molti e nuovi problemi interpretativi sui quali in questa sede non è concesso soffermarsi. Sorvolando sui dubbi generati dall'indeterminato riferimento al carattere «consistente e durevole» della riduzione che la rimessa deve aver prodotto sull'esposizione debitoria, può qui solo aggiungersi che non è neppure chiaro se, proprio al fine di identificare la stessa esposizione debitoria, conservi ancora significato la tradizionale distinzione tra conto "scoperto" e conto "passivo" tratteggiata dalla giurisprudenza *ante* riforma (su questi ed altri aspetti problematici, si rinvia a Pecoraro e Rosapepe, 2012).

In questa sede si preferisce, piuttosto, prestare attenzione all'intrinseca affinità tra il criterio ora introdotto in via legislativa e quello elaborato dalla richiamata prassi giurisprudenziale in tema di "operazioni bilanciate".

Si vuol qui richiamare la *ratio* dell'esenzione in rassegna come prospettata da quella attenta dottrina (Fortunato, 2005a-b, Terranova, 2006 nonché, di recente, Nigro, 2010) che, leggendo quella *de qua* nel contesto del più ampio sistema di esenzioni neointrodotte, vi intravede l'intenzione del legislatore di premiare, proteggendoli da revocatoria, gli atti normali rientranti nella "gestione ordinaria" compiuti dall'imprenditore per salvare l'impresa dalla crisi in atto, scongiurando l'imminente insolvenza. Percorrendo una soluzione già propria di ordinamenti europei a noi vicini (Nigro, 2010 e Fortunato 2005a), la disposizione, così intesa, risponderebbe all'esigenza di «non rendere più difficile la vita dell'impresa proprio nel momento di maggiore difficoltà» esonerando dalla minaccia revocatoria quegli atti che, rientrando nell'ordinaria gestione del rapporto di conto corrente, non hanno finalità creditizia, bensì quella di fornire un servizio essenziale all'impresa (nel caso di specie, il servizio di cassa) sì di evitare che l'imprenditore sia strozzato nel lodevole tentativo di risanamento (così, Fortunato, 2005b). È dunque evidente, anche da questo angolo visuale, la convergenza tra il risultato anticipato in via giurisprudenziale e quello ora introdotto dalla norma positiva.

Ante riforma, in presenza di un'operazione bilanciata, si riteneva che attraverso gli ordini di pagamento impartiti dal correntista lacomponente gestoria prevalesse su quella creditizia, consentendo di negare la natura "solutoria" e quindi la revocabilità delle rimesse.

Allo stesso modo, a disciplina riformata, deve escludersi la revocabilità di quelle rimesse che – più in generale – non interferiscono con il rapporto di credito esistente tra banca e correntista, poiché non determinano alcuna significativa variazione del saldo, rappresentando esclusivamente forme di ordinaria movimentazione del conto, così esclusivamente adoperato come “servizio di cassa”. Resta ora da comprendere se, ed in quali termini, a disciplina riformata, la regola dell’irrevocabilità delle “operazioni bilanciate” (senz’altro tutt’ora condivisibile) possa applicarsi secondo più flessibili regole operative.

5. In giurisprudenza, proprio con riguardo ai profili applicativi, si sono registrate significative oscillazioni riguardanti: *a)* l’aspetto *quantitativo*: si è dubitato dell’opportunità di esigere che le registrazioni contabili debbano interessare transazioni di identico ammontare; *b)* l’aspetto *cronologico*: altrettanto incerta è parsa la necessità di richiedere che l’annotazione dell’accredimento avvenga in epoca immediatamente prossima e rigorosamente precedente quella di segno contrario; *c)* l’aspetto *probatorio*: si è infine dubitato della necessità di provare per iscritto l’esistenza di un accordo tra correntista e banca dal quale possa risultare l’ordine di pagamento.

La medesima soluzione è percorsa da Trib. Milano, 18 aprile 2007; App. Brescia, 3 gennaio 2006; Trib. Mantova, 26 luglio 2005 - che, pur rinunciando alla prova in forma scritta dell’accordo, esigono che la stessa sia fornita *aliunde*), non mancano altre nelle quali la circostanza non viene neppur presa in esame, come nei casi in cui dato peso dirimente sia attribuito alla prova, ritenuta necessaria e sufficiente, dell’esistenza del nesso teleologico (App. Aquila, 15 luglio 2011; Trib. Milano, 7 febbraio 2007; Trib. Pavia, 19 aprile 2006; Trib. Bergamo, 28 gennaio 2008; Trib. Bergamo, 20 marzo 2006; Trib. Bergamo, 10 maggio 2005, nonché, di recente, App. Napoli, 9 settembre 2011; App. Brescia, 26 maggio 2011, Trib. Messina, 31 marzo 2011).

Anche con riferimento all’aspetto cronologico (anticipato al punto *sub b)*, la dottrina da ultimo richiamata evidenzia il significativo disallineamento che, secondo le regole operative adottate dagli istituti di credito, si determina nel procedere all’annotazione in conto, sino

al punto da sfalsare la successione temporale tra l'epoca in cui l'operazione è avvenuta e quella in cui è annotata. In ragione di ciò, questa stessa dottrina - avvertendo, in caso contrario, il pericolo di svuotare di significato l'intera costruzione teorica - diffida l'interprete dall'attribuire valore dirimente ai dati risultanti dalla mera osservazione formale degli estratti-conto, ammettendo l'esistenza dell'operazione bilanciata anche nel caso in cui dalle registrazioni contabili risulti che l'addebito, in un breve arco temporale, abbia preceduto l'accreditamento. Sempre in ragione della predilezione per valutazioni di carattere sostanziale, e tenendo conto del limitato valore che di regola si deve assegnare alla risultanze contabili, è più agevole comprendere perché anche altra parte della dottrina (Bonfatti e Censoni, 2006) giunga ad affermare che, anche nel caso in cui la banca effettui nell'interesse del correntista un pagamento a favore di un terzo "allo scoperto" - cioè senza che sia stata costituita, in alcuna delle forme possibili, la necessaria provvista sul conto -, possa comunque configurarsi l'esecuzione di un mandato di pagamento che, in tal caso, avverrebbe mediante anticipo delle spese necessarie, in ragione di una spontanea iniziativa del mandatario e sempre che, in un momento immediatamente successivo, si registri il versamento da parte del correntista a "pareggio". L'aspetto ora segnalato appare, invero, di regola trascurato in giurisprudenza, ove tralattivamente si ribadisce la necessità che la rimessa abbia preceduto l'operazione di addebito (in questo senso le già richiamate pronunce del Trib. Lecce, 6 luglio 2011; Trib. Milano, 28 febbraio 2007; Trib. Bergamo, 10 maggio 2005 che esigono la precedenza cronologica dell'operazione in accredito). Può al contempo notarsi come, altrettanto ripetitivamente, in quelle decisioni in cui è attribuito valore dirimente alla prova dell'accordo intercorso tra banca e correntista (punto *sub c*) la circostanza passi in secondo piano (in tal senso si vedano le già richiamate App. Aquila, 15 luglio 2011; Trib. Milano, 7 febbraio 2007; Trib. Pavia, 19 aprile 2006; Trib. Bergamo, 28 gennaio 2008; Trib. Bergamo, 20 marzo 2006; Trib. Bergamo, 10 maggio 2005). Tuttavia, scorrendo soprattutto le recenti pronunce di legittimità, può segnalarsi un'apertura verso soluzioni meno rigorose: in questo senso va letto l'indeterminato riferimento alla necessità di provare, non già una precisa successione cronologica tra ac-

