

Paolo Divizia

**L'ISTITUTO DELLA PROROGATIO
APPLICATO AL COLLEGIO SINDACALE
FRA NORME IMPERATIVE ED
AUTONOMIA STATUTARIA**

Estratto



PARTE I

**DOTTRINA E PROBLEMI DEL NOTARIATO
ARGOMENTI E ATTUALITÀ**

PAOLO DIVIZIA

L'ISTITUTO DELLA PROROGATIO APPLICATO
AL COLLEGIO SINDACALE FRA NORME IMPERATIVE
ED AUTONOMIA STATUTARIA

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema e definizione in chiave societaria dell'istituto della *prorogatio*. — 2. Estinzione del rapporto ed applicazione dell'istituto della *prorogatio* al collegio sindacale. Morte e scadenza dell'incarico, le c.c.dd. cause naturali di scioglimento del rapporto. — 3. La problematica ipotesi della rinuncia alla carica. — 3.1. Ipotesi "fisiologiche" e preminenza dell'interesse sociale. — 3.2. Ipotesi "patologiche" e preminenza dell'interesse privato. — 4. Le ipotesi di decadenza e revoca. Finalità sanzionatoria ed assenza di *prorogatio*.

1. *Introduzione al problema e definizione in chiave societaria dell'istituto della prorogatio.*

Anteriormente all'entrata in vigore della riforma del diritto societario, il codice civile si limitava ad indicare le distinte ipotesi di cessazione dei sindaci dall'ufficio, senza però dettare alcuna regola in ordine all'individuazione del momento di perdita della carica.

Le fattispecie di riferimento erano individuate nel decorso del triennio di carica, nella morte, nella rinuncia e nelle più complesse ipotesi di decadenza e revoca. A differenza delle norme poste per la fase genetica-constitutiva del rapporto, la disciplina era organizzata in modo disorganico; sia sufficiente ricordare che le cause di inelegibilità erano anche cause di decadenza (art. 2399 c.c.) ovvero che alcune ipotesi di revoca trovavano menzione nell'ambito della disciplina sulla partecipazione del collegio alle adunanze del consiglio di amministrazione o delle riunioni assembleari (artt. 2404 e 2405 c.c.).

La riforma non ha inciso in maniera determinante su queste problematiche.

La formulazione novellata degli artt. 2397 e ss. del codice civile risolve, infatti, solo in parte la questione, lasciando aperte alcune importanti tematiche interpretative. In particolare, tuttora discussa è la possibilità di applicare in via esecutiva l'istituto della *prorogatio* dei poteri alle ipotesi di cessazione dell'organo di controllo, a fronte delle differenti cause di estinzione del rapporto.

Una corretta analisi dell'istituto della *prorogatio* deve necessariamente muovere da una definizione della stessa in chiave societaria, atteso che la figura — come noto — si sviluppa originariamente nel settore del diritto pubblico, quale corollario del c.d. principio di continuità.

Il principio di continuità nel nostro sistema giuridico trova applicazione in maniera trasversale, riguardando settori e livelli diversi dell'ordinamento stesso (1); esso viene studiato principalmente nell'ambito del

(1) Il primo livello di interesse è sicuramente quello costituzionale; è stato segnalato in dottrina il problema della continuità dello Stato (inteso come Stato-ordinamento), nel caso di mutamenti della *grundnorm* o delle decisioni politiche fondamentali (a seconda che ci si ponga su un terreno normativo o istituzionale) da parte di C. MORATI, voce *Costituzione*, *Dottrine generali*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 207 e ss. e di V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Riv. dir. intern.*, 1964, pp. 365 e ss.

Nella stessa Carta Costituzionale è possibile ravvisare dei richiami testuali alla *prorogatio* dei poteri: si pensi all'art. 61 u.c. Cost., ove è dato leggere che «finché non siano ritirate le nuove Camere sono prorogati i poteri delle precedenti» ovvero all'art. 85 Cost. u.c. ultima parte, che precisa che, se le Camere sono sciolte, «nel frattempo sono prorogati i poteri del Presidente in carica».

Nell'ampio settore del diritto amministrativo, si può riscontrare la formulazione non solo del principio di continuità nella copertura dell'organo, ma anche di un principio di continuità dell'organo stesso, con il quale se ne indica il fenomeno (e la necessità) della inmutabilità, nonostante il variare dei titolari, sul tema cfr. F. BASSANINI, *Gli effetti della fine della legislatura sui procedimenti legislativi pendenti*, Milano, 1968, pp. 9 e ss. e si veda anche la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 16 marzo 1955, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. IV, p. 152, citata dall'autore.

Inoltre, sempre con riferimento all'organo, ma con attenzione ai profili costituzionali, si veda L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958, pp. 3 e ss. L'autore distingue tra una esigenza di continuità *formale* ed una esigenza di continuità *sostanziale*, intendendo per continuità formale la necessità di una costante copertura dell'organo da parte di un titolare (primario o vicario) e per continuità sostanziale, invece, la necessità della stabilità dei titolari (nominati a tempo indeterminato) degli organi costituzionali, e cioè della durata per un periodo di tempo sufficientemente lungo del medesimo agente nell'ufficio cui è preposto.

Con riferimento al diritto commerciale, si rinvia alle considerazioni che di seguito verranno svolte. Con precisa attenzione alla continuità di funzionamento dell'organo amministrativo (e, con gli opportuni distinguo, dell'organo di controllo).

In altri settori, al contrario, si assiste ad una messa in forse del principio di continuità. Così ad es. nel campo della interpretazione giuridica, ove la vigenza dei principi di continuità tra norma e interpretazione e tra interpretazione-applicazione della norma e realtà sociale in movimento è discussa; in senso affermativo si esprime la dottrina tradizionale, cfr. E. BERTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949 e L. CAVANI, *I giudizi di valore nella interpretazione giuridica*, Padova, 1954, mentre di avviso

diritto costituzionale e del diritto amministrativo. La maggior parte delle norme organizzative, nel disciplinare la struttura dei soggetti pubblici, prevede, in riferimento ai singoli organi, congegni rivolti a garantire l'interrotta presenza di un soggetto preposto (in via stabile o provvisoria) ad esercitare le funzioni.

Gli strumenti giuridici utilizzati sono, di norma, la supplenza e la permanenza in carica del titolare sino alla nomina del successore, altri-menti detta *prorogatio* dei poteri (2).

La necessità avvertita da parte dell'ordinamento di assicurare la costante presenza dell'elemento persona fisica (c.d. elemento dinamico) in seno all'organo (c.d. elemento statico o strutturale) (3) risponde all'intuitiva esigenza di garantire la continuità di funzionamento di quest'ultimo, non essendo ammissibile — nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico — una qualunque stasi operativa determinata dalla mancanza del titolare. Va osservato, tuttavia, come il principio di continuità non sia mai affermato o riconosciuto in maniera diretta dalla giurisprudenza, preferendosi da parte di quest'ultima enfatizzare i sopra indicati istituti attraverso cui la continuità è assicurata, ossia la supplenza e la c.d. *prorogatio* dei poteri.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in ordine all'attenzione riposta dagli autori al tema. Va osservato come nel settore del diritto societario, mentre del tutto assente (o quantomeno molto raro) è il richiamo al principio di continuità degli organi, più nel dettaglio si è soliti analizzare il problema della *prorogatio* degli amministratori (con espresso richiamo normativo all'art. 2385 c.c. in tema di s.p.a.) e di supplenza dei

contrario è la dottrina degli anni sessanta e settanta, fra cui si segnala G. TABELLO, *L'autonomia dell'interprete*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, pp. 159 e ss. ed anche uno scritto giovanile di C. M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete a proposito della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, pp. 478 e ss.

(2) Con riferimento allo specifico tema della supplenza dei sindaci, sia consentito il rinvio a P. DIVIZIA, *La supplenza di persone nel collegio sindacale ed il "principio di continuità dell'organo" applicato al diritto societario*, in questa *Rivista*, 2010, pp. 957 e ss.

(3) Occorre qui sottolineare come si accetti in questa sede la nozione c.d. composta di organo, secondo la quale lo stesso si sostanzia in una unità giuridica che risulta dalla combinazione della sfera di competenza ad esso demandata (elemento oggettivo o statico) e di una persona fisica (o giuridica) legittimata ad esercitarla (elemento soggettivo o dinamico). Questa è, del resto, l'accezione sulla quale converge, anche se con differenti sfumature, la maggioranza della dottrina, cfr. G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, p. 52 e ss. e L. ELIA, *op. cit.*, pp. 34 e ss.; di avviso parzialmente differente sono V. CRISAFULLI, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, in *Arch. giur. Serafini*, 1958, pp. 90-91 e C. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966, p. 77, i quali respingono come inadeguate a spiegare la complessa realtà della figura in questione sia la tesi che identifica l'organo soltanto con il suo elemento oggettivo, sia quella che fa invece coincidere lo stesso con la persona fisica-agente, riconoscendo altresì natura di elemento costitutivo dell'organo anche ai mezzi messi a disposizione dello stesso per lo svolgimento della sua attività.

sindaci (nella composizione dell'organo di controllo, le norme di riferimento sul tema sono gli artt. 2397 e 2401 c.c.). Questa impostazione, come dimostrato in altra sede, si mostra opinabile sul piano dogmatico, atteso che essa confonde per «principio» ciò che rappresenta «esplicazione» (4); in altri termini, ai fini della presente analisi, è opportuno ricordare che la *prorogatio* rappresenta mero corollario o principio minore, dal quale, per astrazione, può giungersi alla considerazione dell'esistenza di un generale principio di continuità degli organi.

Il principio di continuità si ricava più in generale dalla logica e dalla naturale necessità di funzionamento dell'organo pubblico (ma analoghe considerazioni si svolgeranno per l'organo privato) e, secondo la più autorevole dottrina, può esser fatto rientrare nella sovra-categoria dei cc.dd. *principi istituzionali*, i quali sono appunto quelli «immanenti nel modo d'essere delle singole istituzioni cui attengono e che si ricavano in via immediata dalla natura, dalla essenza delle stesse» (5).

Il principio in parola, quindi, precede logicamente e genera le figure della *prorogatio* e della supplenza, le quali, in prima approssimazione, assurgono a rango di principi-minori (6).

Secondo una definizione, sia pure molto empirica, emersa nel corso stesso dei lavori costituenti, la *prorogatio* è «un istituto che serve ad

(4) Per una trattazione più ampia ed organica del tema si rinvia a P. DIVIZIA-L. OLIVIERI, *La nomina degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Vita notariale*, 2010, in corso di pubblicazione.

