

CONVEGNO 16 NOVEMBRE 2018

(UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BRESCIA)

* * *

Un sentito ringraziamento innanzitutto all'Università degli Studi di Brescia che si è fatta promotrice di questa iniziativa, innovativa e stimolante.

Un ringraziamento al Consiglio Notarile di Brescia che vi aderito e che qui rappresento in veste di componente della commissione.

Un grande lavoro di ricerca che va apprezzato non solo per la ricca raccolta dati che ne è scaturita, ma

= per il lavoro di **elaborazione dati**;

= per la **rivisatazione** di tutti quei principi giuridici spesso di non immediata comprensione;

= per la **sintesi** proposta attraverso lo strumento delle massime - essenziale per noi operatori - sempre più importante posto che, in poche righe, forniscono al professionista spunti immediati di riflessione;

= e, infine - direi anzi il profilo a mio avviso più importante - va apprezzata la **sistematicità** che emerge da questo lavoro di ricerca, elemento spesso dimenticato, ma essenziale, a mio avviso, soprattutto oggi che ci troviamo purtroppo sempre più di fronte ad un legislatore (se mi passate il termine), "schizzofrenico", ignaro di quell'insegnamento del "Gazzoni" che, nel Manuale di Diritto Privato, faceva proprio della sistematicità l'elemento chiave nella spiegazione dei vari Istituti Giuridici.

Entrando nel merito della massima che mi trovo a commentare (per la cronaca, l'ordinanza del 1 dicembre 2017), la fattispecie prende le mosse dalla richiesta, avanzata dal Conservatore del Registro Imprese di Brescia al Giudice del Registro, di pronunciarsi in merito all'applicazione o meno dell'istituto della *prorogatio* all'ipotesi di dimissioni da parte di un membro del collegio sindacale nel caso in cui non possa essere sostituito da un sindaco supplente.

Partiamo dall'art. 2401 c.c.

"In caso di morte, rinuncia, decadenza di un sindaco, subentrano i supplenti".

Dalla norma, quindi, ricaviamo due primi principi:

= da un lato, qualora vi sia un sindaco supplente, la *prorogatio* è esclusa de jure. Ci dice infatti il legialstore che subentra il sindaco supplente;

= dall'altro lato, la norma afferma, implicitamente, che il sindaco è libero di rinunciare in ogni momento al proprio incarico, senza necessità che sussista una giusta causa.

Ciò a differenza di quanto accade, ad esempio, per il caso della "revoca da parte della società" rispetto alla quale l'art 2400 c.c. richiede espressamente la sussistenza della "giusta causa" e "l'approvazione" da parte del Tribunale.

In caso di rinuncia non è così:

= non serve una giusta causa

= non serve una espressa approvazione da parte di uno specifico organo.

Il tema però è un altro.

Acclarato che un sindaco possa rinunciare al proprio incarico (così ci dice espressamente il legislatore), la domanda centrale è:

Al di fuori dell'ipotesi in cui vi siano sindaci supplenti, la rinuncia ha effetto immediato ovvero produce effetto solo quando il sindaco dimissionario è stato sostituito?

In altri termini, opera la prorogatio?

L'art 2400 c.c. stabilisce espressamente che *"la cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito"*.

Quindi, in caso di scadenza del termine, il regime di prorogatio è espressamente riconosciuto.

Nulla dice il legislatore per l'ipotesi di dimissioni, diversamente da quanto avviene per l'organo amministrativo a mente del quale l'art 2385 c.c. stabilisce che *"la rinuncia ha effetto immediato se rimane in carica la maggioranza del consiglio di amministrazione; in caso contrario, dal momento in cui la maggioranza del consiglio si è ricostituita a seguito dell'accettazione dei nuovi amministratori"*.

Singolare il fatto che il legislatore, prima della riforma del 2003 nulla diceva in merito alla prorogatio, poi, con la riforma del diritto societario che ha riscritto la disciplina delle società di capitali in genere, ha espressamente disciplinato la prorogatio per il solo caso di cessazione dall'incarico del sindaco per scadenza del termine (art 2400 c.c.).

In questo contesto, che rappresenta purtoppo ormai la regola, l'operatore deve muoversi, fornire risposte concrete, dare soluzioni.

I profili pratici non sono pochi:

= pensiamo ai profili di responsabilità del sindaco dimissionario in caso di sopravvenuto fallimento della società;

= pensiamo alla problematica della verbalizzazione di un'assemblea. Interviene il sindaco dimissionario oppure no? Il Notaio omologa un verbale?

Il Tribunale di Brescia ha affermato, nella sua ordinanza, sussistere prorogatio.

Così riassume bene la massima:

"La rinuncia all'incarico da parte del sindaco di società di capitali ha effetti immediati solo quando sia possibile l'automatica sostituzione del dimissionario sindaco supplente, mentre ove ciò non sia possibile, dovrebbe applicarsi analogicamente la disciplina sulla proroga dettata

dall'art 2385 c.c., esistendo un'esigenza di continuità dell'organo di controllo del tutto analoga all'esigenza di continuità dell'organo amministrativo".

