

Anno 8 – Numero 20

3 novembre 2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- *Trust*
- *SRL: inapplicabilità dell'art. 2409*
- *Attività di direzione e coordinamento*

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE
a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE
a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO
a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA
a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI
a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)
Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Cristiniano Cincotti, Mario Donadio, Luciano Panzani, Giuseppe Antonio Policaro

I saggi costituenti "Studi e Opinioni" sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari competenti nei vari settori. La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori. Ogni scritto è preceduto da un abstract in italiano e in inglese. Saranno pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
TRUST E NEGOZI FIDUCIARI	
<i>Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori</i> di Luciano Panzani	7
STUDI E OPINIONI	
<i>La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per vizi di procedimento</i> di Mario Donadio	31
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. non si applica alle s.r.l.</i> (Cass. civile, sez. I, sent. n. 403 del 13/1/2010) di Giuseppe Antonio Policaro	53
PROBLOEMI DELLA PRASSI	
<i>Sulla soggezione ad attività di direzione e coordinamento</i> di Cristiano Cincotti	59
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	67
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	69
INFORMAZIONE CONVEGNI	73

SOMMARIO

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori

La relazione illustra la disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aja, nonché il problema dell'ammissibilità del trust di diritto interno, anche nell'ottica del diritto fallimentare.

di **Luciano Panzani**

STUDI E OPINIONI

La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per vizi di procedimento

Il saggio esamina le fattispecie di nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per mancanza del verbale e mancata convocazione dell'assemblea, introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003 al fine di colmare il deficit di tutela dei soci di minoranza presente nella disciplina previgente, cui la giurisprudenza poneva rimedio ricorrendo a pronunce di inesistenza delle delibere.

di **Mario Donadio**

COMMENTI A SENTENZE

Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. non si applica alle s.r.l.

(Cass. civile, sez. I, sent. n. 403 del 13 gennaio 2010)

La Corte di Cassazione ha affermato che il procedimento ex art. 2409 c.c. non è applicabile alle s.r.l., anche se dotate del collegio sindacale obbligatoriamente costituito ai sensi dell'art. 2477 c.c.

di **Giuseppe Antonio Policaro**

PROBLEMI DELLA PRASSI

Sulla soggezione ad attività di direzione e coordinamento

L'Autore prende in esame l'assetto proprietario e la governance di una società al fine di valutare se la stessa sia soggetta ad attività di direzione e coordinamento, e chi, eventualmente, eserciti tale attività.

di **Cristiano Cincotti**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
TRUST AND FIDUCIARY	
The trust in the Italian legal system: the point of view of the jurisprudence and the operators	7
<i>The report sets out the rules contained in The Hague Convention, and the question of the admissibility of a trust of internal law, even from the perspective of bankruptcy law.</i>	
by Luciano Panzani	
 STUDIES AND OPINIONS	
The invalidity of the deliberations of the assembly s.p.s. for defects of procedure	31
<i>The paper examines the nullity types of shareholder resolutions for lack of verbal and non-convening of the Assembly, introduced by the reform of company law of 2003 to fill the lack of protection of minority shareholders present in the previous law provisions, resolved from the case law by pronounces of non-existence of the resolutions.</i>	
by Mario Donadio	
 COMMENTS ON JUDGMENTS	
The judicial review pursuant to art. 2409 c.c. does not apply to s.r.l.	53
(Cass. civil, judgment n. 403 of 13/1/2010)	
<i>The Supreme Court has held that the procedure under art. 2409 c.c. shall not be applied to Ltd, even if they have mandatory supervisory board, established respecting the art. 2477 c.c. provisions.</i>	
by Giuseppe Antonio Policaro	
 PROBLEMS OF PRACTICE	
On subjection to management and coordination	59
<i>The author examines the ownership and governance of a company to assess if it is subject to management and coordination, and who, eventually, exercises this activity.</i>	
by Cristiano Cincotti	

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

A CURA DI ANNA PAOLA TONELLI E RICCARDO ROSSOTTO

IL TRUST NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA: IL PUNTO DI VISTA DELLA GIURISPRUDENZA E DEGLI OPERATORI*

La relazione illustra la disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aja, nonché il problema dell'ammissibilità del trust di diritto interno, anche nell'ottica del diritto fallimentare.

di **LUCIANO PANZANI**

1. La Convenzione dell'Aja e il trust in Italia

Com'è noto, il recepimento in Italia della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, relativa alla legge sui *trust* ed al loro riconoscimento (legge 16 ottobre 1989, n. 364) ha reso possibile anche nell'ordinamento italiano istituire un *trust*. La Convenzione infatti, anche se si limita a stabilire norme di collegamento uniformi per la determinazione della legge regolatrice del *trust*, di fatto consente nei paesi aderenti di diritto continentale di istituire dei *trust*, sia pur facendo riferimento come legge regolatrice alla legge di un paese che preveda nell'ambito del proprio ordinamento tale istituto e lo regoli.

In Italia il *trust* nelle sue applicazioni pratiche è stato utilizzato o se n'è prospettato l'impiego come strumento di tutela a protezione di soggetti incapaci, come mezzo per pianificare i passaggi generazionali della ricchezza, come strumento per tutelare l'integrità di patrimoni e di imprese, come ponte per superare o risolvere fasi patologiche nella vita delle aziende, quali quelle legate a situazioni fallimentari e pre-fallimentari, come strumento per definire rapporti patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o di divorzio, od ancora come istituto volto a disciplinare rapporti tra soggetti conviventi, non legati da vincolo matrimoniale, come strumento per perseguire finalità socialmente utili (c.d. *trust* caritatevoli) o per risolvere situazioni di incompatibilità di tipo professionale o legate a conflitti di interesse.

Anticipando quanto si dirà in seguito, occorre subito sottolineare che l'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui limiti entro i quali la Convenzione dell'Aja

* Relazione tenuta all'incontro di studio del CSM in data 11 ottobre 2010 "*I patrimoni di scopo: fondo patrimoniale, patrimonio destinato ad uno specifico affare e trust tra diritto interno e modelli stranieri*", in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza di Merito*.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

consente di ricorrere in Italia all'istituto del trust, in particolare al c.d. trust di diritto interno, vale a dire in cui tutti gli elementi principali del negozio a cominciare dalle parti, dall'oggetto e dal luogo di stipulazione sono siti in Italia eccezion fatta per la legge applicabile, è destinato ad essere superato dall'introduzione nel nostro ordinamento, prevista dal progetto di legge comunitaria per il 2010¹, del *contratto di fiducia*, inteso come strumento di utilità generale che possa competere con l'istituto del trust. Tale contratto è definito dall'art. 1, comma 6, del d.d.l. come “*contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili*”. Il contratto di fiducia, secondo la Relazione governativa, riprende il *Draft Common Frame of Reference* del 2009, elaborato su richiesta della Commissione europea, che precisa fin nei dettagli la disciplina applicabile alle ipotesi di titolarità fiduciaria. Ancora la Relazione governativa cita il precedente francese (la Francia non ha ratificato la Convenzione dell'Aja) del contratto di *fiducie*, introdotto con un'ampia novella al codice civile nel 2007, emendata con provvedimenti entrati in vigore nel 2008 e nel 2009.

Il progetto di legge prevede che il contratto abbia di regola carattere consensuale, salvo l'ipotesi di trasferimento di somme di danaro in cui il perfezionamento coincide con la data di versamento dell'intero importo di denaro in un deposito nella disponibilità del fiduciario. Effetti del contratto sono la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità del contratto ai terzi e ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti e i beni che costituiscono oggetto della fiducia. Si prevede, poi, che la disciplina della fiducia si applichi anche qualora gli effetti tipici di questa derivino da testamento, determinando, inoltre, le ipotesi in cui tali effetti scaturiscano da sentenza del giudice. E' dettata una disciplina specifica per il contratto di fiducia a scopo di garanzia e per il contratto di fiducia a scopo assistenziale. Oggetto della delega è anche la disciplina della cessazione del fiduciario dall'incarico e la possibilità di sua sostituzione da parte del giudice. Inoltre è previsto che il contratto abbia un termine di durata per evitare il congelamento di patrimoni per un tempo eccessivo. Si fanno espressamente e integralmente salve le norme in materia di antimafia, conflitto di interessi, e ogni norma a tutela dell'ordine pubblico. Si prevede il coordinamento con le discipline di tutela dei creditori, del contratto a favore di terzo, della cessione di crediti futuri, del fallimento, degli strumenti finanziari.

Tornando ora al diritto vigente ed al trust, va detto che la caratteristica peculiare del *trust* è rappresentata dalla situazione particolare di *segregazione* in cui viene a trovarsi il patrimonio costituito in *trust*. Si è sottolineato che il *trust* è un possente

¹ Disegno di legge del Governo n. 2284 presentato al Senato il 3 agosto 2010.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

strumento di autonomia privata per costituire patrimoni separati destinati a scopi predeterminati, derogando in questo modo al principio di responsabilità patrimoniale universale stabilito dall'art. 2740 c.c. per cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i propri beni presenti e futuri.

Dei soggetti coinvolti nel rapporto di *trust*, che di regola almeno negli ordinamenti anglosassoni non ha natura contrattuale, il *settlor* è colui che compie l'atto di disposizione e che può riservarsi determinati diritti di ingerenza sul patrimonio costituito in *trust*, il *trustee* ha l'amministrazione dei beni di cui acquista la proprietà vincolata peraltro agli scopi del *trust*, i beneficiari acquistano il diritto all'intestazione dei beni al momento dello scioglimento del *trust* e possono vantare diritti agli utili o ad attribuzioni di denaro in pendenza del *trust*, se l'atto di costituzione lo prevede. Dato fondamentale del *trust* è la segregazione della posizione giuridica soggettiva mediante il trasferimento di essa ad un soggetto terzo, il *trustee*, per effetto del quale la posizione segregata diviene indifferente alle vicende attinenti sia al soggetto disponente sia al soggetto trasferitario. La segregazione dei beni peraltro avviene non nel patrimonio dal quale vengono distaccati, ma in quello del soggetto terzo cui sono trasferiti. Ed i beni trasferiti, pur appartenendo al trasferitario, al *trustee*, non sono suoi: il diritto trasferito, non limitato nel suo contenuto, lo è invece nel suo esercizio, essendo finalizzato alla realizzazione degli interessi dei beneficiari. A tale schema fa eccezione il *trust* autoistituito, in cui la segregazione avviene nell'ambito del patrimonio del disponente stesso.

Questo meccanismo comporta che i creditori del *settlor* non possono soddisfarsi sui beni conferiti in *trust* perché essi sono nella proprietà del *trustee*; che i creditori del *trustee* non possono del pari soddisfarsi perché i beni sono oggetto di segregazione; che i creditori dei beneficiari possono soddisfarsi soltanto sulle attribuzioni che in pendenza di *trust* sono loro effettuate. Soltanto allo scioglimento del *trust* i creditori dei beneficiari potranno soddisfarsi su quanto è loro attribuito.

In dottrina² si è distinta per la sua peculiarità la posizione dei beni costituiti in *trust*. Si è osservato che il patrimonio separato è costituito da posizioni soggettive che, pur appartenendo ad un soggetto, sono sottoposte a regole speciali. In particolare nel patrimonio separato i creditori di questo patrimonio prevalgono rispetto agli altri creditori del medesimo soggetto perché essi soli possono direttamente soddisfarsi sul patrimonio separato. Tuttavia i creditori generali conservano quale garanzia sul patrimonio separato la possibilità di soddisfarsi nei limiti dei diritti che il soggetto che ha costituito tale patrimonio ha mantenuto su di esso. Se quindi soddisfatti i creditori particolari del patrimonio separato, esso non è esaurito permane una possibilità di soddisfacimento per tali creditori, quantomeno quando il vincolo di destinazione del patrimonio in parola sia venuto meno.

² M.LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, 565 e ss.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

Si è detto che per effetto della Convenzione dell'Aja il *trust* cessa di essere per il giurista continentale un istituto sconosciuto, un fenomeno giuridicamente ignoto da sussumere nell'ambito della categoria più vicina degli istituti di diritto interno. Tutti i fenomeni che corrispondano alla descrizione del *trust* data dall'art. 2 della Convenzione non potranno essere definiti altro che come *trust* consentendo l'operatività della Convenzione. Si è affermato anche che è ammissibile il *trust* di diritto interno, vale a dire il *trust* i cui elementi obiettivi siano tutti connessi all'ordinamento nazionale dello Stato contraente, ad eccezione della legge regolatrice, scelta dai contraenti o stabilita dalla Convenzione secondo i principi stabiliti dagli artt. 6 e 7. Il principio non è pacifico³, e recentemente vi sono stati interventi in dottrina diretti a contestare

³ In senso favorevole al riconoscimento del trust interno cfr. Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Foro It.*, 2004, I, 1295, n. DI CIOMMO; Trib. Bologna, 30 settembre 2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 45, 52, n. BUSANI, CANALI; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 31, 43, n. LUPOI; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 409; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 45, 67, n. BUSANI, CANALI; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Notariato*, 2002, 383, n. LUPOI. In senso dubitativo Trib. Firenze, 5 giugno 2002, in *Toscana giur.*, 2003, 17, n. GIOVANNONI. In senso contrario Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Trusts*, 2003, 255; Trib. S. Maria Capua Vetere, 14 luglio 1999; Trib. Firenze, 6 giugno 2002, le ultime citate da A. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in *Fallimento, Profili del trust nelle procedure concorsuali*, 2010, 10, nota 19. In dottrina in senso favorevole al trust di diritto interno M. LUPOI, *Istituzioni del diritto del trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 333; ID., *Legittimità dei trusts "interni"*, in Benvenuti (a cura di), *I trust in Italia oggi*, Milano, 1996, 40-41; ID., *Trusts*, cit. 537; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja* in *Riv. dir. civ.*, 2002, 257 e ss.; ID., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizione del trustee in base alla Convenzione de L'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 919 e ss.; M. LUPOI, *Lettera ad un notaio conoscitore del trust*, in *Rivista del notariato*, 2001, 1159 e ss. In senso contrario V. V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore, ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. giur.*, 2004, 67; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione*, in *Notariato*, 2001, 11 e ss.; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Notariato*, 2001, 1247 e ss.; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Notariato*, 2002, 1107 e ss.; E. NUZZO, *Il trust interno privo di "flussi" e "formanti" (ma con tracce di abuso e contaminazione da fisco)*, in *Banca Borsa*, 2004, 427 e ss.; P. SCHLESINGER, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni "Notariato" n.7, Milano 2002. 179; D. CORAPI, *Introduzione a Chevalier Cheshire, Il concetto di trust secondo la Common Law inglese*, Torino 1998 (rist. anastatica della prima ed., Milano 1933), pag. XII. Si vedano inoltre gli interventi della dottrina internazionalprivatistica: R. LUZZATTO, *"Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 7; S.M. CARBONE,

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

l'ammissibilità del *trust* di diritto interno, cui si è accompagnato il rilievo che la giurisprudenza favorevole a tale riconoscimento è tutta di merito e non è adeguatamente motivata, mentre la Suprema Corte non ha sinora avuto occasione di pronunciarsi sull'argomento⁴.

Prima di procedere oltre, appare opportuno illustrare brevemente le norme più rilevanti della Convenzione dell'Aja. L'art. 1 afferma espressamente che la Convenzione determina la legge applicabile ai trust e ne regola il riconoscimento. E' la stessa Convenzione dunque a precisare che essa non detta norme di diritto uniforme o a carattere sostanziale. L'art. 2 della Convenzione stabilisce poi quale sia la fattispecie oggetto di regolazione, precisando che per "trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato". Si aggiunge che il trust è caratterizzato dai seguenti elementi: "a) I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee; b) I beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee; c) Il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee.

Con riferimento alla definizione di trust adottata dalla Convenzione si è sottolineato in dottrina che l'art. 2) indica qual è il contenuto minimo necessario e sufficiente per riconoscere un istituto come trust. La nozione adottata è ampia, si distacca dal trust quale lo conosciamo nell'esperienza inglese ed americana, tanto che si è parlato in proposito di trust amorfo (*shapeless*)⁵. In particolare la definizione fa riferimento a rapporti giuridici non meglio determinati, neutri, senza precisare se il diritto del trust sulla *trust propriety* sia uno *jus in re* o uno *jus ad personam*⁶. La sostituzione della nozione di controllo o di messa sotto controllo al trasferimento dei beni al trustee in proprietà (la definizione contenuta nei *Principles of European Trust Law* è invece di *propriétaire des biens séparées de son patrimoine*) consente, infatti, di prescindere dalla questione se il trustee divenga proprietario dei beni o sia invece destinatario di una sorta di mandato fiduciario. Ne deriva che il rilievo di taluni autori secondo i quali il trust non potrebbe avere diritto di cittadinanza in Italia perché il nostro ordinamento non conosce la distinzione, propria del diritto inglese, tra *legal ownership* e *equitable ownership* che si fonda sul binomio *common law* ed *equity*, non si attaglia alla

Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento della Convenzione dell'Aja del 1985, in Trusts e attività fiduciarie, 2000, 145.

⁴ A. DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente*, cit. 11.

⁵ M. LUPOI, *I trusts in Italia: alcuni punti fermi*, in *Riv. dott. commerc.*, 1997, 591; nonché in *Trusts*, 2° ed., Milano, 2001, pp. 491-518.

⁶ L. ROVELLI, *Diretta applicabilità della convenzione dell'Aja e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dei "trust interni"*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2009, 12, 11.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

definizione dettata dalla Convenzione. Proprio per questo motivo l'art. 2 precisa che i beni in trust sono intestati al trustee, ma costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee.

L'art. 2 precisa ancora che "il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust". A tale proposito si è osservato che la configurabilità di un rapporto fra disponente e trustee, unita alla sostituzione del controllo alla nozione di trasferimento, rende prospettabile un durevole rapporto fra *settlor* e trustee, in perfetta antitesi al modello inglese.

L'art. 6 della Convenzione precisa che il trust è regolato dalla legge scelta dal disponente, scelta che deve essere espressa o ricavabile dall'atto che istituisce il trust ovvero ne fornisce la prova. Se peraltro la legge scelta non prevede l'istituto del trust, il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha collegamenti più stretti secondo i criteri di collegamento previsti dall'art. 7. Nel caso del trust interno, poiché non esiste una disciplina italiana dell'istituto, tutti gli interpreti concordano sul fatto che l'istituzione del trust è nulla.

Il riconoscimento del trust in forza della Convenzione comporta una serie di effetti minimi, vale a dire "che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio, di comparire, in qualità di trustee, davanti a notai o altre persone che rappresentino un'autorità pubblica" (art. 11). Sempre in forza dell'art. 11 "la rivendicazione dei beni in trust è permessa nella misura in cui il trustee, violando le obbligazioni risultanti dal trust, abbia confuso i beni in trust con i propri o ne abbia disposto".

Vi sono poi alcune clausole di salvaguardia. L'art. 13 stabilisce che "Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione". Da questa norma discende il problema dell'ammissibilità del trust interno, essenziale ai fini della concreta utilizzabilità dell'istituto in Italia, cui si è già accennato e su cui si ritornerà. L'art. 15 fa salvo il principio dell'ordine pubblico, precisando che "La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse". Tra le materie oggetto di salvaguardia che sono espressamente nominate spiccano la protezione dei minori e degli incapaci, gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, i testamenti e la devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria, il trasferimento della proprietà e le garanzie reali, la protezione dei creditori in caso d'insolvenza, su cui ci si soffermerà in prosieguo.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

Va peraltro ricordato che l'ultimo comma dell'art. 15, in genere trascurato dagli interpreti italiani, precisa che "qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di attuare gli scopi del trust in altro modo". Ancora l'art. 18 detta una sorta di norma di chiusura, precisando che "Le disposizioni della Convenzione possono essere disattese qualora la loro applicazione sia manifestamente contraria all'ordine pubblico", dove peraltro come in tutti i casi in cui è questione di norme di d.i.p. l'ordine pubblico è l'ordine pubblico internazionale e non la nozione più ampia di diritto interno.

2. Il trust di diritto interno

Si è osservato che la Convenzione dell'Aja non ha introdotto nel nostro ordinamento un *trust* di diritto interno né allo stato sussiste una disciplina nazionale dell'istituto. La Convenzione ha fissato norme di diritto internazionale privato che hanno introdotto nei vari Stati aderenti criteri univoci per il riconoscimento di *trust* di diritto estero⁷. La Convenzione rimane una convenzione in tema di conflitto di leggi, non detta norme di diritto sostanziale uniforme, sì che è problematico ricavarne la legittimità del *trust* di diritto interno, del *trust* cioè in cui, secondo la definizione dettata dall'art. 13 della Convenzione stessa, gli elementi importanti, ad eccezione della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono regolati dalla legge nazionale italiana, che non prevede l'istituto del *trust*. La Relazione alla Convenzione dell'Aja ha osservato che l'art. 13 della Convenzione nell'affermare che nessuno Stato contraente è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e di residenza abituale del *trustee* sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione, è norma rivolta non allo Stato contraente, ma al giudice, più esattamente si precisa che si tratta di una *faculté ouverte aux juges de tous les états contractants*. Tale rilievo peraltro non aiuta l'interprete nel risolvere la questione dell'ammissibilità del *trust* di diritto interno perché spetta proprio al giudice verificare se, alla luce della disciplina di diritto positivo, l'ordinamento riconosca il *trust* di diritto interno. In dottrina un illustre autore⁸ ha peraltro osservato che ove s'intendesse l'art. 13 "come il recupero sul terreno del riconoscimento di limiti più vasti ed indeterminati agli effetti dell'autonomia privata, quali riconosciuti nella sede di individuazione della legge applicabile", la norma sarebbe in insanabile contrasto e contraddizione con l'art. 6 della Convenzione stessa che stabilisce che il *trust* è regolato dalla legge scelta dal disponente. Di conseguenza l'art. 13 dovrebbe essere

⁷ Sul punto si vedano i rilievi di L. ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in *Trusts ed Attività fiduciarie*, 2001, 505; ID., *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fallimento*, 2009, 1038.

⁸ L. ROVELLI, *Diretta applicabilità della convenzione dell'Aja e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dei "trust interni"*, cit., 26.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

inteso “come mera norma di chiusura, da ricondurre principalmente allo schema della frode alla legge”.

Sulla base della disciplina dettata dalla Convenzione la dottrina contraria⁹ al riconoscimento del *trust* di diritto interno ha osservato che la funzione delle norme di diritto internazionale privato, tra cui vanno ricomprese quelle della Convenzione, è quella di individuare la legge applicabile a determinati rapporti che presentino rispetto alla *lex fori* elementi obiettivi d'internazionalità. Il *trust* di diritto interno non presenta tali elementi, al di fuori della scelta di una legge straniera che contempra l'istituto del *trust*. La Convenzione di per se stessa, nello stabilire che per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti volontariamente e in forma scritta con atto tra vivi o mortis causa, da un disponente, mettendo propri beni sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario e per un fine determinato (artt. 2 e 3 Conv.) a condizione che per la disciplina del *trust* così istituito si sia scelta in modo espresso una legge che "preveda l'istituto del *trust* o la categoria del *trust*" (artt. 5 e 6 Conv.) ha solo qualificato la fattispecie cui si applicano le norme della Convenzione, ma non avrebbe derogato all'esigenza implicita che gli elementi importanti del *trust* abbiano caratteristiche di internazionalità ulteriori rispetto alla scelta della legge straniera di regolazione del *trust*.

In senso contrario a tale orientamento si è osservato¹⁰ che gli artt. 5 e 6 della Convenzione non prevedono necessariamente che ricorrano elementi obiettivi d'internazionalità. Si è aggiunto che l'art. 13 della Convenzione nel prevedere la facoltà degli Stati contraenti di non riconoscere il *trust* interno, necessariamente ne ipotizza l'ammissibilità, come si ricaverebbe anche dai lavori preparatori della Convenzione da cui si evince che la proposta di escludere i *trust* interni dall'ambito di applicabilità della Convenzione stessa fu respinta. Del resto gli elementi obiettivi di internazionalità oggi possono essere facilmente costruiti a tavolino, mentre l'Italia nel ratificare la Convenzione non si è avvalsa della facoltà prevista dall'art. 13 di non riconoscere il *trust* interno.