(5) Su questa categoria di principi generali, si veda lo scritto basilare di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962, pp. 65 e ss., il quale è stato il primo ad affermare l'esistenza ed anche V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, pp. 50 e ss. e 157 e ss. il quale ha sostenuto che i principi istituzionali verrebbero tratti per induzione da un complesso di norme, solo che in tal caso la induzione sarebbe immediata, avendo come «punto di partenza, oltre alle norme scritte, la realtà stessa del modo di essere e del funzionamento delle istituzioni cui si riferisce, ossia le norme che sono immanenti ai loro farsi ed all'effettivo realizzarsi ed esplicarsi della loro vita concreta».

Nella letteratura straniera, l'esistenza di una categoria di principi che si traggono immediatamente dalla logica interna, dall'essenza della *institution* è affermata ad es. da B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1954, pp. 153 e ss., il quale annovera tra questi il principio di continuità dei servizi pubblici.

(6) Una conferma della esattezza di codesta affermazione si ricava anche dalla giurisprudenza ed in particolare da alcune sentenze del Consiglio di Stato e della Cassazione, nelle quali la configurazione di funzionamento degli organi: risalenti sono i riferimenti giurisprudenziali più significativi, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 1952, n. 527, in *Cors. Stato*, 1952, I, p. 1098; Cons. Stato, sez. VI, 25 dicembre 1952, n. 1022, in *Cors. Stato*, 1952, I, p. 1703; Cass. civ., sez. I, 6 maggio 1960, n. 1051, in *Foro amm.*, 1960, II, p. 206 e Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 1967, n. 119, in *Cons. Stato*, 1967, I, p. 169.

assicurare, in qualche modo, la continuità dell'esercizio delle pubbliche funzioni»; più semplicemente, si tratta di un meccanismo giuridico «in forza del quale un organo, anche scaduto, ha la possibilità di continuare ad esercitare, sia pure limitatamente, i suoi poteri e ciò non in base ad un atto speciale che concede la proroga stessa, ma di diritto» (7).

In dottrina si è opportunamente parlato di legittimazione di secondo grado o indiretta (8). La situazione in cui versa il titolare cessato dalla carica durante la *prorogatio*, tuttavia, non degrada a quella propria del funzionario di fatto; il funzionario in *prorogatio* conserva un'investitura ed una competenza attribuitigli dalla legge, le cui scadenze si pongono come fatto conservativo dell'ufficio, senza modifica o riduzione dei poteri ordinari.

Il titolare dell'organo in regime di *prorogatio* gode della pienezza dei poteri ed è sottoposto a tutti i doveri inerenti la carica, di cui è un temporaneo continuatore. Egli, in particolare, non subisce alcuna limitazione giuridica di poteri e pertanto esercita tutte le funzioni d'ufficio originarie, salvo le eccezioni di legge previste ed i limiti derivanti dal generale dovere di correttezza, il quale si sostanzia, a ben vedere, come una semplice autolimitazione in armonia con il dettato dell'art. 97 Cost. (9).

L'organo in *prorogatio* si differenzia profondamente dall'organo o funzionario di fatto. Quando si parla di funzionario di fatto, non ci si intende riferire ad una situazione di irrilevanza giuridica, ma, al contrario, si intende sottolineare una difformità dallo schema normativo; in particolare, ci si sofferma su di un difetto di legittimazione a monte (posseduta dall'organo che agisce *de jure*, traendola dalla legge), che a valle condiziona il regime giuridico dell'attività medesima. Evidente è su questo profilo la differenza con il funzionario in *prorogatio*, il quale agisce in forza di una legittimazione sì regolare, ma scaduta; proprio per questo motivo, con buona sintesi, può dirsi che nella *prorogatio* non si riscontra alcun difetto

(7) Cfr. E. TOSATO, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, consultabili sul sito <http://legislature.camera.it>.

(8) Cfr. L. ELIA, *Sulla ordinaria amministrazione degli organi costituzionali*, in *Arch. giur.*, 1958, pp. 91 e ss.

(9) Sul punto si ravvisa in dottrina che il funzionario in *prorogatio* gode ancora «di tutti i privilegi e le prerogative che la carica comporta, mentre, d'altro canto, può essere rimosso, revocato o anche dimettersi dall'ufficio, senza ovviamente che sia possibile assumere una incompatibilità logica e giuridica di questi atti di cessazione con la posizione in cui egli si trova: incompatibilità che si è invece ritenuta sussistere in base al rilievo che gli atti in questione non potrebbero operare nella specie secondo la loro propria natura di atti con efficacia estintiva, essendo il titolare prorogato un titolare già cessato *ope legis*» (cfr. R. MARRAMA, *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità*, Napoli, 1969, p. 85 che cita a sua volta G. D'ORAZIO, *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Milano, 1966, pp. 373-374).

dell'atto di investitura, verificandosi invece una protrazione dell'efficacia del titolo già esistente fino alla nomina del successore. In termini ancora più chiari, l'ipotesi della *prorogatio* non rientra fra quelle che integrano forme di amministrazione di fatto poiché in essa si delinea un'azione amministrativa che si fonda su un titolo valido ed efficace, ancorché scaduto e dunque prorogato per esigenze di continuità della funzione.

La *prorogatio* al pari della *supplenza* è un fenomeno, per definizione, temporaneo e contingente; detto profilo deve essere osservato avuto riguardo alla necessità di evitare il protrarsi di questa situazione eccezionale, al fine di impedire un sovvertimento logico e giuridico fra titolare ordinario e titolare prorogato, evitando cioè che il secondo si trasformi *de facto* nel primo (10).

2. Estinzione del rapporto ed applicazione dell'istituto della prorogatio al collegio sindacale. Morte e scadenza dell'incarico, le *cc.dd. cause naturali* di scioglimento del rapporto.

Con riferimento al collegio sindacale, le situazioni che astrattamente possono interessare l'istituto sono dislocate in varie norme del codice; si impone pertanto un'analisi del meccanismo che proceda per gradi.

Le prime due ipotesi che debbono essere prese in considerazione sono le *cc.dd. «cause naturali»* di scioglimento del rapporto, ossia la morte e la scadenza dell'incarico di sindaco.

L'ipotesi della morte del sindaco effettivo nel corso dello svolgimento del proprio mandato non ha mai posto in dottrina problemi interpretativi.

Ai fini ivi in analisi non può in alcun modo parlarsi di *prorogatio*, diflettando il presupposto strutturale della permanenza in vita del sindaco, ancorché scaduto. Correttamente è stato, poi, osservato che, in ragione del carattere strettamente personale dell'ufficio, non si può neppure ipotizzare una successione dell'erede del sindaco defunto (11); unico profilo di interesse successorio è l'eventuale credito vantato dagli eredi verso la società per le retribuzioni e gli emolumenti dovuti al *de cuius* e non ancora corrisposti all'apertura della successione.

(10) L'osservazione è condivisa in dottrina in maniera espressa da A. CIARLONE, *op. cit.*, p. 27, il quale altresì richiama C. F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, 1922, p. 199 ed in tempi più recenti da A. M. GUALTIERI, *La supplenza nell'organizzazione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1990, p. 570.

(11) Cfr. G. U. TEDIOSCHI, *Il collegio sindacale*, in *Commentario P. Schlesinger*, Art. 2397, 1992, p. 75 ed anche S. AMBROSINI, Art. 2397-2399, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, vol. I, 2004, p. 891.

Più articolata è, invece, la problematica della scadenza del termine.

L'articolo 2400 c.c. disciplina il procedimento di nomina dei membri del collegio sindacale, prescrivendo che i primi sindaci siano nominati direttamente nell'atto costitutivo. La designazione iniziale da parte della carta statutaria deve riguardare anche i sindaci supplenti, nella misura indicata dalla legge al fine di garantire una più sicura continuità dell'organo di controllo (12).

Essa si configura come una fattispecie a formazione progressiva, in cui centrale è il ruolo svolto dall'accettazione dell'incarico. È, infatti, condivisa in dottrina la tesi secondo cui la designazione sia di per sé insufficiente, non potendosi prescindere da un formale atto di accettazione della carica (13). L'instaurazione nella carica, quindi, sia per i membri effettivi sia per i supplenti si articola attraverso un *iter* complesso, composto di nomina ed accettazione; in ossequio ad un principio di simmetria di forma, vi è poi chi ha sostenuto che l'accettazione dei primi sindaci effettivi e supplenti debba essere accertata dal notaio, onde evitare che lo statuto indichi come primi sindaci soggetti che, successivamente all'iscrizione della società, non accettino l'incarico. In un'ipotesi di questo tipo, infatti, i primi sindaci non sarebbero, di fatto, nominati nello statuto ma si renderebbe necessaria, a tale scopo, un'immediata e successiva convocazione assembleare da parte del neo nominato organo di gestione (14).

Detto atto di accettazione è necessario fin dal momento della nomina anche per i sindaci supplenti, in quanto rinviare la manifestazione del consenso al momento del subingresso in luogo del membro effettivo venuto meno creerebbe una stasi nella continuità funzionale dell'organo di controllo (15).

(12) La lettura dell'articolo in parola in combinato disposto con il novellato art. 2328 c.c. risolve una dibattuta questione dottrinale, prescrivendo detta menzione ai fini della validità della costituzione della società. È pur vero, tuttavia, che, ove la società sorga senza la nomina dei sindaci (o qualora i sindaci nominati non accettino la carica), il vizio non costituisce causa di nullità della società, non essendo ricompreso tra le cause tassativamente indicate nell'art. 2332 c.c.; gli amministratori dovranno, tuttavia, convocare al più presto l'assemblea per la nomina dei sindaci, considerato che in loro eventuale inerzia potrà rappresentare una grave irregolarità denunciabile al tribunale *ex art.* 2409 c.c.

(13) Cfr. G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo-G. B. Portale, vol. 5, 1998, p. 11 e M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 2002, p. 504.

(14) In questa direzione P. MAGNANI, Art. 2400, *Collegio sindacale. Controllo contabile*, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, p. 155; di avviso contrario, invece, nel vigore della previgente disciplina G. TEDIOSCHI, *op. cit.*, p. 58.

(15) A riguardo osserva G. U. TEDIOSCHI, *op. cit.*, p. 79 che «lo scopo consiste nell'assicurare il costante funzionamento dell'organo; ciò risponde ad elementari esigenze di garanzia implicita nelle società di capitali, ove le persone concretamente preposte al perseguimento dell'interesse comune non si identificano, normalmente, con il diretto titolare del medesimo».

La nomina dei sindaci successivi a quelli indicati dallo statuto, in seno al c.d. modello classico o latino, è tradizionalmente compito esclusivo dell'assemblea ordinaria dei soci. Importanti deroghe a detta competenza sono rappresentate dalla nomina da parte dello Stato e degli enti pubblici nelle società per azioni partecipate pubbliche, ai sensi del novellato art. 2449 c.c., e dai portatori degli strumenti finanziari partecipativi, ai sensi dell'art. 2351 comma 5 c.c. (fermo restando il limite di una nomina per ciascun organo essenziale) (16).