Conclusione in linea con quanto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione.

Sul tema, vi sono tre pronunce (una risalente del 9 ottobre 1986; due recenti del 18 gennaio 2005 e del 12 aprile 2017) le quali, tutte, si sono espresse in casi di risarcimento del danno nei confronti di sindaci dimissionari qualche anno prima della dichiarazione di fallimento, condannando i medesimi al risarcimento del danno.

L'ordinanza del Tribunale di Brescia, riepiloga bene le posizioni favorevoli e contrarie al tema della prorogatio.

A sostegno della prorogatio, vi sarebbe:

= un'applicazione analogica con la fattispecie di cui all'art 2385 c.c. che riconosce espressamente la prorogatio all'organo amministrativo;

= una valutazione di ordine sistematico secondo la quale, dal complesso di norme in tema di organo di controllo, si ricaverebbe *"un'esigenza di continuità dell'organo di controllo del tutto analoga all'esigenza di continuità dell'organo amministrativo"* (in questi termini si esprime la Cassazione del 2017).

Il Tribunale di Brescia fa addirittura un passo ulteriore, affermando che proprio la previsione della necessaria nomina dei sindaci supplenti sia evidente espressione di un'esigenza di continuità, esigenza che traspare altresì dall'analisi sistematica del complesso di norme contenute nel codice civile (rif. sono gli articoli 2403 bis, 2386, 2393, 2406, 2357, 2446, 2409).

Da questo complesso di norme, in altre parole, si ricaverebbe *"un ruolo dell'organo di controllo continuativo, e non episodico, non suscettibile di interruzioni o di menomazioni"* (così testualmente il Tribunale).

Conclusione questa che è confutata da altra parte della giurisprudenza di merito e da parte della dottrina (si segnala Trib. di Milano del 2010; Trib. di Bari del 2013; Commentario curato da Salafia).

Si ravvisano al riguardo altresì:

= massima del Triveneto H.E.1. la quale afferma testualmente che *"La cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito (art. 2400, comma 1, c.c.). In tutti gli altri casi: morte, rinuncia o decadenza, la cessazione ha effetto immediato, anche nell'ipotesi che con i sindaci supplenti non si completi il collegio sindacale. E' sempre possibile per uno o per tutti i sindaci in regime di prorogatio per scadenza del termine rinunciare alla carica, rendendo quindi immediatamente efficace la propria*

cessazione.

Qualora l'organo di controllo diventi incompleto e non sia possibile ricostituirlo integralmente, per incapacità dell'assemblea o per non reperibilità di sindaci disposti ad accettare l'incarico, la società si scioglie".

= Guida UnionCamere Toscana che (diversamente dal Registro Imprese di Brescia) espressamente riconosce la possibilità di iscrivere nel Registro Imprese le dimissioni presentate da un sindaco;

= documento Fondazione Nazionale dei Commercialisti del 1 dicembre 2014 che esclude la prorogatio e afferma in modo chiaro che la rinuncia è immediatamente produttiva di effetti.

A sostegno della tesi che non riconosce la prorogatio, vi sarebbe:

= il silenzio del legislatore, che non può essere ignorato atteso che, prima della riforma nulla si diceva in tema di prorogatio e, post riforma, si afferma espressamente la prorogatio nell'ipotesi della cessazione dei sindaci per scadenza del termine; inoltre, ricordo che il d.lgs 39/2010 (che disciplina le dimissioni del revisore legale dei conti), prevede espressamente una prorogatio massimo di 6 mesi in caso di dimissioni, a dimostrazione che la tematica è ben conosciuta dal legislatore;

= una critica al rinvio all'analogia, confutabile, atteso che numerose sono le norme previste per la spa che non trovano applicazione per la srl, e viceversa;

= la natura giuridica della rinuncia, che va qualificata come atto giuridico unilaterale recettizio, non suscettibile di essere rigettato dall'organo amministrativo che lo riceve;

= l'esigenza di garantire una continuità di funzionamento sarebbe confutata dal fatto che il legislatore ha previsto un espresso rimedio da parte dell'organo amministrativo il quale deve attivarsi prontamente a convocare l'assemblea per la sostituzione oppure per verificare la causa di scioglimento della società per mancato funzionamento dell'assemblea (art 2484 c.c.).

In tema di srl, inoltre, questo meccanismo di attivazione è rafforzato dal fatto che, in caso di inerzia dell'assemblea, sia il Tribunale a provvedervi su istanza di qualsiasi soggetto interessato;

Accanto a queste due posizioni, ritroviamo poi una terza tesi (commentario Marchetti-Notari-Bianchi-Ghezzi) - giusto perché il tema è linerare - che riconosce sussistere la prorogatio alla sola ipotesi di dimissioni contestuali dell'intero collegio sindacale.

E così, mi accingo alla conclusione del mio intervento, rifacendomi al titolo della mia relazione, *"Sindaco Dimissionario e prorogatio: una questione ancora aperta?"*

Direi di rispondere positivamente.

Grazie.