Si è però ancora osservato¹¹ che la tesi sostenuta dai fautori dell'ammissibilità del *trust* interno porta al risultato che la scelta della legge straniera diverrebbe un *pruis* rispetto all'individuazione della fattispecie che giustifica l'applicazione della Convenzione, con la conseguenza che sarebbe aperta la strada all'importazione di

⁹ A.DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente*, cit., 13; F.FINMANÒ, *Trust e procedure concorsuali, Fallimento, Profili del trust nelle procedure concorsuali*, 2010, 32; G. BROGGINI, “Trust” e fiducia nel diritto internazionale privato, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 412; V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno*, cit., 57.

¹⁰ G. LA TORRE, *Il riconoscimento dei trust interni da parte del Tribunale di Firenze*, in *Trust*, 2006, 200; L. ROVELLI, *La libertà di scelta*, cit., 505; S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice*, cit., 2000, 145; B. UBERTAZZI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano e spagnolo*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, pagg. 531 e ss.

¹¹ A.DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente*, cit.,

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

strumenti giuridici stranieri nell'ordinamento interno. Tale argomento è stato peraltro contrastato¹² con il rilievo che nessuna norma della Convenzione, come già si è accennato, prevede siffatto limite e che la Convenzione stessa ha previsto regole più rigide in favore della *lex fori* con riferimento a principi di ordine pubblico (art. 15, 16). Inoltre il confronto con altre convenzioni internazionali, quali la Convenzione dell'Aja del 1955 in tema di vendita di cose mobili, che limita espressamente la sua sfera di applicabilità alle vendite internazionali, dimostra che il problema non poteva non essere noto ai redattori del testo della Convenzione.

Una parte della dottrina¹³ ritiene pienamente compatibile l'istituto del *trust* con i principi inderogabili del nostro ordinamento, in particolare con il principio, sancito dall'art. 2740 c.c., per cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri. La segregazione di una parte del patrimonio, che viene in questo modo vincolato a favore di alcuni creditori soltanto, è infatti vicenda non ignota al nostro ordinamento. In dottrina si sono a questo proposito indicate diverse fattispecie:

a) la disciplina del mandato in cui nel mandato senza rappresentanza il mandante è ammesso a rivendicare direttamente le cose mobili acquistate dal mandatario in nome proprio, ove tali beni sono sottratti all'azione esecutiva dei creditori del mandatario (art. 1707 c.c.). A tale proposito è stata sottolineata la vicinanza tra la disciplina del mandato e quella del *trust*, in cui il *trustee* riceve dal disponente un incarico che deve essere adempiuto tramite la gestione del patrimonio che gli è trasferito in proprietà a titolo sostanzialmente fiduciario nell'interesse di un terzo e cioè del beneficiario.

b) la disciplina del fondo patrimoniale ove del pari è data facoltà ai coniugi di separare una parte del patrimonio destinandolo ai bisogni della famiglia, con possibilità dei soli creditori relativi alle obbligazioni contratte per tali bisogni di agire sui beni costituenti il fondo (art. 170 c.c.).

c) la speciale disciplina dettata dall'art. 22 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che ha introdotto nuove figure di intermediari destinati a gestire gli investimenti in strumenti finanziari, prevedendo la separazione, anche in sede concorsuale, del patrimonio amministrato dal patrimonio dell'intermediario.

d) la disciplina dettata dall'art. 2447 quinquies c.c. relativamente ai patrimoni destinati ad uno specifico affare.

A tali ipotesi si è aggiunto il negozio fiduciario. Nelle sue due configurazioni derivanti dalla tradizione romanistica, la *fiducia cum amico* e la *fiducia cum creditore*, il

¹² L. ROVELLI, *Diretta applicabilità della convenzione dell'Aja e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dei "trust interni"*, cit., 21

¹³ Si vedano in proposito gli autori favorevoli al riconoscimento del *trust* interno citati alla nota 2.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

negozio fiduciario si presenta, al di là delle diverse costruzioni dottrinali che hanno cercato di spiegare il fenomeno, come “una fattispecie unitaria, permeata dalla *causa fiduciae*, che ne fa un negozio causale unico e inscindibile, diretto verso un determinato scopo unitario. Negozio unico, in cui uno dei due lati esplica i suoi effetti direttamente nei confronti dei terzi (ed è costituito normalmente dall'acquisto, da parte del fiduciario, di un diritto), e l'altro ha efficacia esclusivamente interna fra fiduciante e fiduciario, data dall'accordo - il *pactum fiduciae* - fra due soggetti suddetti; accordo per il quale il fiduciario si impegna ad usare del diritto acquisito esclusivamente per uno scopo predeterminato e tenuto di mira fra le parti, esaurito il quale cesserebbe la titolarità del fiduciario sul diritto acquisito”¹⁴. In tal modo si realizza “una fattispecie che diremmo di proprietà temporanea o formale o risolutamente condizionata al raggiungimento dello scopo, che contrasta con l'essenza dogmatica attribuita al diritto di proprietà e, con il principio *del numerus clausus* dei diritti reali”.

Autorevole dottrina¹⁵ ha peraltro sottolineato da un lato che vi sono rilevanti differenze tra gli istituti ora richiamati ed il *trust* di diritto interno e dall'altro che lo stesso istituto del *trust* presenta negli ordinamenti da cui è stato importato caratteristiche che non possono essere esportate nel nostro ordinamento e che ne rendono l'applicazione problematica, soprattutto per quanto concerne la tutela dei diritti dei terzi e dei creditori in particolare.

Da questo punto di vista si è osservato che il *trust* si fonda su uno sdoppiamento del diritto di proprietà (*dual ownership*) che presuppone la distinzione tra *common law* ed *equity*. In pratica esso genera una dissociazione tra proprietà e controllo per cui il *trustee* sarebbe titolare di una *legal ownership*, ed il beneficiario di una *equitable ownership*. Si tratterebbe di un diritto legale atipico¹⁶ la cui previsione sarebbe incompatibile con il principio, proprio del nostro ordinamento, della tipicità dei diritti reali. Soprattutto, si è detto, la costituzione del *trust* derogherebbe al principio della responsabilità generale del debitore sancito dall'art. 2740 c.c. senza una previsione espressa di legge in tal senso.

Rilevanti¹⁷ sarebbero poi le differenze con gli istituti previsti dal nostro ordinamento in cui è possibile una segregazione di beni. Nel caso del mandato senza rappresentanza il mandatario deve trasferire i beni al mandante perchè si compia l'effetto traslativo dei diritti acquistati in nome proprio dal mandante stesso. Soltanto nel caso dei beni mobili il mandante è ammesso direttamente alla rivendica (art. 1706, co. 1, c.c.). Invece nel *trust* il trasferimento della proprietà al *trustee* avviene direttamente

¹⁴ L. ROVELLI, *Diretta applicabilità della convenzione dell'Aja e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano dei "trust interni"*, cit., 14.

¹⁵ F.FINMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., 34 e ss.

¹⁶ R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, 22; A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti del trust nei paesi di civil law*, in *Riv.dir.civ.*, 1984, I, 93.

¹⁷ Cfr. ancora F.FINMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit.,

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

così come l'attribuzione dei diritti al beneficiario. Per quanto concerne il fondo patrimoniale la segregazione è soltanto imperfetta perché l'art. 169 c.c. consente di alienare i beni e l'art. 170 esclude il potere del creditore di agire esecutivamente soltanto quando il creditore conosceva che i debiti erano stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia. La previsione dei casi di cessazione del fondo (art. 171 c.c.) e l'eventualità che con una pronuncia del giudice si decida sulla destinazione dei beni accentua le differenze con il *trust*, affidato all'autonomia privata senza possibilità, si afferma, di ingerenze ad opera della legge o del giudice. Anche per quanto concerne i patrimoni destinati ad uno specifico affare vi è una differenza rilevante perché la segregazione avviene nel patrimonio dal quale i beni vengono distaccati e non in quelli di un soggetto terzo cui essi siano stati trasferiti, come nel *trust*. La segregazione opera soltanto se in fase genetica ed esecutiva vengono rispettati gli oneri informativi previsti dalla legge e la responsabilità non derivi da fatti illeciti o da abuso della separazione (art. 2447 ter, lett. c c.c.). A tali rilievi si può aggiungere che anche nel caso dell'intermediario destinato a gestire gli investimenti in strumenti finanziari la legge prevede specifici obblighi di comportamento e la separazione viene meno nel caso in cui non sia stata rispettata la doppia regola della separazione del patrimonio investito da quello dell'intermediario e della separazione del patrimonio dei singoli investitori¹⁸.

Non ci pare, tuttavia, che tali rilievi siano risolutivi per escludere l'ammissibilità nel nostro ordinamento del *trust* interno, quanto piuttosto che essi esprimano la necessità, evidenziata dalla dottrina ed ora, come vedremo, anche dalla giurisprudenza, di individuare i limiti dell'istituto nell'ambito dei principi dell'ordinamento e del ruolo proprio del giudice¹⁹. Al di là infatti delle innegabili differenze tra il *trust* e gli istituti

¹⁸ Sul tema si veda Cass. 12 settembre 2008, n. 23560, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2009, I, 243 con nota di P. BONTEMPI, *La tutela dei fiduciari in caso di crisi delle società fiduciarie prima e dopo l'entrata in vigore della riforma dei mercati finanziari*; Cass. 11 marzo 2005, n. 5383, in *Foro It.*, 2005, I, 2031 con nota di F.S. COSTANTINO, *Brevi note sui crediti dei clienti degli intermediari finanziari nelle procedure concorsuali*; in *Giur.It.*, 2006, I, 55, con nota di B. PETRAZZINI, *Dissesto di intermediario mobiliare e tutela dei clienti: le regole sulla "doppia separazione patrimoniale" al vaglio della Cassazione*.

¹⁹ Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in *www.ilcaso.it* ha affermato, in un'ipotesi in cui il *trust*, finalizzato al superamento della crisi dell'impresa mediante la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67 lett d) l. fall. era stato costituito da soggetto *in bonis*, che in base all'art. 15 della Convenzione dell'Aja, la legge applicabile al *trust* non può essere d'ostacolo all'applicazione delle disposizioni inderogabili della *lex fori*, tra le quali rientrano, per espressa previsione, le norme in materia di protezione dei creditori in caso di insolvenza; dall'applicazione di tale disposizione, discende che il *trust* istituito in violazione di norme inderogabili non è di per sé nullo, ma solo soggetto a quanto diversamente previsto dalla legge del foro. Ha aggiunto che qualora l'istituzione del *trust* comporti la violazione di norme inderogabili previste dalla *lex fori*, in base al secondo comma dell'art. 15 della convenzione dell'Aja, il giudice dovrà comunque cercare di attuarne gli scopi in modo alternativo.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

cui abbiamo fatto riferimento, va sottolineato che sia nel caso del fondo patrimoniale, sia soprattutto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare e della disciplina prevista per le società d'intermediazione in materia di strumenti finanziari, il nostro ordinamento ammette la segregazione di una parte del patrimonio facente capo ad un soggetto, rendendolo in misura maggiore o minore insensibile alle vicende successive alla creazione del vincolo e sottraendolo alla disciplina dettata dall'art. 2740 c.c. Così nel caso del fondo patrimoniale i beni conferiti non possono essere aggrediti dai creditori se non a fronte di obbligazioni contratte per i bisogni della famiglia. E' ben vero che il vincolo non è opponibile ai creditori che fossero a conoscenza che si trattava di obbligazioni contratte per bisogni estranei alla famiglia, ma è indubbio che il legislatore ha introdotto una deroga al principio della responsabilità patrimoniale generale stabilito dall'art. 2740 c.c. Tale deroga è ancora più evidente nel caso dei patrimoni destinati ad uno specifico affare dove non è significativo che perché sussista la segregazione debbano essere rispettate specifiche forme e non debba esservi abuso dell'istituto (ove si accolga la tesi che nega la segregazione ex art. 2447 ter, lett c c.c. qualora il patrimonio non sia congruo rispetto all'affare), né che la società di gestione risponda con il restante patrimonio in caso di illeciti, quanto piuttosto il fatto che i creditori della società non possono agire esecutivamente sul patrimonio per crediti estranei alla gestione del patrimonio stesso. Né rileva che la segregazione si realizzi nel patrimonio della società di gestione e non in quello di un terzo, come nel *trust*. Ciò che interessa è che la segregazione deroga in termini pressoché totali al principio della responsabilità patrimoniale generale, sì che non può affermarsi che il *trust* sia istituto che non può essere recepito nel nostro ordinamento perché con esso incompatibile. Ed analoghi rilievi valgono per quanto concerne la disciplina degli intermediari finanziari ed il principio della doppia separazione dettato dal t.u.f.

Va da ultimo sottolineato che appare abbastanza discutibile contestare l'ammissibilità della segregazione di parte del patrimonio quando la possibilità, ormai illimitata, di costituire società di capitali con unico socio, consente a chiunque di segregare una parte del proprio patrimonio attribuendogli non solo autonomia patrimoniale, ma addirittura personalità giuridica senza peraltro perdere il controllo dello stesso.

Argomentare l'inammissibilità dell'istituto del *trust* in Italia dal fatto che attraverso di esso s'introdurrebbe una deroga al principio del *numerus clausus* dei diritti reali significa poi, a nostro avviso, peccare di dogmatismo. Come già si è accennato, i diritti del beneficiario nel *trust* o i residui diritti del disponente non richiedono

Dall'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 15 della convenzione dell'Aja, consegue che qualora il *trust* leda gli interessi dei creditori la tutela a questi accordata sarà quella riconosciuta dalla *lex fori* in presenza di atti lesivi dei loro diritti, tutela che in Italia si realizza mediante l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

necessariamente per essere spiegati la previsione della doppia proprietà, della *legal ownership* e della *equitable ownership*, ignota al nostro ordinamento, ma possono essere costruiti come diritti personali. Va sottolineata a questo proposito l'analogia, già ricordata, tra *trust* e mandato. D'altro canto anche il vincolo rappresentato dal *numerus clausus* dei diritti reali non costituisce un ostacolo ove si consideri che in virtù del meccanismo previsto dalla Convenzione dell'Aja, il *trust* è destinato ad essere regolato da una legge straniera, richiamata al momento della sua costituzione, che tale istituto preveda. Per convincersene è sufficiente considerare il caso in cui la fattispecie presenti elementi di internazionalità. Nessuno dubiterebbe in tale ipotesi che il *numerus clausus* non costituisca ostacolo all'applicazione dell'istituto. Va infine sottolineato che, ferma restando la necessità della segregazione dei beni in capo al *trustee*, la definizione di *trust* dettata dalla Convenzione dell'Aja non postula necessariamente l'esistenza di un diritto reale del trustee sui beni.

Certo l'art. 2740, comma 2, stabilisce che le limitazioni di responsabilità sono ammesse soltanto nei casi previsti dalla legge ed il *trust* interno non è oggetto di alcuna previsione normativa di diritto interno. Anche questo rilievo, tuttavia, sta o cade a seconda che si accolga o si neghi la tesi che ricava l'ammissibilità del *trust* di diritto interno dalla stessa Convenzione dell'Aja. La stessa circostanza che il legislatore abbia recepito la Convenzione porta ad escludere che in via generale si possa affermare che l'atto istitutivo del *trust* in quanto atipico, non corrisponda ad un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. e non possa pertanto essere legittima espressione di autonomia negoziale.

3. Limiti al recepimento del *trust*

Se non vi sono, a nostro avviso, obiezioni che impediscano di accogliere il *trust* nel nostro ordinamento, i rilievi della dottrina contraria a tale risultato meritano tuttavia di essere valorizzati per sottolineare che il recepimento del *trust* non può avvenire senza porre attenzione ai diritti dei terzi che possono essere lesi dalla segregazione del patrimonio ed al rischio che, attraverso un recepimento indiscriminato dell'istituto, senza i limiti che gli ordinamenti anglosassoni ben conoscono²⁰, si possano favorire ipotesi di abuso del diritto. A tale proposito va ricordato che è stato affermato che per via dell'art. 13 della Convenzione il giudice potrebbe non riconoscere il *trust* che possa apparire *ripugnante* all'ordinamento nazionale, ad esempio sotto il profilo dell'evasione fiscale o dell'elusione *in fraudem legis*²¹.

Va sottolineato che la Convenzione dell'Aja fa salvi all'art. 15 i principi inderogabili di diritto interno. Tra questi principi vi è, per espressa menzione della

²⁰ Sul punto si vedano i rilievi di FINMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., 28 e ss. sul *protective trust* in diritto inglese e sull'impiego della clausola *spendthrift* in diritto americano.

²¹ In tal senso Trib. Bologna, 16 giugno 2003, cit.; Trib. Firenze, 5 giugno 2002, cit.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

Convenzione, *la protezione dei creditori in caso di insolvibilità*. Più in generale si ritiene che l'art. 15 salvaguardi il principio di responsabilità patrimoniale universale, tutte le volte in cui l'ordinamento non consenta all'autonomia privata di derogarvi. In proposito è possibile fare due tipi di ragionamenti: o ritenere che i casi di deroga al principio dell'unicità del patrimonio ed alla regola sancita dall'art. 2740 c.c. sono di stretta interpretazione, sì che alle ipotesi espressamente indicate dal legislatore italiano altre non se ne possono aggiungere, ovvero affermare che la deroga è legittima perché, diversamente, escludere la riconoscibilità di quest'effetto significherebbe vanificare l'adesione dell'Italia alla Convenzione²². E la circostanza che l'istituto del patrimonio separato, pur diverso per qualche aspetto dal regime di segregazione proprio del *trust*, non è ignoto al nostro ordinamento; che in taluni casi il *trust* persegue finalità del tutto analoghe a quelle proprie di corrispondenti istituti propri del nostro ordinamento, come il fondo patrimoniale; che al principio della responsabilità patrimoniale universale si è derogato da qualche anno in misura ben più evidente con l'istituzione della società a responsabilità limitata unipersonale, sono tutte considerazioni che portano a ritenere che vi sia una sostanziale compatibilità tra la disciplina della segregazione propria del *trust* con la conseguente sottrazione ai creditori della possibilità di agire esecutivamente sui beni costituiti in *trust* e la disciplina concorsuale italiana.

Occorre ovviamente che il vincolo di scopo sui beni costituiti in *trust* sia effettivo²³ e che pertanto in questo modo non si sia posto in essere un contratto in frode alla legge, diretto a sottrarre i beni alla garanzia patrimoniale generale prevista a favore dei creditori dall'art. 2740 c.c. Di conseguenza è necessario che il beneficiario del *trust* non abbia poteri di disposizione sui beni o che, pur avendoli, essi siano comunque finalizzati al perseguimento degli scopi del *trust*. Ed occorre analogamente che il disponente non si sia riservato poteri di amministrazione nell'ambito del *trust*. Occorre cioè in altri termini che la segregazione del patrimonio sussista effettivamente, che alla sottrazione dei beni all'azione esecutiva dei creditori comuni si accompagni l'effettività del vincolo di scopo sul patrimonio segregato sotto il duplice profilo dell'inalienabilità dei beni se non per il perseguimento dello scopo e della finalizzazione dei poteri di amministrazione del *trustee* alla realizzazione di tale scopo.

Ancora un profilo deve essere sottolineato. Si è visto che i beni costituiti in *trust* sono separati rispetto al patrimonio del *trustee* ed a questo proposito l'art. 11 della Convenzione dell'Aja prevede che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare, vale a dire compiere atti esecutivi, sui beni del *trust* e che tali beni siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di sua insolvenza, se così è stabilito dalla

²²A.DIMUNDO, *Spendthrift clause e fallimento del beneficiario: riflessioni di un giurista italiano*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, 510.

²³ Per una vicenda considerata da un giudice americano, si veda, per i suoi riferimenti al nostro ordinamento il già citato scritto di A.DIMUNDO, *Spendthrift clause e fallimento del beneficiario: riflessioni di un giurista italiano*, in *Trust e attività fiduciarie*, 507 e ss.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

legge applicabile al *trust* secondo la Convenzione, vale a dire nella maggior parte dei casi. Tuttavia l'art. 11, terzo comma, lett. d) ammette la rivendicazione dei beni in *trust* nel caso in cui il *trustee* abbia confuso i beni del *trust* con i suoi, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*.

Si può porre in questo caso il problema del rapporto tra questa normativa, che fa rinvio alla disciplina stabilita dalla legge regolatrice del *trust*, ed i principi inderogabili di diritto interno.

Merita tuttavia svolgere alcune considerazioni di carattere generale. La considerazione comune degli *assets* in un'unica massa in caso di confusione dei patrimoni non è ignota alla legislazione italiana e, probabilmente, anche alla legislazione di altri Paesi. Come si è già accennato, in Italia la disciplina speciale delle banche e delle società d'investimento finanziario, che svolgono attività d'investimento e gestione fiduciaria di titoli per conto dei clienti, prevede che tali attività debbano essere oggetto di gestione separata, costituendo così a tutti gli effetti un patrimonio autonomo facente capo alla banca o alla società di gestione (art. 22 t.u. 24.2.1998, n. 58). Nel caso d'insolvenza i clienti sono ammessi a rivendicare i titoli, anche se individuati soltanto per qualità e valore. Ove peraltro non sia rispettato il principio della doppia separazione patrimoniale tra patrimonio della banca o società di gestione e patrimonio della clientela e tra il patrimonio dei singoli clienti, gli organi della procedura procedono alla restituzione dei titoli agli aventi diritto nei limiti del possibile ed altrimenti alla liquidazione degli strumenti finanziari di pertinenza della clientela e alla ripartizione del ricavato secondo la medesima proporzione (art. 91 d.lgs. 1.9.1993, n. 385, t.u. bancario).

La confusione cioè del patrimonio separato rappresentato dagli strumenti finanziari degli investitori con il patrimonio della società di investimento o banca, comporta, nel caso in cui i singoli strumenti finanziari non siano materialmente individuabili, che i titolari possano far soltanto valere il credito di restituzione corrispondente al valore dei titoli che non possono rivendicare. Si determina quindi un concorso tra questi creditori nei limiti in cui essi possono trovare soddisfacimento nell'ambito del patrimonio separato e, nella misura in cui vi è stata confusione tra tale patrimonio e quello dell'intermediario, si apre il concorso indifferenziato sull'intero patrimonio, quello separato e quello facente capo all'intermediario, di tutti i creditori. Va sottolineato che la giurisprudenza della Cassazione ha ribadito il principio anche con riferimento alla disciplina previgente²⁴, sì che esso assume certamente il carattere di regola generale.

²⁴Cass. 12 settembre 2008, n. 23560, cit. ; Cass. 12 febbraio 2008, n. 3380; Cass. 12 giugno 2007, n. 13762, in *Fallimento*, 2007, 1139 con nota di F.S. COSTANTINO, *Rivendica di somme di danaro inerenti a servizi d'investimento nella legge fallimentare*; Cass. 5 aprile 2006, n. 7878, in *Giust.civ.*, 2007, I, 2016; Cass. 11 marzo 2005, n. 5383, cit.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

Si tratta di vedere se tale regola possa valere, in ragione del principio sancito dall'art. 11 lett. d) della Convenzione e comunque del principio sancito dall'art. 15 per cui sono fatti salvi i principi generali in tema di responsabilità ex art. 2740 c.c., nei casi in cui il *trustee* abbia violato l'obbligo di tenere separata la gestione del patrimonio costituito in *trust* da quello proprio. A mio avviso la deroga al principio della responsabilità universale del patrimonio del debitore affermata dalla disciplina del *trust* può essere invocata soltanto sino a quando non vi sia stata violazione degli obblighi previsti dalla disciplina stessa. Se la separazione o segregazione è venuta meno per fatto del *trustee*, debbono riprendere vigore i principi generali.