Sotto il profilo procedimentale, in base all'art. 2400 c.c., la nomina dei sindaci, con l'indicazione per ciascuno di essi del cognome e del nome, del luogo, della data di nascita e del domicilio deve essere iscritta, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese nel termine di trenta giorni. *Post* riforma è pacifico che la decorrenza del termine temporale per l'iscrizione della nomina decorra dal momento in cui gli amministratori hanno avuto conoscenza dell'accettazione sia degli effettivi, sia dei supplenti. Questa soluzione ha ragion d'essere, atteso che la pubblicità, che ha lo scopo di informare i terzi, deve riguardare solo soggetti che hanno effettivamente accettato la carica, dal momento che l'iscrizione di sindaci che non hanno accettato potrebbe, da un lato, ingannare i terzi e, dall'altro, imporre ai sindaci che non accettino la carica di dimostrare che quest'ultima non era efficace per mancanza del loro consenso (17).

L'art. 2400 primo comma seconda parte c.c. precisa che i sindaci restano in carica (inderogabilmente) per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della carica; la soluzione tecnica adottata dal legislatore risponde, come noto, 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 e contabilità) di cui all'art. 2429 c.c., qualora l'approvazione del bilancio avvenga decorsi i tre anni solari di carica. Va

(16) Fra i contributi dottrinali più significativi si veda F. MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova spa*, Milano, 2004, pp. 50 e ss. e, fra gli scritti più recenti, G. FESTA FERANTE, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, in questa Rivista, 2008, pp. 1231 e ss., in particolare il paragrafo 5. Dal momento che la legge prevede che a tali strumenti finanziari possa essere attribuito il diritto di nominare un sindaco e che possono esservi diverse categorie di strumenti finanziari, ci si è chiesto in dottrina se sia ammissibile una situazione in cui, per effetto delle disposizioni dell'atto costitutivo, tutti i sindaci siano nominati dai portatori degli strumenti finanziari richiamati. Ritiene inaccettabile una simile conclusione P. MACNANI, *op. cit.*, p. 137 nota 16 sottolineando come in tal modo si priverebbe l'assemblea di una sua essenziale competenza, attribuendola esclusivamente a soggetti esterni rispetto ai soci.

(17) In questo senso si esprimono G.U. TEDIOSCHI, *Il collegio sindacale*, p. 69 e M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 505, le cui considerazioni sono tuttora valide, sebbene riferite ad una disciplina ormai superata dalla riforma.

poi osservato che considerando la durata di carica in termini di «esercizi sociali» e ponendo la data di scadenza della carica in corrispondenza per l'approvazione del bilancio del terzo esercizio si perseguono altri due risultati utili: da un lato, si uniforma la data di scadenza dell'intero collegio (membri effettivi e supplenti) e, dall'altro, si prevengono problemi di avvicendamento di cariche sociali qualora il primo esercizio sia stato «prolungato» a 14-15 mesi per ragioni di tipo contabile, come peraltro previsto dai più recenti orientamenti notarili (18).

La scadenza del termine triennale determina l'operare *ex lege* del regime di *prorogatio*, *post* riforma testualmente previsto nella parte finale dell'art. 2400 primo comma c.c., ove è dato leggere che la cessazione ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito. Questa era la soluzione cui era giunta, in maniera pressoché uniforme, la dottrina prima della riforma (19) ed in senso conforme la giurisprudenza di merito, con qualche significativo distinguo (20).

Nota è, infatti, la posizione assunta dall'Appello di Bologna del 17 maggio 1988 che apoditticamente afferma il principio secondo cui «la cessazione dalla carica del collegio sindacale per lo spirare del termine stabilito nell'atto di nomina produce effetti immediati, non essendo concepibile un automatico prolungamento dell'incarico contro la volontà del singolo» (21).

(18) Il tema è espressamente affrontato dalla Massima n. 116 della Commissione Societaria del Consiglio Notarile di Milano ove si afferma che «si ritiene legittima la previsione dell'atto costitutivo che stabilisca la durata del primo esercizio sociale per un periodo non superiore a 15 mesi decorrenti dalla data dell'atto medesimo». La Massima A.A.7 del Comitato Triveneto dei nomi in materia di atti societari indica, invece, il limite massimo di quattordici mesi.

(19) Sul punto si segnalano *ex multis* G. U. TEDIOSCHI, *op. cit.*, p. 59; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 685.

Ante riforma si registra, tuttavia, qualche voce contraria all'applicazione della *prorogatio*: si segnala la pungente voce critica di L. BURRARO, *In tema di prorogatio e di sostituzione degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, pp. 462 e ss., il quale osserva che, nel caso di cessazione dalla carica di sindaco per scadenza del termine, non sarebbe ammissibile un automatico prolungamento dell'incarico contro la volontà del titolare sino alla sua sostituzione. In altri termini, secondo l'Autore, mentre nel caso dell'organo amministrativo, indispensabile elemento esecutivo e rappresentativo della società, la permanenza delle funzioni è prevista dal legislatore con norme specifiche — quale l'art. 2385 comma 2 c.c. — e fino alla ricostituzione dell'organo, nulla del genere è stabilito per il collegio sindacale, riguardo al quale pure esiste una dettagliata disciplina di nomina e cessazione.

Sotto altro profilo, cfr. L. GROSIO, *Applicabilità dell'art. 2385, co. 2 c.c. al recesso del sindaco d.s.p.a.*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 534, il quale sottolinea la differente esigenza di continuità di funzione e di controllo; in altre parole, dato che i sindaci non debbono gestire, ma controllare i risultati contabili e di gestione, essi potrebbero anche assolvere le proprie funzioni episdodicamente, man mano che i risultati sono conseguiti.

(20) In giurisprudenza si vedano Trib. Verona, 25 maggio 1988, in *Le società*, 1988, p. 1175 e Trib. Milano, 22 dicembre 1985, in *Le società*, 1984, p. 790.

(21) La decisione è consultabile per esteso in *Le società*, 1988, p. 864 con breve nota critica della redazione.

Come detto, la riforma del diritto societario sposa e traduce in diritto positivo la tesi dell'applicabilità della *prorogatio*.

Il legislatore si preoccupa, dunque, sia del funzionamento dell'organo, sia della sua costante presenza nelle vicende sociali, confutando l'ammissibilità e la sufficienza di un controllo «di tipo episodico» (22); in altre parole, l'organo di controllo deve poter esercitare in maniera piena ed integra le proprie funzioni, conservando senza interruzioni la sua composizione qualificativa e quantitativa.

Per le ragioni dogmatiche sopra esposte nella descrizione della figura generale della *prorogatio* va osservato come il collegio sindacale che resta in carica dopo la scadenza dei tre esercizi conserva la pienezza dei poteri e delle funzioni, attribuiti dalla legge e dallo statuto (23).

Chiara l'applicazione dell'istituto della *prorogatio* al caso in esame, occorre valutare *post* riforma quali possano essere le concrete ipotesi operative.

È di esperienza comune che l'assemblea ordinaria chiamata ad approvare il bilancio provveda anche alla nomina dei nuovi sindaci ovvero alla riconferma in carica dei vecchi membri per un successivo triennio.

Può tuttavia accadere che, nonostante sia nota la scadenza dell'organo, l'assemblea non provveda al rinnovo o alla riconferma, essendovi divergenze di opinioni dei soci in ordine all'individuazione degli eligendi.

Può del pari accadere che, qualora lo statuto assicuri alla minoranza assembleare l'elezione di un membro del collegio sindacale, si verificano dei ritardi nell'espletazione del c.d. voto di lista, strumento tecnico applicabile, secondo la prevalente dottrina, anche all'organo di controllo (24).

Analoghe considerazioni possono essere svolte per l'ipotesi in cui la nomina di un componente del collegio sindacale sia riservata ai titolari di strumenti finanziari, ai sensi dell'art. 2351 ultimo comma c.c.; in particolare, la dottrina evidenzia la necessità di disciplinare a mezzo dello statuto le modalità attuative di tale nomina, tenendo presente che la stessa non spetta al singolo soggetto, ma tendenzialmente ad una pluralità di portatori

(22) Questa è la curiosa ma efficace espressione utilizzata da L. Gioiaco, *op. cit.*, pp. 554 e ss.

(23) L'assunto, oltre che essere coerente con la ricostruzione dogmatica dell'istituto, è condiviso dalla giurisprudenza di merito chiamata a pronunciarsi sul punto: in senso conforme si vedano *ex multis* dalla risalente decisione App. Milano, 30 maggio 1952, in *Foro pad.*, 1953, I, p. 60 alla più recente decisione Trib. Verona, 25 maggio 1988, in *Le società*, 1988, p. 1175. Con alcuni importanti distinguo si veda altresì la recente decisione Trib. Mantova 25 luglio 2009, in *Le società*, 2010, p. 841 con nota di M. M. GAETA e di seguito oggetto di specifica analisi.

(24) Cfr. S. RIZZINI BISNELLI, *Una prima applicazione del voto di lista per il collegio sindacale*, nota a decr. Trib. Trieste 8 aprile 1999, in *Le società*, 1999, pp. 982-984.

di detti strumenti di investimento (25). Una valida soluzione operativa è, ad esempio, l'attribuzione del potere di nomina ad una apposita assemblea speciale, disciplinata sulla falsariga delle assemblee speciali *ex art.* 2376 c.c., con l'espressa peculiarità però che in tal caso la delibera non si limita ad approvare o meno una decisione assunta dall'assemblea generale, ma formula direttamente il nominativo di colui che andrà a comporre il collegio sindacale (26).

Infine, vi può essere un ritardo nell'atto di accettazione da parte del sindaco designato, determinato da ragioni di ordine pratico (malattia o lontananza) o da motivi di opportunità (si pensi, alla chiusura di un triennio in cui il sindaco ha avuto divergenze di opinioni con il Presidente del collegio ovvero con gli altri membri). Solo in quest'ultimo caso, l'eligendo potrà essere oggetto di specifica sollecitazione affinché l'accettazione ovvero il diniego della carica avvengano tempestivamente.

Nell'ipotesi di inerzia da parte dell'assemblea, è lo stesso collegio sindacale — nel pieno esercizio delle funzioni prorogate — a doversi attivare ai sensi dell'art. 2406 c.c., convocando il consesso assembleare ordinario affinché si proceda alla nomina (27).

Con riferimento a quanto ivi di interesse, può osservarsi come in conformità a tale disposizione, il potere sostitutivo dell'organo di controllo è applicabile, non solo nei casi di omissione, ma anche di ritardo da parte degli amministratori.

Ritengo, infine, che dinnanzi ad una oggettiva impossibilità di nomina

(25) Cfr. F. MACIULLO, *op. cit.*, p. 56.