credito ed addebitamento, bensì la mera “prossimità” tra le operazioni di segno opposto (così, da ultimo, Cass. 26 gennaio 2011, n. 1852 nonché Cass. 2 luglio 2010 n. 15782 e Cass. 7 marzo 2008 n. 6190, richiamate dalla sentenza annotata). In ultimo, con riguardo alla necessità di dimostrare l’esistenza di una più o meno palese convenzione tra banca e cliente (anticipata al punto *sub c*) la già citata dottrina, prospettando senz’altro la possibilità che il cliente impartisca alla banca disposizioni scritte seguite da una espressa risposta proveniente dalla banca, o, comunque, dall’esecuzione diretta, ritiene comunque la circostanza poco probabile. Questa stessa dottrina fa notare come con una certa frequenza l’accordo assuma connotazioni più sfumate, risultando da disposizioni impartite verbalmente, allo scoperto o per telefono, o - come avviene di recente - come manchi del tutto uno scambio effettivo di comunicazioni tra correntista e banca in ragione del ricorso a servizi bancari telefonici o telematici. Nei casi da ultimo prospettati, la richiamata dottrina ammette la rilevanza di accordi taciti, avendo cura di precisare che, secondo le regole generali, e così anche nel caso di specie, la volontà delle parti possa desumersi non solo da dichiarazioni espresse, ma anche tramite *facta concludentia*. La giurisprudenza sembra condividere questa soluzione solo di recente (App. Aquila, 15 luglio 2011; Trib. Milano, 7 febbraio 2007; Trib. Pavia, 19 aprile 2006; Trib. Bergamo, 28 gennaio 2008; Trib. Bergamo, 20 marzo 2006; Trib. Bergamo, 10 maggio 2005, sebbene nelle tre pronunce da ultimo citate si ritiene imprescindibile la prova di istruzioni date dal correntista alla banca in merito alla destinazione della riserva. E, da ultimo, C. Cass. 26 gennaio 2011, n. 1834, al quale sono poi seguite, App. Napoli, 9 settembre 2011; App. Brescia, 26 maggio 2011, Trib. Messina, 31 marzo 2011). Più risalenti sono quelle pronunce che, forse con eccessivo rigore, richiedono che la volontà di precostituire la provvista in relazione al futuro pagamento o prelevamento risulti da scrittura avente data certa anteriore al fallimento (così, Cass., 9 novembre 2007, n. 23393 e, nelle più recenti pronunce di merito, Trib. Bologna, 5 gennaio 2009; Trib. Milano, 30 maggio 2007; Trib. Brescia, 3 gennaio 2006 e Trib. Padova, 29 aprile 2005). Anche in mancanza della prova scritta dell’accordo, altra parte della giurisprudenza ammette la sussistenza di un’operazione bilanciata altresì nel caso in cui la prova sia fornita tramite *facta concludentia* (Trib.

Lecce, 6 luglio 2011; Trib. Milano, 28 febbraio 2007; Trib. Bergamo, 10 maggio 2005, già richiamate). In una posizione intermedia si colloca l'orientamento di altre corti che, pur non esigendo che l'accordo risulti da scrittura avente data certa, ammettono sia fornita la prova *aliunde* della volontà del correntista e dell'ente creditizio semprechè, al contempo, siano soddisfatte le condizioni *sub a)* e *b)* (Trib. Milano, 18 aprile 2007; App. Brescia, 3 gennaio 2006; Trib. Mantova, 26 luglio 2005).

In termini sintetici può affermarsi che dal *trend* emerso dalla rassegna della più recente giurisprudenza emerge un progressivo allentamento del rigore richiesto, in punto applicativo, per sostenere l'esenzione da revoca delle rimesse racchiuse in "operazioni bilanciate", forse anche in ragione della lettera della neointrodotta esenzione (Pecoraro e Rosapepe, 2012, Guglielmucci, 2010 e Costa, 2010).

Anche in questo caso, evitando di ricorrere a meticolose misurazioni contabili "al bilancino", la corte ammette che l'esenzione da revoca possa esser accordata non solo a quelle rimesse che siano avvenute «nella stessa giornata ovvero in data immediatamente precedente», ma anche a quelle registrate in data «immediatamente [...] successiva», così replicando, con più chiari termini, quanto già espresso nelle massime di legittimità richiamate nella stessa sentenza annotata mediante il sintetico riferimento al concetto di *prossimità* tra rimesse ed addebitamenti.

In ultimo, anche con riferimento alla questione anticipata al punto *sub c)*, il provvedimento annotato si colloca in quel filone interpretativo che, mostrando un approccio maturo e consapevole alla disciplina riformata, allenta il rigore delle regole operative e rifugge dalla necessità della prova per iscritto dell'accordo intercorso tra banca e correntista, finanche ammettendo - quel che è più rilevante - di prescindere del tutto dalla prova, in ogni modo fornita, dell'esistenza dell'accordo stesso.

Richiamando espressamente la recente giurisprudenza di merito (alla quale, come anticipato, può qui aggiungersi quella di legittimità, v. Cass. 26 gennaio 2011, n. 1834), la corte condivide il principio secondo cui la pattuizione avente ad oggetto l'operazione bilanciata non debba essere necessariamente provata «attraverso la produzione

di accordi e/o atti scritti, potendo ben risultare anche per comportamenti concludenti ovvero attraverso altri elementi presuntivi, purchè [...] precisi e concordanti».

Di tali affermazioni di principio la soluzione accolta rappresenta un'evoluta applicazione, giacché nel difetto di alcuna documentazione dell'accordo intercorso tra banca e correntista, e senza evocare la necessità di provare che l'accordo sia intercorso *per facta concludentia*, giunge alla soluzione dell'irrevocabilità all'esito di una lettura sistematica dell'«intero andamento del c/c» che, come interpretato dal giudice, «evidenzia» in sé la circostanza che «le uscite sono sempre bilanciate da corrispondenti entrate».

Come anticipato, da un'analisi complessiva dell'intera motivazione può cogliersi un condivisibile spunto in senso evolutivo. Il giudice, seppur in termini non espressi, riconoscendo l'esistenza di una secca alternatività tra la circostanza che la rimessa sia stata "bilanciata" da un'operazione corrispondente di segno opposto e la possibilità che quella stessa rimessa abbia ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria, correttamente prescinde non già e non solo dall'esistenza di una prova scritta dell'accordo di bilanciamento, bensì, e a monte, dalla prova, in ogni modo fornita, dell'accordo stesso.