Già si è accennato al principio affermato dall'art. 15 della Convenzione in forza del quale sono fatti salvi i principi inderogabili di diritto interno, tra cui , per espressa menzione della Convenzione, *la protezione dei creditori in caso di insolvenza*. La giurisprudenza milanese²⁵ ha recentemente fatto applicazione di questo limite per

²⁵ Trib. Milano, 16 giugno 2009, est. D'Aquino; Trib. Milano, 27 luglio 2009, est. Gandolfi, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 17 luglio 2009, est. Mambriani; Trib. Milano, 22 ottobre 2009, in www.ilcaso.it. Si tratta di quattro provvedimenti pronunciati in sede cautelare su istanza il primo del *trustee* nominato nel trust in cui il socio liquidatore aveva segregato le attività della società in nome collettivo insolvente poi dichiarata fallita avverso il provvedimento con cui egli era stato sostituito da parte degli organi del Fallimento con altro *trustee* di fiducia della procedura. Il secondo è stato pronunciato in sede di reclamo avverso il primo provvedimento. Il terzo ha provveduto accogliendola sull'istanza del curatore del Fallimento di sequestro giudiziario dei beni costituiti in *trust*. Il quarto ha provveduto sul reclamo avverso il terzo provvedimento. Si riporta la massima della decisione da ultimo citata: "Deve essere dichiarato nullo ai sensi degli artt. 1418 cod. civ. e 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja del 16 ottobre 1989, n. 364, il *trust* liquidatorio nel quale l'impresa disponente, già in stato di insolvenza ex art. 5 legge fall., abbia segregato l'intero patrimonio aziendale, poiché le regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali sono derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori (che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti ex art. 182 bis l.f.), ma non attraverso un atto di disposizione che renda il patrimonio dell'impresa del tutto insensibile alle esigenze dell'esecuzione concorsuale e del suo controllo da parte dei creditori". Pronunciando sul reclamo avverso la dichiarazione di fallimento della s.n.c. App. Milano, 29 ottobre 2009, in www.ilcaso.it ha affermato il principio per cui "Non vale ad escludere lo stato di insolvenza ex art. 5 legge fallimentare, e deve pertanto essere confermata la sentenza dichiarativa di fallimento della società disponente che, prima dell'apertura del concorso, abbia costituito un trust avente ad oggetto l'intero patrimonio societario, quando tale operazione si sia rivelata solo formalmente finalizzata a tutelare i creditori, ed abbia piuttosto dato luogo ad una liquidazione atipica diretta in realtà alla sottrazione-distrazione dei beni sociali rispetto al loro impiego in finalità di regolazione dei debiti. Nella specie, il trustee, fallito in proprio e coincidente con il legale rappresentante della società disponente pure dichiarata fallita, a due anni di distanza dall'istituzione del trust non aveva presentato alcun serio programma di liquidazione, né aveva effettuato alcun pagamento a favore dei creditori sociali, verso i quali erano mancate adeguate

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

affermare che il *trust* istituito da un imprenditore insolvente è illecito sin dall'origine e quindi nullo, in quanto istituito per eludere l'applicazione delle norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale, in violazione in particolare degli artt. 13 e 15, lett. e) della Convenzione. Nel caso invece di un *trust* istituito da un imprenditore disponente solvibile, i giudici milanesi hanno ritenuto che il *trust* sia validamente costituito, ma hanno aggiunto che nel caso in cui il disponente divenga insolvente debbono trovare applicazione in via analogica le norme fallimentari relative ai contratti pendenti, in particolare l'art. 78 l.fall. in tema di mandato che prevede che il fallimento del mandante non scioglie il mandato, ma che il curatore ha facoltà di subentrarvi o di sciogliersi.

La giurisprudenza milanese si è formata con riferimento ad un caso veramente peculiare, in cui una società in nome collettivo insolvente aveva istituito un *trust* conferendo in *trust* l'intero patrimonio sociale e designando quale *trustee* il proprio socio liquidatore illimitatamente responsabile con l'incarico di liquidare il patrimonio e soddisfare i creditori. Nella realtà il *trustee* non aveva svolto alcuna attività in favore dei creditori e la costruzione si era rivelata null'altro che un *escamotage* per frodare i creditori e mantenere la piena disponibilità del patrimonio della società insolvente. Nel contrasto tra la pretesa del curatore del fallimento della società disponente di acquisire i beni in *trust* all'attivo del fallimento e la pretesa del *trustee* che tali beni fossero sottratti in virtù del vincolo di segregazione alla liquidazione concorsuale, i giudici milanesi hanno ritenuto che il vincolo derivante dall'art. 15 della Convenzione dell'Aja comporti la nullità in quanto atto in frode alla legge di un vincolo creato per determinare una forma di liquidazione nell'interesse dei creditori diversa da quella prevista dal legislatore tramite la procedura concorsuale. Il *trust*, si è detto, non persegue interessi meritevoli di tutela essendo la causa in concreto perseguita dalla società disponente diretta ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale, in violazione degli artt. 13 e 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja. L'atto, si è aggiunto, era illecito sin dall'origine perché elusivo della disciplina fallimentare italiana e quindi non poteva essere riconosciuto ai sensi dell'art. 11 della Convenzione. Nel caso di specie l'intento elusivo della disciplina concorsuale era particolarmente evidente perché in due anni dalla costituzione del *trust* il socio illimitatamente responsabile designato quale *trustee* non aveva compiuto alcun atto di liquidazione del patrimonio in favore dei creditori che rimanevano insoddisfatti.

La conclusione cui sono pervenuti i giudici milanesi merita di essere condivisa. Il limite dettato dall'art. 15 lett. e) per cui è fatta salva, tra i principi inderogabili di diritto interno, *la protezione dei creditori in caso di insolvibilità*, non può riferirsi

forme di comunicazione e di fattivo coinvolgimento".Sull'intera vicenda si è soffermato A.DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente*, cit., 3 e ss.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

soltanto alla disciplina dell'azione revocatoria²⁶. Le norme che regolano la sorte dell'imprenditore insolvente hanno infatti carattere di principio di ordine pubblico, come tale inderogabile, salvo che la deroga si fondi sul consenso dei creditori, come avviene nel caso dei piani attestati o degli accordi di ristrutturazione. E' certamente possibile raggiungere, anche al di fuori dei casi ora considerati, un accordo con i creditori nell'ambito delle c.d. convenzioni stragiudiziali di composizione dell'insolvenza in passato ben note alla pratica, ma occorre che il consenso di una parte almeno dei creditori faccia venir meno l'insolvenza, perchè altrimenti non si può prescindere dalle forme di liquidazione concorsuale previste dalla legge. Diversamente, com'è stato correttamente sottolineato²⁷, rimarrebbe elusa la regola dettata dall'art. 2741 c.c. in forza della quale i creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, fatte salve le cause legittime di prelazione.

V'è da chiedersi se alle medesime conclusioni si dovrebbe pervenire nel caso in cui il *trust* istituito dalla società insolvente avesse effettivamente operato in conformità al suo scopo istitutivo provvedendo alla liquidazione del patrimonio ed al soddisfacimento dei creditori nel rispetto della *par condicio*. La risposta non può che essere affermativa. Come si è accennato, l'esclusività della liquidazione concorsuale ed il suo carattere pubblicistico, confermato dal potere d'iniziativa rimesso al Pubblico Ministero, costituisce un principio inderogabile del nostro ordinamento, appena attenuato dalla possibilità di forme alternative di composizione dell'insolvenza che presuppongono tuttavia o il consenso della maggioranza dei creditori accertato in sede giurisdizionale nelle forme del concordato preventivo o il venir meno dell'insolvenza in forza dell'adesione di una parte del ceto creditorio alla proposta di composizione del debitore ed alla capacità dell'impresa di far fronte ai crediti vantati dai creditori estranei come avviene nel caso dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione. La contrarietà ai principi inderogabili comporta che l'atto di costituzione del *trust* sia nullo sin dall'origine e che la nullità possa esser fatta valere da chiunque vi abbia interesse, interesse peraltro che deve essere ravvisato nell'intenzione di giovare con risultato positivo della liquidazione concorsuale, sì che la domanda non dovrebbe essere proponibile ove dalla liquidazione concorsuale non potesse derivare per il creditore alcun risultato utile.

Maggiori perplessità desta l'affermazione, pure dei giudici milanesi, che nel caso in cui il *trust* sia stato validamente costituito perchè l'imprenditore che l'ha formato non versava in stato d'insolvenza, dovrebbe trovare applicazione, ove questi divenga successivamente insolvente, la disciplina prevista dalla legge fallimentare per i rapporti pendenti ed in particolare l'art. 78 in ordine alle sorti del mandato, con la conseguente

²⁶ In questo senso, invece, sembra esprimersi, probabilmente condizionato dalla fattispecie oggetto d'esame, Trib. Alessandria 24 novembre 2009, citato alla nota 13.

²⁷ A.DIMUNDO, *Trust interno*, cit., 2010, 16.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

possibilità per il curatore di subentrare nel rapporto ovvero di sciogliersene. Va premesso che quanto sostenuto dai giudici milanesi rimane un'affermazione in astratto, un *obiter dictum*, in quanto nel caso di specie il disponente il *trust* era già in stato d'insolvenza nel momento in cui l'aveva costituito, sì che il negozio era nullo *ab origine* e non vi era necessità d'invocare la disciplina dei rapporti pendenti. Ciò detto, va osservato che se il *trust* ha come scopo la soddisfazione dei creditori del disponente mediante trasferimento del patrimonio al *trustee* e destinazione del ricavato della liquidazione al loro soddisfacimento, indubbiamente tale forma di liquidazione alternativa alla liquidazione concorsuale trova il limite dell'inderogabilità della disciplina legale dell'insolvenza secondo la *lex fori*, in forza del principio sancito dall'art. 15, lett. e) della Convenzione dell'Aja. In tal caso sia che si voglia ritenere applicabile la disciplina dettata dall'art. 78 l.fall., in ragione delle analogie già ricordate tra mandato e *trust*, sia invece che si voglia ragionare di nullità sopravvenuta del negozio, deve ritenersi che il curatore possa sciogliersi dal rapporto e far venir meno l'effetto segregativo derivante dal *trust*. Ci pare peraltro più esatto parlare di nullità sopravvenuta che di rapporto pendente, posto che quest'ultimo presuppone che gli effetti derivanti dal negozio non si siano ancora interamente compiuti per nessuna delle parti, mentre nel caso dell'atto costitutivo del *trust* l'effetto traslativo dei beni già si è verificato, mentre soltanto le obbligazioni che fanno capo al *trustee* ed il suo diritto-dovere di amministrare il patrimonio segregato potrebbero venir meno in forza dello scioglimento sopravvenuto del rapporto. La decisione del curatore di sciogliersi dal rapporto non potrebbe cioè far venir meno l'effetto traslativo dei beni, semmai potrebbe determinare un obbligo del *trustee* di ritrasferire tali beni al curatore, in ragione dell'impossibilità di adempiere agli scopi istitutivi del *trust*. Questi vincoli non valgono invece nel caso in cui si faccia valere la nullità sopravvenuta. Essa incide, com'è stato ricordato²⁸, non sul negozio che è valido *ab origine*, ma sul rapporto. Il curatore potrà dunque apprendere all'attivo della procedura i beni che non siano stati oggetto di precedenti atti di disposizione, fatta salva l'azione di responsabilità nei confronti del *trustee* nel caso di mala gestio per quanto concerne gli atti pregressi.

Ulteriori limiti discendono dalla natura stessa del *trust* in rapporto alle caratteristiche del vincolo di segregazione del patrimonio. La disciplina del *trust* non può trovare applicazione tutte le volte in cui il *trust* sia stato utilizzato per finalità che non gli sono proprie, violando l'obbligo di amministrare e disporre dei beni in rapporto a quelle che sono le finalità del *trust* stesso ovvero l'atto costitutivo del *trust* lasci al beneficiario od al costituente il *trust* poteri penetranti in ordine alla gestione ed alla disposizione dei beni, tutte le volte cioè in cui limitazioni al potere dei creditori del beneficiario o del disponente di agire esecutivamente sui beni non siano finalizzate al rispetto del vincolo di destinazione del patrimonio. In tali fattispecie si è

²⁸ A.DIMUNDO, *Trust interno*, cit. 15.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

sostanzialmente di fronte ad ipotesi di abuso dell'istituto. In questi casi si può ritenere di essere di fronte ad un *trust* nullo o ad un negozio indiretto, nullo per illiceità della causa.

Altro tema che occorrerebbe indagare e sul quale non mi pare che vi siano precedenti giurisprudenziali significativi è quello dell'ammissibilità dell'azione di simulazione. A prima vista non sembrerebbe esservi spazio per l'applicazione di tale istituto, perchè il costituente il *trust* intende effettivamente trasferire la proprietà dei beni in capo al *trustee* facendo luogo al vincolo di destinazione tipico del *trust* stesso. Non si è di fronte ad un caso di interposizione fittizia, ma reale. Tuttavia, la costituzione del *trust*, quando deroghi a quelle che sono le sue caratteristiche essenziali (ed a questo proposito occorre ricordare che la disciplina degli ordinamenti che conoscono il *trust* consente che il *settlor* conservi alcuni poteri in ordine alla sostituzione del *trustee* o nomini un *protector* cui sono attribuiti alcuni poteri di garanzia in ordine agli indirizzi che debbono essere seguiti nella gestione del *trust*, così come consente che il beneficiario possa essere anche *trustee*, purchè non nel suo esclusivo interesse), potrebbe essere oggetto d'indagine per accertare se non si tratti di negozio simulato e se il disponente non abbia inteso porre in essere un negozio diverso, ad esempio un mandato a gestire i beni nel proprio interesse. In tal caso i creditori o la curatela potrebbero avere interesse a far accertare dal giudice la simulazione, per poi applicare al negozio dissimulato la disciplina sua propria, in genere compatibile con il rispetto dei diritti dei creditori.

4. *Trust* e azione revocatoria

Naturalmente il *trust* non può essere impiegato in violazione dei diritti dei creditori personali del terzo, che siano già venuti in essere. A tale proposito occorre sottolineare che costoro non potranno agire sui singoli beni costituenti il patrimonio costituito in *trust*, in ragione del vincolo di segregazione derivante dal *trust* stesso. Potranno peraltro impugnare la costituzione del *trust* con l'azione revocatoria, ordinaria e fallimentare, oltre a farne valere l'eventuale nullità come già si è indicato.

A tale proposito è stato acutamente osservato²⁹ che di per se stesso l'atto istitutivo del *trust* è un atto neutro, strumentale alla costituzione del rapporto del quale il disponente detta le regole, che ancora non incide sulla garanzia dei creditori, che in realtà viene lesa non da tale atto, ma dal successivo negozio con cui i beni facenti parte del patrimonio del disponente vengono trasferiti al *trustee*. A proposito di tale atto va sottolineato che esso è impugnabile con l'azione revocatoria sia perché esso è logicamente antecedente alla costituzione del vincolo di segregazione, che si determina soltanto per effetto dell'avvenuto trasferimento, sia perché esso non è soggetto alla disciplina della legge straniera regolatrice del *trust* scelta dal disponente. La Convenzione dell'Aja, infatti, all'art. 4 stabilisce che essa “non si applica alle questioni

²⁹ A. DIMUNDO, *Trust interno*, cit., 8.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali i beni sono trasferiti al *trustee*". Pertanto la validità e la revocabilità dell'atto di trasferimento sono regolate dal diritto italiano³⁰

Per quanto attiene alla revocatoria, è immediato far riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza con riguardo ad un altro istituto nel quale, come si è visto, sono presenti elementi di segregazione del patrimonio, vale a dire il fondo patrimoniale³¹. Con riguardo a tale istituto la giurisprudenza è assolutamente pacifica nel considerare l'attribuzione dei beni al fondo come atto a titolo gratuito, inefficace ai sensi dell'art. 64 l.f.

Si è infatti detto che l'atto di costituzione del fondo patrimoniale (art. 167 c.) compiuto dal fallito nel biennio anteriore al fallimento, rientrando nel *genus* degli atti a titolo gratuito, è soggetto ad azione revocatoria da parte del curatore del fallimento, ex art. 64 l. fall., atteso che esso, creando un patrimonio di scopo che resta insensibile alla dichiarazione di fallimento ed impedendo che i beni compresi in tale patrimonio siano inclusi nella massa attiva, incide riduttivamente sulla garanzia derivante alla generalità dei creditori dall'art. 2740 c.³²

Anche nel caso di revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. la giurisprudenza ha ribadito la natura di atto a titolo gratuito della costituzione del fondo³³. I presupposti per l'utile esperimento dell'azione sono quelli previsti dal codice, sì che nel caso in cui il credito sia sorto successivamente alla costituzione del fondo occorrerà la prova della dolosa preordinazione dell'atto a ledere la garanzia dei creditori. A tale proposito si è affermato con riguardo alla posizione del fideiussore (i cui atti dispositivi sono

³⁰ A. DIMUNDO, *Trust interno*, cit., 6.

³¹ Cass. 9 aprile 1984, 2258, in *Giur.comm.*, 1985, II, 163 con nota di F. CORSI, *Tribunale fallimentare, presunzione muciana, decreti di acquisizione e fondo patrimoniale*.

³² Cass. civ., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Fallimento*, 1991, 365; Cass. civ., sez. I, 25 luglio 1997, n. 6954, *ivi*, 1998, 679, n. FIGONE, che ha osservato che se l'attribuzione proviene da entrambi i coniugi, di cui uno soltanto fallito, la revoca colpisce soltanto il 50% dell'attribuzione riferibile al fallito. Cass. 8 settembre 2004, n. 18065, rv. 576858; Cass. 26 marzo 2003, n. 4457, in *In Iure Praesentia*, 2003, I, 1774. Cass. civ., sez. I, 2 dicembre 1996, n. 10725, in *Famiglia e Diritto*, 1997, 169, ha qualificato la costituzione del fondo patrimoniale come atto tipico di liberalità. Più recentemente hanno ribadito l'esperibilità dell'azione ex art. 64 l.f. Cass. 8 settembre 2004, n. 18065, in *Giust.civ.*, 2005, I, 997; Cass. 23 marzo 2005, n. 6267, rv. 580396; Cass. 2 febbraio 2006, n. 2327, rv. 588393. E' stato peraltro correttamente precisato da Cass. civ., sez. I, 18 settembre 1997, n. 9292, in *Foro It.*, 1997, I, 3148, con riferimento però alla revocatoria ordinaria esperita dal curatore ex art. 66 l.f. che il beneficiario non può addurre come esimente l'eventuale proporzione fra l'atto compiuto in adempimento di un dovere morale e il patrimonio del disponente come invece è previsto per l'azione di inefficacia svolta ai sensi dell'art. 64 l. fall.

³³ Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 591, in *Giur. It.*, 2000, 516; Cass. 8 agosto 2007, n. 17418; Cass. 7 ottobre 2008, n. 24757, in *Giust.civ.*, 2009, I, 1909.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

senz'altro assoggettabili, al pari di quelli del debitore principale, al rimedio de quo), che l'acquisto della qualità di debitore nei confronti del creditore risale al momento della nascita del credito (e non anche a quello della scadenza dell'obbligazione del debitore principale), sì che è a tale momento che occorre far riferimento al fine di stabilire se l'atto pregiudizievole (nella specie, appunto, costituzione di un fondo patrimoniale) sia anteriore o successivo al sorgere del credito, onde predicare, conseguentemente, la necessità o meno della prova della "dolosa preordinazione"³⁴.

Recentemente in dottrina³⁵ si è osservato con riferimento alla revoca dell'atto di trasferimento dei beni al *trust* da parte del disponente che la natura gratuita od onerosa dell'atto dovrà essere individuata in relazione allo scopo del *trust*. Se il *trust* ha come finalità il soddisfacimento dei creditori del disponente e dunque l'estinzione dei debiti di quest'ultimo, l'atto di trasferimento potrà essere considerato oneroso perché destinato a soddisfare un'obbligazione del disponente. Diversamente ove il trasferimento sia determinato da ragioni di liberalità dovrà ritenersi di essere di fronte ad un atto a titolo gratuito. Tale conclusione si fonda sul rilievo che la natura dell'atto di trasferimento debba essere indagata al di fuori della causa del negozio di trasferimento stesso. Se si limita l'indagine a tale più ridotto punto di osservazione, occorre soltanto verificare se a fronte della prestazione del *solvens* vi siano prestazioni corrispondenti in suo favore. E' allora ragionevole concludere che l'estinzione dei debiti del *solvens* stesso non rappresenta un corrispettivo immediato dell'atto di trasferimento ed è piuttosto legata alla realizzazione dello scopo del *trust*, sì che il negozio di regola sarà atto a titolo gratuito³⁶.

³⁴ Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 591, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 3380. Conforme con riferimento ad un caso in cui il credito garantito derivava da un'apertura del credito e nel quale l'insorgenza del credito è stata fatta decorrere dall'accreditamento al debitore garantito Cass. 9 aprile 2009, n. 8680.

³⁵ A. DIMUNDO, *Trust interno*, cit., 8.

³⁶ In questo senso Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale la mancata previsione di un corrispettivo è indice di gratuità dell'atto di trasferimento dei beni in *trust*, con la conseguenza che per l'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria è sufficiente la consapevolezza in capo al disponente del pregiudizio arrecato agli interessi dei creditori.

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

Va tuttavia osservato che le Sezioni Unite³⁷ della Suprema Corte hanno recentemente ritenuto che la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio vada compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato, e non possa quindi fondarsi sull'esistenza, o meno, di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipenda necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del "solvens", quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un sia pur indiretto guadagno ovvero ad un risparmio di spesa. Pertanto, nell'ipotesi di estinzione da parte del terzo, poi fallito, di un'obbligazione preesistente cui egli fosse estraneo, l'atto solutorio poteva dirsi gratuito, ai predetti effetti solo quando dall'operazione - sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura complessa, in quanto si componeva di un collegamento di atti e di negozi - il terzo non traesse nessun concreto vantaggio patrimoniale, avendo egli inteso così recare un vantaggio al debitore. Le Sezioni Unite hanno concluso che la causa concreta deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per la sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia "ex lege".

Da tale più ampio punto di vista, la qualificazione del conferimento dei beni in *trust* come atto a titolo gratuito od oneroso è certamente più delicata³⁸. Va poi ricordato che è stato affermato³⁹ che nel caso in cui il conferimento sia ritenuto atto a titolo oneroso e sia questione dell'azione revocatoria ordinaria, l'esistenza del *consilium*

³⁷ Cass. S.U. 18 marzo 2010, n. 6538, in *www.ilcaso.it*; Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, cit., ha affermato che "Benchè dal punto di vista del disponente l'atto di trasferimento dei beni in *trust* abbia carattere gratuito, al fine di determinare la natura gratuita od onerosa di tale atto, occorre fare riferimento al rapporto tra disponente e destinatari, con la conseguenza che avrà natura liberale l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al *trust* con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre avrà natura onerosa l'atto con il quale i beni siano destinati all'adempimento di una obbligazione. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto che avesse natura solutoria l'atto istitutivo di un *trust* finalizzato al superamento della crisi dell'impresa mediante la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67 lett d) legge fall.)". Massima di *www.ilcaso.it*.

³⁸ Lo sottolinea anche F.FINMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., 30. Sul tema della valutazione della gratuità od onerosità dell'atto in caso di *trust* si vedano anche A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. e Impresa*, 2009, 487; G. TUCCI, *Trust, concorso dei creditori e azione revocatoria*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 34 e ss.

³⁹ F.FINMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., 30

TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

fraudis o per i crediti sorti successivamente della dolosa preordinazione dell'atto dovrebbe essere accertata in capo al beneficiario del *trust*, vale a dire nel caso del *trust* destinato al soddisfacimento dei creditori del disponente, in capo a questi ultimi. Tale conclusione non ci pare condivisibile, perché il diretto destinatario dell'atto di trasferimento non è il beneficiario del *trust*, che se ne avvantaggerà se ed in quanto i beni siano successivamente liquidati ed il ricavato gli sia devoluto, ma il *trustee*, in capo al quale dovrà essere verificata la sussistenza dei requisiti di legge.