(26) In senso favorevole la parte finale della Massima I.I.1 del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari secondo cui «Qualora gli strumenti finanziari siano dotati di diritto di voto su argomenti specificamente indicati, normalmente devoluti alla competenza dell'assemblea dei soci (ad esempio la modifica dell'oggetto sociale), detto diritto di voto viene esercitato nell'assemblea dei soci all'uso convocata e non in un'assemblea speciale. Infatti la previsione del sesto comma dell'art. 2346 c.c., che vieta la possibilità di emettere strumenti finanziari aventi diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti, deve essere interpretata come divieto di abbinare agli strumenti finanziari il diritto di voto «generale» e non anche come divieto di esercitare nell'assemblea generale degli azionisti il diritto di voto «speciale» eventualmente attribuito ai sensi del quinto comma dell'art. 2351 c.c.

E latta comunque salva la possibilità di prevedere statutariamente che gli strumenti finanziari aventi diritto di voto su argomenti di competenza dell'assemblea dei soci esercitino detto diritto in un'assemblea speciale. E in ogni caso necessario che lo statuto determini il peso del voto spettante ai portatori degli strumenti finanziari».

(27) Sul punto va ricordato che la Massima n. 82 del Consiglio Notarile di Milano dispone che «lo statuto della s.p.a. può attribuire il potere di convocazione dell'assemblea anche al presidente e/o a singoli componenti degli organi di amministrazione e di controllo». La precisazione offerta dalla Massima si innesca in un quadro sistematico della riforma in cui ben si collocano scelte statutarie ispirate a facilitare la convocazione e la tenuta delle riunioni assembleari: sul piano dogmatico, tuttavia, va sottolineato che detta attribuzione di potere al singolo, in ogni caso, si affianca e non sostituisce il poter/dovere di convocazione collegiale imputabile all'organo.

da parte dell'assemblea, il principio della *prorogatio* debba necessariamente cedere il passo allo scioglimento della società; non mi pare, infatti, corretto giustificare nell'interesse della società la permanenza in carica dei sindaci scaduti dinanzi ad una mancata rinnovazione dell'organo imputabile all'inerzia ovvero alla litigiosità dei soci. Del pari, è lo stesso ordinamento societario che non giustifica in sé la sopravvivenza di una società qualora la propria assemblea non sia in grado di nominare gli organi sociali (sul punto, chiaro è il disposto dell'art. 2484 n. 3 c.c. ove dispone che la società si scioglie «per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea») (28).

Gli amministratori, una volta verificata l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea, accertano tale causa di scioglimento della società mediante apposita iscrizione al Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 2484 comma 3 c.c. e convocano l'assemblea per la nomina dei liquidatori (29). Se anche questa nomina non avviene per incapacità di funzionamento dell'assemblea, sarà il tribunale a nominare i liquidatori ai sensi dell'art. 2487 comma 2 c.c.

(28) Il collegio sindacale costituisce organo essenziale e necessario nella società per azioni, non essendo neppure ipotizzabile una struttura societaria di questo tipo priva dell'organo di controllo. La necessità di un collegio sindacale in ogni società per azioni costituisce una differenza cardine rispetto alla società a responsabilità limitata, in cui detto organo può mancare. La presenza dell'organo di controllo è comunque indefettibile nella società a responsabilità limitata qualora la presenza dello stesso sia stata prevista — anche al di fuori delle ipotesi legali — in seno alla carta statutaria.

In dottrina si veda G. FINE, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1982, p. 503 e, sotto un diverso punto di vista, P. GUERRA, *Secreta per azioni senza sindaci?*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 1146. È stata sostenuta la superfluità del collegio sindacale nella società per azioni con unico azionista, mancando di fatto una minoranza azionaria da tutelare rispetto alle decisioni dell'organo amministrativo (cfr. M. STORFI, *I c.d. rapporti interni nella società con un sol socio e la successione dell'unico azionista*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, pp. 59 e ss.); detta tesi, assolutamente minoritaria, va confutata sottolineandosi, in primo luogo, l'identità strutturale fra società azionarie con socio unico ovvero con pluralità di soci e, in secondo luogo, l'accertata necessità di un controllo contabile e gestorio nei casi in cui operi un unico azionista.

(29) Sul punto si veda quanto affermato nella Massima J.A. 11 del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari secondo cui «La società si trova in stato di liquidazione ai sensi dell'art. 2484 comma 3, c.c. solamente dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione degli amministratori che accettano la causa di scioglimento ex numeri 1, 2, 3, 4 e 5, ovvero della deliberazione dell'assemblea dei soci nel caso di cui al numero 6 del primo comma del suddetto articolo 2484 c.c.». Sino a quando tale pubblicità non è stata attuata, ferma restando la responsabilità degli amministratori ed eventualmente dei sindaci ex art. 2485 c.c., la causa di scioglimento della società non produce alcun effetto. È pertanto possibile, qualora si sia avvertita una causa di scioglimento della società senza che essa sia stata pubblicizzata nel registro delle imprese, rinvolvere la causa di scioglimento stessa senza l'osservanza delle disposizioni di cui all'art. 2487-ter c.c., poiché l'applicazione di tale ultimo articolo presuppone necessariamente che la società si trovi in stato di liquidazione per effetto di causa di scioglimento già pubblicizzata al registro delle imprese. Ne consegue, a titolo di esempio, che, qualora sia decorso il termine di durata della società ex art.

3. La problematica ipotesi della rinuncia alla carica.

È opinione comune in dottrina che il termine triennale di durata della carica sia inderogabile, tanto in aumento quanto in diminuzione (30).

La predeterminazione *ex lege* della durata minima della carica, infatti, assicura stabilità ed indipendenza della funzione, mettendo il sindaco al riparo dalle reazioni del consiglio di amministrazione ovvero della maggioranza assembleare a lui ostili.

È la stessa necessità di assicurare la continuità della funzione che porta a ritenere illegittimo l'inserimento nello statuto di una clausola *simul stabunt simul cadent* per il collegio sindacale (31); ove ciò fosse possibile, infatti, un sindaco «vicino» alla maggioranza assembleare potrebbe provocare con le proprie dimissioni la cessazione dell'intero collegio, al fine di liberarsi di uno o più sindaci rivelatisi non graditi (e di seguito non oggetto di rielezione o conferma nella carica).

L'inderogabilità della durata anche in aumento mira, per contro, ad assicurare ai soci una valutazione periodica dell'operato del sindaco, la quale potrà sfociare in un rinnovo della composizione dell'organo con nuovi membri ovvero con la riconferma nella carica (32).

Sebbene il ruolo di sindaco sia svolto, come detto, a tempo determinato, al pari di ogni altra prestazione d'opera è ammessa la rinuncia preventiva da parte del titolare della carica, sotto forma di dimissioni.

2484 numero 1) c.c. senza che tale circostanza sia stata accertata e dichiarata dagli amministratori al registro delle imprese, la società potrà modificare lo statuto prolungando il termine di durata già scaduto senza dovere prima revocare lo stato di liquidazione né dovere attendere il decorso dei termini di cui al comma II dell'art. 2487-ter c.c.».

Con riferimento specifico alla data di efficacia della nomina e della sostituzione dei liquidatori è utile considerare quanto affermato dalla Massima J.A. 10 del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari secondo cui «La decisione di nomina dei primi liquidatori è efficace dal momento in cui è stata iscritta nel registro delle imprese (art. 2487-bis, terzo comma, c.c.). La decisione di sostituzione dei liquidatori, pendente lo stato di liquidazione, è efficace dal momento dell'accettazione dell'incarico da parte dei nuovi nominati, anche se tale accettazione avviene prima dell'iscrizione nel registro imprese della delibera suo presupposto. Fino a quando la decisione di sostituzione non è iscritta nel registro imprese il nuovo liquidatore potrà documentare la sua vigenza in carica con l'iscrizione del libro sociale ove è trascritta la decisione di nomina ovvero con copia autentica della medesima decisione se verbalizzata per atto pubblico».

Un accenno al tema dei rapporti fra *prorogatio* e liquidatori è fatto in F. FIMIANO-L. TRAVERSA, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali alla luce della riforma*, in questa *Rivista*, 2004, pp. 515 e ss.

(30) Cfr. G. U. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 55 e G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 41.

(31) In questa direzione si esprime S. AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 882-883.

(32) In senso favorevole ad una estensione del termine si registrano, tuttavia, le voci isolate di F. GALICIANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, p. 293 e S. PESCATORE, *La società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonoscore, Torino, 2003, p. 76.

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 (art. 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.

Il rapporto che si instaura tra i sindaci e la società è dunque un rapporto di durata che, attraverso le dimissioni, il sindaco può interrompere prima della scadenza del termine; in dottrina si ritiene che, proprio perché la nomina e la conseguente accettazione stabiliscono un vincolo giuridico tra il sindaco e la società, il primo abbia, altresì, l'obbligo di prestare diligentemente la propria opera per almeno un triennio, onde la necessaria giustificazione delle eventuali dimissioni, le quali — se immotivate — esportano il sindaco all'obbligo di risarcimento del danno in favore della società (33).

Ai fini della presente analisi, preminente interesse ricopre lo studio della struttura e dell'efficacia dell'atto di dimissioni.

Dal punto di vista tecnico, detta rinuncia si attua attraverso una dichiarazione unilaterale recettizia, i cui destinatari sono per prudenza, oltre la società, gli amministratori singolarmente considerati (34).

Pur non trattandosi di un atto a forma vincolata, le dimissioni devono essere manifestate in modo espresso ed inequivocabile (non sono, quindi, ammesse forme di rinuncia per fatti conclusivi).

L'efficacia delle dimissioni è immediata, non richiedendosi alcuna accettazione espressa da parte dell'assemblea ovvero del consiglio di amministrazione; nulla vieta, però, che lo statuto deroghi a detta regola, prevedendo un *iter* procedimentale secondo cui le dimissioni debbano essere «accettate» (anche al fine di vagliare anticipatamente i profili risarcitori in caso di mancanza di giusta causa) (35).

In ogni caso, però, l'eventuale deroga statutaria non può costituire un impedimento alla legittima aspirazione del sindaco di porre fine al rapporto

(33) Cfr. G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 45.

(34) Si discute in dottrina in ordine alle modalità con cui la comunicazione in parola vada indirizzata all'organo gestito; sul punto G. U. TADESCHI, *op. cit.*, p. 75 sottolinea come «considerato che la dichiarazione di rinuncia tende, fra l'altro, a provocare l'iscrizione e la pubblicazione della causa di cessazione dall'ufficio, è preferibile che le dimissioni vengano indirizzate a ciascun amministratore». Non pare, tuttavia, possibile considerare inefficaci le dimissioni indirizzate agli amministratori nelle forme della comunicazione al presidente ovvero all'organo in sé impersonalmente considerato.

(35) In senso favorevole si esprime Cass. civ. 9 ottobre 1986, n. 5928, in *Le società*, 1986, p. 1314.

con la società, in particolare nei casi in cui l'impossibilità di svolgere la funzione di controllo sia dipesa dalla condotta degli amministratori (in tale ultima 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).