Può qui solo aggiungersi che, maneggiando con disinvoltura il concetto di "bilanciamento", ne fa un uso forse eccessivamente ampio, ammettendone la ricorrenza anche nel caso in cui esista una differenza tutt'altro che trascurabile tra le operazioni di segno opposto, come nella già richiamata operazione annotata in al 14/3/2007.

Le ragioni evidenziate consentono tuttavia di condividere l'*iter* argomentativo percorso dalla corte, nonché di apprezzare, nel complesso, il risultato raggiunto. Scivola così in secondo piano la circostanza per cui, avendo ad oggetto un rapporto di conto corrente che evidenzia una posizione a credito per il fallito, la soluzione dell'irrevocabilità avrebbe ben e meglio potuto esser conseguita proprio valorizzando l'assenza di alcuna esposizione debitoria.

Si preferisce, tuttavia, non caricare questo dato di eccessivo peso giacché, guardando il rapporto tra le parti dalla limitata lente del caso concreto, non può in assoluto escludersi che nonostante quello *de*

quo segnali una posizione creditoria per il fallito, altri rapporti lascino emergere un'esposizione debitoria complessiva.

IV. Letture di approfondimento

- S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione nelle procedure concorsuali pendenti e nelle procedure concorsuali iniziate dopo l'entrata in vigore della riforma «competitività»*, CEDAM, Padova, 2006;
- G. CAVALLI, voce *Conto corrente*, II) *Conto corrente bancario*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1988;
- C. COSTA, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: problemi attuali*, in *Dir. fall.*, 2010, 60;
- G. FERRI, voce *Accreditamento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffré, Milano, 1958, 305;
- S. FORTUNATO (a), *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2005, 597;
- Id. (b), *La natura dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. Profili generali*, in Bonfatti - Falcone (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Giuffré, Milano, 2005, 3;
- L. Guglielmucci, *Revocatoria delle rimesse e scopertura del conto corrente*, commento a Trib. Udine, 16 aprile 2012, in *Fall.*, 2012, 966;
- F. Martorano, voce *Contratto di conto corrente*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffré, Milano, 1961, 658;
- G. Molle, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e S. Messineo, Giuffré, Milano, 1981, 512;
- A. Nigro, *sub Sezione III – Degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Introduzione*, in A. Nigro – M. Sandulli – V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, UTET, Torino, 2010, 881;
- C. Pecoraro – R. Rosapepe, *La revocatoria fallimentare – Rassegna di giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 475;
- O. T. Scozzafava – G. Grisi, *Il conto corrente ordinario*, in *Trattato di diritto civile*, P. Rescigno (diretto da), vol. XII, UTET, Torino, 1985, 744;

- E. Staunovo Polacco, *Saldo disponibile, versamenti di assegni circolari e operazioni bilanciate*, nota a Cass. 21 maggio 2004 n. 9698 e App. Milano, 6 aprile 2004, in *Fall.*, 2005, 770;
- G. Terranova, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, CEDAM, Padova, 2006;
- V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, UTET, Torino, 2008, 132.

Caso n. 3

VENDITE NEL FALLIMENTO

di
Mimma Leone

I. Il provvedimento

*Il Tribunale di Taranto - Sezione Fallimentare
riunito in Camera di Consiglio e composto dai Signori Magistrati
dott. Antonio Morelli - presidente
Dott. Pietro Genoviva - giudice relatore
Dott. Martino Casavola - giudice*

*visto il reclamo ex art. 26 LP , proposto dalla N.P.L. spa mediante
atto depositato in Cancelleria in data 2.3.2012, avverso il decreto reso
all'udienza del 22.2.2012 dal Giudice Delegato (di seguito: GD) dott.
Francesca Zanna, che dichiarava inammissibile l'istanza del
18.1.2012, con cui si chiedeva la sospensione delle operazioni di ven-
dita, ed autorizzava il curatore a stipulare l'atto di compravendita con
l'aggiudicataria M. ;*

*viste le comparse di costituzione del curatore e della menzionata ag-
giudicataria, le successive memorie e la copiosa documentazione de-
positate dalle parti;*

rilevato in fatto che:

*a) dichiarato con sentenza del 25.2.2009 il fallimento della C. J. M.
srl, in data 4.11.2009 il curatore depositava programma di liquida-
zione, regolarmente approvato dal Comitato dei Creditori (di seguito:
CdC) , con cui, tra l'altro, si dava atto del contratto di affitto del ramo
di azienda costituito dal supermarket in G.M. (complesso immobi-
liare, attrezzature ed avviamento) e si prevedeva la sua vendita al
prezzo che sarebbe stato determinato dalle stime in corso e comunque
non inferiore ad € 2.900.000,00, pari all'offerta formulata dall'affit-
tuaria;*

*b) con successiva integrazione del Programma di Liquidazione (di se-
guito: PL), depositata in data 17.9.2010 e pure approvata dal CdC, il*

curatore prevedeva la vendita del menzionato ramo d'azienda al valore di stima, pari ad € 3.709.653,00 , mediante procedura competitiva con avvisi su due siti internet, un quotidiano a diffusione nazionale e manifesti in località G. e G. M.; in caso di esito negativo, si prevedevano ulteriori esperimenti d'asta, con ribassi di volta in volta pari ad 1/6 e senza alcun limite minimo;

c) in data 20.10.2010 una prima asta a prezzo pieno andava deserta; seguivano due ulteriori esperimenti, in data 12 gennaio e 10 marzo 2011 al prezzo di € 3091.377,50, infruttuosi; altra asta deserta al prezzo base (p.b.) di € 2.576.147,92 in data 5.5.2011 e quinta asta, in data 27.9.2011, al p.b. di € 2.146.789,93, anch'essa senza esito;

d) in relazione a quest'ultimo esperimento d'asta insorgeva la N.P.L. spa con istanza al GD del 26.7.2009, ove si chiedeva, tra l'altro, la sospensione della vendita fissata per il 27.9.2011, in quanto il prezzo appariva eccessivamente ribassato, anche tenuto conto del breve tempo trascorso dalle precedenti aste; il GD, sentito il parere del curatore, dichiarava inammissibile la menzionata istanza con decreto del 16.11.2011;

e) seguiva altro esperimento in data 16.12.2011, al medesimo p.b. di € 2.146.789,93, questa volta aggiudicato all'unico offerente M. srl per l'importo di € 2.180.000,00; il relativo atto provvisorio di aggiudicazione veniva dal curatore comunicato a mezzo fax del 10.1.2012 al creditore ipotecario di secondo grado N.P.L. spa, che di nuovo insorgeva con istanza al GD del 18.1.2012, già menzionata. In premessa; in data 11.1.2012 il curatore informava il GD dell'esito dell'asta, depositando i relativi atti in cancelleria;