LA NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI ASSEMBLEARI DI S.P.A. PER VIZI DEL PROCEDIMENTO

Il saggio esamina le fattispecie di nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per mancanza del verbale e mancata convocazione dell'assemblea, introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003 al fine di colmare il deficit di tutela dei soci di minoranza presente nella disciplina previgente, cui la giurisprudenza poneva rimedio ricorrendo a pronunce di inesistenza delle delibere.

di **MARIO DONADIO**

1. La ratio dell'introduzione dei casi di nullità per mancanza del verbale e mancata convocazione dell'assemblea

L'art. 2379, c.c., disciplina tre, tassativi, casi di nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.. A fianco dell'ipotesi di impossibilità o illiceità dell'oggetto, prevista dal codice civile fin dal 1942, con la riforma del diritto societario del 2003 sono state introdotte due nuove cause di nullità, che attengono a vizi del procedimento assembleare: la mancanza del verbale e la mancata convocazione dell'assemblea.

Si sono così graduate le sanzioni per i vizi procedurali in modo tale che le eventuali irregolarità della convocazione o della verbalizzazione, per quanto gravi, possano rilevare esclusivamente sotto il profilo dell'annullabilità della deliberazione *ex art. 2377, c.c.*, mentre solo la totale mancanza di questi essenziali momenti dell'*iter* procedimentale comporti la nullità della deliberazione¹.

Tale estensione dei casi di nullità solo in apparenza si pone in contrasto con la *ratio* della riforma della disciplina dei vizi delle deliberazioni assembleari, che consisteva nella volontà di rafforzare la tutela della stabilità degli atti societari

¹ Come si è correttamente osservato, infatti, nel sistema delineato dal codice civile “*la delibera resta valida, se i fatti dimostrano che la mancanza o irregolarità della convocazione e/o della verbalizzazione non ha nuociuto; è annullabile, invece, purché sia garantito, a chi ne abbia interesse, un livello minimo di informazione sull'attività dell'organo assembleare; è nulla, quando per un profilo (informazione preventiva: convocazione) e/o per l'altro (informazione successiva: verbalizzazione), la decisione sia stata presa addirittura in assenza assoluta di informazione*”: così M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, II, p. 339

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

attraverso l'introduzione di limiti all'esercizio dell'impugnativa.

Il legislatore, infatti, prevedendo nuove ipotesi di nullità procedurali mirava a ridurre lo spazio per eventuali pronunce di inesistenza delle deliberazioni, di cui si riteneva che la giurisprudenza avesse in passato alquanto abusato, finendo per frustrare *“la portata dell'originario art. 2377 c.c., che aveva inteso convertire la nullità per violazione di norme imperative, di cui all'art. 1418 c.c., in semplice annullabilità”* e reintrodurre, *“in tal modo, sotto le mentite spoglie dell'inesistenza, la nullità virtuale delle deliberazioni assembleari per violazione di norme imperative”²*.

Al concetto di inesistenza si era ricorso per colmare quello che era ritenuto un pericoloso “vuoto normativo” presente nel nostro ordinamento³. Poiché una deliberazione, anche se affetta dalle più gravi violazioni delle regole previste per lo svolgimento del procedimento assembleare, era solamente annullabile *ex art. 2377, c.c.*, poteva accadere che alcuni soci si ritrovassero a essere vincolati da decisioni illegittimamente prese dalla maggioranza e fatte valere solo una volta trascorso il termine di decadenza previsto per l'impugnativa. Una decisione non soggetta all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, adottata da un'assemblea riunitasi senza la convocazione di tutti i soci, diveniva, infatti, inoppugnabile trascorsi tre mesi dalla data in cui era stata presa, periodo durante il quale i soci esclusi potevano però anche non essere venuti a conoscenza della delibera stessa.

Pertanto, al fine di evitare che potessero divenire definitivamente efficaci deliberazioni prese ad insaputa di alcuni soci, con un possibile sovvertimento del principio di collegialità, la giurisprudenza superò i limiti posti all'impugnativa dalla disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari, affermando che le decisioni affette dalle più gravi violazioni delle norme regolanti l'*iter* procedimentale non fossero da ritenersi annullabili, ma inesistenti⁴, perché mancanti *“di alcuno dei requisiti*

² Così nella *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, § 5 Dell'assemblea*, in AA.VV., *Consiglio notarile di Milano, Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003.

³ V. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, p. 136, che parlano di una *“reazione immunitaria”* del sistema rispetto alla scelta assolutizzante degli articoli 2377 e 2379, c.c. Similmente, v. M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere assembleari di s.p.a.*, Torino, 2008, p. 3, a giudizio del quale il ricorso alla categoria dell'inesistenza *“ha rappresentato l'esisto di un percorso interpretativo necessario per assicurare equità ad un ordinamento scritto scarsamente riguardoso, se applicato alla lettera, dell'esigenza di tutela dei soci di minoranza”*.

⁴ Sottolineano che tale era l'intento perseguito della giurisprudenza G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. III, Torino, 1993, p. 191; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

procedimentali indispensabili per la formazione di una delibera imputabile alla società, con il risultato di determinare una fattispecie apparente, non sussumibile nella categoria giuridica delle deliberazioni assembleari per inadeguatezza strutturale o funzionale rispetto al modello formativo⁵”.

Se l'ambito di operatività della nozione di inesistenza poteva essere chiaro in presenza di macro vizi, problematico fu però stabilire in concreto quando il vizio rilevato fosse di tale gravità da dover reputare di non trovarsi nemmeno in presenza di una deliberazione. Nessuna norma all'interno dell'ordinamento, infatti, indicava quali fossero gli “*elementi costitutivi della fattispecie di formazione della deliberazione*” in assenza dei quali la deliberazione dovesse essere reputata inesistente, con la conseguenza che il delicato compito di individuare gli elementi essenziali della fattispecie dichiarativa era affidato all'interprete.

La giurisprudenza non riuscì però a trovare una soluzione unanimamente condivisa e, quindi, a tracciare una sicura linea di demarcazione tra casi di invalidità e di inesistenza delle deliberazioni, tanto che, come si è ben osservato, “*non v'è stato vizio genetico delle deliberazioni assembleari che non sia stato classificato ora quale causa di inesistenza, ora quale causa di invalidità dell'atto⁶*”.

Da un'analisi delle sentenze di Cassazione si poteva dedurre con relativa certezza che una deliberazione fosse da considerarsi inesistente qualora fosse stata presa all'insaputa di una parte dei soci (e quindi principalmente nei casi di mancata convocazione dell'assemblea⁷ e mancata verbalizzazione⁸, che preclude la verifica *ex*

italiano, vol. X, t. 3, Torino, 1985, p. 598.

Sembra opportuno rilevare, però, che la soluzione adottata dalla giurisprudenza è parsa a più autori sproporzionata: v., ad esempio, S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, p. 68, il quale ritiene che, al fine di garantire la tutela delle minoranze, sarebbe stato più corretto interpretare le norme facendosi decorrere il termine per l'impugnazione dal momento dell'effettiva conoscenza della deliberazione invalida. Similmente, v. anche G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, *op. cit.*, p. 215 ss., il quale sottolinea, però, che una tale lettura della norma, per quanto opportuna, non poteva essere direttamente data dall'interprete, ma solamente da una sentenza della Corte costituzionale, qualora avesse ravvisato nella disciplina di cui agli artt. 2377 – 2379, c.c. una violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*

⁵ Così, in particolare, Cass., Sez. I, 24 gennaio 1995, n. 853, in *Mass. giust. civ.*, 1995, ma la massima è tratteggiata: cfr., *ex multis*, Cass., 28 novembre 1981, n. 6340, in *Riv. not.*, 1982, II, p. 128; Cass., 4 novembre 1990, n. 11601, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 1408; Cass., 14 gennaio 1993, n. 403, in *Società*, 1993, p. 484; Cass., 11 giugno 2003, n. 9364, in *Foro it.*, 2004, I, p. 176.

⁶ Così G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009, p. 49. Per la più completa rassegna delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in relazione ai singoli vizi delle deliberazioni si rimanda a G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, *op. cit.*, p. 198 ss.

⁷ La Cassazione, ricapitolando le proprie pronunce in argomento, nella sentenza Cass., 11

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

post della delibera e la stessa conoscenza da parte dei soci non convocati e degli assenti) o qualora si fossero verificate delle significative irregolarità nella votazione⁹. La giurisprudenza di merito faceva però più ampio ricorso alle pronunce di inesistenza, con l'effetto che, nella sostanza, rischiava di essere sovvertito il sistema di invalidità delineato dal codice civile, che prevedeva, allo scopo di tutelare la stabilità degli atti societari, l'annullabilità come sanzione generale per la violazione di norme imperative, e la nullità come sanzione speciale dei casi di illiceità o impossibilità dell'oggetto¹⁰.

Al fine di mettere ordine in una disciplina in cui “*l'incertezza regnava sovrana*”¹¹ e pertanto, per rafforzare, e non affievolire, la tutela della stabilità degli atti societari, il legislatore della riforma del 2003 ha voluto sanzionare espressamente con la nullità le deliberazioni affette da più gravi vizi procedimentali che in passato erano state

giugno 2003, n. 9364, in *Foro it.*, 2004, I, p. 176, precisava che per le anomalie procedimentali riguardanti la convocazione si poteva parlare di inesistenza “*nei casi di omessa convocazione (Cass., 11186-2001, 1768-1986 e 6340-1981), o di omessa convocazione e mancata adunanza dei soci (Cass., 835-1195), o di svolgimento dell'assemblea in luogo diverso da quello indicato nell'avviso di convocazione, di modo che non vi sia certezza che tutti i soci siano stati messi in grado di parteciparvi (Cass., 403-1993). Quanto, invece, ai casi in cui una convocazione vi sia, ma risulti a sua volta viziata, questa Corte ha generalmente escluso l'inesistenza*”.

Per una completa elencazione delle sentenze di Cassazione in tema di mancata convocazione v. S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, op. cit., p. 68.

⁸ Riguardo al caso di mancata verbalizzazione la giurisprudenza ha modificato il proprio orientamento nel corso degli anni: se dapprima si considerava una deliberazione inesistente nei soli casi di mancanza materiale del verbale (v. Cass., 26 giugno 1956, n. 2286, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 4), secondo un più recente e consolidato orientamento veniva giudicata inesistente anche la decisione raccolta in un verbale “*tale da rendere impossibile l'individuazione di una deliberazione dei soci partecipanti all'assemblea*” (v. Cass., 28 novembre 1981, n. 6340, in *Giur. Comm.*, 1982, II, p. 424).

Proprio allo scopo di evitare ogni fraintendimento al riguardo, il legislatore della riforma non solo ha incluso nei casi di nullità previsti all'art. 2379, c.c. quello di mancata verbalizzazione, ma ha anche espressamente chiarito in quali casi la verbalizzazione sia da considerarsi mancata.

⁹ Si consideravano ipotesi di inesistenza i casi di mancata votazione, mancato conseguimento della maggioranza, maggioranza raggiunta con il voto determinante di soggetti non legittimati. L'argomento è attentamente trattato, con ampi riferimenti giurisprudenziali, da G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, op. cit., p. 202 ss.

¹⁰ Rileva tale sovvertimento G. FERRI, *Le società*, op. cit., p. 604. La giurisprudenza stessa si è dimostrata consapevole degli effetti del ricorso all'inesistenza sul sistema dell'invalidità delineato dal legislatore, come emerge dal monito, non sempre seguito, presente nella sentenza Cass., sez. I., 7 febbraio 1979, n. 818, in *Dir. fall.*, 1979, II, p. 127, in cui si è affermato che: “*il concetto di inesistenza giuridica, applicato alla categoria delle deliberazioni assembleari, normativamente non previsto, deve essere adottato con cautela, avendo riguardo alla portata normativa dell'art. 2377 (...) e dell'art. 2379, c.c.*”.

¹¹ G. FERRI, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 39.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

ricondotte all'alveo dell'inesistenza.

Per evitare il sorgere di dubbi in relazione ai concetti di mancanza del verbale e mancanza della convocazione si è, inoltre, deciso di inserire un terzo comma all'art. 2379, c.c., in cui si specifica che ai fini della pronuncia di nullità *“la convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo di amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea. Il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il suo oggetto ed è sottoscritto dal presidente dell'assemblea, o dal presidente del consiglio d'amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio”*.

Questa disposizione, se ha il merito di ridurre le incertezze che potevano sorgere al riguardo, lascia però aperte alcune questioni interpretative: per tale motivo sembra opportuno analizzare con attenzione tali norme, al fine di distinguere quali casi possano essere ritenuti di nullità, e quali di annullabilità, delle deliberazioni affette da vizi del procedimento.

Inoltre, una particolare attenzione andrà rivolta alle due ipotesi di sanatoria dei vizi di mancata convocazione e mancanza del verbale introdotte dal legislatore all'art. 2379 *bis*, c.c., che costituiscono una delle principali novità della riforma del 2003 in materia di invalidità delle delibere assembleari. Al fine di tutelare la stabilità delle decisioni dei soci si è, infatti, derogato al principio di insanabilità della nullità dei contratti di cui all'art. 1423, c.c., stabilendosi, da un lato, che la nullità non possa essere fatta valere da chi abbia prestato il suo assenso allo svolgimento di una assemblea non convocata e, dall'altro lato, che si possa porre rimedio al vizio di mancanza di verbale effettuandosi una verbalizzazione tardiva entro l'assemblea successiva.

Infine, alla luce dei risultati raggiunti dall'analisi delle fattispecie di nullità procedurali, brevi note saranno dedicate al tema dell'inesistenza, al fine di capire se il legislatore della riforma del 2003, mediante l'introduzione di nuovi casi di nullità, sia realmente riuscito nel suo scopo di espungere tale figura dal sistema dell'invalidità delle deliberazioni assembleari o se, al contrario, residui ancora uno spazio per pronunce di inesistenza delle deliberazioni assembleari.

2.1. Le fattispecie di nullità. La mancata convocazione dell'assemblea

Prima nuova causa di nullità introdotta dal legislatore all'art. 2379, c.c., è la mancata convocazione dell'assemblea. Tale fattispecie di nullità è stata disciplinata in negativo, stabilendosi che una convocazione, per quanto irregolare, non si debba considerare mancante qualora provenga da un organo amministrativo (o di controllo) e, al contempo, sia idonea a comunicare preventivamente ai soggetti che possono intervenire la data dell'assemblea.

Da una prima analisi della norma si evince dunque che unici elementi essenziali di

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

una convocazione sono la provenienza dagli organi amministrativi e l'informazione preventiva, eseguibile in qualsiasi forma, non parendo infatti necessario il rispetto delle modalità richieste dalla legge per l'avviso, quali, ad esempio, la pubblicazione dell'avviso su quotidiani o sulla gazzetta ufficiale¹².

Proprio l'essenzialità dell'elemento informativo sembra però suggerire la necessità che l'avviso raggiunga tutti i potenziali intervenienti all'assemblea: si nota, infatti, che le deliberazioni assembleari dovrebbero essere ritenute nulle “*anche quando la mancata convocazione riguardi unicamente alcuni soci, la cui partecipazione non avrebbe comunque potuto modificare (per lo meno secondo un astratto calcolo matematico) i risultati della votazione*”¹³.

2.1.1. Il requisito di provenienza da un organo amministrativo o di controllo

Primo elemento su cui pare opportuno concentrare l'attenzione è quello di “*provenienza da un organo amministrativo o di controllo*”.

In tal riguardo si è sottolineato che il legislatore, nel prevedere la nullità delle deliberazioni prese in esito di una assemblea convocata da soggetti che non facciano parte degli organi societari, si è dimostrato più severo della giurisprudenza di legittimità, la quale riteneva, invece, che le delibere assunte a seguito di convocazione da parte di soggetti non legittimati fossero da considerarsi solamente annullabili¹⁴.

Un problema interpretativo riguarda l'individuazione precisa degli organi

¹² V. in questo senso R. LENER, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis c.c.*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, vol. I, Napoli, 2004, p. 569 e SILVETTI, *L'invalidità della deliberazione derivante da irregolare e omessa convocazione dell'assemblea nella nuova disciplina delle società azionarie*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 179.

¹³ G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, *op. cit.*, p. 139. In questo senso v. anche M. LIBERTINI, *Tutela invalidatoria e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, p. 22.

¹⁴ La giurisprudenza di legittimità riteneva, infatti, che la delibera assunta a seguito di una convocazione da parte di soggetto non legittimato fosse da considerarsi annullabile se avesse ottenuto comunque lo scopo prefisso di avvisare i soci della riunione assembleare: v., tra le ultime sentenze anteriori alla riforma, Cass., sez. I, 11 giugno 2003, n. 9364, in *Società*, 2003, p. 1354 ss., riguardante l'ipotesi di convocazione effettuata dal curatore fallimentare di un amministratore unico di s.r.l. Nella normativa vigente si nota, invece, che, ad esempio, un avviso che provenga da soci o da membri di organi sociali non più in carica, anche qualora sia idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data di assemblea, è considerato mancante e comporta la nullità delle deliberazioni eventualmente prese dalla assemblea: v. F. CHIAPPETTA, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, sez. VI, Milano, 2008, p. 309. Per una più approfondita disamina della questione cfr. F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della s.p.a.*, Milano, 2007, p. 232.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

amministrativi e di controllo richiamati dal terzo comma dell'art. 2379, c.c.: se infatti pare pacifico che una convocazione effettuata da un amministratore unico, da un qualsiasi membro del consiglio di amministrazione (o del consiglio di gestione e di sorveglianza) o del collegio sindacale soddisfi il requisito posto dalla norma¹⁵, dubbi invece sorgono intorno alla sorte di una convocazione effettuata da organi preposti al controllo legale dei conti. La dottrina che si è occupata del problema, sottolineando che anche il revisore contabile e la società di revisione possono essere fatti rientrare nel novero degli organi societari in senso lato, conclude che anche una convocazione effettuata da questi soggetti soddisfi i requisiti dell'art. 2379, c.c.¹⁶

Poco chiaro appare anche il concetto di “*provenienza*”. In particolare, ci si chiede a quali condizioni un avviso recapitato personalmente ai soci possa considerarsi *proveniente* dagli organi di amministrazione e controllo: dal momento che la volontà legislativa è di considerare nulle le sole convocazioni affette da vizi macroscopici, si propende per non considerare necessaria la sottoscrizione del componente dell'organo e ritenere sufficiente la riferibilità a tale soggetto della comunicazione ricevuta dal socio¹⁷.

2.1.2. Il requisito di idoneità dell'avviso ad avvertire della convocazione e della data dell'assemblea

Secondo requisito previsto dall'art. 2379, c.c., consta nella idoneità dell'avviso “*a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea*”.

La dottrina è divisa in relazione a tale requisito di “tempestività” della convocazione: se alcuni Autori, infatti, sottolineando che la convocazione è in primo luogo preordinata alla partecipazione, sostengono che la norma esiga la presenza di uno spazio temporale “*che garantisca al destinatario di poter concretamente ed utilmente esercitare il diritto di partecipazione in assemblea*”¹⁸, la dottrina maggioritaria

¹⁵ V. R. LENER, *Commento sub art. 2379 e 237 bis, c.c., op. cit.*, p. 569, il quale afferma che “*la sottoscrizione del singolo amministratore è sufficiente perché l'atto sia qualificabile come convocazione e lo è pure – il che è certo molto più forte – la sottoscrizione di un singolo sindaco, che deve ora dirsi sufficiente, anche al di fuori delle ipotesi nelle quali la legge consente la convocazione ai membri dell'organo di controllo*”. Nello stesso senso v. F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della s.p.a., op. cit.*, p. 232, il quale osserva che la violazione del principio di collegialità costituisce motivo di sola annullabilità della deliberazione.

¹⁶ G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari, op. cit.*, p. 143.

¹⁷ G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari, op. cit.*, p. 144.

¹⁸ V. F. CHIAPPETTA, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c., op. cit.*, p. 311. In particolare, l'Autore, cercando di fissare un termine da considerarsi minimo, suggerisce la possibilità di richiamare “*il termine di otto giorni stabilito dall'art. 2366, comma III, che, quale disposizione*

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

preferisce, invece, adottare una interpretazione letterale dell'avverbio “*preventivamente*” presente nella norma e considera dunque sufficiente, ai fini dell'art. 2379, c.c., che gli interessati siano stati informati della assemblea prima del suo inizio, a prescindere dalla concreta possibilità di parteciparne¹⁹.

La bontà di questa seconda interpretazione sembra confermata dall'analisi dell'*iter* legislativo di tale norma: il legislatore, infatti, ha voluto sostituire, con il d. lgs. 37 del 2004²⁰, l'avverbio “*tempestivamente*”, che era stato previsto originariamente dal d. lgs. n. 6 del 2003, con l'avverbio “*preventivamente*” proprio allo scopo di escludere ogni dubbio che la precedente formulazione della norma poteva far sorgere²¹. In particolare, nella relazione illustrativa a tale decreto correttivo si afferma che “*si è modificato l'articolo 2379, terzo comma, precisando, al fine di chiarire che la convocazione non si*

residuale sembrerebbe fornire all'interprete una chiave ricostruttiva per determinare quando un avviso, pur non rispettando le formalità della convocazione, possa ritenersi comunque idoneo ad avvertire preventivamente della convocazione e della data dell'assemblea”. Sostiene la necessità che l'avviso permetta la partecipazione in assemblea anche C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Riv. not.*, 2005, I, p. 708.

¹⁹ V., in questo senso, M. CENTONZE, *La delibera nulla*, *op. cit.*, p. 333. L'Autore sottolinea la doppia natura, informativa e partecipativa, della convocazione, spiegando che “*nel primo senso la convocazione è strumento di diffusione di notizie circa l'attività assembleare; nel secondo strumento preordinato ad agevolare l'esercizio delle prerogative sociali (intervento e voto). Chiaramente, i due profili funzionali non sono autonomi; l'uno, quello informativo, è al servizio dell'altro, quello partecipativo, ma ciò non toglie che tali profili, per volontà di legge (art. 2379, comma III, c.c.) godano di autonomia quando si tratti di decidere della sorte di una delibera presa all'esito di un procedimento di cui sia viziata la fase della convocazione: se è lesa solo l'interesse partecipativo, la delibera sarà annullabile; se è lesa anche l'interesse alla informazione (ad avere notizie dell'attività dell'organo), la delibera sarà nulla*”. Per tali motivi critica dunque la dottrina che ritiene necessaria la tempestività dell'avviso, che “*muove dal convincimento che la convocazione, per il legislatore, non possa che avere una funzione soltanto partecipativa*”. *Contra*, v. F. CHIAPPETTA, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, *op. cit.*, p. 311, a giudizio del quale “*resta ben difficile comprendere quale funzione informativa sia in grado di assolvere un avviso di convocazione nel quale non risultino indicati (quanto meno) gli argomenti sui quali l'assemblea è chiamata a deliberare*”.

²⁰ V. art. 5.1, lett. q, n.1, d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

²¹ In questo senso, v. ad esempio M. CENTONZE, *La delibera nulla*, *op. cit.*, p. 332. Alcuni Autori, tra cui S. SANZO, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, p. 655, riconoscendo che la modifica introdotta dal legislatore ha trasformato “*il requisito della tempestività in quello della semplice anteriorità*”, criticano la normativa in questione, che reputano possa dar luogo ad abusi. Si nota però che il socio avvisato della riunione potrà sempre impugnare la deliberazione per irregolarità del vizio della convocazione: v. G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, *op. cit.*, p. 141.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

*considera mancante qualora l'avviso di convocazione dell'assemblea sia stato comunicato agli aventi diritto ad intervenire prima della data di celebrazione dell'adunanza, senza che sia a tale scopo rilevante il lasso temporale tra la comunicazione e la tenuta della riunione*²².