In quanto dichiarazione recettizia, la rinuncia del sindaco produce effetto non appena giunta nella sfera di conoscibilità degli amministratori, secondo le ordinarie regole civilistiche di cui agli artt. 1334 e 1335 c.c. (36); detta efficacia ha, tuttavia, valenza «interna», atteso che l'opponibilità ai terzi delle dimissioni passa necessariamente attraverso la pubblicità con l'iscrizione al Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 2400 ultimo comma c.c.

Chiariti questi aspetti di ordine strutturale, passiamo ad analizzare i rapporti fra rinuncia alla carica da parte del sindaco ed istituto della *prorogatio*; la tematica *post* riforma non è stata analizzata *ex professo* dalla dottrina e la poca giurisprudenza formatasi sul punto *ante* 2003 si contraddistingue per scelte ondivaghe e, in alcuni casi, a dir poco bizzarre.

L'orientamento generale è tradizionalmente favorevole alla applicazione dell'istituto della *prorogatio*, in quanto principio di portata generale in tema di funzionamento dell'organo. In questa direzione si segnala una recente decisione della Corte di Cassazione (la quale, però, chiude un contenzioso risalente al 1981 e si colloca, dunque, fra gli orientamenti *ante* riforma) (37).

Curiosa è poi la decisione del Tribunale di Roma del 27 aprile 1988 in cui si afferma che, in caso di rinuncia dei sindaci effettivi, opera dapprima il meccanismo della supplenza con il subentro automatico dei sostituti e, solo qualora anche questi ultimi rinunzino all'incarico, i primi rinuncianti ritornano di diritto in carica, in pieno regime di *prorogatio* (38).

Nella giurisprudenza di merito si segnala anche una più recente decisione del Tribunale di Monza che ribadisce l'eccezionalità della portata

(36) Il carattere recettizio è ampiamente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. *ex multis* Cass., sez. lav., 10 febbraio 2009, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 208; Cass., sez. lav., 18 marzo 2008, in *Le società*, 2008, p. 435; fra le decisioni di merito si segnala Trib. Milano 15 giugno 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 3, p. 656.

(37) Cfr. Cass. civ. 18 gennaio 2005, n. 941 in *Giust. civ.*, 2006, pp. 445 e ss. ove si afferma che «in tema di funzionamento del collegio sindacale di una società di capitali, la rinuncia di un sindaco effettivo — a meno che non sia diversamente disposto dallo statuto sociale — ha effetto immediato, indipendentemente dalla sua accettazione da parte dell'assemblea, quando sia possibile l'automatica sostituzione del dimissionario con un sindaco supplente».

(38) Cfr. Trib. Roma, 27 aprile 1988, in *Le società*, 1998, p. 1442.

applicativa dell'art. 2385 comma 2 c.c. non ritenendo legittimamente applicabile il regime della *prorogatio* dei poteri al collegio sindacale (39).

In questo contesto di incertezza applicativa, a differenza di quanto previsto dall'art. 2400 c.c. per la scadenza del termine, nessun regime di *prorogatio ex lege* è stato previsto in relazione all'ipotesi di sindaco dimissionario; il legislatore, quindi, non prende posizione espressa sul punto, lasciando la questione aperta e soggetta all'interpretazione dottrinale.

3.1. *Ipotesi «fisiologiche» e preminenza dell'interesse sociale.*

Il contesto normativo in cui l'interprete è chiamato a svolgere la propria attività è tale da imporre, a mio avviso, l'adozione di una lettura del problema di tipo sistematico, ossia che orienti le proprie scelte tenendo in considerazione ad un tempo le legittime esigenze egoistiche dei singoli sindaci e l'interesse al buon funzionamento della compagine sociale (40); per far ciò, ritengo incongruo sostenere incondizionatamente l'applicabilità o meno dell'istituto della *prorogatio* all'ipotesi del sindaco dimissionario, essendo per contro compito dell'interprete (e sul piano redazionale statutario del notaio) quello di operare degli opportuni distinguo (41).

Preliminarmente occorre valutare quale sia il numero dei dimissionari, ossia se ci si trovi dinanzi ad un caso di dimissioni isolato (ad esempio, il sindaco incaricato della revisione legale dei conti in dissidio con il Presidente del collegio) ovvero se le dimissioni operino contemporaneamente per più membri.

In primo luogo, la rinuncia avrà effetto immediato nelle ipotesi in cui sia possibile la sostituzione automatica del dimissionario con un supplente ai sensi dell'art. 2401 c.c., coniugandosi in tal modo il rispetto della scelta individuale del sindaco e la continuità funzionale dell'organo.

A ben vedere, tuttavia, anche il meccanismo di sostituzione ex art. 2401 c.c., seppur celermente attivato, non consente di garantire una continuità di funzionamento dell'organo piena, atteso che per addiventare alla sostituzione del singolo sindaco è necessario che il supplente abbia conoscenza legale della cessazione del sostituto; i sindaci dimissionari hanno un interesse preciso a che la loro fuoriuscita sia sollecitamente resa

(39) Cfr. Trib. Monza, 26 aprile 2001, in *Le società*, 2001, p. 1229 con nota adesiva di G. BIANCHI.

(40) In ordine al concetto di interpretazione sistematica si rinvia alle autorevoli pagine di R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.

(41) Le conclusioni cui giunge la Massima H.E. I del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari debbono essere, quindi, ad avviso di chi scrive, temperate.

nota *erga omnes*, in particolare al fine di circoscrivere la finestra temporale di responsabilità attive e omissive loro ascrivibili (è stato, infatti, osservato in dottrina che «il recesso anticipato costituisce uno dei rimedi più frequentemente adottati quando la società è diretta all'insolvenza, al fine di scongiurare o limitare la responsabilità dell'organo di controllo verso i creditori» (42)). In base all'ultimo comma dell'art. 2400 c.c., la cessazione dall'ufficio di ogni membro deve essere iscritta, a cura degli amministratori, nel termine di trenta giorni, presso il competente Registro delle Imprese; il meccanismo legale di pubblicità serve a delimitare con chiarezza le «finestre temporali» di responsabilità fra titolare e supplente, il quale — come precisato — ha già accettato la carica all'atto di designazione originaria (43).

Ritengo, quindi, che l'istituto della *prorogatio* può ivi trovare applicazione fino al momento in cui il supplente non sia raggiunto dalla comunicazione della cessazione del titolare, con conseguente avvio della fase di supplenza; parimenti è intuitivo comprendere come il supplente non possa ritenersi investito della responsabilità delle funzioni per il periodo di tempo (seppur breve) in cui ancora ignori senza colpa la cessazione della carica del sindaco da lui sostituito.

Non può quindi condividersi quanto affermato da altra dottrina ove si riconosce che «se è dunque corretto affermare che il legislatore ha ritenuto accettabile una incompletezza temporanea del collegio sindacale, strettamente connessa con i tempi tecnici necessari per porre in essere i meccanismi di sostituzione previsti dal codice civile, deve anche ritenersi che tutte le volte che siano attuati con esito positivo detti meccanismi di sostituzione (subingresso dei sindaci supplenti o integrazione da parte dell'assemblea) non ricorrono i presupposti per poter applicare ai sindaci rinunzianti il regime della *prorogatio* previsto per gli amministratori nelle more dell'effettiva entrata in carica dei sostituti» (44).

Al contrario è da ritenersi applicabile l'istituto della *prorogatio* nei circoscritti limiti di tempo indicati. L'istituto mira, infatti, ad assicurare comunque la continuità di funzionamento dell'organo e non vi è ragione per escluderlo in ragione della brevità di durata della proroga; *prorogatio* e

(42) Così si esprime G. DOMENICHINI, *op. cit.*, p. 83.

(43) A riguardo osserva G. U. TAPISCHI, *op. cit.*, p. 79 che «lo scopo consiste nell'assicurare il costante funzionamento dell'organo; ciò risponde ad elementari esigenze di garanzia implicita nelle società di capitali, ove le persone concretamente preposte al perseguimento dell'interesse comune non si identificano, normalmente, con il diretto titolare del medesimo».

(44) Cfr. P. TAJICE, *Applicabilità della prorogatio ai sindaci rinunzianti dopo la riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2008, p. 26.

sostituzione sono, quindi, pienamente compatibili sul piano dogmatico ed operativo.

Al di là delle considerazioni di ordine accademico finora esposte, la prassi operativa insegna che i supplenti debbono essere informati del loro subingresso proprio dal collegio sindacale o, in difetto, dall'organo amministrativo; sotto questo specifico profilo condiviso quanto affermato in una recente decisione del Tribunale di Mantova, nella parte in cui si sottolinea come le dimissioni per essere efficaci, devono essere espressamente e specificamente comunicate ai sindaci supplenti, in quanto la conoscenza della effettività della funzione costituisce il presupposto indefettibile per l'adempimento dei doveri e l'esercizio dei poteri della carica (45).

In quest'ottica ricostruttiva, quindi, la *prorogatio* durerà fino a quando il sindaco effettivo dimissionario e/o la società non abbiano comunicato al sindaco supplente le dimissioni dei componenti effettivi, così rendendo pienamente operante il meccanismo di sostituzione. Ove si condivida tale impostazione, il sistema della sostituzione dei sindaci effettivi con i supplenti, diviene «fattispecie a formazione progressiva» che opera attraverso le fasi della comunicazione delle dimissioni da parte del sindaco effettivo alla società la quale, a sua volta, dovrà procedere non solo alla iscrizione presso il Registro delle Imprese, ma anche alla comunicazione diretta al sindaco supplente che subentrerà al componente dimissionario solo nel momento in cui avrà avuto conoscenza delle dimissioni stesse, così ponendo fine al regime di *prorogatio* del sindaco effettivo.

L'interpretazione sostenuta dal Tribunale di Mantova non è tuttavia immune da critiche. Essa ipotizza un meccanismo procedurale che, seppur condivisibile nella sostanza, è del tutto privo di supporto nel dato legislativo.

In questo contesto si inserisce allora il ruolo del notaio, quale operatore qualificato in grado di creare un «correttivo» statutario alla lacuna legislativa inerente ai rapporti fra dimissioni e *prorogatio*; in altri termini, la composizione dell'interesse individuale alla rapida operatività delle dimissioni rispetto all'interesse corporativo alla continuità della carica può

(45) Cfr. Trib. Mantova 25 luglio 2009, in *Le società*, 2010, p. 841 con nota di M. M. GARRA. Unici due provvedimenti ritrovati in senso analogo sono — ma con un breve cenno nella motivazione — la decisione del Trib. Roma 10 gennaio 1973, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, p. 58, con nota di C. MASUCCI ed il più risalente Appello Napoli 4 agosto 1951, in *Foro it.*, 1952, I, 255.