f) a seguito dell'istanza del 18.1.2012, con cui la N.P.L. spa chiedeva la sospensione e l'annullamento della vendita in favore della M., il GD fissava la comparizione delle parti per l' 8.2.2012 ; all'udienza comparivano il curatore, la società istante ed anche il creditore ipotecario di primo grado, MPS G. C. spa ; alla successiva udienza del 22.2.2012, acquisita documentazione e discussa la questione alla presenza di tutte le parti, il GD dichiarava ancora una volta inammissibile l'istanza della N.P.L. spa ed autorizzava il curatore a stipulare l'atto di compravendita con l'aggiudicataria; il rogito avveniva appena due giorni dopo, il successivo 24.2.2012;

g) seguiva il reclamo al Collegio, depositato in data 2.3.2012, con cui la N.P.L. ripropone le seguenti tre censure : 1) mancato adempimento da parte del curatore agli obblighi informativi ex art. 107, 3° comma, l.f., non essendo stato previamente "notificato" al creditore ipotecario l'avviso d'asta per il 16.12.2011; 2) incongruità del prezzo di aggiudicazione (€ 2.180.000,00), in quanto notevolmente inferiore sia a quello di stima, pari ad €3.709.653,00, che a quello di €2.900.000,00, ritenuto già incongruo dal curatore nella prima versione del PL ; 3) mancata assunzione di adeguate forme di pubblicità, non avendo il curatore ritenuto opportuno fare ricorso a soggetti e/o intermediari specializzati.

Ritenuto in diritto che:

1) infondato è il primo motivo di reclamo, dovendosi a tal fine ben distinguere l'attuale disciplina di cui all'art. 107, 3° comma, l.f. (d. lgs. n.169/2007) da quella previgente (art. 108, u.c., r.d. n. 267/1942) , nonché dalle norme dettate dal c.p.c. per le vendite coattive (art. 498 c.p.c.), essendo profondamente diverse le ratio legis sottese alle citate disposizioni.

L'art. 498 c.p.c. prevede che debbano essere avvertiti dall'espropriazione i creditori prelatizi risultanti da pubblici registri; a tal fine deve essere loro notificato, a cura del pignorante, un avviso contenente l'indicazione del creditore procedente, del suo credito, del titolo e delle cose pignorate; in mancanza della prova di tale notificazione, il giudice non può provvedere sull'istanza di assegnazione o di vendita. Chiara è la ratio della citata norma, finalizzata a rendere edotti dell'espropriazione in corso i creditori prelatizi, al fine di sollecitarne e consentirne il tempestivo intervento nella procedura esecutiva, per poter beneficiare del suo ricavato.

In un sistema concorsuale in cui le operazioni di vendita erano appannaggio del GD (art. 104 l.f. del 1942) e si svolgevano secondo le norme del c.p.c., in quanto compatibili (art. 105 l.f.), era perfettamente logico e conseguente che un estratto dell'ordinanza che disponeva la vendita immobiliare dovesse essere notificato dal curatore ai creditori prelatizi ammessi al passivo, nonché ai creditori ipotecari iscritti (art. 108 u.c. l.f.).

La dichiarazione di fallimento costituisce una sorta di "pignoramento generale" sui beni dell' insolvente ed il curatore deve darne avviso ai

creditori perché possano presentare la domanda di ammissione al passivo; nel sistema previgente, in cui la vendita immobiliare veniva esperita dal GD, era logico che, a maggior tutela dei creditori prelatizi, gli stessi ne dovessero ricevere specifica ed ulteriore notizia, al fine di consentire a quelli già insinuati di controllarne le relative operazioni ed a quelli non ancora ammessi al passivo di presentare l'istanza tardiva (non sussistendo, tra l'altro, alcuna preclusione temporale alla sua proposizione).

Profondamente diversa è l'attuale disciplina concorsuale, nella quale le operazioni di vendita, anche immobiliare, sono di regola affidate all'esclusivo ministero del curatore, con il duplice vincolo del programma di liquidazione (approvato dal CdC ed i cui atti esecutivi sono autorizzati dal GD) e del rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 107 l.f. (stima dell' esperto, procedura competitiva, adeguate forme di pubblicità).

Il nuovo sistema prevede che il curatore, una volta delineate nel PL le "modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo" ed in particolare "le condizioni della vendita dei singoli cespiti", ricevuta l'approvazione da parte del CdC e l'autorizzazione da parte del GD all' "esecuzione degli atti a esso conformi" (art. 104 ter l.f.), proceda in piena autonomia all'esperimento delle procedure competitive di vendita, sulla base di stime effettuate da soggetti esperti e con adeguate forme di pubblicità, mentre l'ausilio di soggetti specializzati è solo eventuale e deve comunque essere previsto nel PL (art. 107, primo comma, l.f.).

Lo stesso curatore può sospendere le operazioni di vendita ove pervenga offerta irrevocabile di acquisto migliorativa per un importo non inferiore al 10% del prezzo offerto (art. 107, quarto comma, l.f.) e degli esiti delle procedure deve informare il GD ed il CdC, depositando in cancelleria la relativa documentazione (art. 107, quinto comma, LP).

Ai sensi del terzo comma dell'art. 107 l.f. (e veniamo alla questione specifica che qui ci occupa) "per i beni immobili e gli altri beni iscritti nei pubblici registri, prima del completamento delle operazioni di vendita, è data notizia mediante notificazione da parte del curatore, a ciascuno dei creditori ipotecari o comunque muniti di privilegio".

Occorre a questo punto interrogarsi sulle finalità della menzionata disciplina, che prevede, a maggior tutela dei creditori prelatizi, il loro avviso sulle operazioni di vendita, da inviarsi mediante notifica e prima del loro completamento, cioè del momento del deposito dei relativi atti in cancelleria ex art. 107, quinto comma.

La ratio legis è chiaramente da ricercarsi nel disposto del successivo art. 108 l.f., che prevede la facoltà da parte di ogni contro-interessato (oltre che del fallito e del CdC) di sollecitare un provvedimento del GD di sospensione delle operazioni di vendita per gravi e giustificati motivi ovvero, su istanza degli stessi soggetti presentata entro 10 gg dal deposito di cui al quinto comma dell'art. 107 l.f., di inibitoria al perfezionamento della vendita, "quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni del mercato" .

In sostanza, il sistema prevede che i creditori prelatizi ricevano uno specifico avviso delle eseguite (dal curatore) operazioni di vendita, prima del loro compimento finale (coincidente con il deposito degli atti in cancelleria, con cui il curatore esaurisce l'attività di esitazione del bene acquisito alla massa), al fine evidente di consentire loro di controllarne la regolarità formale e l'adeguatezza sostanziale, rivolgendo eventualmente al GD le doglianze di cui all'art. 108 l.f.

Ciò premesso, occorre convenire che nella specie il curatore ha sostanzialmente rispettato il disposto di cui al più volte citato terzo comma dell'art. 107 l.f., pur dovendosi rilevare l'irregolarità formale dell'avviso effettuato a mezzo di fax e non mediante notifica.