Quanto, infine, al contenuto dell'avviso di convocazione, l'art. 2379, c.c. indica espressamente la necessità di indicare la sola data della convocazione, nulla dicendo invece di altri elementi quali il luogo della assemblea e l'ordine del giorno.

Mancando ogni riferimento espresso da parte del legislatore, parte della dottrina esclude che l'assenza di questi elementi nell'avviso di convocazione possa comportare la nullità della deliberazione²³, e quindi conclude che l'intervento del legislatore, che si mostra indulgente su un punto centrale della disciplina del procedimento assembleare, decisivo per il suo corretto funzionamento, sembra comportare *“un sensibile indebolimento del grado di tutela del socio”*²⁴.

Non mancano però tesi contrarie: si è sostenuto, da un lato, che anche l'indicazione del luogo deve rilevare ai fini della nullità della convocazione, essendo essenziale per la partecipazione all'assemblea²⁵; dall'altro lato, che è necessaria anche l'indicazione dell'ordine del giorno, soprattutto per l'eventuale esercizio del voto per corrispondenza, che è ovviamente possibile solo qualora si conosca la materia su cui esprimersi²⁶.

²² Si nota che una relazione illustrativa, anche se non ha valore vincolante per l'interprete, è utile per la ricostruzione della *ratio* sottostante ad un chiaro dato normativo: v. M. CENTONZE, *La delibera nulla*, op. cit., p. 332.

²³ V., in questo senso, R. LENER, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, op. cit., p. 569; M. CENTONZE, *La delibera nulla*, op. cit., p. 333. Si noti, inoltre, che la giurisprudenza di legittimità già prima della riforma aveva stabilito che l'omissione dell'ordine del giorno nell'avviso di convocazione comportasse solamente l'annullabilità della deliberazione: v. Cass., 20 dicembre 1995, n. 13019, in *Società*, 1996, p. 519.

²⁴ SPENA, *Commento sub artt. 2379 e 2379 bis, c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, vol. I, p. 373. In questo senso v. anche B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 474.

²⁵ In questo senso v. G. MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (prima parte): cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, in *Società*, 2003, p. 542, la quale reputa che: *“la necessità di un'informazione tempestiva sul luogo della convocazione, per l'effettiva idoneità dell'avviso a permettere la partecipazione all'assemblea, fa ritenere che anche nel caso di avviso che non informa del luogo della riunione sussistano le stesse ragioni che hanno spinto il legislatore a comminare la nullità per mancata informazione sulla data”*. Condividono l'assunto: F. CHIAPPETTA, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, op. cit., p. 309; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *L'invalidità*, op. cit., p. 159; C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, op. cit., p. 708; S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, op. cit., p. 105.

²⁶ In questo senso, v. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *L'invalidità*, op. cit., p. 159, M. LIBERTINI,

2.2. La mancanza del verbale

Secondo nuovo caso di nullità della deliberazione assembleare introdotto dalla riforma del 2003 è quello della mancanza del verbale.

Il novellato art. 2379, c.c., chiarendo che l'omissione dell'adempimento del dovere di verbalizzazione enunciato dall'art. 2375 c.c. comporta la nullità della deliberazione, pare aver messo fine alla *querelle* riguardo alla definizione del rapporto intercorrente tra deliberazione e verbalizzazione. Il verbale non sembra poter più infatti essere considerato “*forma*” della deliberazione, come era stato spesso sostenuto in giurisprudenza prima della riforma²⁷, ma piuttosto un momento necessario del procedimento assembleare, in assenza del quale la deliberazione non può ritenersi validamente perfezionata. Così si afferma che “*il verbale resta al di fuori della struttura dell'atto deliberativo e costituisce il modo d'essere e di estrinsecarsi della deliberazione, ossia un particolare momento della relativa fattispecie procedimentale, quello che vale a disvelarne l'esistenza ed il contenuto*”²⁸.

Al fine di garantire una forte tutela della stabilità delle deliberazioni assembleari il legislatore ha poi voluto restringere il campo dei possibili casi di nullità per mancanza del verbale, chiarendo in negativo, al terzo comma dell'art. 2379, c.c., che non è da considerarsi mancante il verbale “*ipersintetico*” che contenga la sola data della deliberazione, il suo oggetto e la duplice sottoscrizione del presidente dell'assemblea o del presidente del consiglio d'amministrazione o del consiglio di sorveglianza e del segretario o del notaio. Ogni irregolarità che affligga un verbale che contenga tali

Tutela invalidatoria e tutela risarcitoria, op. cit., p. 22 e F. CHIAPPETTA, Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c., op. cit., p. 310, che dubita che possa qualificarsi avviso di convocazione quello in cui risulti mancante l'elenco delle materie da trattare, poiché “la convocazione assembleare non si esaurisce in un generico invito a riunirsi, ma si qualifica per la finalità deliberativa che le è propria, tant'è che l'ordine del giorno costituisce non solo l'ambito ma anche il limite, inteso in senso perimetrale, all'interno del quale l'assemblea può legittimamente delinearsi. Nell'indicazione dell'ordine del giorno sembra doversi riconoscere uno degli elementi essenziali della convocazione, la cui assenza nell'avviso si traduce nella mancanza della convocazione medesima”.

²⁷ In questa prospettiva, il verbale è un requisito essenziale, richiesto *ad substantiam*, della deliberazione, la cui mancanza comporta l'inesistenza della deliberazione: v. per tutte Cass., 26 giugno 1956, n. 2286, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 11.

²⁸ Così C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, Milano, 2008, p. 7, il quale sottolinea anche che il verbale può essere redatto solo dopo che la deliberazione sia venuta ad esistenza e, dunque, “*non è la deliberazione, ma la riproduzione di essa, la sua rappresentazione esteriore, cioè la sua documentazione*”. Nello stesso senso, v. C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare, op. cit., p. 717*; F. GUERRERA, *Il verbale d'assemblea*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, II, p. 97.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

requisiti essenziali può rilevare invece solo sul piano dell'annullabilità della deliberazione, va, inoltre, rimarcato che è poi preclusa, ai sensi del quinto comma dell'art. 2377, c.c., comma V, punto 3, la possibilità di impugnare per inesattezza o incompletezza del verbale una decisione di cui sia possibile comunque accertare il contenuto, gli effetti e la validità²⁹.

2.1.1. La nozione di oggetto del verbale

Nell'affrontare l'analisi di tale ipotesi di nullità, va in primo luogo sottolineato che alcuni dubbi interpretativi riguardano l'individuazione del significato da attribuirsi alla nozione di “*oggetto del verbale*”, per cui si pone, in modo simile a quanto avviene per quella di “*oggetto della delibera*”, il problema di stabilire se tale concetto indichi la sola materia oggetto della votazione o, al contrario, il contenuto stesso della decisione.

In dottrina si è recentemente sostenuto che l'attuale formulazione dell'art. 2377, c.c. renda impossibile far coincidere la nozione di oggetto con quella di contenuto del verbale. Il quinto comma di tale articolo prevede, come visto, al punto 3, che la deliberazione possa essere annullata per l'inesattezza o l'incompletezza del verbale che impedisca l'accertamento del *contenuto* della deliberazione. In questo modo il legislatore sembra dunque aver chiarito, come è stato sottolineato, che “*contenuto e oggetto della delibera, lungi dal poter essere fatti coincidere, esprimono concetti diversi, tanto che la mancata indicazione del primo, nel verbale d'assemblea, deve essere valutata come un vizio meno grave dell'omessa indicazione del secondo*”³⁰. Per tali motivi, si conclude che sia necessaria, ai fini dell'esistenza del verbale, l'indicazione del solo oggetto astratto della deliberazione, ossia la materia sottoposta a discussione e votazione da parte dei soci³¹.

²⁹ Art. 2377, c.c., comma V: “*La deliberazione non può essere annullata: 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369; 2) per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta; 3) per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione*”.

³⁰ Così G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, I. p. 72. L'Autore sottolinea che tale interpretazione della norma pare essere confermato dall'esegesi dei lavori della riforma, poiché “*nel progetto di riforma approvato dal consiglio dei ministri il 29-30 settembre 2002, e in alcune bozze precedenti, l'art. 2379, c.c. configurava la mancanza di verbale nell'ipotesi in cui, oltre alla data della deliberazione e alla duplice sottoscrizione dei soggetti di cui al terzo comma, mancasse anche l'indicazione de il «dispositivo deliberato». L'inserimento del termine oggetto, dunque, non può essere ritenuto casuale*”.

³¹ Tale interpretazione è condivisa da M. CENTONZE, *La delibera nulla*, op. cit., p. 336, secondo

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

Diversamente, altra parte della dottrina ha invece sostenuto che con il termine “oggetto” il legislatore abbia inteso riferirsi alla decisione adottata in assemblea, “*che deve essere presente anche succintamente nel verbale, in modo intellegibile ed inequivoco, perché acquisti certezza storica e possa essere percepita da qualsiasi interessato, ma anche perché possa essere data concreta esecuzione all'atto deliberativo*”.³² Si nega, infatti, la possibilità che il termine “oggetto” indichi la sola materia su cui l'assemblea sia stata chiamata a deliberare, sottolineando che un verbale che riporti il solo programma del lavoro assembleare, senza indicare la decisione assunta non avrebbe alcuna finalità informativa e non sarebbe altro che una ripetizione dell'avviso di convocazione. Per tali ragioni, si considera mancante un verbale che contenga la sola notizia della materia della votazione e si ritiene che la legge richieda che dal verbale risultino le decisioni adottate dall'assemblea su specifici e concreti argomenti di interesse sociale³³

2.1.2. La duplice sottoscrizione del verbale

Secondo requisito di cui l'art. 2379, c.c. postula la presenza nel verbale è la duplice sottoscrizione da parte del presidente dell'assemblea, sostituibile però da soggetti preposti alla amministrazione della società, e di chi ha il compito di redarre il verbale, ossia il segretario o il notaio³⁴.

La scelta del legislatore di includere i presidenti del consiglio d'amministrazione e del consiglio di sorveglianza tra i soggetti la cui firma è condizione di esistenza del verbale, volta a sopperire eventuali comportamenti negligenti del presidente d'assemblea e, pertanto, ridurre i casi di nullità, è stata oggetto di numerose critiche. Va sottolineato, infatti, che tali soggetti, sebbene siano interessati alla deliberazione, non solo non partecipano alla votazione, ma possono anche non essere presenti all'assemblea³⁵. Inoltre, va rilevato che, come affermato da parte della dottrina, sarebbe

il quale al termine “oggetto” di cui al terzo comma dell'art. 2379, c.c. deve essere assegnato il significato di “*materia ordine del giorno*”.

³² Così C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, op. cit., p. 168.

³³ In questo senso v. C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, op. cit., p. 168; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in AA. Vv., *Il nuovo diritto delle società di capitali, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, p. 205 e E. CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali*, in *Riv. Not.*, 2005, p. 32

³⁴ *Contra*, v. però E. CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 33, la quale sostiene che sia sufficiente, ai fini della validità del verbale della firma del solo notaio, dal momento che “*se la funzione della sottoscrizione dei soggetti indicati dall'art. 2379, comma III, c.c., è quella di un semplice visto per imputazione, emerge la superfluità della stessa in caso di verbale il cui contenuto è coperto da pubblica fede fino a querela di falso*”.

³⁵ Tale rilievo è posto da C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, op. cit.,

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

stato forse più opportuno che il legislatore avesse prescritto la sottoscrizione del presidente del collegio sindacale, il quale svolgendo in modo indipendente un'opera di controllo può offrire maggiori garanzie di correttezza del verbale³⁶. Infine, non può non apparire strana l'assimilazione operata dal legislatore tra la figura del presidente del consiglio di sorveglianza e quella del consiglio di amministrazione, dal momento che questa ultima figura ha dei compiti sicuramente più simili a quelli propri del presidente del consiglio di gestione.

Ultimo elemento la cui presenza è necessaria perché il verbale non possa essere considerato mancante è l'indicazione della data della assemblea, non essendo richiesta, invece, la precisazione della data di verbalizzazione³⁷, né l'indicazione dell'ora e del luogo della riunione. Tale requisito è essenziale poiché la conoscibilità della data dell'assemblea è fondamentale per l'eventuale esercizio dell'impugnazione, dato che i termini previsti per l'azione di annullamento decorrono dal giorno in cui la deliberazione è stata presa.

Per tale motivo la data indicata deve essere vera ed un'eventuale falsità di questo elemento sembra comportare inevitabilmente la nullità della deliberazione. Sembra potersi ritenere, infatti, in generale, che la falsità di uno degli elementi essenziali del verbale, come anche della convocazione, possa corrispondere alla sua mancanza, e comporti dunque la nullità della deliberazione³⁸.

Va subito anticipato però che, come si vedrà, a giudizio della dottrina maggioritaria, una delibera che non sia mai stata presa da un'assemblea, ma che risulti da un verbale totalmente falso, non è da considerarsi nulla, ma addirittura inesistente.

3.1. Le sanatorie dei vizi del procedimento assembleare. L'assenso allo svolgimento dell'assemblea

Il primo comma dell'art. 2379 *bis*, c.c. stabilisce che *“l'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea”*.

p. 170; secondo un'interpretazione correttiva va considerata necessaria la presenza degli amministratori alla assemblea per la sottoscrizione del verbale, v. N. ABRIANI, *Sul verbale assembleare non contestuale di società di capitali*, in *Società*, 2006, p. 10.

³⁶ V. C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, *op. cit.*, p. 173.

³⁷ La mancanza dell'indicazione della data in cui il verbale è stato redatto comporta per alcuni la annullabilità della deliberazione, v. N. ABRIANI, *Sul verbale assembleare non contestuale di società di capitali*, *op. cit.*, p. 10. *Contra*, C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, *op. cit.*, p. 162.

³⁸ Si sottolinea, ad esempio, che un verbale dotato di firme contraffatte è nullo, in quanto in concreto è mancante di uno dei requisiti richiesti dall'art. 2379, c.c.: v. G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, *op. cit.*, p. 146.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

A dispetto della rubricazione della norma, a ben vedere, tale previsione non costituisce una vera e propria ipotesi di sanatoria della delibera nulla, ma piuttosto un caso di preclusione soggettiva all'impugnazione per chi abbia espresso consenso allo svolgimento dell'assemblea³⁹. Diversa è però la qualifica che viene data a questa preclusione, trattandosi per alcuni di una codificazione di un caso particolare di abuso del diritto, per altri di un'applicazione del principio che vieta di *venire contra factum proprium* e, per altri ancora, di una presunzione di sopravvenuta carenza di interesse processuale all'accertamento della nullità⁴⁰.

Dal momento che l'assenso allo svolgimento dell'assemblea non sana il vizio della deliberazione, la nullità potrà dunque ancora essere rilevata d'ufficio o fatta valere da qualunque altro soggetto che non sia incorso nella preclusione.

Data la genericità della norma in esame, risulta assai complesso stabilire in quale momento e con quali modalità possa essere espresso l'assenso allo svolgimento dell'assemblea.

In primo luogo ci si chiede se tale assenso debba essere espresso con chiare manifestazioni di volontà o se, al contrario, possa essere desunto dal comportamento delle parti.

Basandosi sul tenore letterale della norma, parte della dottrina esclude la possibilità che esso possa essere evinto dal comportamento concludente dei soggetti, sottolineando che l'uso del termine “dichiarato”, se forse non implica che l'assenso debba esser dato necessariamente in forma scritta, esclude però che esso possa esser solamente tacitamente prestato⁴¹. Si afferma, inoltre, che il consenso deve essere espresso in modo consapevole, dal momento che normalmente “*la volontà della parte che sia abdicativa di un suo diritto a far valere l'invalidità di un negozio (così gli artt. 570 e 799 in tema di conferma di disposizioni testamentarie e donazioni nulle) ovvero sia diretta a sanare quest'ultima (così l'art. 1444 in tema di convalida del negozio annullabile), affinché produca i predetti effetti, deve essere manifestata nella conoscenza della causa di invalidità*”⁴².

³⁹ La dottrina è unanime sul punto: v., per tutti, G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 156.

⁴⁰ Per le diverse interpretazioni prospettate nel testo cfr. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *L'invalidità*, op. cit., p. 159; R. LENER, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, op. cit., p. 573; M. LIBERTINI, *Tutela invalidatoria e tutela risarcitoria.*, op. cit., p. 23, e S. SANZO, *Commento sub art. 2379, c.c.*, op. cit., p. 657.

⁴¹ Cfr., in questo senso, S. LENER, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, op. cit., p. 573; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.*, op. cit., p. 212. V., inoltre, S. SANZO, *L'invalidità e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 190, il quale ritiene che l'assenso non debba essere solamente espresso, ma debba anche risultare da un documento scritto, con data certa.

⁴² Così A. SPENA, *Commento sub art. 2379 bis, c.c.*, op. cit., p. 379.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

In senso opposto si pronuncia però la dottrina prevalente, la quale reputa che il consenso allo svolgimento dell'assemblea possa essere dato anche tacitamente⁴³, senza che sia rilevante la conoscenza del vizio⁴⁴.

Adottandosi tale prospettiva, sorge però il problema di individuare in concreto i comportamenti da cui si possa desumere con relativa certezza una rinuncia a far valere l'azione di nullità. Al riguardo si sottolinea che “*pare pacifico che, per la preclusione dell'impugnativa, da un lato non sia necessaria una dichiarazione scritta, d'altro lato non sia sufficiente la mera conoscenza della riunione*”⁴⁵: andrebbe dunque considerato consenziente il socio che abbia partecipato all'assemblea senza consentire, ma neanche eccipere il vizio della mancanza di convocazione⁴⁶.

Incertezze, infine, sorgono anche in relazione all'ambito temporale della manifestazione del consenso, dal momento che la norma afferma solamente che l'assenso allo svolgimento dell'assemblea può essere dato “*anche successivamente*” allo svolgimento dell'assemblea. In base al dato letterale della norma, sembra corretto ritenere che la sanatoria possa verificarsi non solo successivamente all'assemblea, ma anche durante la stessa e prima della votazione⁴⁷: dal momento che l'assenso sana solo il

⁴³ Sostengono tale tesi, G. PRESTI, M. RESCIGNO, *L'invalidità*, op. cit., p. 159; F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della s.p.a.*, op. cit., p. 269; G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 158; M. LIBERTINI, *Tutela invalidatoria e tutela risarcitoria*, op. cit., p. 22; F. CHIAPPETTA, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, op. cit., p. 312.

⁴⁴ V. G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 160, il quale sottolinea che il problema della conoscenza del vizio non si pone quando l'avviso di convocazione è pubblicato nelle forme previste dall'art. 2366, c.c., poiché in tale circostanza i vizi sono sicuramente conoscibili e “*chi volesse farli valere adducendo di non essere stato consapevole della causa di invalidità della deliberazione non sembrerebbe meritevole di tutela*”. L'Autore reputa poi che, anche nei casi in cui la convocazione sia effettuata *ad personam*, vada preclusa l'impugnativa a chi abbia partecipato all'assemblea manifestando indifferenza circa la sua regolare convocazione.

⁴⁵ G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 159.

⁴⁶ In particolare, v. G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 159, e F. CHIAPPETTA, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c.*, op. cit., p. 313, i quali sottolineano che è dunque necessario che il socio presente all'assemblea, qualora non voglia essere precluso dall'impugnazione, dichiari espressamente di non dare l'assenso al suo svolgimento o faccia rilevare il vizio di convocazione. *Contra*, v. R. BERNABAI, *Le impugnative di delibere assembleari e degli atti di amministrazione (I parte)*, in *Società*, 2006, p. 154, il quale afferma che non si può negare *a priori* l'interesse ad impugnare a chi, pur presente, intende far valere l'altrui assenza da omessa convocazione.

⁴⁷ V., in questo senso, F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della s.p.a.*, op. cit., p. 269; G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 161; A. SPENA, *Commento sub art. 2379 bis, c.c.*, op. cit., p. 380.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

vizio di mancata convocazione, non sembra necessario, infatti, che esso vada prestato solo dopo che si sia conosciuto il contenuto specifico della deliberazione adottata dai soci⁴⁸.

3.2. La verbalizzazione tardiva

Il secondo comma dell'art. 2379 *bis*, c.c. stabilisce che “*la nullità della deliberazione per mancanza del verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva. La deliberazione ha effetto dalla data in cui è stata presa, salvi i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano la deliberazione*”.

A differenza dell'ipotesi disciplinata al primo comma dello stesso articolo, tale disposizione prevede una vera e propria ipotesi di sanatoria, non potendo più alcun soggetto far valere la nullità per mancanza del verbale del verbale al verificarsi di essa.

Attraverso la verbalizzazione tardiva, infatti, viene portato a termine l'iter procedimentale previsto dalla legge, eliminandosi il vizio comportante la nullità della delibera⁴⁹, senza che sia a tal fine necessaria la sostituzione della stessa e, dunque, il ripetersi dell'intero procedimento assembleare⁵⁰.

Nonostante il testo della norma si riferisca al solo caso di nullità per mancanza della verbalizzazione, sembra potersi sostenere che la verbalizzazione tardiva possa riguardare anche i verbali irregolari, non trovandosi la ragione di precludere la possibilità di sanare un vizio meno grave, comportante la sola annullabilità della deliberazione⁵¹.

Una volta che l'assemblea si sia, per qualsiasi motivo, nuovamente riunita, la sanatoria in questione non potrà però più verificarsi e la “regolarizzazione” della deliberazione viziata dovrà constare necessariamente nell'adozione di una nuova

⁴⁸ È però di tale diversa opinione R. BERNABAI, *Le impugnative di delibere assembleari*, op. cit., p. 154.

⁴⁹ Si noti che la verbalizzazione tardiva sana solo il vizio di mancanza del verbale: non sembra dunque si possa condividere la preoccupazione espressa da S. SANZO, *Commento sub art. 2379, c.c., op. cit.*, p. 659, per cui un'interpretazione lassista di tale norma “*aprirebbe la strada ad un'astrattamente illimitata serie di abusi: la maggioranza potrebbe costituire ex post deliberazioni (mai) adottate in forma nulla ed utilizzare lo strumento della sanatoria successiva solo per crearle*”: tali deliberazioni, infatti, sarebbero comunque nulle per il diverso vizio della mancata convocazione, se non addirittura inesistenti.

⁵⁰ Tra gli altri, v. in questo senso G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 162 e A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.*, op. cit., p. 213.

⁵¹ V., in questo senso, R. LENER, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c., op. cit.*, p. 574. Condividono tale assunto A. SPENA, *Commento sub art. 2379 bis, c.c., op. cit.*, p. 381, e F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della s.p.a.*, op. cit., p. 270; F. CHIAPPETTA, *Commento sub art. 2379 e 2379 bis, c.c., op. cit.*, p. 315.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

delibera sostitutiva⁵². Diversi sono però gli effetti di tale sanatoria, dal momento che la sostituzione delle deliberazioni nulle opera *ex nunc*, salvi i diritti acquisiti da terzi in buona fede, mentre la sanatoria per tardiva verbalizzazione opera *ex tunc*, facendo invece salvi i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano l'esistenza della deliberazione. La ragione che ha spinto il legislatore a far retroagire gli effetti di tale sanatoria appare abbastanza chiara: con la verbalizzazione tardiva, infatti, si elimina un vizio di documentazione che affligge una deliberazione di per sé valida, cosicché una volta che si sia compiuta la dovuta verbalizzazione “*sembra equo far salva la dichiarazione di volontà dell'organo collegiale come se fosse stata ab origine documentata nei tempi e nei modi previsti dalla legge*”⁵³.

Infine, va sottolineato che è discusso se sia necessario che il verbale tardivo sia del tutto esente da vizi perché si possa verificare la sanatoria della nullità, o se, al contrario, sia sufficiente che questo sia dotato degli elementi minimi richiesti all'art. 2379, c.c.