In dottrina il problema viene toccato sinteticamente in P.G. JACIER-F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1997, pp. 452-453, citato altresì da M. LUERTINI, *Note in materia di ineleghibilità e decadenza del sindaco consistente della società*, in *Giur. comm.*, 2002, pp. 270 e ss.

avvenire proprio mediante una sapiente tecnica redazionale dello statuto. È dunque auspicabile che venga introdotto un *iter* procedimentale che completi il meccanismo legale della sostituzione automatica del sindaco effettivo dimissionario con il sindaco supplente, richiedendo ai fini della produzione degli effetti della sostituzione che la dichiarazione di dimissioni sia comunicata ai supplenti direttamente dai dimissionari. Tecnicamente si aggiunge un leggero aggravio procedimentale in capo al sindaco che intende fuoriuscire dalla società, oncrandolo di effettuare una comunicazione diretta in favore dei supplenti mediante un mezzo di comunicazione che garantisca sufficienti livelli di sicurezza in ordine al contenuto ed alla effettiva ricezione (si pensi, ad esempio, alla posta certificata ovvero ad una raccomandata con ricevuta di ritorno).

Si passa quindi da un regime di sostituzione automatica ad un regime di sostituzione «con effetto sospeso», durante le cui more opererebbe l'ordinario regime di *prorogatio*.

La soluzione si profila come un valido compromesso fra l'interesse sociale alla integrità e continuità di funzionamento dell'organo e l'interesse del singolo a porre fine con certezza al rapporto con la società. A fronte dell'indicato correttivo statutario, quindi, la fattispecie delle dimissioni del sindaco effettivo per essere efficace richiede una duplice comunicazione: la prima diretta alla società, volta ad interrompere i rapporti sul fronte interno e la seconda, diretta ai supplenti ed operante sul fronte esterno, volta ad attivare il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 2401 c.c.

A ben pensare, la clausola statutaria così costruita altro non fa che subordinare l'efficacia delle dimissioni alla conoscenza delle stesse da parte dei sindaci supplenti, positivamente dunque il requisito della recettività e dilazionando il subentro automatico del supplente nella posizione del sindaco effettivo-dimissionario ad un momento in cui la conoscenza delle dimissioni è effettiva (e non solo teorica, come invece avviene con la mera pubblicazione nel Registro delle Imprese della causa di cessazione *ex art.* 2400 u.c. c.c.).

Analoghe considerazioni possono essere svolte nell'ipotesi in cui il numero dei dimissionari (*rectius*, rinuncianti) sia tale da rendere impossibile la ricostituzione del collegio nella sua integrità con il semplice subentro dei supplenti, per cui occorra una deliberazione assembleare; in tale frangente a maggior ragione troverà spazio l'applicazione dell'istituto della *prorogatio*, quanto meno per l'intero lasso di tempo necessario per convocare il consesso assembleare, addiventre alla nomina e procedersi all'acettazione da parte degli eletti nei modi di legge indicati.

In una battuta può dirsi che l'efficacia della rinuncia appare in dette ipotesi temporaneamente sospesa in ragione del preminente interesse sociale (46).

Più complessa è l'ipotesi di rinuncia alla carica da parte dei sindaci supplementi. Il caso è il seguente: in una società per azioni rinunciano alla carica due dei tre sindaci effettivi e contestualmente anche i due sindaci supplementi. In questo frangente la rinuncia da parte dei sindaci supplementi, intercorsa dopo aver avuto la notizia della rinuncia degli effettivi, è *inutiliter data*. Più precisamente, ai primi due effettivi si dovranno intendere subentrati automaticamente i supplementi, i quali, pur avendo rinunciato, dovranno restare in carica sino alla nomina dei nuovi sindaci da parte dell'assemblea. Solo ricorrendo a questa stringente scansione procedimentale potrà essere assicurata la continuità dell'organo di controllo. Nessun problema, invece, in ordine alla rinuncia alla carica da parte del solo supplente durante la vita stabile dell'organo di controllo; in tal caso, l'assemblea ordinaria provvederà, all'uopo convocata, alla sua sostituzione. In dette ipotesi non vi è spazio operativo per la *prorogatio* dei poteri.

3.2. *Ipotesi «patologiche» e preminenza dell'interesse privato.*

La sopra accennata necessità di addivenire ad una valutazione di ordine sistematico del problema, impone di chiarire se e come le conclusioni testé formulate siano altrettanto valide anche nelle ipotesi «patologiche», in cui cioè non sia possibile attuare i meccanismi di sostituzione previsti dall'art. 2401 c.c., ovverossia nei casi in cui si verifichi una

(46) In senso favorevole all'applicazione dell'istituto della *prorogatio* ai sindaci si veda App. Milano 26 novembre 1968, in *Giur. it.*, 1970, I, 171 e Trib. Verona 25 maggio 1988, in *Le società*, 1988, p. 1175 (relativamente all'ipotesi di scadenza del termine); con riferimento all'ipotesi della rinuncia si veda Cass. civ. 18 gennaio 2005, n. 941, in *Giur. civ.*, 2006, 2, p. 445. In senso negativo si veda Trib. Monza 26 aprile 2001, in *Le società*, 2001, p. 1229 e in senso critico in dottrina P. TAUCER, *op. cit.*, pp. 24 e ss.

Quanto alla possibilità di dimissioni del revisore, se finora nella disciplina interna nulla si diceva, con il decreto di recepimento della direttiva sulla revisione legale dei conti (2006/43/CE) si è previsto che in caso di dimissioni il revisore uscente continui ad esercitare l'incarico fino a quando la società non abbia sostituito il dimissionario e comunque non oltre 6 mesi dalla data delle dimissioni (espressamente l'art. 13 comma 6 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 dispone che «in caso di dimissioni o risoluzione consensuale del contratto, le funzioni di revisione legale continuano a essere esercitate dal medesimo revisore legale o società di revisione legale fino a quando la deliberazione di conferimento del nuovo incarico non è divenuta efficace e, comunque, non oltre sei mesi dalla data delle dimissioni o della risoluzione del contratto»). Ciò vuol dire che il legislatore è orientato ad imporre una *prorogatio* del revisore solo per un ragionevole lasso di tempo (sei mesi) superato il quale le dimissioni diventano efficaci indipendentemente dall'avvenuta sostituzione dello stesso a cura della società, sul tema cfr. A. RICCHI, *Violazione dell'obbligo di istituzione del collegio sindacale nelle società di capitali. Conseguenze ed effetti*, in *Riv. dottori comm.*, 2010, pp. 115 e ss.

incompletezza a tempo indeterminato del collegio sindacale, senza che nessuna disposizione di legge offra rimedi a tale situazione.

Si pensi all'ipotesi di dimissioni collettive di tutti i sindaci effettivi e di tutti i sindaci supplementi in concorso con la circostanza che l'assemblea non sia in grado di nominare un nuovo collegio sindacale per impossibilità di funzionamento. In questi casi l'impossibilità di funzionamento può dipendere, oltre che dalle fattispecie tipiche di dissidio tra i soci o di loro disinteresse a partecipare alle decisioni, anche dal fatto che non si riescano ad individuare nuovi sindaci disposti ad accettare l'incarico. Tale ipotesi non è così infrequente nella pratica, poiché le dimissioni collettive di tutti i sindaci effettivi e di tutti i sindaci supplementi sono spesso l'estrema reazione che i membri del collegio sindacale possono attuare nei confronti delle società che non operano correttamente.

Dinanzi ad ipotesi «patologiche» di impossibilità di sostituzione dei sindaci rinunzianti non appare possibile ricorrere all'analogia con la norma che prevede la proroga degli amministratori dimissionari per evitare la *vacatio* prolungata del collegio sindacale.

In detta circostanza va quindi rivalutata la *ratio legis* che emerge dal dato normativo secondo cui sussiste una profonda differenza tra i rimedi che l'ordinamento offre agli amministratori rispetto a quelli che offre ai sindaci, qualora gli stessi intendano dimettersi dal loro incarico e l'assemblea non sia in grado di addivenire ad una loro sostituzione.

Gli amministratori, una volta verificata l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea e compiuti gli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2484 comma 3 c.c., convocano l'assemblea straordinaria per la nomina dei liquidatori; ove anche detta strada sia impercorribile per incapacità di funzionamento dell'organo assembleare, resta ferma la nomina giudiziale dei liquidatori ai sensi dell'art. 2487 comma 2 c.c., con conseguente fuoriuscita degli amministratori dalla società — anche ai fini della responsabilità — una volta avvenuta l'accettazione dell'incarico da parte dei liquidatori. Completamente priva di disciplina positiva è la condizione dei sindaci in analoga situazione. Anche nell'ipotesi in cui la società venga messa in liquidazione per impossibilità di funzionamento dell'assemblea o per altra causa, od anche venga sottoposta ad una procedura concorsuale con finalità liquidatoria, non esistono meccanismi normativi che consentano di addivenire giudizialmente ad una loro sostituzione. Pertanto, i sindaci rinunzianti di società che non vogliono o non possano ricostituire il collegio sindacale, ai quali si applicasse per ipotesi il regime della *prorogatio*, resterebbero in carica fino alla cancellazione della società e quindi per tutta la durata della liquidazione (la quale si prolunga sovente per anni).

Tale conclusione induce a ritenere non solo incongrua bensì paradossale l'applicazione dell'istituto della *prorogatio*, la quale si tradurrebbe in una sostanziale neutralizzazione del diritto alle dimissioni, non giustificato da un altrettanto forte interesse sociale.

In conclusione, se si condivide l'impostazione di fondo secondo cui l'interprete è chiamato ad effettuare una valutazione caso per caso, distinguendosi ipotesi fisiologiche in cui la *prorogatio* deve trovare applicazione nell'interesse della società (intesa come struttura corporativa organizzata) ed ipotesi patologiche, in cui l'interesse del singolo all'effettività ed 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 (47).

4. Le ipotesi di decadenza e revoca. Finalità sanzionatoria ed assenza di prorogatio.

A livello classificatorio, con riferimento all'ipotesi di cessazione del rapporto per decadenza, si suole distinguere fra cause di decadenza «mutuite» ovvero «prive» di carattere sanzionatorio: a) le prime, contenute negli articoli 2404 comma 2 e 2405 c.c., sono relative alla mancata partecipazione, senza giustificato motivo, del sindaco a due riunioni del collegio o alle assemblee ovvero a due adunanze consecutive del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo; b) le seconde, contenute negli artt. 2397 e 2399 commi 1 (riferito all'invalidità fisica e morale) e 2 (riferito all'invalidità tecnica) c.c., attingono ad ipotesi di comparsa (48), successivamente alla nomina, di un'ipotesi di ineleggibilità.

(47) In senso conforme a dette ultime conclusioni A. RICHINI, *op. cit.*, in particolare nel paragrafo 5.