Infatti, espletato il positivo esperimento d'asta del 16.1.2011 e prima del completamento delle operazioni di vendita, avvenuto mediante deposito in cancelleria dei relativi atti (11.1.2012), il curatore ne dava notizia alla N.P.L. spa a mezzo racc. a. r. del 3.1.2012, anticipata a mezzo fax del 10.1.2012 ; ciò consentiva alla N.P.L. spa di presentare in data 18.1.2012 al GD istanza di sospensione e annullamento dell'esperimento vendita, dando luogo al provvedimento emesso in data 22.2.2012 nel contraddittorio delle parti e successivamente al presente reclamo (nella stessa istanza sopra citata si dà atto dell'avvenuta ricezione del fax in data 10.1.2012).

Si deve quindi concludere che l'avviso ex art. 107, 3° comma, l.f., sia pure effettuato dal curatore con un mezzo "anomalo" , ha comunque

raggiunto il suo scopo, consentendo alla reclamante di insorgere ex art. 108 l.f., mediante presentazione al GO di tempestiva istanza di sospensione e inibitoria della vendita, essendo stato rispettato per quest'ultima il termine di gg. 10 dal deposito degli atti in cancelleria, così come previsto dalla citata norma.

Nell'istanza del 18.1.2012 sono state per altro compiutamente formulate tutte le doglianze ancor oggi propugnate dalla N.P.L. spa avverso l'aggiudicazione del ramo d'azienda in favore della M. srl e cioè l'inadeguatezza del prezzo e l'insufficienza delle forme pubblicitarie della vendita, oltre all'irregolarità dell'avviso.

Costituisce infine principio generale del nostro ordinamento quello secondo cui la nullità di un atto procedimentale non può mai essere pronunciata, se l'atto stesso ha comunque raggiunto lo scopo a cui è destinato (art. 156 u.c. c.p.c.) .

In conclusione, non si apprezza la fondatezza del primo motivo di reclamo, incentrato su un vizio formale dell' avviso ex art. 107 l.f. che ha tuttavia raggiunto pienamente il suo scopo e pertanto non è affatto censurabile, diventando a questo punto la relativa doglianza del tutto irrilevante ai fini della regolarità complessiva delle esperite operazioni di vendita.

2)infondato è anche il terzo motivo di reclamo, che va preliminarmente affrontato rispetto al secondo, attenendo all' adeguatezza delle forme di pubblicità dell'asta del 16.12.2011.

Due, in sostanza, sono le censure mosse all' operato del curatore, che non si sarebbe avvalso dell'opera di soggetti specializzati e/o intermediari immobiliari e non avrebbe adeguatamente pubblicizzato l'asta. Entrambe le doglianze sono all'evidenza infondate, poiché nel PL, regolarmente approvato dal CdC, non era affatto previsto l'ausilio di intermediari specializzati ed inoltre la pubblicità dell'ultima asta, così come quella delle precedenti, risulta essere stata sempre effettuata secondo le previsioni contenute nel PL e cioè mediante avviso su due primari siti internet, pubblicazione su un quotidiano a tiratura nazionale ed un adeguato numero di manifesti, affissi in G. e G. M.

3) con il terzo motivo di reclamo, si lamenta l'inadeguatezza del prezzo di aggiudicazione, pari ad € 2.180.000,00, rispetto all'offerta di € 2.900.000,00, fatta prima della dichiarazione di fallimento dall'

affittuaria, nonché del prezzo risultante dalla perizia di stima del settembre 2009, pari ad € 3.709.653,00.

A tal proposito bisogna però osservare che la "quotazione" di € 2.900.000,00 deriva dal preliminare di compravendita a suo tempo (12.3.2008) stipulato con l'affittuaria e sottoposto a condizioni mai verificatesi (quali l'omologazione del concordato preventivo proposto prima della dichiarazione di fallimento) e che l'affittuaria stessa, pur avendo anche successivamente ed "in via ufficiosa" manifestato l'interesse all'acquisto (cfr. PL del 4.11.2009), non ha mai inteso partecipare alle aste bandite dal curatore, anche quando il loro prezzo base si era avvicinato al prezzo offerto (aste del 12.1 e 10.3.2011 ad € 3.091.377,50) ovvero l'aveva già svalutato (asta del 5.5.2011 ad € 2.576.147,92 ed ultime due aste del 27.9 e 16.12.2011 ad € 2.146.789,93).

Quanto alla "generosa" stima posta a base dell'integrazione del PL depositato il 17.9.2010, la stessa risale al novembre 2009 per quanto riguarda l'immobile (€ 2.856.960,00, come da elaborato del geom. S.) ed al maggio 2010 per la valutazione dell'azienda (e 103.995,00 per attrezzature ed € 748.699,00 per avviamento, come da elaborato della dott.ssa P.) .

Anche in questo caso, come è dato di comune esperienza in gran parte delle procedure concorsuali ed individuali, la dura legge del mercato ha fatto giustizia delle stime teoriche: la prima asta a prezzo pieno del 20.10.2010 è andata deserta e così anche le successive del 12.1 e 10.3.2011, entrambe eseguite, con il programmato ribasso di 1/6 , ad € 3.091.377,50.

Il che sta a significare, senza tema di smentita, che già negli ultimi mesi del 2010 e nei primi del 2011 le stime virtuali si erano rivelate scarsamente rispondenti alla realtà del mercato, tanto più se si considera che tutti gli esperimenti erano stati preceduti da adeguata e diffusa pubblicità attraverso internet, un quotidiano nazionale e l'affissione di manifesti in loco.

A questo punto, al curatore non restava altra possibilità che ribassare ulteriormente il prezzo base, come per altro previsto nell'integrazione del PL, anche in considerazione del protrarsi del contratto di affitto di azienda, che rischiava di consolidare la posizione di vantaggio

dell'affittuaria (neghittosa ai vari esperimenti d'asta) ed allontanare ancor più i potenziali altri offerenti.

Seguiva quindi l'asta del maggio 2011 al p.b. di € 2.576.147,92, ancora sconsolatamente deserta, ed infine le ultime due del 27.9 (deserta) e del 16.12.2011 (finalmente positiva) al p.b., rivelatosi per la prima volta "appetibile", di € 2.146.789,93.

Tutto ciò considerato, bisogna convenire che l'aggiudicazione ad € 2.180.000,00 in favore della M. srl non appare certo "notevolmente inferiore" al prezzo corrente di mercato e ciò tanto più se si considera il fatto notorio che, a partire dal maggio 2011, lo scenario economico mondiale è profondamente mutato e che il nostro paese, a partire dagli ultimi mesi del 2011, è entrato in recessione e patisce un regime di austerità, che certo non favorisce lo sviluppo delle attività commerciali, siano pure esse i supermercati.