Al pari di quanto ritenuto dalla dottrina prevalente, sembra doversi prediligere la seconda interpretazione, che rende possibili ipotesi di “sanatoria parziale” delle deliberazioni affette da vizi della verbalizzazione; tale tesi presenta però un elemento di criticità poiché, nel caso in cui la sanatoria parziale si verifichi dopo novanta giorni dalla data della deliberazione, il soggetto interessato a far valere l'irregolarità del verbale si troverebbe già decaduto dalla azione di annullamento. A fronte dell'inaccettabilità di una tale situazione di fatto, si potrebbe ritenere che in simili circostanze il termine di novanta giorni per l'esercizio dell'azione di annullamento non decorra dalla data di adozione della delibera, ma da quella in cui è effettuata la

⁵² Si sottolinea che “*in tale modo la legge assicura ai soci che, in ogni assemblea, essi potranno sapere quali siano le precedenti deliberazioni validamente adottate dallo stesso organo assembleare, avendo la certezza che le delibere anteriori, non ancora verbalizzate, non potranno più essere sanate e dovranno definitivamente considerarsi invalide*”: v. G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 164.

⁵³ Così G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 181, il quale sottolinea inoltre che “*per quanto concerne i terzi che, pregiudicati dalla delibera, avrebbero tratto giovamento dall'invalidità, mentre nei casi di mancata convocazione dell'assemblea e di oggetto impossibile o illecito, stante la gravità dei vizi che affliggono la delibera, sembra equo prevedere la salvezza dei loro diritti e non consentire all'assemblea di porre nel nulla, retroattivamente, la causa di nullità, nell'ipotesi di mancata verbalizzazione la ridotta gravità del vizio invalidante e la sua particolare natura hanno indotto il legislatore a far salvi unicamente i diritti di chi era stato effettivamente pregiudicato dalla mancata documentazione della delibera e travolgere invece le posizioni acquisite da chi di tale rischio si poteva giovare ma – per così dire – ingiustamente, essendo comunque a conoscenza della decisione a lui sfavorevole*”.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

verbalizzazione tardiva⁵⁴.

4. L'attuale spazio per pronunce di inesistenza delle deliberazioni assembleari

Dopo essersi trattate le nuove fattispecie di nullità delineate all'art. 2379, c.c., e i relativi casi di sanatoria, si tratta di considerare, infine, se, ad oggi, sia possibile individuare un residuale spazio per ipotesi di inesistenza delle deliberazioni assembleari.

In seguito alla riforma del 2003 potrebbe sembrare preclusa ogni possibilità di parlare di inesistenza delle delibere assembleari, dal momento che, come si è sottolineato, il legislatore ha codificato i casi di nullità per mancata convocazione e mancanza del verbale al fine di predisporre una risposta sanzionatoria adeguata alle più gravi violazioni del procedimento assembleare e, pertanto, rendere superfluo il ricorso alla figura dell'inesistenza.

La dottrina prevalente si è però mostrata scettica circa la possibilità che *“l'individuazione legislativa delle ipotesi di invalidità, richiesta dalla legge delega, corrisponda ad una sorta di legge al riguardo, volta ad escludere le ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza delle deliberazioni assembleari”*⁵⁵ e che, dunque, sia realmente preclusa ogni possibilità di accertare l'inesistenza di una deliberazione assembleare.

Si sottolinea, infatti, che un fenomeno del diritto quale l'inesistenza, che non costituisce un'ipotesi di “invalidità atipica”, non sembra poter essere rimosso dal sistema attraverso interventi di carattere normativo⁵⁶ e che, inoltre, appare arduo *“cercare di sopprimere l'inesistenza proprio sul terreno della tipizzazione che è quello in cui essa storicamente si alimenta e prospera”*⁵⁷, dal momento che la giurisprudenza ricorra a tale figura proprio nei casi in cui la nullità non sia *“intesa e disciplinata come sintesi di determinazioni tutte negative dell'atto viziato (improduttivo*

⁵⁴ Va segnalata, inoltre, la differente tesi avanzata da G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 163, il quale osserva che l'impugnante, per non vedersi preclusa l'azione di annullamento in presenza di una sanatoria parziale, avrà l'onere di proporre l'azione di nullità per mancanza del verbale *“entro i termini di cui all'art. 2377, c.c., avendo cura di richiedere, in via subordinata rispetto alla nullità, l'annullamento della delibera per l'ipotesi di verbalizzazione successiva inesatta o incompleta”*.

⁵⁵ Così si esprime *Relazione al decreto legislativo*, § 5 *Dell'assemblea*, op. cit.

⁵⁶ Sottolineano che il legislatore non sarebbe in grado di escludere le ipotesi di inesistenza, tra gli altri, C. E. PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 618; C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, op. cit., p. 706; M. LIBERTINI, *Tutela invalidatoria e tutela risarcitoria*, op. cit., p. 2; S. SANZO, *L'invalidità e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto societario, profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, a cura di Ambrosini, Torino, 2005, p. 186.

⁵⁷ In tal senso v. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *L'invalidità*, op. cit., p. 145.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

di effetti, insanabile, ecc.)⁵⁸”.

In tale prospettiva, alcuni Autori, nei primi commenti alla riforma, hanno temuto che l'intervento legislativo potesse addirittura comportare un effetto contrario a quello voluto, e determinare un proliferarsi di pronunce di inesistenza, volte a superare i nuovi limiti, soprattutto temporali, che sono stati posti all'impugnativa delle delibere nulle⁵⁹.

4.1. Le diverse ricostruzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza

Tale ultimo timore sembra, in realtà, ad oggi non condivisibile. La dottrina prevalente reputa, infatti, che, dovendosi escludere la configurabilità di ipotesi di inesistenza giuridica, siano solamente individuabili casi di inesistenza di fatto⁶⁰, di cui sarebbero esempio le deliberazioni mai prese dall'assemblea, risultanti da un falso verbale⁶¹.

Solo una parte minoritaria della dottrina osserva, invece, in accordo a quanto sostenuto nella relazione introduttiva alla riforma, che il legislatore abbia disciplinato “*attraverso le categorie dell'invalidità qualsiasi ipotesi di divaricazione della fattispecie concreta dalla fattispecie astratta a cui taluno dei consociati vorrebbe ricondurla*”⁶². Come si è visto, alla luce della disciplina riformata, va considerata invalida, e non inesistente, una delibera presa da un'assemblea non convocata, cui abbiano partecipato, votando, soggetti esterni alla compagine sociale e che non sia documentata in un verbale. Per tal motivo si sottolinea che sembra preclusa la possibilità di individuare una fattispecie deliberativa cui far riferimento per valutare l'esistenza della delibera, potendosi ricondurre all'invalidità “*ogni ipotesi in cui taluno dei consociati asserisca che un atto di quel tipo esiste (asserzione in mancanza della quale è ben possibile dire che la delibera non esiste; ma questo perché, in effetti, nessuno ne predica l'esistenza!)*”⁶³. Si conclude, così, che una delibera completamente inventata, ma risultante da un falso verbale, andrebbe considerata nulla per mancata convocazione dell'assemblea, e non materialmente inesistente⁶⁴.

Minoritaria è, al pari, la posizione di chi ritiene che sarebbe possibile, ancora

⁵⁸ Così M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere*, op. cit., p. 2.

⁵⁹ V. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *L'invalidità*, op. cit., p. 146 e M. CIAN, *La rafforzata stabilità delle impugnazioni assembleari di s.p.a.*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del Convegno internazionale di studi (Venezia, 10-11 novembre 2006)*, vol. II, Milano, p. 948.

⁶⁰ In questo senso v. C. E. PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo*, op. cit., p. 619, e M. LIBERTINI, *Tutela invalidatoria e tutela risarcitoria*, op. cit., p. 2.

⁶¹ V., ad esempio, F. GUERRERA, *Il verbale d'assemblea*, op. cit., p. 102, e V. SANNA, *L'inesistenza delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 170.

⁶² G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 55.

⁶³ G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 55.

⁶⁴ Ancora G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 61.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

oggi, ipotizzare non solo casi di inesistenza materiale, ma anche di inesistenza giuridica delle deliberazioni. Si sottolinea, infatti, che sebbene lo spazio per l'inesistenza sia stato indubbiamente ridotto, sarebbe ancora possibile individuare una nozione di deliberazione assembleare che sia coerente, ma non coincidente, con la novellata fattispecie di nullità delle deliberazioni assembleari⁶⁵.

Autorevole dottrina sostiene dunque che, affinché possa riconoscersi una delibera, essa debba essere stata presa non da un gruppo qualunque, ma da un'assemblea in cui i soci abbiano discusso e votato, *“di modo che le determinazioni adottate siano riconducibili giuridicamente ad una manifestazione di volontà collettiva dei soci”*⁶⁶. Simile appare poi la posizione di chi sostiene che il contenuto minimo della fattispecie deliberativa stia *“nella manifestazione di volontà della maggioranza anche apparente dei soci, espressa nella forma del voto a termine della riunione, cui abbiano preso parte soci titolari di diritto di voto”*⁶⁷.

Altri Autori ritengono, invece, che il contenuto minimo, o *minimaltatbestand*, della deliberazione assembleare, la cui mancanza comporterebbe l'inesistenza della deliberazione, coincida con il requisito *“dell'inserimento della decisione entro l'attività sociale”*, ossia con il momento organizzativo di appropriazione della decisione da parte della società. Si ritiene, infatti, che *“l'atto dichiarativo può reputarsi riferibile all'ente (e, in quanto tale, è apprezzabile come deliberazione o come decisione extraassembleare), quando all'iter formativo in cui si incardinano le dichiarazioni che lo compongono abbiano partecipato, in qualsiasi momento - o iniziale, attraverso la convocazione-informazione; o anche solo finale, attraverso la trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea o delle decisioni dei soci, o attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese, o l'attuazione della regola posta – almeno uno dei componenti dell'organo gestorio o di controllo della società, nella loro veste”*⁶⁸.

⁶⁵ V. in questo senso M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere*, op. cit., p. 15; M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni*, op. cit., p. 766; V. SANNA, *L'inesistenza delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 169.

⁶⁶ G. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, p. 363. L'Autore reputa, infatti, che sostenendo che siano configurabili sole ipotesi di inesistenza materiale *“si rischia di disintegrare totalmente ogni traccia di collegiabilità nella delibera e nei suoi requisiti minimi di riconoscibilità come tale”*. Pertanto, si conclude che *“una decisione di soci di una società per azioni per essere considerata delibera dell'assemblea debba comunque passare per il trait d'union dell'osservanza della procedura di formazione, appunto, collegiale della volontà: che quindi non rimanga senza etichetta e paternità”*

⁶⁷ Così V. SANNA, *L'inesistenza delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 188.

⁶⁸ M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni*, op. cit., p. 793. L'Autore sottolinea che una tale tesi permette di salvaguardare le esigenze di certezza dell'ordinamento, poiché è basata su un requisito non discrezionale, ma oggettivamente apprezzabile.

STUDI E OPINIONI

NULLITÀ DELLE DELIBERAZIONI DI SPA

Inoltre, va riportato che in un recente lavoro si è sostenuto che una decisione andrebbe considerata inesistente solamente qualora non possieda neanche una “parvenza di delibera”⁶⁹. Poiché, in tale prospettiva, l'unico elemento essenziale della fattispecie deliberativa consterebbe nella apparente provenienza dalla necessaria maggioranza del capitale sociale⁷⁰, non sarebbero da considerarsi inesistenti, ma nulle, le deliberazioni risultanti da verbali falsi che paiano comunque provenire dalla società.

Resta infine da esaminare quale posizione sia stata assunta a riguardo dalla giurisprudenza nei primi anni di vigore della disciplina riformata. Confrontando le motivazioni delle poche sentenze in argomento, si evince che anche nella giurisprudenza sono state assunte le diverse posizioni che si riscontrano nella dottrina. In accordo con l'espresso intento legislativo, ma in grande rottura con il passato, alcuni Tribunali hanno affermato che in materia di invalidità delle deliberazioni assembleari non ci sarebbe più spazio per pronunce di inesistenza⁷¹. In altre occasioni, la giurisprudenza di merito ha però ancora accertato l'inesistenza di una deliberazione, affermando, ad esempio, che “*non sarebbe da considerarsi una delibera (...) un atto qualificato come tale da un soggetto che si è autoattribuito la qualità di socio e si è autocostituito in assemblea ad insaputa degli organi sociali*”⁷².

⁶⁹ Così M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere*, op. cit., p. 163 ss. Si noti che già P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 64, aveva escluso la possibilità di ricorrere all'inesistenza qualora fosse presente “*un'apparenza di deliberazione*”.

⁷⁰ V. M. CENTONZE, *L'“inesistenza” delle delibere*, op. cit., p. 171, a giudizio del quale “*la fattispecie delibera si riduce alla “parvenza” di essa, non rilevando, per la sua esistenza, né la “qualità” dei soggetti agenti (maggioranza, minoranza, estranei), né le modalità (procedimento assembleare o meno) di formazione della decisione*”.

⁷¹ Si sono espressi in questo senso Trib. Milano 21 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 1208, con nota di A. MONTEVERDE e Trib. Roma 6 luglio 2004, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 149, in cui si afferma che “*è appena il caso di osservare che i vizi consistenti nella mancata convocazione dell'assemblea, da tempo qualificati dalla giurisprudenza di legittimità come danti luogo ad inesistenza della deliberazione, sono ora qualificati come causa di nullità relativa sanabile della deliberazione assembleare dagli artt. 2379, 2379 bis e 2379 ter c.c., con la conseguenza che nel mutato quadro normativo non sembrano darsi ipotesi di giuridica inesistenza*”.

⁷² Così, Trib. Milano 1° aprile 2008, in *Società*, 2008, 9, p. 1130, con nota di M. CENTONZE, ove si afferma che “*rappresenta un'ipotesi estrema (...) di inesistenza materiale della delibera che risulta addirittura estranea alla categoria di cui agli artt. 2377 ss. c.c., non sussistendo un atto imputabile in via astratta alla società*”, il caso di una deliberazione, iscritta nel registro delle imprese, preso da un soggetto rivelatosi estraneo alla compagine sociale.

Ha dichiarato inesistente una deliberazione di una s.r.l., a causa della mancanza di legittimazione di alcuni partecipanti all'assemblea, Trib. Bari, 28 novembre 2005, in *Società*, 2007, p. 223, con nota di CARDARELLI.

4.2. Conclusioni

Nel tentativo di trarre alcune conclusioni dalla breve analisi che si è effettuata della materia dell'inesistenza delle deliberazioni assembleari, sembra potersi affermare che, anche a seguito della riforma del diritto societario, non sia chiaro l'ambito applicativo di tale categoria, in mancanza di una nozione di deliberazione assembleare cui poter far riferimento per valutare l'esistenza di una decisione che viene fatta valere.

Al contempo, però, pare lecito ritenere che a seguito dell'intervento legislativo l'esigenza di certezza del diritto risulti più tutelata che in passato.

Anche chi reputa che sia individuabile uno spazio per ipotesi di inesistenza giuridica sottolinea, infatti, che l'inesistenza “*per quanto non preteribile dal punto di vista dogmatico, sembra rimanere confinata, di fatto, ad ipotesi quasi solo di scuola*⁷³”. Con la conseguenza, dunque, che solo in tali rare ipotesi potranno ancora sorgere dubbi sulla qualificazione della decisione che viene fatta valere e, quindi, sulla disciplina dell'impugnativa da doversi applicare. Ciò in quanto il legislatore, pur non essendo forse in grado di espungere dal sistema tale figura di origine giurisprudenziale, sembra essere riuscito ad abbassare significativamente “*la soglia del concetto giuridico di esistenza della delibera assembleare*⁷⁴”.

Va dunque espresso un giudizio positivo sulla scelta del legislatore della riforma di codificare nuove ipotesi di nullità, che ha posto finalmente rimedio a qual vuoto di tutela del socio che si riconosceva essere presente nella disciplina previgente e che veniva colmato dalla giurisprudenza proprio facendo ricorso alle pronunce di inesistenza. Nel vigore dell'attuale disciplina, infatti, non sembra più concreto il rischio che la maggioranza possa adottare deliberazioni all'insaputa di minoranze facendole valere solo una volta che sia scaduto il termine per l'impugnazione, dal momento che, nelle ipotesi di mancata convocazione e di mancata verbalizzazione della delibera, l'azione di nullità può essere esperita entro tre anni dal momento in cui il socio può avere effettiva conoscenza della decisione viziata⁷⁵.

⁷³ M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni*, op. cit., p. 794.

⁷⁴ V. in questo senso, S. SANZO, *L'invalidità e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 187.

⁷⁵ In questo senso, v. G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 65 ss., il quale ritiene che la riforma abbia fissato “*un punto di equilibrio soddisfacente fra stabilità delle delibere assembleari (...) e protezione dei soci*”.

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO *EX* ART. 2409 C.C. NON SI APPLICA ALLE S.R.L.

(Cass. civile, sez. I, sent. n. 403 del 13/1/2010)

La Corte di Cassazione ha affermato che il procedimento ex art. 2409 c.c. non è applicabile alle s.r.l., anche se dotate del collegio sindacale obbligatoriamente costituito ai sensi dell'art.2477 c.c.

di **GIUSEPPE ANTONIO POLICARO**

Con la sentenza n. 403, depositata il 13 gennaio 2010, la Corte di Cassazione ha ritenuto inammissibile, per le società a responsabilità limitata, la denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione societaria, *ex art. 2409 c.c.*, dovendosi invece applicare le specifiche disposizioni previste dall'art. 2476 c.c.

Nella fattispecie, la Corte si è pronunciata in merito ad un ricorso, formulato dai componenti del collegio sindacale di una s.r.l., avverso un'ordinanza emessa dal Tribunale di Lecce, che già in primo grado aveva dichiarato inammissibile per le s.r.l. la procedura prevista dall'art. 2409 c.c. instaurata dai sindaci stessi, ritenendola applicabile alle sole società per azioni.

A fondamento del ricorso i ricorrenti, premettendo come nella s.r.l. la nomina del collegio sindacale risultasse obbligatoria poiché in presenza di capitale sociale non inferiore a quello minimo previsto per le società per azioni¹.denunciavano la «violazione» - da parte del Giudice di merito – «dell'art. 2477 c.c., in relazione agli artt. 2043, 2409 c.c., 91 c.p.c., atteso che l'affermata irrilevanza della dimensione della società sarebbe frutto di una interpretazione errata. L'omessa considerazione di tale aspetto nel caso di società a responsabilità limitata si porrebbe infatti in contrasto con i

¹ Come noto, la nomina del collegio sindacale risulta obbligatoria nelle s.r.l. di maggiore dimensione in base a quanto delineato dall'art. 2477 commi 2 e 3 c.c., vale a dire nelle ipotesi in cui il capitale sociale non sia inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni o se per due esercizi consecutivi siano stati superati due dei limiti indicati dal primo comma dell'art. 2435-bis c.c. (totale dell'attivo dello stato patrimoniale pari a 4.400.000,00 euro; ricavi delle vendite e delle prestazioni pari a 8.800.000 euro; 50 dipendenti occupati in media durante l'esercizio).

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

canoni di ragionevolezza poiché, pur a fronte dell'obbligatorietà della nomina dei sindaci nell'ipotesi di società a responsabilità limitata con capitale sociale non inferiore a quello minimo previsto per le società per azioni, ove si precludesse loro il ricorso al procedimento di cui all'art.2409 c.c. si vanificherebbe significativamente il potere - dovere di controllo ad essi demandato, nell'impossibilità di segnalare al Tribunale gravi irregolarità eventualmente riscontrate», sottolineando

Con la sentenza esaminata la Suprema Corte ha rigettato il ricorso, ritenendo inammissibile per le s.r.l. il controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c., in ossequio al tenore letterale della normativa in materia.

In primo luogo, la Corte di Cassazione, infatti, ha rilevato che nessuna disposizione prevede, dopo la riforma apportata dal d.lgs 17.1.2003 n. 6, l'applicabilità del predetto procedimento di controllo giudiziario alle società a responsabilità limitata nelle quali non sia obbligatoria la nomina del collegio sindacale.

Ed anzi, poiché, precedentemente non si dubitava dell'applicabilità dell'art. 2409 c.c. grazie alla previsione dell'art. 2488 c.c. previgente, che – nel dettare la disciplina del collegio sindacale di s.r.l. – lo richiamava espressamente la stessa Corte ha considerato la soppressione del richiamo operata con il D. Lgs. n. 6/2003 come una «*circostanza che renderebbe poco verosimile l'imputazione dell'omissione ad un refuso*»², piuttosto che la chiara indicazione della volontà di escludere l'operatività di tale istituto per le S.r.l.

Secondo la Corte, inoltre, tale esclusione opererebbe anche per le S.r.l. in cui la nomina del collegio sindacale è obbligatoria, pur disponendo l'art. 2477, ultimo co., c.c. che in tal caso «*si applicano le disposizioni dettate in tema di società per azioni*». Il richiamo, infatti, non consentirebbe di ritenere l'art. 2409 c.c. applicabile, per i motivi di seguito individuati: «*per la genericità del richiamo contenuto nell'art. 2477 c.c. alle disposizioni dettate in tema di società per azioni: per l'espressa e specifica indicazione del legislatore in senso contrario; per le analitiche argomentazioni svolte a sostegno dell'opzione effettuata nella relazione al testo normativo; per il contrasto che si verrebbe a determinare fra un eventuale potere riconosciuto al collegio sindacale di*

² E' stata infatti eliminata la disposizione, rappresentata nel testo ancora in vigore dall'art. 2488 c.c., ultimo comma, secondo cui «*anche quando manca il collegio sindacale, si applica l'art. 2409 c.c.*» ed in base al quale il controllo giudiziario era pacificamente ritenuto applicabile alle s.r.l.; così TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione, in Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, V, Torino, 1988, p. 301.

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 2409 c.c. e la collocazione attribuita alla società a responsabilità limitata, non più delineata come una società per azioni di più modeste dimensioni, nell'ambito del sistema societario nel suo complesso».

L'innovazione alla normativa, nel solco di svincolare la disciplina normativa attribuita alle società a responsabilità limitata rispetto a quella applicabile alle società per azioni³, costituisce la per la Corte adita la contropartita del potere conferito a ciascun socio, a prescindere dalla sua partecipazione al capitale sociale della s.r.l., di esperire in via surrogatoria l'azione sociale di responsabilità e di chiedere, sussistenti gravi irregolarità di gestione, la revoca cautelare degli amministratori ai sensi del comma 3 dell'art. 2446 c.c.⁴

³ Sulla differenza di disciplina fra s.p.a. ed s.r.l. introdotta dalla riforma del diritto societario, peraltro, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, sia sotto il profilo dell'eccesso di delega, sia sotto quello della disparità di trattamento tra società per azioni e società a responsabilità limitata e, all'interno di quest'ultima, tra società con collegio sindacale e senza (Cfr. App. Trieste, 5 novembre 2004, in *Giur. It.*, 2005, 1476, con nota di TRIPALDI e da Trib. Cagliari, 4 febbraio 2004, *inedita*. Ma la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata tale questione, ritenendo che l'art. 2, lettera f), della legge 3 ottobre 2001 n. 366 (legge delega alla riforma del diritto societario) avesse fissato il principio generale per il quale le società a responsabilità limitata e le società per azioni costituiscono modelli distinti, principio a cui ha fatto da corollario la previsione, per le prime, di un organico ed autonomo complesso normativo ed una impostazione della disciplina radicalmente divergente dalle seconde. Cfr. C. Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in www.cortecostituzionale.it e in *Le Società*, 2006, 451 con commento di SENINI.