(48) L'analisi dettagliata delle singole ipotesi è ricostruita con attenzione da M. RICCIONI, *Art. 2399, Collegio sindacale. Controllo contabile* (a cura di F. Ghezzi), in *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, pp. 51 e ss. e in particolare pp. 126 e ss. ove è altresì dato leggere che «si rinvia come l'unica novità recata dalla riforma consiste nell'adeguamento del comma 2 alla mutata disciplina dei requisiti di professionalità, in quanto ora si prevede che, oltre alla cancellazione e alla sospensione dal registro dei revisori contabili, anche la perdita degli altri requisiti previsti dall'art. 2397, comma 2 (iscrizione negli albi professionali individuati dal Ministero della giustizia. Considerato che la *ratio* della disposizione è quella di mantenere il livello di professionalità minimo dei membri del collegio previsto dal legislatore, dovrebbe essere sufficiente il permanere di un singolo requisito di professionalità in capo al sindaco — purché, s'intende, nel collegio sia presente

La vera causa di decadenza si concretizza in un momento successivo alla nomina, essendo diverso, infatti, il caso in cui la causa di impedimento precista, ma emerge in un momento successivo alla nomina; tecnicamente, il membro risulta decaduto, ma già prima dell'assunzione del ruolo era ineleggibile (49).

La decadenza è un rimedio molto rigido, atteso che essa opera di diritto (se non altro per l'equiparazione legislativa a morte e dimissioni, in ordine all'applicazione dell'art. 2401 c.c.) (50); discussa, invece, in dottrina è la necessità o meno di una pronuncia di accertamento da parte dell'assemblea o di altro organo sociale.

La maggioranza degli interpreti (e degli operatori) ritiene necessario un atto dal quale risulti l'intervenuta decadenza del sindaco, poiché proprio questo atto condizionerebbe l'avvio della procedura di sostituzione del

almeno un membro iscritto nel registro dei revisori contabili, come richiesto dall'art. 2397, comma 2 — senza che rilevi la circostanza che all'atto della nomina la qualifica professionale presa in considerazione fosse quella di cui il sindaco non è più in possesso. [...] Appare comunque opportuno che dal verbale della riunione dell'assemblea che procede alla nomina risulti esplicitamente in base a quale requisito professionale il sindaco viene eletto — in teoria se ne può menzionare più d'uno — in maniera tale da poter valutare le conseguenze della perdita del requisito professionale stesso».

Anche l'art. 2399 c.c. è stato parzialmente (ma solo formalmente) modificato dall'art. 57 comma 6 del citato d. lgs. n. 59/2010.

(49) In tale ultima ipotesi, pare corretto ritenere che la delibera di nomina sia parzialmente invalida per illiceità dell'oggetto, come affermato da Trib. Trieste, decr. 26 giugno 1997, in *Le società*, 1997, p. 1439, con nota di L. A. Bianchi, ove è dato sincreticamente leggere che «La mancanza dell'iscrizione nel registro dei revisori contabili rende nulla, per illiceità dell'oggetto, la deliberazione dell'assemblea di nomina dei sindaci».

Di non poco conto sono le conseguenze di questa interpretazione sul piano tecnico-giuridico. In primo luogo perché la nullità potrà esser fatta valere nel limite del triennio di cui all'art. 2379 c.c., anche mediante rilievo d'ufficio del giudice. In secondo luogo perché una volta statuita giuridicamente la nullità della nomina si avrà un subentro del sindaco supplente, in applicazione analogica dell'art. 2401 c.c., salvo che l'assemblea non adotti una nuova delibera in sostituzione di quella parzialmente nulla, nominando un nuovo sindaco effettivo, ai sensi del combinato disposto dei novellati articoli 2377 penultimo comma e 2379 ultimo comma c.c.

La nullità della nomina comporta che il membro non sia mai entrato in ruolo, con inevitabili ripercussioni sugli atti compiuti *medio tempore* dal collegio, ferma restando l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 2377 c.c. secondo cui «restano salvi i diritti acquistati dai terzi sulla base della deliberazione sostitutiva»; si esclude il ricorso alla c.d. «prova di resistenza» da parte della recente Cass. civ., 9 maggio 2008, n. 11554, in *Foro it.*, 2009, 2175 con breve nota di L. NAZZARONE.

(50) Sul tema dell'automaticità degli effetti della decadenza si vedano i significativi precedenti giurisprudenziali Trib. Genova, 27 aprile 1993, in *Le società*, 1995, p. 1605 con nota di E. BONAVARA, ove è dato leggere «la decadenza del sindaco si verifica in modo automatico... senza che a tal fine sia necessaria alcuna espressa pronuncia assembleare che avrebbe natura di accertamento dichiarativo» e la recente Cass. civ., 9 maggio 2008, n. 11554, *cit.*, ove è altresì dato leggere «Le cause di decadenza dei sindaci, previste dall'art. 2399 c.c. testo vigente, operano in modo automatico e senza necessità di alcun accertamento, dando luogo sin dal loro verificarsi alla sostituzione del sindaco decaduto».

Per l'effetto «automatico» si segnala anche la citata Massima del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari H.E. 1.

sindaco decaduto (ai sensi dell'art. 2401 comma 1 c.c.); la presente conclusione appare una via obbligata, qualora si condivida il fatto che, ai fini del subentro dei sindaci supplenti, occorre che a questi sia comunicata la cessazione del sindaco effettivo decaduto. In ogni caso detto atto di accertamento si connota per la spiccata natura dichiarativa, avendo lo stesso mera finalità certificativa di una intervenuta causa (si pensi alla delibera assembleare con cui si prende atto della intercorsa cancellazione del soggetto dal registro dei revisori contabili). Al contrario, anticipando in parte alcune riflessioni relative alle cause di decadenza sanzionatorie, non può non condividersi la posizione di chi ravvisa carattere costitutivo nell'accertamento di una delle cause di cui agli artt. 2404 comma 2 e 2405 c.c. atteso che in tale ipotesi, l'assemblea decide in ordine alla fondatezza della causa giustificativa offerta dal sindaco (51).

Quanto detto ha importanti risvolti sul tema della *prorogatio*.

Per le ragioni di continuità della funzione sopra indicate, pare coerente sostenere che il sindaco decaduto, nelle more della formalizzazione della intervenuta causa, resti in carica con pieni poteri in regime di *prorogatio*. Quanto affermato è in linea con le valutazioni di ordine dogmatico sopra sviluppate circa la funzione e l'ambito operativo dell'istituto, in modo coordinato con il meccanismo della sostituzione. Qualora, poi, la decadenza abbia carattere sanzionatorio, sarà compito della società di limitare al massimo la durata della *prorogatio*, convocando tempestivamente l'organo assembleare per la sopradescritta delibera di accertamento.

Occorre poi valutare la portata retroattiva o meno della dichiarazione di decadenza.

In dottrina è stato osservato che se in via di fatto non si può evitare che il sindaco divenuto incapace o incompatibile rimanga in carica finché qualcuno non ne rilevi l'intervenuta decadenza per poi sostituirlo, l'efficacia

(51) Questa è la posizione espressa da M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 698. Di avviso contrario una decisione della Corte di Cassazione 1° aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 570, ove è dato leggere che «La decadenza dall'ufficio di sindaco di società per azioni per una delle cause previste dagli artt. 2404 e 2405 c.c., applicabili anche alle società cooperative per il richiamo disposto dall'art. 2516 c.c., si verifica in modo automatico, come conseguenza dell'assenza ingiustificata del sindaco dalle riunioni del collegio sindacale, dalle adunanze del consiglio di amministrazione o dalle assemblee, senza che a tal fine sia necessaria alcuna deliberazione assembleare che, se intervenuta, assume valore di accertamento dichiarativo, e non costitutivo, della avvenuta decadenza».

L'ipotesi in esame è presa altresì in considerazione da T. PASTORI, *Decadenza del sindaco ed illegittimità della deliberazione del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2009, pp. 1113 e ss.; a mio avviso, per le ragioni sviluppate nel presente contributo, la deliberazione del collegio sindacale adottata da un collegio in cui siede un sindaco decaduto ma in *prorogatio* è immune da vizi (cd in linea teorica altrettanto può dirsi per l'ipotesi del sindaco revocando prima della conclusione dell'*iter* giudiziario).

cia *ex tunc* della dichiarazione di decadenza rende comunque inefficaci gli atti compiuti da quel sindaco (o dal collegio in cui è inserito) successivamente al verificarsi della causa di decadenza (52).

Questa affermazione non può essere in questa sede condivisa. In mancanza di una espressa previsione legislativa in ordine alla retroattività della dichiarazione di decadenza, pare preferibile ritenere operativo il regime di *prorogatio* sino all'accertamento della causa decadenziale, senza che gli atti *medio tempore* posti in essere siano travolti. In altre parole, ritengo più corretto utilizzare un principio di portata generale qual è la *prorogatio* dei poteri, al fine di colmare la presunta vacanza dell'organo nel lasso temporale che intercorre fra il verificarsi della causa di decadenza ed il suo accertamento assembleare, piuttosto che riconoscere — in via interpretativa ed in totale assenza di una previsione di legge sul punto — alla delibera di accertamento una portata retroattiva, ispirandosi a presunte finalità equitative (53).

Considerazioni differenti debbono essere svolte per la fattispecie della revoca.

Ai sensi dell'art. 2400 comma 2 c.c. i sindaci possono essere revocati solo per giusta causa, con delibera assembleare approvata con decreto del Tribunale territorialmente competente, sentito l'interessato per ovvi motivi di rispetto del contraddittorio.

Palmare è la differenza rispetto alla possibilità di revoca degli amministratori, i quali sono sempre revocabili da parte dell'assemblea ed indipendentemente dalla sussistenza di una giusta causa, al cui mancare fa seguito una tutela di tipo risarcitorio; detta differenza di tipo procedimentale risponde evidentemente ad una logica di assicurare un elevato grado di tutela per il sindaco, affinché questi possa agire nella massima indipendenza.

(52) Cf. M. MACCIGNO, *Art. 2409-quater. Collegio sindacale. Controllo contabile. In Commentario alla riforma della società*, a cura di F. Ginezza, Milano, 2005, p. 478 (con un parallelismo fra collegio sindacale e revisore contabile nella disciplina ante d.lgs. 59 del 2010).