E' per altro assai significativo che la difesa della curatela, in allegato alla memoria depositata all'udienza del 13.4.2012, abbia esibito i dati ufficiali dell' Osservatorio del Mercato Immobiliare dell' Agenzia del Territorio (O.M.I.), che per il secondo semestre e nella zona di G. e G. M. "quotano" mediamente gli immobili commerciali simili a quello in questione in € 1.000,00 al mq e cioè in misura pari alla metà di quella stimata dal geom. Strada nel novembre 2009.

Sviluppando i dati dell'OMI si dovrebbe giungere quindi alla conclusione che l'immobile è stato addirittura venduto ad un prezzo che eccede di € 100.000,00 la "quotazione" di mercato (cfr. la citata memoria difensiva) del secondo semestre 2011, mentre si è già evidenziato come la stima del valore aziendale, operata nel maggio 2010, sia stata "travolta" dal mutato scenario economico mondiale e nazionale.

A fronte di tali univoche considerazioni, la reclamante nulla di concreto ha potuto opporre, non avendo nemmeno sentito la necessità di offrire al Collegio differenti e maggiori stime ovvero proposte migliorative di acquisto da parte di altri soggetti economici interessati.

Infine, la doglianza secondo cui il curatore avrebbe "deprezzato" il bene, sperando aste "a catena" in così breve tempo cede facilmente il passo alla considerazione che i principi generali e la finalità primaria della Riforma delle procedure concorsuali impongono all'ufficio di concludere la liquidazione dei beni e quindi l'intera procedura nei più brevi tempi possibili.

In pratica, poi, i ribassi a base d'asta sono stati solamente tre nel giro di 14 mesi, il che deve considerarsi quasi "fisiologico" in un mercato immobiliare che si evolve rapidamente e che da ultimo sconterà senza dubbio al ribasso il progressivo incremento della tassazione sugli immobili disposta dall'attuale governo.

In conclusione, anche il secondo (terzo in ordine di trattazione) motivo di reclamo va disatteso, non avendo la N.P.L. spa addotto alcun serio elemento per dimostrare (come le competeva) la rilevante incongruità del prezzo di aggiudicazione ed anzi emergendo dagli atti plurimi elementi per ritenere del tutto adeguato alle attuali condizioni di mercato il prezzo realizzato dalla curatela a vantaggio della massa (in sostanza del creditore ipotecario di primo grado).

Appare infine equo compensare tra le parti le spese del reclamo, in considerazione della novità delle questioni trattate e sulle quali, dopo la riforma delle procedure concorsuali, non si è ancora formata una consolidata giurisprudenza.

P.T.M.

- rigetta il reclamo ex art. 26 l.f. proposto dalla N.P.L. spa avverso il provvedimento emesso dal GD in data 22.2.2012 nella procedura fallimentare a carico del C.J.M. srl ;

- compensa interamente tra le parti le spese di lite.

Taranto, li 2.5.2012

Il Giudice estensore

Il Presidente del Tribunale

II. La classificazione e le massime

Fallimento – Vendite di cespiti immobiliari – Mancato affidamento ad intermediari specializzati - Esecuzione delle formalità pubblicitarie mediante avviso su Internet e quotidiano e affissioni – Previsione delle modalità di vendita e pubblicità nel programma di liquidazione – Illegittimità – Non sussiste.

(L.F., artt. 104-ter, 105, 107).

(1) E' legittima la vendita di cespiti immobiliare esperita dal curatore senza avvalersi di intermediari o soggetti specializzati, con offerta d'asta pubblicizzata mediante pubblicazione su siti Internet, su un

quotidiano e con affissioni murali nel comune in cui ha sede la società fallita, ove tali modalità di vendita e pubblicità siano state adeguatamente previste nel programma di liquidazione.

Fallimento – Offerta di vendita all’asta di cespiti immobiliari - Mancata notifica al creditore – Avviso mediante fax - Effettiva conoscenza dell’operazione di vendita – Sussiste – Pronunziabilità dell’irregolarità dell’atto procedimentale che ha raggiunto l’effetto – Non sussiste – Regolarità dell’operazione di vendita – Sussiste.

(L.F., artt. 104-ter, 105, 107).

(2) E’ irrilevante ai fini della regolarità delle operazioni di vendita all’asta di un cespite immobiliare l’effettuazione dell’avviso ai creditori mediante fax anziché notifica, quando consti l’effettiva conoscenza dell’operazione da parte del creditore (nella specie, comprovata dal suo ricorso al G.D. avverso l’atto del curatore.

Fallimento – Vendita all’asta di cespite immobiliare – Reiterati ribassi del prezzo conformi al programma di liquidazione – Inadeguatezza della stima pregressa per mutate condizioni del mercato immobiliare – Presupposti dell’inibitoria al perfezionamento della vendita per inferiorità del prezzo rispetto a quello di mercato – Non sussistono – Adeguatazza sostanziale del prezzo – Sussiste.

(L.F., artt. 104-ter, 105, 107).

(3) E’ adeguato il prezzo di aggiudicazione di un cespite immobiliare nell’ambito di una vendita fallimentare all’asta, benché ripetutamente ribassato rispetto alla base d’asta e notevolmente inferiore ad un valore di stima precedentemente determinato in funzione di un concordato poi non omologato, quando detto valore di stima risulti allo stato attuale inadeguato, in ragione dell’andamento fortemente negativo del mercato immobiliare e le modalità di ribasso fossero state previste nel programma di liquidazione (L.F., artt. 104-ter, 105, 107).

III. Il commento

***Vendite immobiliari nel fallimento: presupposti di correttezza
pro-cedurale e adeguatezza sostanziale del prezzo***

di
Mimma Leone

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La disciplina della liquidazione dell'attivo. – 3. La fattispecie all'esame del giudice.

1. In sede di procedura fallimentare subita dalla società C. J. M. s.r.l., la società N.P.L., in qualità di creditrice ipotecaria di secondo grado, ha impugnato con reclamo ex art. 26 l.f. il decreto del Giudice Delegato col quale questi dichiarava l'inammissibilità dell'istanza avanzata dalla stessa N.P.L. avente ad oggetto la sospensione e l'annullamento della vendita di un cespite della società in dissesto.

Era infatti accaduto che un ramo d'azienda della C. J. M. , costituito da un supermarket (comprensivo di immobile, attrezzature ed avviamento) fosse stato posto in vendita, secondo quanto previsto dal Programma di Liquidazione del 04/11/2009 e delle successive modifiche apportate il 17/09/2010, tutti regolarmente approvati dal Comitato dei Creditori, secondo le previsioni dell'art. 104-ter l.f.

In particolare, il menzionato Programma prevedeva inizialmente la vendita ad un prezzo in via di determinazione dalle stime in corso e comunque non inferiore ad €2.900.000,00. Tale cifra era ricavata da un preliminare di compravendita stipulato tra la società fallita e la affittuaria; il preliminare in parola, tuttavia, non si trasformò mai in definitivo, in quanto era subordinato ad alcune condizioni mai verificatesi.