⁴ Osserva a tal proposito V. SALAFIA, *Collegio Sindacale e Controllo contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, p. 333 che «*il legislatore della riforma probabilmente ha stimato equivalente questa forma di tutela dell'interesse dei soci e delle società a quella propria del procedimento regolato dall'art.2409. Ha trascurato, però, che la tutela cautelare apprestata dall'art. 2476 è strumentale ad una azione di risarcimento danni ed eventualmente anche di revoca dell'amministratore, già proposta, o, secondo alcuni, ancora da proporre, e non nell'interesse della correzione delle irregolarità commesse dall'amministratore stesso; e non ha considerato, inoltre, che non prevedendo il citato art. 2476, la nomina del nuovo amministratore, sia pure per breve tempo, da parte del giudice, la si rimette a quell'assemblea, nella quale probabilmente è ancora dominante la maggioranza, che non ha voluto o saputo dimettere il precedente amministratore».*

La possibilità di revoca degli amministratori da parte del giudice supplisce quindi parzialmente alla mancata previsione da parte del legislatore della riforma del rimedio costituito, nel diritto previgente, dalla denuncia al tribunale delle gravi irregolarità ai sensi dell'art.2409 c.c.. Prevale

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

Va peraltro sottolineato come ai singoli soci siano stati attribuiti, in base al disposto del secondo comma dell'art. 2476 c.c., importanti poteri ispettivi sull'operato degli amministratori, con evidente e chiaro intento di addivenire ad una sorta di privatizzazione del controllo societario in loro favore.

Tale principio è desumibile, sempre secondo la Corte di Cassazione, dalla Relazione Governativa al d.lgs del 17 gennaio 2003 n. 6, in cui l'intento richiamato trova riscontro «*nel diritto dei soci di ottenere notizie dagli amministratori circa l'andamento degli affari sociali, nel loro diritto di procedere all'ispezione dei libri sociali e dei documenti, nella riconosciuta legittimazione a proporre l'azione sociale di responsabilità, nella possibilità di ottenere in tale sede provvedimenti cautelari, nella predisposizione di un sistema idoneo a risolvere i conflitti societari interni, nell'attribuzione al collegio sindacale di compiti di controllo incentrati più sui profili contabili (artt. 2476, 2477 c.c.), anziché su quelli di corretta gestione e di legalità, rispetto ai quali deve essere invece concentrata l'attenzione del collegio sindacale delle società per azioni*».

comunque l'opinione che considera lo strumento normativo attuale sostanzialmente di portata limitata, poiché volto esclusivamente ad evitare che la carica di amministratore continui ad essere esercitata da chi ha cagionato danni alla società; l'azione in questione è quindi subordinata alla circostanza che per effetto degli atti di *mala gestio* si sia già verificato un danno per la società, posto che diversamente non sarebbe esperibile l'azione di responsabilità. La misura cautelare prevista dalla riforma si concretizza quindi solo nella rimozione dell'amministratore autore della irregolarità amministrativa denunciata, sempre che essa sia fonte del danno di cui viene richiesto il risarcimento da parte del socio. Per approfondimenti v. se vuoi L.PANZANI, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, libro V del lavoro, Tomo II, a cura di C. Ruperto, Milano, 2009, pp. 2909 e ss; C. RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella nuova s.r.l.*, Società, 2004, pp. 1085 ss, il quale sostiene, tra l'altro, che alla società a responsabilità limitata sarebbe applicabile l'azione di revoca dell'amministratore per giusta causa prevista per la società di persona ex art. 2259 c.c.; G. PIZZORUSSO, *la riforma del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.*, in www.altalex.com, 21.5.2003, critico nei confronti delle modifiche introdotte e preoccupato, tra l'altro, che le s.r.l. possano sottrarsi a qualsiasi tipo di controllo giudiziario che è stato fino all'entrata in vigore della nuova normativa attivabile anche sulla base dell'intervento del Pubblico Ministero (ora escluso pure alla S.p.a. che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio); per una critica all'esclusione dell'operatività dell'art. 2409 c.c. per le s.r.l. v. anche O.CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2007, pp. 260 e ss.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 20/2010

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

Le tesi enunciate dalla Corte di Cassazione trovano ancora esplicita conferma dall'applicazione dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. esercenti attività sportiva ex art. 10 l. 23 marzo 1981 n. 91.

L'art. 13 della summenzionata legge, così come modificato dall'art. 8 del d.lgs 6 febbraio 2004 n. 37, con il quale sono state apportate anche alcune correzioni e modifiche al decreto attuativo della riforma societaria, dispone infatti che *“il procedimento di cui all'art. 2409 del codice civile si applica alle società di cui all'art. 19, comprese quelle aventi forma di società a responsabilità limitata; il potere di denuncia spetta anche alle federazioni sportive nazionali”*⁵. Secondo la Corte, questa disposizione *«trova fondamento e presupposto nel convincimento che, diversamente, l'articolo in questione non sarebbe stato applicabile alle società sportive a responsabilità limitata»*.

Risulta così evidente come il citato dettame normativo confermi esplicitamente il principio generale che prevede l'esclusione delle s.r.l. dal novero delle società assoggettabili al controllo giudiziario.

In definitiva, secondo la Corte di Cassazione *«il rinvio alle disposizioni in tema di società per azioni dettato dall'art. 2477 ultimo comma c.c.⁶ in tema di società a responsabilità limitata per i componenti dell'eventuale collegio sindacale va quindi interpretato come richiamo ai requisiti professionali, alle cause di ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità dei sindaci stabilite dagli artt. 2397 e segg. c.c., nonché alle rispettive funzioni e ai poteri indicati dagli artt. 2403 e segg. c.c., ma non può certamente valere ad assoggettare loro il potere di sollecitare il controllo giudiziario in relazione a ravvisate irregolarità gestionali, a ciò ostando, la formulazione letterale delle disposizioni vigenti, l'intenzione del legislatore, i diversi connotati attribuiti a*

⁵ Sul contenuto della norma si veda, tra gli altri, R. RORDORF, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di C. Ruperto, V, 2, Milano, 2009, pp. 2591-2592.

⁶ Recita il succitato articolo: *“nei casi previsti dal secondo e terzo comma (si veda la nota 2, ndA) si applicano le disposizioni in tema di società per azioni; se l'atto costitutivo non dispone diversamente, il controllo contabile è esercitato dal collegio sindacale”*.

COMMENTI A SENTENZE

CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SRL

dette società rispetto a quelle per azioni, con la riforma organica delle società di capitali di cui al d.lgs.6/2003»⁷.

⁷ Mancando ai sindaci delle s.r.l. la possibilità di esperire i rimedi garantiti dalle procedure dall'art. 2409 c.c a fronte di gravi irregolarità gestionali e/o contabili degli amministratori, appare iniquo ipotizzare in capo ad essi una responsabilità assimilabile a quella dei sindaci delle s.p.a.; sul tema si veda L. DE ANGELIS, *S.r.l.: controllo giudiziario ammissibile su richiesta dei sindaci*, in *Le Società*, 2009, pag.1024 e ss.

PROBLEMI DELLA PRASSI

SULLA SOGGEZIONE AD ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

L'Autore prende in esame l'assetto proprietario e la governance di una società al fine di valutare se la stessa sia soggetta ad attività di direzione e coordinamento, e chi, eventualmente, eserciti tale attività.

di **CRISTIANO CINCOTTI**

1. L'assetto proprietario della Società

Il capitale della Società è attualmente ripartito come segue:

Beta	83,06 %
Beta bis	16,38%
Gamma	0,14%
Delta	0,42%

Il *Joint venture and shareholders' agreement* (di seguito il "JVA") sottoscritto dai soci prevede peraltro che al verificarsi di alcune condizioni, Gamma e Delta sottoscriveranno un aumento di capitale della Società riservato, sì che a tale data (di seguito indicata come *Closing*), il capitale risulterà ripartito come segue:

Beta	50,01
Beta bis	9,87%
Gamma	10,03%
Delta	30,09%

Ai fini che qui interessano, occorre inoltre rilevare che Beta detiene una partecipazione pari al 78,91% del capitale di Beta bis, sì che questa è pacificamente soggetta al controllo di diritto (art. 2359, n. 1, c.c.) ed ad attività di direzione e coordinamento da parte della prima (art. 2497-*sexies*, c.c.). Conseguentemente, nel prosieguo della trattazione, Beta e Beta bis saranno considerate come un'unica entità (di seguito "Beta"), titolare di una partecipazione pari al 96,44% del capitale della Società che, successivamente al *Closing*, si ridurrà al 59,97%.

Ancora, giova aggiungere che Gamma è un operatore industriale operante nel medesimo settore di Beta e che Alfa è una società destinata ad fornire servizi principalmente a Beta e Gamma. Delta, invece, è una società finanziaria a capitale pubblico che ha acquistato la partecipazione in Alfa con finalità di finanziamento e non industriali.

2. La governance della Società

2.1. I Soci hanno dettato una articolata disciplina della *governance* della Società, mediante il JVA e lo Statuto, che può essere sintetizzata come segue.

PROBLEMI DELLA PRASSI

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

Funzionamento Assemblea: lo Statuto prevede che l'assemblea deliberi con le maggioranze previste dalla legge ad eccezione delle seguenti materie, che richiedono l'*unanimità*: (a) aumenti e riduzioni del capitale sociale; (b) fusione, scissione e trasformazione; (c) scioglimento e messa in liquidazione; (d) modifica dello Statuto; (e) ammissione o revoca della quotazione da un mercato regolamentato; (f) distribuzione dividendi; (g) determinazione della remunerazione complessiva spettante ai membri del consiglio di amministrazione; (h) variazione alla determinazione del prezzo delle azioni ai sensi dell'art. 2437 ter cod. civ.; (i) nomina dei componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale.

Nomina amministratori: ai sensi dello Statuto, Beta ha diritto di nominare n. 3 consiglieri; Gamma e Delta hanno diritto di nominare n. 1 amministratore ciascuna.

Lo Statuto prevede inoltre che il consigliere espresso da Delta debba essere nominato Presidente del consiglio di amministrazione e, secondo il JVA, questi non può avere alcuna delega gestoria. Un consigliere espressione di Beta deve essere nominato vice presidente del consiglio di amministrazione e altro consigliere, sempre espressione di Beta, deve essere nominato amministratore delegato.

Funzionamento Consiglio di amministrazione: lo Statuto prevede che il Consiglio operi secondo il principio maggioritario (e dunque con il voto favorevole di 3 consiglieri su 5), ad eccezione delle seguenti materie che richiedono il voto favorevole del consigliere di espressione Delta: (a) acquisto e cessione di partecipazioni in altre società o costituzione di società; (b) acquisto o cessione di aziende o rami d'azienda; (c) assunzione di finanziamenti o garanzie da banche o terzi finanziatori; (d) trasferimento della sede sociale delle sedi secondarie o delle sedi operative; (e) determinazione del valore delle azioni ai sensi dell'art. 2437 ter cod. civ.; (f) assunzione di obbligazioni (anche cambiarie) ed impegni di natura assimilabile; (g) cessione, affitto passivo o altro atto dispositivo di beni mobili ed immobili essenziali per l'attività della Società; (h) concessione di garanzie o finanziamenti a terzi; (i) strategia commerciale di alto livello; (j) decisioni in forza delle quali la capacità della Società di prestare servizi in alcune aree territoriali è eliminata o ridotta in termini rilevanti; (k) approvazione del business plan della Società e delle relative variazioni. In relazione alle materie sub (f-g-h-j) lo Statuto richiede altresì il voto favorevole del consigliere di espressione Gamma. Tutte le menzionate competenze (a-k) non possono essere oggetto di delega.

Poteri dell'Amministratore Delegato: il JVC prevede che il Consiglio di amministrazione deleghi ad uno dei consiglieri di nomina Beta i seguenti poteri: (i) potere di rappresentare la Società davanti a enti ed organi e nominare legali e rappresentanti; (ii) potere di stipulare contratti di valore fino ad €8 milioni; (iii) potere gerarchico sui dipendenti, esclusi i dirigenti; (iv) potere di operare nei rapporti bancari per operazioni di valore fino ad €2 milioni; (v) potere di concludere operazioni sui mercati regolamentati in relazione a valute, strumenti azionari e tassi di interesse nei limiti indicati dal consiglio. Il JVC prevede inoltre che l'Amministratore delegato abbia

PROBLEMI DELLA PRASSI

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

il compito di predisporre l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; il dovere di riferire semestralmente al consiglio sui fatti gestori più rilevanti e il potere di sottoporre al consiglio medesimo le proposte in merito ai seguenti argomenti: (i) piani strategici, industriali e finanziari, anche pluriennali; (ii) strategie di ottimizzazione dei rischi finanziari; (iii) corporate governance; (iv) alleanze strategiche con altri operatori; (v) programmi operativi e relativi budget.

Ulteriori organi sociali: il JVC prevede l'istituzione di un *General Supervisory Committee* composto da 4 membri, due designati da Beta e due da Gamma, scelti tra i manager delle società, avente compiti di supporto e consulenza a favore del Consiglio di amministrazione in materia di controllo e gestione dei rischi.

2.2. In sintesi, Beta dispone – e disporrà anche successivamente al *Closing* – della maggioranza assoluta dei voti esercitabili in assemblea e può adottare senza il concorso degli altri soci tutte le delibere ad eccezione di quelle per cui lo Statuto richiede l'unanimità. Queste sono riconducibili alle principali delibere di competenza dell'assemblea straordinaria, oltre alle competenze in materia di distribuzione dei dividendi, nomina e remunerazione degli amministratori, nomina sindaci e quotazione / delisting. Ne discende, per quanto qui rileva, che Beta può approvare il bilancio d'esercizio senza il concorso degli altri Soci*.

Beta dispone altresì della maggioranza nel Consiglio di amministrazione (3 consiglieri su 5) ed ha il diritto di nominare l'Amministratore delegato. Per quanto qui rileva, Beta, per il tramite dei consiglieri di propria espressione, può predisporre ed approvare il progetto di bilancio.

3. La soggezione della società ad attività di direzione e coordinamento

3.1. Occorre preliminarmente chiarire che l'attività di direzione e coordinamento si distingue, e rappresenta un *quid pluris*, rispetto al controllo codicistico di cui all'art. 2359 cod. civ. Per attività di direzione e coordinamento deve intendersi *l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali*[†]. La fattispecie, tuttavia, deve essere letta alla luce dell'art. 2380 *bis* cod.

* Vi sono, evidentemente, ulteriori materie di competenza assembleare che non richiedono l'unanimità ai sensi dell'art. 14 dello Statuto, quali ad esempio l'autorizzazione all'acquisto di azioni proprie (art. 2357 cod. civ.), la determinazione del sovrapprezzo azionario (art. 2441 cod. civ.), l'autorizzazione per i c.d. acquisti pericolosi (art. 2343 bis cod. civ.), ma l'assetto complessivo risultante dallo Statuto e dal JVC induce ad escludere che Beta possa effettivamente adottare queste delibere in assenza di un consenso degli altri soci.

[†] In tal senso MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss.

PROBLEMI DELLA PRASSI

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

civ. – che attribuisce agli amministratori, in via esclusiva, il potere gestorio – e dell'art. 2497 cod. civ., che ribadisce l'obbligo di corretta gestione societaria anche nei gruppi societari. Conseguentemente, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non si esplica in una *eterodirezione*, ma in una *limitazione della sovranità* della società che vi è assoggettata[‡], la cui gestione dovrà perseguire altresì l'interesse di gruppo[§], senza peraltro sacrificare l'interesse della controllata^{**}.

L'art. 2497 *sexies* cod. civ. dispone che *si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359*. Trattasi peraltro di presunzione *juris tantum*, giacché l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento deve essere accertata sulla base di dati fattuali, quali ad esempio atti formali (accordi contrattuali che coinvolgono la società, ovvero patti parasociali), ovvero atti di indirizzo, anche non formalizzati.

La Società è soggetta a controllo di diritto da parte di Beta, che dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ed esprime la maggioranza dei componenti del Consiglio di amministrazione, nonché l'Amministratore delegato. Ai sensi dell'art. 2497 *sexies* cod. civ. si presume dunque, salvo prova contraria, che Beta eserciti l'attività di direzione e coordinamento sulla Società.

La presunzione può essere superata solo ove si dimostri che la Società, pur essendo soggetta a controllo, opera sul mercato come un soggetto imprenditoriale autonomo, e dunque nessun soggetto esercita sulla Società la *direzione unitaria* che caratterizza l'esistenza di un gruppo societario^{††}.

3.2. La dottrina ha individuato una serie di indici la cui presenza denota l'esercizio della direzione unitaria, cui ricollegare la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento^{‡‡}. Tra questi possiamo menzionare a) la etero-pianificazione

[‡] La fortunata definizione di *società a sovranità limitata* è di MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 799.

[§] La giurisprudenza ha da tempo evidenziato che le direttive impartite dalla capogruppo non implicano necessariamente la *subordinazione degli interessi delle controllate ad interessi estranei* giacché queste traggono vantaggio dall'appartenenza al gruppo (Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, 360).

^{**} E quindi gli amministratori della controllata devono astenersi dall'eseguire delibere ed indirizzi che possano danneggiare la società (Cass. 3 febbraio 1992, n. 1759 in *Contr. e impr.*, 1992, 543, nonché Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439 citata alla nota che precede).

^{††} Si veda, per tutti, PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, nel *Trattato Colombo-Portale*, 2^{**}, Torino, 1991, 581 ss.

^{‡‡} Cfr. CARIELLO, *sub artt. 2597 sexies e septies*, nel *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, III, Napoli, 2004, 1894; NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di*

PROBLEMI DELLA PRASSI

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

finanziaria della società; b) l'adozione di piani di garanzie infragruppo; c) il condizionamento delle scelte commerciali; d) la predisposizione di "organigrammi di rischio"; e) la formulazione di codici di comportamento di gruppo; f) il condizionamento delle decisioni relative all'addestramento ed al dislocamento del personale; g) la presenza di contratti di integrazione verticale tra la capogruppo e la controllata.

Sotto il profilo negativo, per contro, possono ravvisarsi elementi idonei a ravvisare una autonomia imprenditoriale della Società, superando la presunzione di soggezione ad attività di direzione e coordinamento, laddove la partecipazione della controllata sia iscritta nel bilancio della controllante nella voce *attivo circolante* (C III) e non già nelle *immobilizzazioni finanziarie* (B III)^{§§}, ovvero allorquando sia stato stipulato un c.d. *protocollo di autonomia*, in forza del quale la controllante si obbliga a non interferire nelle decisioni gestorie della controllata^{***}.

Nel caso di specie deve ritenersi, da un lato, che non vi sia alcuno degli "indizi" sopra richiamati che depongono *contro* la soggezione della Società ad attività di direzione e coordinamento, dall'altro lato, che vi siano numerosi elementi che ne testimoniano la *sovranità limitata*.

Invero, il contenuto del JVC, peraltro in gran parte trasfuso nello Statuto, evidenzia una particolare attenzione dei soci nel disciplinare i rispettivi ruoli nella *governance* societaria: la previsione di competenze e di poteri di veto riconducibili ai soci ovvero agli amministratori di loro espressione, testimonia in maniera indubitabile l'interesse e la volontà dei Soci di partecipare alle scelte gestorie della Società. In tal senso depone altresì la previsione del *General Supervisory Committee*, che rappresenta un'espressione diretta dei soci imprenditori, chiamato ad interloquire con il Consiglio di amministrazione su alcuni argomenti gestori di particolare rilievo.

Il JVC è dunque qualificabile come patto parasociale che, ai sensi dell'art. 2341 bis, comma 1, lett. c), *ha per oggetto o per effetto l'esercizio, anche congiunto, di un'influenza dominante*^{†††}.

Accanto agli accordi formalizzati dai Soci che confermano l'*eterodirezione* della Società, occorre inoltre richiamare la soggezione della stessa ai soci sotto il profilo contrattuale ed imprenditoriale. La Società, attualmente, svolge la propria attività

direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema, in *Giur. comm.*, I, 2004, 999.

§§ Così GALGANO, *Direzione e coordinamento di società - sub art. 2497 sexies*, nel Commentario Scialoja Branca a cura di Francesco Galgano, Bologna – Roma, 2005, 193.

*** PISANI, *Protocolli di autonomia gestionale e gruppi finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, 225.

††† Al riguardo, giova ricordare che l'art. 23, comma 2°, n. 4, T.U.B., ravvisa un'influenza dominante laddove ricorra l'*assoggettamento a direzione comune*, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi.

PROBLEMI DELLA PRASSI

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

esclusivamente a favore di Beta e Gamma e le prospettive di crescita evidenziate nel piano industriale di Alfa confermano che i ricavi provenienti dall'attività prestata a favore dei Soci, e in particolare di Beta, saranno nettamente predominanti anche in futuro, restando sempre al di sopra dell'80% dei ricavi complessivi. Un tale legame imprenditoriale, nonché l'evidente dipendenza economica della Società dalle commesse dei soci Beta e Gamma, rappresenta l'ultimo e definitivo elemento che consente di escludere che la Società possa operare sul mercato come entità autonoma.

Vero è invece che il socio Beta, in forza delle previsioni contenute nello Statuto e nel JVC, nonché in forza dei rapporti contrattuali intercorrenti con la Società, esercita sicuramente un'attività di direzione e coordinamento.

4. La verifica della soggezione della società ad attività di direzione e coordinamento congiunta

Chiarito così che la Società è soggetta ad attività di direzione e coordinamento da parte di Beta, occorre ora verificare se l'assetto complessivo dello Statuto e del JVC sia tale integrare l'esercizio di una *attività di direzione e coordinamento congiunta* da parte di tutti o alcuni tra i Soci⁺⁺⁺. Al riguardo, tralasciando in questa sede le problematiche relative alla rilevanza codicistica della nozione di *controllo congiunto*^{§§§}, deve ritenersi indubitabile che allorquando il volere imprenditoriale di un'impresa sia determinato da *più imprese*, la prima sia soggetta ad attività di direzione e coordinamento, seppure *congiunta*^{****}, giacché anche in questo caso la società è a *sovranità limitata*.

Si tratta, in altri termini, di accertare se i poteri di veto assegnati da Statuto e JVC ai soci di minoranza, ovvero agli amministratori da questi nominati, possano integrare un *controllo negativo* e se questo possa essere ricondotto all'esercizio di

⁺⁺⁺ Evidenzia lucidamente NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, 401 ss., che in presenza di una situazione di controllo di diritto da parte di un soggetto, il controllo congiunto – ovvero nel caso che qui interessa l'esercizio di attività di direzione e coordinamento congiunta – presuppone un accordo contrattuale tra i soci idoneo a superare i poteri attribuiti dalla legge alla maggioranza.

^{§§§} Sul punto si rinvia a CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss. La tesi maggioritaria in dottrina pare orientata nell'escludere il rilievo codicistico del controllo congiunto, la cui portata sarebbe limitata solo ad alcune ipotesi previste nella normativa speciale, come in materia antitrust (art. 7, comma 1°, l. 287/1990) o in materia di opa di concerto (art. 109, comma 1°, TUF), ovvero nei principi IAS (cfr. IAS 28 e IAS 31); in tal senso COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, I, 1992, 29 ss.; MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 7 ss.; *contra* CARIELLO, *op. loc. cit.*; LAMANDINI, *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 230 ss.

^{****} Sul punto si veda ancora CARIELLO, *op. cit.*, 10 ss.; MONTALENTI, *op. loc. cit.*

PROBLEMI DELLA PRASSI

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

un'attività di direzione e coordinamento congiunta^{†††}.