(53) In favore della sostenuta tesi dell'efficacia *ex tunc* della delibera di accertamento della decadenza si segnala G. CAVALLI, *I sindaci*, cit., p. 255; l'autore in particolare, giudica la provvisoria presenza di un sindaco irregolare, come un'ipotesi meno gravosa rispetto all'efficacia *ex tunc* della decisione della società, ossia rispetto all'invalidità pronunciata *ex post* dagli atti compiuti da un membro non più indipendente. Di avviso contrario, invece, con riferimento al collegio sindacale G.U. TAPESCHI, *Il collegio sindacale*, cit., p. 253 e 13. QUATRARO, *Le responsabilità dei sindaci*, in *Dir. fall.*, 1987, p. 117. La visione equitativa che induce una parte dottrina a preferire la soluzione dell'efficacia *ex tunc* è ben riassunta da M. LUBERTINI, *Note in materia di ineleghibilità e decadenza del sindaco consulente della società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 285 ove afferma che è "preferibile un collegio incompleto ad un collegio inquinato" e più di recente T. PASTORI, *Decadenza del sindaco*, cit., pp. 1113 e ss. ed in particolare l'ultimo paragrafo.

Mutuando una espressione di tipo civilistico, la tutela approntata dal legislatore è di tipo «reales»; in mancanza della giusta causa e della approvazione del Tribunale, infatti, la revoca non può avere seguito, non essendovi spazio per forme di ristoro pecuniario. La *ratio legis* che risiede dietro a detta scelta è chiaramente quella di assicurare un ordinato e continuo funzionamento dell'organo di controllo, al riparo dagli umori variabili della maggioranza assembleare.

Nella società per azioni la competenza a deliberare la «revoca diretta» di un sindaco è attribuita all'assemblea ordinaria, ai sensi dell'art. 2364 comma 1 n. 2 c.c., mentre nella società a responsabilità limitata la norma di riferimento resta l'art. 2479 c.c. (con competenza inderogabilmente assembleare) (54).

La delibera deve indicare nel dettaglio i motivi della revoca, affinché il Tribunale — chiamato all'approvazione con decreto — possa esercitare compiutamente la propria valutazione di merito. È opinione diffusa quella secondo cui il Tribunale, in mancanza di detta ricostruzione fattuale delle ragioni della revoca, debba fondare la propria decisione sul corredo documentale prospettato nella delibera, non potendo fondare la propria decisione su elementi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati nella deliberazione assembleare (55).

Netta sul punto è la posizione assunta in una risalente decisione del Tribunale di Milano secondo cui «in sede di approvazione della deliberazione di revoca dei sindaci il Tribunale può esclusivamente valutare se le ragioni addotte dai soci nella deliberazione costituiscono giusta causa della revoca e non deve prendere in esame le contestazioni mosse per la prima volta dall'organo amministrativo nel ricorso proposto per l'approvazione predetta» (56).

(54) Cfr. M. DE PAOLI, *Art. 2479 S.r.l.*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, p. 902.

(55) Di avviso contrario G. U. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 65 nella parte in cui afferma che «il procedimento si svolge quindi secondo la disciplina dell'art. 737 c.p.c. e ss. Il tribunale è tenuto a sentire il sindaco interessato, come dispone il secondo comma dell'articolo qui commentato, ciò che del resto deve anche avvenire affinché il sindaco revocando possa esercitare il diritto di difesa, che va garantito in qualsiasi procedimento; inoltre il tribunale può assumere informazioni ex art. 758, ultimo comma c.p.c., in modo che può interrogare le persone dalle quali ritenga di conseguire i chiarimenti opportuni. Per l'istruzione, in definitiva, si applicano i principi — tutt'altro che precisi e pacifici — concernenti i procedimenti in camera di consiglio. I fatti costituenti la giusta causa di revoca — ho già notato — debbono essere indicati nella delibera presa dall'assemblea; comunque il tribunale, anche per la natura non contestata del giudizio, ha facoltà di considerare anche i fatti diversi che possono risultare provati tramite le informazioni assunte o la documentazione agli atti del procedimento».

(56) Cfr. per esteso la decisione Trib. Milano 11 luglio 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 233.

Il decreto di approvazione ha carattere costitutivo.

Ai fini della presente analisi, va sottolineato con chiarezza come il procedimento di revoca si contraddistingua per la pluralità di fasi (condotta che integra una giusta causa di revoca, delibera assembleare ed approvazione con decreto da parte del Tribunale), ciascuna delle quali costituisce indefettibilmente il fondamento di quella successiva (57).

Dal punto di vista procedimentale, non paiono esservi differenze operative per l'ipotesi di revoca di sindaci nominati dalle minoranze attraverso il c.d. voto di lista ovvero dai titolari di strumenti finanziari ai sensi dell'art. 2351 comma 5 c.c., in quanto resta in ogni caso ferma la competenza deliberativa dell'assemblea ordinaria (58).

Il sindaco non è revocato sino a quando il decreto di approvazione emesso dal Tribunale territorialmente competente non sia definitivo, ossia non risulti più suscettibile di reclamo (ovvero il reclamo sia rigettato dalla Corte d'Appello).

Fino a questo momento, il sindaco continua ad esercitare le proprie funzioni pienamente e sulla base dell'originaria investitura di poteri; non si può, dunque, in alcun modo parlare di *prorogatio* dei poteri proprio perché essi non sono mai venuti meno.

Peraltro, una volta intervenuta formalmente la revoca ritengo non possa esservi ragionevolmente spazio per l'operatività della *prorogatio*, in ragione sia del carattere affittivo dell'istituto in esame, sia del necessario intervento assembleare nell'ipotesi di revoca (59). Appare in questo

(57) Condivisibile è l'affermazione sul punto di G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 47 ove precisa che «a differenza di quanto accade per il mandatario (art. 1725 ss.), l'inesistenza di una giusta causa si pone qui non come fatto costitutivo di un semplice obbligo risarcitorio, ma quale elemento che *impedisce* alla revoca di produrre i suoi effetti tipici». Quanto ai motivi che possono rappresentare giusta causa di revoca, certamente dovrà essere considerato tale il mancato adempimento dei doveri (sebbene si debba concordare con chi rileva che non ogni caso di inadempimento integri necessariamente una giusta causa di revoca), ma si ritiene che possa costituire giusta causa di revoca anche qualsiasi circostanza che, pur non costituendo inosservanza, almeno attuale, dei doveri dei sindaci, scongiuri la loro permanenza nella carica (si pensi, ad esempio, a situazioni, sebbene non ancora costituenti incompatibilità, concernenti la persona degli stessi), per un approfondimento del tema cfr. G. CAVALLI, *op. cit.*, pp. 49 e ss.

(58) Con riferimento alla revoca dei sindaci di nomina pubblica, la decisione è rimessa all'ente che ha effettuato la nomina; def pari va osservato che qualora sia necessario procedere alla sostituzione di un sindaco «di nomina pubblica» la scelta debba ricadere su di un supplente con la stessa provenienza e solo in mancanza occorrerà un intervento di nuova nomina dell'ente stesso; sul punto si rinvia alle osservazioni di P. MAGNANI, *op. cit.*, p. 142 e F. MAGLIUCCI, *op. cit.*, p. 57.

(59) Non sempre il carattere affittivo della revoca ha costituito un limite all'applicabilità della *prorogatio*; basti pensare a quanto disposto dall'art. 159 comma 6 del T.U.F. (oggi abrogato dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39) in base al quale in caso di revoca dell'incarico al revisore contabile vi è *prorogatio* dell'incarico al soggetto revocato, fino a quando non

frangente condivisibile quanto affermato da parte della dottrina secondo cui «la revoca esige parimenti un intervento assembleare, il che consente alla società di deliberare contestualmente la sostituzione del membro o dei membri rimossi dall'ufficio, senza necessità di ricorrere ai supplementi» (60).

Nulla vieta, però, che l'assemblea ordinaria che ha deliberato la revoca possa prevedere la sostituzione del sindaco revocando (previa conclusione della fase giurisdizionale) con un membro nuovo ovvero individui in un supplente l'idoneo sostituto, riservando ad una ulteriore successiva riunione assembleare l'integrazione complessiva dell'organo. In altri termini, ritengo che il mancato richiamo da parte dell'art. 2401 c.c. all'ipotesi di revoca non appare preclusivo per il ricorso ai supplenti, i quali tuttavia subentreranno non già automaticamente ma a fronte di una specifica *electio* fatta dall'assemblea ordinaria che ha deliberato la revoca.

Sia consentita una riflessione finale.

Nelle considerazioni svolte in precedenza è stata volutamente utilizzata l'espressione «revoca diretta» al fine di differenziare le ipotesi commentate da fattispecie distinte in cui solo empiricamente possono profilarsi situazioni di *prorogatio* dei poteri per l'organo di controllo, per cui si potrebbe utilizzare il termine di «revoca indiretta» dalla carica.

Si pensi ad ipotesi quali la trasformazione eterogenea della società azionaria in ente non societario (cui sono equiparabili fusioni e scissioni con profilo trasformativo) (61) ovvero al passaggio dal modello tradizionale di amministrazione e controllo ad un sistema alternativo monistico/dualistico ovvero, ancora, alla riduzione reale del capitale nella s.r.l. al di sotto del limite di cui all'art. 2477 c.c. nelle quali, seppure si assiste ad una

acquista efficacia il conferimento del nuovo incarico; sul tema si segnala Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale della società per azioni: il commento dell'Assemblea*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 891 e ss. ed in termini espressi circa l'applicazione della *prorogatio* a detta ipotesi di revoca cfr. C. E. SALODINI, *Il parere del collegio sindacale in merito alla revoca dell'incarico di revisione contabile nelle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2004, pp. 415 e ss.

(60) Cfr. G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 67.

(61) Pur rinunciando nell'alveo della trasformazione endosocietaria, significativa è l'ipotesi di trasformazione omogenea regressiva, deliberata a maggioranza dai soci, da società per azioni a società a responsabilità limitata con capitale di Euro 10 mila, in cui la nomina del collegio sindacale è solo facoltativa: in tal caso è ragionevole parlare di «revoca indiretta» del collegio sindacale attuata mediante la trasformazione.

In tema di rapporti fra trasformazione e revoca indiretta della carica, con particolare attenzione alla revoca degli amministratori di s.a.s. ed al c.d. abuso di maggioranza, cfr. A. DONATO, *La trasformazione*, Torino, 2004, p. 523 e sul tema dell'abuso di maggioranza si veda il recente contributo di E. TIMPANO, *L'interesse sociale fra contrattualismo ed istituzionalismo in relazione al conflitto d'interessi assembleare ed all'abuso della regola della maggioranza*, in questa *Rivista*, 2009, pp. 657 e ss.

cessazione particolare del rapporto di sindaco, non può tecnicamente ravvisarsi una *prorogatio* dei poteri (62).

(62) Sia sufficiente in questa sede richiamare (con alcune riserve da sviluppare in altra sede) quanto affermato dalla Massima II.C.12 del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari secondo cui «La variazione del sistema di amministrazione e controllo ha effetto alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo a quello nel corso del quale sia stata decisa, ovvero alla data diversa altrimenti disposta dalla medesima deliberazione (art. 2380 secondo comma, c.c.). Da tale data si verifica dunque la cessazione degli organi sociali previgenti, esclusa ogni possibilità di *prorogatio*».