Con la successiva modifica di cui sopra, il Piano di Liquidazione fu integrato col valore di stima, nel frattempo quantificato in € 3.709.653,00 e con la previsione della modalità di vendita a mezzo di procedura competitiva, da pubblicizzarsi mediante pubblicazione su siti internet, un quotidiano a diffusione nazionale e manifesti per le vie di due città; era, infine, disposto che, all'esito negativo dell'incanto, gli ulteriori tentativi sarebbero stati effettuati partendo da una base d'asta inferiore di 1/6 rispetto al prezzo base dell'asta precedente.

Andate deserte le prime cinque aste, al sesto tentativo finalmente il ramo d'azienda veniva aggiudicato all'unico offerente M., per l'importo di €2.180.000,00, appena superiore al prezzo base, ridottosi, nel frattempo, ad €2.146.789,93.

È proprio avverso tale aggiudicazione che la società N.P.L. ha proposto dapprima l'istanza innanzi al Giudice Delegato e poi, avverso la declaratoria di inammissibilità di questi, il reclamo innanzi al Collegio, di cui il provvedimento in commento costituisce la definizione.

2. La riforma del 2006/2007 ha profondamente innovato e mutato la disciplina della liquidazione fallimentare. Essa mira oggi, infatti, ad individuare il giusto equilibrio tra il miglior realizzo economico dall'asse fallimentare, il rapido conseguimento dello stesso e l'obiettivo di mantenere vive, sul mercato economico, tutte quelle strutture imprenditoriali per cui ciò sia possibile, nonostante il fallimento dell'impresa. Ne è derivata una generale accelerazione della procedura, con maggiori poteri conferiti al Curatore ed un minore ruolo attribuito al Giudice Delegato.

In particolare, il Curatore redige il programma di liquidazione per sottoporlo all'approvazione del Comitato dei Creditori e ne dà concreta attuazione e, se del caso, può proporre integrazioni o modifiche allo stesso; gli è pure data la facoltà di individuare i cespiti da alienare con urgenza allo scopo di massimizzarne il profitto, previa autorizzazione del Giudice Delegato.

È evidente, in tale quadro legislativo, il preminente ruolo giocato dal programma di liquidazione, al quale l'art. 104-ter l.f. attribuisce testualmente la qualità di «atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo». Esso, come anticipato, viene redatto dal curatore, secondo il disposto del secondo comma del citato art. 104-ter, e sottoposto all'approvazione del Comitato dei Creditori, mentre non è più necessaria, in vigenza del dettato del successivo comma 8, l'approvazione pure del Giudice Delegato, al quale va solo comunicato.

La previa approvazione del Comitato dei Creditori, poi, risponde alla peculiare esigenza di trasparenza della procedura e di verificabilità della conformità dell'azione del curatore al programma predisposto, a tutela delle parti e dei terzi, in particolare dei creditori medesimi.

Rimane ferma, naturalmente, la funzione ultima di controllo attribuita al Giudice Delegato, il quale «autorizza l'esecuzione degli atti ad esso conformi». In pratica, il Giudice dovrà operare, volta per volta, un controllo di conformità dell'atto al contenuto del programma, precludendo così al curatore di compiere tutte quelle operazioni che rispetto ad esso appaiano esorbitanti.

Quanto al contenuto del programma di liquidazione, con riferimento alla fattispecie in esame, l'art. 104-*ter* dispone che esso deve specificare, tra l'altro, «le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco», nonché «le condizioni della vendita dei singoli cespiti».

I successivi artt. 105 e 107 si occupano, poi, della particolare ipotesi della vendita di aziende (su cui v. Fimmanò, 2007, Martorano, 2008). Essa può avvenire con una sostanziale libertà di forme, mentre la procedura di scelta dell'acquirente appare improntata alla ricerca del maggior numero di pretendenti, nell'ottica di realizzare il maggior profitto possibile. Ed infatti, l'art. 107 l.f. persegue esplicitamente tale scopo, demandando al curatore l'individuazione delle concrete forme di pubblicità e delle modalità di procedure, purché competitive, che meglio si attagliano a ciascuna vendita. Nel caso, poi, di beni di non modesto valore, tra i quali è presumibile ricomprendere appunto le aziende, è altresì necessaria una stima da parte di "operatori esperti". Inoltre, a tutela dei creditori, è indispensabile dare notizia agli stessi, che siano ipotecari o comunque privilegiati, di quanto sopra, "mediante notificazione".

La ricerca della celere definizione dell'alienazione è poi evidente dalla lettura del comma quarto, a norma del quale il curatore può sospendere la vendita allorché gli pervenga un'offerta irrevocabile d'acquisto «migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto».

Dell'esito della procedura è necessario dare notizia sia al Comitato dei Creditori, sia al Giudice Delegato, affinché entrambi possano vigilare sull'effettivo ed efficace andamento della stessa.

3. *La fattispecie all'esame del Giudice.* Nel quadro normativo appena esaminato, la società reclamante ha ritenuto di contestare l'assegnazione dell'azienda all'aggiudicataria sulla supposta esistenza di tre ragioni ostative a tal buon fine.

In prima battuta, viene contestata la mancata notificazione dell'avviso d'asta al creditore ipotecario.

In effetti, il curatore non ha potuto produrre in giudizio la dimostrazione della regolare notifica dell'avviso dell'asta del 16/12/11, bensì solo l'avviso a mezzo racc. a.r. del 13/01/12, anticipato via fax del 10/01/12, col quale il curatore stesso ha reso edotta la creditrice ipotecaria della provvisoria aggiudicazione.

Proprio sulla scorta di tali comunicazioni, N.P.L. ha impugnato il citato provvedimento, chiedendo la sospensione e l'annullamento della vendita al Giudice Delegato, con istanza del 18/01/2012.

Occorre, a questo punto, domandarsi per quale ragione il legislatore abbia onerato il curatore degli adempimenti di cui al comma 3 dell'art. 107 l.f., ovvero di dare «notizia mediante notificazione da parte del curatore a ciascuno dei creditori ipotecari o comunque muniti di privilegio».

Osserva correttamente il Collegio che la finalità è da ricercarsi nello strumento concesso, tra gli altri, agli stessi soggetti destinatari della notificazione in esame, avente lo scopo di provocare l'annullamento e la sospensione della vendita da parte del Giudice Delegato «quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato».

E allora è evidente che lo scopo perseguito dalla norma, avente ad oggetto, in ultima analisi, le ragioni economiche dei creditori del fallito, è stato raggiunto, non essendo stato in alcun modo precluso alla N.P.L. il ricorso al Giudice Delegato, pur nella pretesa mancanza del pedissequo rispetto delle disposizioni normative.

È allora quanto mai opportuno il richiamo, operato dal Collegio, al principio cardine dell'ordinamento processuale italiano contenuto nell'art. 156 c.p.c., ove si legge che «la nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato», anche in mancanza dei requisiti formali previsti dalla legge.