Ricordando che l'attività di direzione e coordinamento si esplica mediante *atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attentano alla conduzione degli affari sociali*^{††††}, nel caso in esame deve per contro rilevarsi che le principali scelte gestorie sono rimesse al socio Beta, mentre il diritto di veto attribuito agli altri soci, ed in particolare a Delta, si esplica unicamente in relazione alle scelte gestorie che possono modificare il *rischio dell'investimento*. Invero, la partecipazione detenuta da Delta ha natura eminentemente finanziaria e non imprenditoriale e i poteri attribuiti dallo Statuto e dal JVC a Delta hanno appunto la funzione di evitare che le scelte gestorie che fossero eventualmente poste in essere da Beta possano, nel futuro, modificare la struttura finanziaria della Società ovvero il rischio dell'investimento di Delta. In questo senso devono interpretarsi i poteri di veto in materia di (a) acquisto e cessione di partecipazioni in altre società o costituzione di società; (b) acquisto o cessione di aziende o rami d'azienda; (c) assunzione di finanziamenti o garanzie da banche o terzi finanziatori; (d) trasferimento della sede sociale delle sedi secondarie o delle sedi operative; (e) determinazione del valore delle azioni ai sensi dell'art. 2437 ter cod. civ.; (f) assunzione di obbligazioni (anche cambiarie) ed impegni di natura assimilabile; (h) concessione di garanzie o finanziamenti a terzi. Tali limiti devono essere invero letti alla luce dei poteri dell'Amministratore delegato, che può autonomamente stipulare contratti fino al valore di €8 milioni e operare con il sistema bancario fino all'importo di €2 milioni, sì da

^{†††} Sul punto la Consob, con decisione 13 novembre 2008 – pur con riferimento ad una problematica differente da quella qui esaminata – ha affermato i seguenti principi di diritto: (i) il controllo congiunto può essere ravvisato ove le decisioni dell'assemblea ordinaria e del consiglio di amministrazione siano irrealizzabili senza il concorso di tutti i soci che condividono il controllo; (ii) si deve ravvisare la sussistenza di una influenza *dominante* quando un socio può imporre la propria volontà in senso positivo, mentre la mera disponibilità di un potere di veto deve essere considerata come influenza *determinante*, fattispecie presa in considerazione ai fini della disciplina antitrust.

^{††††} Cfr. la definizione fornita *supra* nota 2 e nello stesso senso si veda lo IAS 28, § 2, a mente del quale il controllo congiunto presuppone *la condivisione stabilita contrattualmente del controllo su un'attività economica ed esiste unicamente quando per le decisioni finanziarie, gestionali e strategiche relative all'attività è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*. Circa la portata del controllo congiunto nei principi contabili internazionali IAS/IFRS, cfr. DE ANGELIS, *La valutazione delle partecipazioni secondo gli IAS/IFRS*, in AA.VV., *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Milano, 2007, 418; PEROTTA-STRAMPELLI, *L'applicazione dell'IFRS 3 in caso di passaggio dal controllo solitario al controllo congiunto. La rappresentazione contabile della successiva fusione tra società sotto comune controllo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 45 ss.

PROBLEMI DELLA PRASSI

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

consentirgli una piena autonomia gestoria.

Quanto invece ai poteri di veto in relazione a: (g) cessione, affitto passivo o altro atto dispositivo di beni mobili ed immobili essenziali per l'attività della Società; (i) strategia commerciale di alto livello; (j) decisioni in forza delle quali la capacità della Società di prestare servizi in alcune aree è eliminata o ridotta in termini rilevanti, si tratta di materie idonee a modificare sensibilmente la natura dell'attività svolta e, dunque, ancora una volta idonee ad alterare il rischio di investimento accettato da Delta al momento dell'ingresso nella compagine sociale.

Il diritto di veto, anche in questo caso, ha dunque una funzione di mera *protezione dell'investimento* e non già una funzione gestoria.

In tal senso si può evidenziare che la predisposizione di piani strategici, industriali e finanziari, è rimessa all'amministratore delegato nominato da Beta, mentre gli altri soci hanno solo il potere di accettare o rifiutare, ma non già un potere propositivo.

Infine, appare di fondamentale importanza la possibilità garantita a Beta di predisporre ed approvare autonomamente il progetto di bilancio nel Consiglio di amministrazione, così come pure di approvare il bilancio in assemblea. In tal modo, la gestione ordinaria^{§§§§} rimessa all'Amministratore delegato espresso da Beta non può neppure essere censurata dagli altri soci mediante il rifiuto di approvare il bilancio.

Deve dunque concludersi che i poteri di veto attribuiti da Delta non sono idonei a fondare un'attività di direzione e coordinamento in capo a questa società, seppur congiuntamente a Beta.

Quanto infine al ruolo svolto da Gamma, allo stato non paiono ravvisabili ragioni sufficienti per differenziarne la posizione rispetto a quella di Delta. Tuttavia, ove Gamma, in quanto socio imprenditore, dovesse effettivamente svolgere un ruolo di indirizzo e direzione nel concreto svolgimento dell'attività imprenditoriale della Società, le conclusioni cui si è ora giunti sulla base della realtà documentale risultante dagli accordi tra i Soci dovrebbero mutare in funzione della realtà operativa della Società.

^{§§§§} Occorre rilevare che la nozione di *gestione ordinaria* qui richiamata non coincide con quella di cui agli artt. 2323, 2386 ult. comma, 2458, 2409 cod.civ., che individuano nell'*ordinario* una funzione meramente conservativa dell'impresa e della continuità aziendale. Per contro, appare più confacente la distinzione operata da Cass., 18 ottobre 1997, n. 10229, secondo cui *in tema di attività di impresa il criterio discrezionale tra ordinaria e straordinaria amministrazione non può essere quello del carattere conservativo dell'atto posto in essere...con la conseguenza che l'indicata distinzione va fondata sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione normale (e, quindi, ordinaria) del tipo di impresa di cui si tratta ed in considerazione delle dimensioni in cui essa viene esercitata*; nello stesso senso cfr. Cass., 4 maggio 1995, n. 4856. Sul punto, per una lettura evolutiva, cfr. ALBANESE, *Gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (e l'annullabilità del contratto non autorizzato)*, in *Contr. impr.*, 2008, 1141 ss., spec. 1151 ss.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

CONSOB

Disciplina antiriciclaggio – La Consob ha pubblicato un documento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo delle società di revisione iscritte nell'Albo speciale previsto dall'art. 161 del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e contemporaneamente iscritte nel Registro dei revisori contabili, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231. Il documento è stato inviato alle competenti autorità affinché esprimano le proprie osservazioni nei tempi e con le modalità indicate dalla Consob.

Il testo è disponibile per la lettura sul sito: www.consob.it.

Regolamento intermediari - E' stata avviata la fase di consultazione in merito alle modifiche del Regolamento degli intermediari che la Consob approvato in relazione all'albo ed alle attività dei promotori finanziari.

Il testo è disponibile per la lettura sul sito: www.consob.it.

BORSA ITALIANA

Codice di autodisciplina – Il Comitato per la Corporate Governance ha modificato l'art. 7 del Codice di Autodisciplina del 2006 concernente la determinazione dei compensi percepiti dagli amministratori e dai dirigenti con responsabilità strategiche. Gli emittenti sono invitati ad applicare il nuovo art. 7 entro la fine dell'esercizio che inizia nel 2011, informandone il mercato con la relazione sul governo societario da pubblicarsi nel corso del 2012.

Il testo è disponibile per la lettura sul sito: www.borsaitaliana.it

GIURISPRUDENZA

Fallimento. Istanza presentata dal debitore. Onere della prova - Il Tribunale di Monza ha stabilito che, in caso di istanza di fallimento presentata in proprio, il meccanismo dell'onere della prova subisce un vero e proprio rovesciamento, incombendo sul

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 20/2010

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

debitore l'onere di dimostrare di essere un'impresa assogettata alle regole della liquidazione concorsuale.

(Trib. Monza, 24 settembre 2010, in *www.ilcaso.it*)

Fallimento. Osservazioni al progetto di stato passivo. Decadenza dall'opposizione -

Il Tribunale di Piacenza ha deciso che, qualora i creditori fallimentari non formulino osservazioni al progetto di stato passivo entro l'udienza di verifica dei crediti, essi decadano dalla facoltà di opporsi *ex art.* 98-99 Legge Fall., qualora le richieste del curatore fallimentare siano state accolte dal Giudice Delegato.

(Trib. Piacenza, 2 settembre 2010, in *www.ilcaso.it*)

Esdebitazione. Requisiti soggettivi ed oggettivi -

Relativamente all'istituto dell'esdebitazione, il Tribunale di Roma ha stabilito, da un lato, che esso sia applicabile non solo al singolo imprenditore persona fisica, ma anche ai soci illimitatamente responsabili di una società dichiarata fallita. Dall'altro lato, ha statuito che, sotto il profilo oggettivo, la concessione del beneficio dell'esdebitazione impone, *ex art.* 142 Legge Fall., il pagamento parziale di tutti i creditori concorsuali, non essendo sufficiente che siano soddisfatti – anche solo parzialmente – i soli creditori privilegiati.

(Trib. Roma, 21 settembre 2010, in *www.ilcaso.it*)

Delibera assembleare totalitaria. Contrarietà all'oggetto sociale. Nullità -

La Corte di Cassazione ha stabilito che è nulla la delibera, assunta dall'assemblea totalitaria, che autorizzi un atto in violazione dell'oggetto sociale, essendo quest'ultimo posto a garanzia della stessa compagine sociale e del c.d. ordine pubblico economico di cui all' art. 41 Cost., comma 3, da coordinarsi, per la sicurezza dei rapporti economici, con la utilità sociale della impresa. (Nel caso di specie, la Cassazione ha dichiarato nulla la delibera con cui l'assemblea totalitaria di una società ha approvato la concessione di una fidejussione bancaria che garantiva – per un ammontare superiore al suo stesso capitale sociale – una società partecipata in evidente stato di decozione).

(Cass., 4 ottobre 2010, n. 20597, in *www.altalex.it*)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Comunicazione dei dati degli investimenti in attività di ricerca – Approvato il modello

L'Agenzia delle Entrate ha approvato il nuovo modello CRT per la comunicazione dei dati degli investimenti in attività di ricerca industriale e di sviluppo precompetitivo finalizzate alla realizzazione di campionari fatti nell'Unione europea dalle imprese che svolgono le attività di cui alle divisioni 13, 14, 15 o 32.99.20 in relazione all'attività di fabbricazione di bottoni della tabella ATECO 2007, e che intendono fruire dell'agevolazione introdotta dal D.L. n. 40/2010.

L'agevolazione è fruibile nei limiti previsti dall'art. 3, D.P.C.M. n. 3/2009 e alla decisione della Commissione europea n. C(2009)4277 del 28/5/2009, con cui è stato approvato il regime di aiuti temporanei di importo limitato.

Con un successivo provvedimento, l'Agenzia delle Entrate comunicherà la percentuale massima del risparmio d'imposta spettante, al fine di semplificare le modalità di attuazione dell'agevolazione e garantire il rispetto dello stanziamento previsto.

La trasmissione telematica dei dati contenuti nella comunicazione deve essere effettuata dal 1° dicembre 2010 al 20 gennaio 2011 utilizzando il software "AGEVOLAZIONE CRT", che sarà reso disponibile a partire dal prossimo 20 novembre.

(Provvedimento Agenzia delle Entrate 10/09/2010, n. prot. n. 81380/2010)

Lavoro notturno e straordinario – imposta sostitutiva large

La correlazione tra straordinario e parametri di produttività, così come le prestazioni di lavoro notturno, devono essere documentata dall'impresa. Il datore di lavoro dovrà indicare nel CUD/2011 le somme erogate negli anni 2008 e 2009 per il conseguimento di elementi di produttività; il dipendente potrà recuperare il proprio credito mediante la dichiarazione dei redditi da presentare nel 2011.

Detta documentazione può anche consistere in una dichiarazione, con la quale l'impresa stessa attesta che la prestazione lavorativa ha determinato un risultato utile per il

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

conseguimento di elementi di competitività e redditività legati all'andamento economico dell'impresa.

(Circolare Agenzia delle Entrate 27/09/2010, n. 47/E)

Transfer Price - Masterfile e Documentazione Nazionale salvano dalle sanzioni

Masterfile e Documentazione Nazionale costituiscono la documentazione idonea a consentire il riscontro della conformità al valore normale dei prezzi di trasferimento praticati dalle imprese multinazionali. Se consegnata nel corso di attività di controllo o di altra attività istruttoria, consente al contribuente di evitare sanzioni.

L'Agenzia delle Entrate definisce i documenti che consentono di riscontrare che i prezzi di trasferimento praticati dalle imprese multinazionali siano allineati al valore normale: ai contribuenti che si doteranno di questa documentazione non sarà applicata alcuna sanzione.

(Provvedimento Agenzia delle Entrate 29/09/2010, n. prot. 2010/137654)

Scudo fiscale - pronto il vademecum per i controlli

Roberta De Pirro, Massimo Gabelli Con la circolare n. 52/E dell'8 ottobre scorso, l'Agenzia delle Entrate ha fornito agli Uffici le istruzioni per effettuare la verifica dei presupposti richiesti dall'articolo 13-bis del D.L. n. 78/2009 per accedere alle operazioni di emersione delle attività detenute all'estero.

(Circolare Agenzia delle Entrate 08/10/2010, n. 52/E)

GIURISPRUDENZA

Studi di settore - Servono elementi concreti per supportare l'accertamento

È illegittimo l'accertamento fondato esclusivamente sui dati parametrici ricavati dallo studio di settore, specificamente contestati dai contribuenti e non altrimenti asseverati dall'Amministrazione finanziaria con elementi concreti desunti dalla realtà economica dell'impresa. Lo ha deciso la Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 18941 del 2010, rigettando il ricorso dell'Agenzia delle Entrate contro la decisione della CTR, favorevole alla società contribuente in considerazione della non perfetta rispondenza tra l'attività esercitata dalla stessa società (operante nel settore tessile a Prato) e quella presa in considerazione dallo studio di settore, e delle difficoltà delle aziende di tessuti della zona.

In proposito, le Sezioni Unite della Cassazione hanno già affermato che le risultanze degli studi di settore - non costituendo fatto concreto noto e certo, specificamente inerente al contribuente, suscettibile di evidenziare in termini di rilevante probabilità

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

l'entità del suo reddito, ma rappresentando la risultante dell'estrapolazione statistica di una pluralità di dati settoriali acquisiti su campioni di contribuenti e dalle relative dichiarazioni - rivelano valori che, quando eccedono il dichiarato, integrano il presupposto per il legittimo esercizio da parte dell'Ufficio dell'accertamento analitico-induttivo, ma (ove siano contestati sulla base di allegazioni specifiche) sono inidonei a supportare l'accertamento medesimo, se non confortati da elementi concreti desunti dalla realtà economica dell'impresa che devono essere provati e non semplicemente enunciati nella motivazione dell'accertamento.

(Cassazione civile Ordinanza, Sez. Trib., 31/08/2010, n. 18941)

IVA – Accordi tra imprese

L'accordo misto tra due imprese riguardante sia il prestito di personale (rimborsato non in base alla reale remunerazione ma a forfait), sia il raggiungimento di obiettivi differenti, è soggetto ad IVA solo per la parte che supera il costo del personale.

giudici di legittimità affermano che si deve esaminare, Oltre all'ipotesi che la somma rimborsata sia maggiore del costo del personale, si deve esaminare l'ipotesi in cui la somma rimborsata sia inferiore, senza tuttavia che la CTR si sia pronunciata su questo profilo e senza che la resistente abbia riferito se, quando e come, tale profilo sia stato portato all'esame del giudice di merito.

Se il beneficiario del distacco rimborsasse una somma inferiore, sarebbe evidente che esso non avrebbe acquistato alcun bene e non avrebbe usufruito di alcuna prestazione dal parte del soggetto distaccante il personale, onde si continuerebbe a versare nel campo dell'irrilevanza per l'IVA.

Una volta che la CTR ha determinato l'importo del prestito di personale, quella somma non è imponibile ai fini IVA, mentre l'eventuale parte eccedente relativa ad altri servizi deve essere assoggettata ad IVA.

(Sentenza Cassazione civile 07/09/2010, n. 19129)

Consolidato – Riallineamento con il metodo analitico

Per l'applicazione del riallineamento nel consolidato fiscale, è possibile utilizzare il metodo analitico invece di quello "per masse". In base all'art. 128 TUIR il beneficio derivante da precedenti svalutazioni delle partecipazioni, operate dalla controllante/consolidante, a fronte di componenti negativi fiscalmente non deducibili contabilizzati dalla società controllata, non può duplicarsi al verificarsi delle condizioni per la deducibilità fiscale dei suddetti componenti, ovvero per effetto del minor reddito imponibile prodotto dalla società controllata/consolidata e trasferito al consolidato.

Tale finalità è conseguita attraverso l'adeguamento dei valori fiscali dell'attivo e del passivo della consolidata che risultano, rispettivamente, superiori o inferiori a quelli contabili.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

(Commissione tributaria provinciale Milano, Sentenza, Sez. XLI, 24/02/2010, n. 35)

Accertamento con adesione IVA – Non si estende automaticamente ai redditi

L'accertamento con adesione ai fini IVA non legittima automaticamente l'Amministrazione finanziaria ad avanzare pretese anche ai fini delle imposte dirette. Secondo i giudici di legittimità, che hanno ribadito l'importante principio nella recente sentenza n. 20529/2010, tale accertamento non rappresenta una prova sufficiente dei maggiori redditi dell'azienda, ai fini delle imposte sui redditi, se questa riesce a documentare che i costi in bilancio valutati dall'Amministrazione finanziaria come fittizi sono, in realtà, autentici.

(Sentenza Cassazione civile 01/10/2010, n. 20529)

OSSERVATORIO COMUNITARIO

Secondo l'Avvocato Generale una prestazione consistente nell'attribuzione di diritti contrattuali (punti-diritti) che conferiscono il diritto di godere a tempo ripartito di residenze di villeggiatura in uno specifico anno rientra nell'ambito delle prestazioni di servizi relative ad un bene immobile di cui all'art. 9, n. 2, lettera a), della Sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE così come modificata dalla direttiva del Consiglio 28 novembre 2006, n. 2006/112/CE. Quanto alla determinazione del luogo della prestazione è necessario operare una distinzione a seconda che le prestazioni rese in cambio consistano in oneri di privilegio o corrispettivi delle vendite, atteso che nel primo caso il luogo di prestazione dei servizi si identificherà con quello in cui è situato l'immobile su cui il cliente possiede il diritto di godimento a tempo ripartito, mentre nel secondo caso con quello in cui, al momento dell'acquisizione dei punti diritti da parte del cliente, quest'ultimo possiede gli immobili.

(Avvocatura generale presso la Corte di giustizia Conclusione 07/09/2010, n. C-270/09)

Definizione agevolata delle liti fiscali – Al vaglio della Corte di giustizia

La Corte di Cassazione solleva dubbi di compatibilità con il diritto comunitario della normativa italiana che prevede la definizione agevolata delle liti fiscali (art. 3, comma 2 bis del decreto legge 25 marzo 2010 n. 40 (convertito in legge n. 73 del 2000).

Con un'ordinanza di rinvio dello scorso 3 agosto 2010, la Corte di Cassazione italiana si rivolge ai giudici di Lussemburgo per avere chiarimenti in merito alla compatibilità con il diritto comunitario della normativa italiana sulla definizione agevolata delle liti.

(Cassazione civile Ordinanza 04/08/2010, n. 18055)

INFORMAZIONE CONVEGNI

Valori e continuità delle imprese familiari: il caso straordinario di SC Johnson

Milano, 08 novembre 2010, ore 15.00

Università Commerciale L. Bocconi, aula Perego, via Sarfatti 25

L'azione collettiva risarcitoria

Alessandria, 4 novembre 2010, ore 14.45

Sala Refettorio della Camera di Commercio, Via Vochieri, n. 58

La remunerazione degli amministratori di società quotate

Milano, 4 novembre 2010, ore 15.00

Università Cattolica del Sacro Cuore, Largo Gemelli 1, aula PIO XI, ore 15.00

Il finanziamento dell'impresa in crisi

Alba (CN), 4 dicembre 2010, ore 9.00

Nuovo Centro Ricerche Ferrero, Via Ferrero, n. 19

Programma

Offerta riservata
agli abbonati di NDS

Speciale offerta di Abbonamento a **La Valutazione delle Aziende**



- ACQUISIZIONI
- FUSIONI
- CESSIONI
- SCISSIONI
- SCORPORI
- QUOTAZIONE DI MERCATO
- VALORI INTRINSECI

Un anno di abbonamento
a € 179,00 anziché € ~~206,58~~

Una grande firma per una grande rivista

La misura del valore delle aziende rappresenta oggi un tema di rilievo non solo per alcune operazioni finanziarie, ma più in generale per l'orientamento delle strategie e delle scelte di gestione. La rivista si rivolge a tutti coloro che, nel nostro paese, sono interessati a vario titolo a problemi di valutazione delle aziende, il team di esperti coordinati da **Luigi Guatri**, fanno de **La Valutazione delle Aziende** un prezioso strumento di aggiornamento professionale e scientifico.

IL COSTO DELL'ABBONAMENTO È INTERAMENTE DEDUCIBILE NELLA DENUNCIA DEI REDDITI DI PROFESSIONISTI E AZIENDE, A NORMA D DEGLI ARTICOLI 54 E 56 DEL TUIR



TRAMITE POSTA

Inviando questo coupon
a Milano Finanza Service S.r.l.,
via Marco Burigozzo, 5 20122 Milano



TRAMITE FAX

Inviando il coupon
al fax verde 800/822196



TRAMITE E-MAIL

Inviando la mail di richiesta a:
servizioclienti@class.it

Si, desidero sottoscrivere l'abbonamento annuale (4 numeri) a
"La Valutazione delle Aziende" al prezzo speciale di € 179,00 anziché € ~~206,58~~.

Cognome _____

Nome _____

Azienda _____

Indirizzo _____ N. _____

Cap _____ Città _____ Prov. _____

Telefono _____

E-mail _____

SCELGO DI PAGARE CON:

- Versamento con Bollettino** che mi invierete
- Bonifico Bancario** intestato a: Banca Popolare di Bergamo/
Credito Varesino Corso Italia, 22 - Milano
IBAN IT 41D280160100000030296
- Addebito sulla mia Carta di Credito**
 - CartaSi/Visa Diners CartaSi/Visa/Eurocard/MasterCard
 - American Express BankAmericard

N° _____

Scad. _____

Data _____ Firma _____

11000169

Informativa ex art. 13 d.lgs 196/03. I dati personali che la riguardano verranno trattati per dare esecuzione all'abbonamento a La Valutazione delle Aziende da Lei richiesto e, in caso di suo consenso, per finalità di marketing di prodotti/servizi di Milano Finanza Service S.r.l. e/o di società collegate e/o controllate e/o controllanti e/o di terzi. Ciascuna società, in caso di Suo consenso, acquisterà la veste di autonomo Titolare del Trattamento. Il conferimento dei dati è necessario per dare seguito all'abbonamento. Lei potrà esercitare in ogni momento i diritti di cui all'art. 7 d.lgs 196/03 rivolgendosi a Milano Finanza Service S.r.l. I dati non verranno diffusi e verranno trattati nell'ambito dell'organizzazione del Titolare da soggetti qualificati come incaricati. Titolare del trattamento è Milano Finanza Service S.r.l. - Via Burigozzo, 5 Milano. Un elenco completo degli eventuali soggetti terzi che collaborano con il Titolare in qualità di responsabili è a disposizione su richiesta presso la sede del Titolare.

Consento all'attività di marketing inerente ai prodotti/servizi del Titolare e/o di società collegate e/o controllanti e/o controllate.

Consento all'attività di marketing di prodotti/servizi di terzi.

SI NO

SI NO

Offerta valida solo per l'Italia fino al 31/12/2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

Class Professionale srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano

Telefono: 02/58219.1 – Telefax: 02/58317598 – E-mail: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02-58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00 (abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: Class Professionale srl – via Marco Burigozzo n. 5 – 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a: Banca di Roma, filiale di Milano 5, Piazza Edison 1 – 20123 Milano – conto corrente n. 923631/55 – ABI 03002 – CAB 01631.

Distribuzione: Class Professionale srl, via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195. Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.
Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 Presidente: Paolo Panerai – Direttore generale: Matteo Sordo – Vice Direttore generale: Francesco Rossi

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ Registrazione al Tribunale di Milano
n. 618 del 8-11-2002 –
Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a Class Professionale srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di Class Professionale srl.