Vi è di più: un'attenta analisi del dettato normativo vigente esclude che il curatore debba notificare ai creditori privilegiati gli avvisi

d'asta, i quali invece debbono essere semplicemente pubblicizzati dal curatore con le forme che questi ritenga volta per volta più adeguate: il tutto per garantire «la massima informazione e partecipazione degli interessati» (art. 107, comma 1, l.f.).

Quel che in realtà è soggetto a notificazione ai creditori privilegiati è la notizia dell'imminente completamento delle operazioni di vendita di beni immobili e di altri beni iscritti nei pubblici registri; il che è esattamente quanto ha compiuto il curatore della procedura in analisi, il quale ha comunicato (ma non notificato) la notizia della provvisoria aggiudicazione del cespite in incanto, successivamente rogitata in data 24/02/2012 e quindi all'esito negativo dell'istanza *ex art.* 108 l.f. proposta da N.P.L., poi impugnata e ulteriormente rigettata dal provvedimento in commento.

In ultima battuta, deve considerarsi come l'art. 108 l.f. richiede, ai fini della sospensione e/o dell'annullamento della vendita, oltre ad un prezzo notevolmente inferiore rispetto a quello "giusto", anche la presenza di «gravi e giustificati motivi», i quali mai possono costituiti dalle irregolarità procedurali, quali quelle lamentate col ricorso in esame (e, in definitiva, consistenti nella sola comunicazione anziché notificazione della notizia di cui all'art. 107, comma 3, l.f.).

Deve dunque concludersi che la società creditrice non ha subito nessun pregiudizio alle proprie ragioni creditorie, quanto meno sotto l'aspetto formale.

Peraltro, le doglianze di N.P.L. si estendono pure sull'aspetto "sostanziale" della vendita, con particolare riguardo alla congruità del prezzo, ritenuto troppo basso, anche per la pretesa inadeguatezza delle forme di pubblicità adottate dal curatore.

A tal proposito, deve qui richiamarsi quanto *supra* detto con riferimento ai poteri del curatore, vero e proprio *dominus* delle procedure di liquidazione dell'attivo. È evidente che le ampie formule adottate dal legislatore per descrivere le modalità d'azione del curatore («adeguate forme di pubblicità»), nonché le ipotesi di sospensione e/o annullamento *ex art.* 108 l.f. («prezzo notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato», «gravi e giustificati motivi») precludono al Giudice Delegato la possibilità di sindacare l'operato del curatore, se non nelle ipotesi più evidenti e, per così dire, «clamorose». A ciò si aggiunga che il Giudice Delegato deve operare

il proprio controllo riferendo l'azione del curatore al Programma di Liquidazione *ex art. 104-ter*, già precedentemente approvato dal Comitato dei Creditori.

Nel caso di specie, in particolare, il creditore istante non ha evidenziato né una difformità dell'operato del curatore rispetto al Programma di Liquidazione, che anzi, nell'integrazione del 17/09/2010, anch'essa approvata dal Comitato dei Creditori, prevedeva le modalità di vendita, comprese le forme di pubblicità delle aste, poi effettivamente e scrupolosamente osservate dal curatore; né N.P.L. ha fornito diverse e fondate stime da parte di operatori esperti, ovvero ulteriori proposte d'acquisto migliorative da parte di altri soggetti interessati, giungendo così, inevitabilmente, al rigetto della propria istanza.

IV. Letture di approfondimento

A. CAJAJA – R. COSIO, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, CEDAM, Padova, 2005;

F. D'AQUINO, *Commento sub art.107*, in *Agg. Commentario Ferro*, CEDAM, Padova, 2008;

M. FERRO, *La legge fallimentare*, commentario teorico-pratico, CEDAM, Padova, 2007;

F. FIMMANÒ, *La vendita fallimentare dell'azienda*, in *Contratto e Impr.*, 2007, 2, 530;

ID., *La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo della riforma*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, 845;

F. FIMMANÒ – C. ESPOSITO, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Giuffré, Milano, 2006;

F. MARTORANO, *Prime riflessioni sulla vendita dell'azienda nel fallimento alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2008, 137.

INDICE ANALITICO DEI CONTRIBUTI AL VOLUME

B. MELE, <i>Alcune osservazioni sulla concorrenza sleale attuata mediante diffusione di una brochure pubblicitaria copiata ad un concorrente e sullo sfruttamento delle informazioni riservate</i>	Pag. 31
B. MELE, <i>Il concetto di prestazione personale e professionale dell'imprenditore artigiano e le ricadute in ordine all'iscrizione nell'Albo delle Imprese artigiane e nel registro delle imprese</i>	Pag. 47
M. CAPOTORTO, <i>Il criterio di prevalenza: da parametro di connessione oggettiva, a criterio per valutare la preponderanza degli aspetti commerciali</i>	Pag. 68
C. GRIPPA, <i>La fallibilità dell'Ente Ecclesiastico</i>	Pag. 84
N. TACENTE, <i>La controversa questione dell'usufrutto su quote di società di persone</i>	Pag. 103
G. PETRANGELO, <i>La nozione di "gravi inadempienze" nella disciplina dell'esclusione facoltativa del socio accomandante di s.a.s.</i>	Pag. 126
G. PETRANGELO, <i>Il socio accomandatario sotto l' "ombrello" del direttore generale</i>	Pag. 150
A. TARANTINO, <i>L'estinzione delle società di persone registrate</i>	Pag. 175
D. CATERINO, <i>Parmenide, il Legislatore, il notaio e il Conservatore: ovvero, della non delibera che non è (assembleare) e... "non può essere che sia"</i>	Pag. 192

L. PULLI – N. FIORE , <i>La responsabilità dei sindaci nella riforma societaria</i>	Pag. 233
N. FIORE, <i>L'applicazione della prorogatio ai sindaci che rinunciano al loro ufficio: una questione ancora aperta?...</i>	Pag. 250
A. LAFRATTA, <i>Piccole società sottocapitalizzate e grandi diseguaglianze tra soci</i>	Pag. 261
C. MANNA, <i>L'esclusione del socio di s.r.l.: i problemi del mancato esercizio dell'autonomia statutaria</i>	Pag. 303
F. SPORTA CAPUTI, <i>Prestazione di servizi di investimento: la responsabilità degli intermediari finanziari nella peculiare vicenda dei BOC del Comune di Taranto</i>	Pag. 325
N. TACENTE, <i>Subentro del curatore fallimentare nel contratto di leasing e sorte del credito per i canoni pregressi</i>	Pag. 348
A. LAFRATTA, <i>Il tribunale di Taranto alla prova con la nuova revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario: verso una più agevole applicazione del criterio delle "operazioni bilanciate"</i>	Pag. 364
M. LEONE, <i>Vendite immobiliari nel fallimento: presupposti di correttezza procedurale e adeguatezza sostanziale del prezzo</i>	Pag. 389

Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data 31 dicembre 2015 dall'editore *Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture* dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro e messo in linea sul sito www.annalidipartimentojonico.org ed è composto di 397 pagine.