

Anno 10 – Numero 19

17 ottobre 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- COOPERATIVE
- TRASFORMAZIONE INVALIDA
- ENTI LOCALI E DERIVATI

ItaliaOggi



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 SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

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

Lorenzo Benedetti, Giovanni Mollo, Luciano Panzani, Elisabetta Piras, Daniela Segà

INDICE

	<i>Page</i>
DIRITTO FALLIMENTARE	
<i>Fondo patrimoniale, trust, patto di famiglia, patrimoni destinati, vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. ed azioni a tutela dei creditori</i> di Luciano Panzani	9
STUDI E OPINIONI	
<i>Lo sviluppo del cooperativismo: nuove prospettive di governance</i> di Daniela Segà	27
<i>La trasformazione invalida fra rimedi demolitori e rimedi risarcitori</i> di Lorenzo Benedetti	43
<i>Il fenomeno dell'utilizzo dei derivati da parte degli enti locali</i> di Elisabetta Piras	95
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Ancora sul discusso potere dei sindaci di s.r.l. di denunciare le gravi irregolarità degli amministratori ai sensi dell'art. 2409 c.c. (Tribunale di Piacenza, 27 giugno 2012)</i> di Giovanni Mollo	123
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	133
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	136
INFORMAZIONE CONVEGNI	142

SOMMARIO

DIRITTO FALLIMENTARE

Fondo patrimoniale, trust, patto di famiglia, patrimoni destinati, vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. ed azioni a tutela dei creditori

L'Autore illustra la disciplina di alcuni istituti, quali i patrimoni destinati ad uno specifico affare, il fondo patrimoniale, il trust, il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c., aventi tutti l'obiettivo di creare un vincolo di destinazione su un patrimonio cui segue un effetto segregativo.

di **Luciano Panzani**

STUDI E OPINIONI

Lo sviluppo dei cooperativismo: nuove prospettive di governance

Partendo dai rilievi critici mossi soprattutto dagli ambienti economici nei quali le cooperative si trovano ad operare, questo lavoro propone un'analisi ed una rilettura delle forme di governance delle cooperative, cercando di coglierne le criticità e gli "spazi di manovra". Si avverte la necessità di creare modalità di gestione adeguate alla specifica mission delle cooperative nell'ambito del mercato attuale: un modello di governance coerente con il modello di business.

di **Daniela Segà**

La trasformazione invalida fra rimedi demolitori e rimedi risarcitori

L'articolo tratta della nuova disciplina della trasformazione invalida introdotta dal nuovo art. 2500 bis c.c. In particolare, il contributo risulta idealmente suddiviso in due parti. Nella prima si analizza l'ambito di applicazione e il modo di operare della preclusione dell'impugnazione della trasformazione prevista al primo comma della disposizione in esame. La seconda, invece, esamina i caratteri dell'azione risarcitoria quale unico strumento di tutela contro la trasformazione invalida iscritta, con particolare riferimento al suo rapporto con l'azione di impugnazione, al titolo della responsabilità, al danno risarcibile, ai legittimati passivi.

di **Lorenzo Benedetti**

SOMMARIO

Il fenomeno dell'utilizzo dei derivati da parte degli enti locali

Il presente contributo è dedicato alle contrattazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati di cui siano parti gli enti pubblici locali. Si è proceduto alla ricostruzione del quadro normativo del fenomeno, cui ha fatto seguito un'indagine di tipo statistico sul ricorso ai derivati da parte delle pubbliche amministrazioni in campo sia nazionale che regionale, con particolare riferimento alla realtà sarda.

di **Elisabetta Piras**

COMMENTI A SENTENZE

Ancora sul discusso potere dei sindaci di s.r.l. di denunciare le gravi irregolarità degli amministratori ai sensi dell'art. 2409 c.c.

(Tribunale di Piacenza, 27 giugno 2012)

Il commento passa in rassegna il dibattito che si è aperto all'indomani della riforma societaria del 2003 circa l'applicabilità dell'istituto del controllo giudiziario ex art. 2409 - previsto espressamente per le società azionarie - anche alle società a responsabilità limitata, in via analogica.

di **Giovanni Mollo**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
BANKRUPTCY LAW	
Capital funds, trust fund, family agreement, assigned assets, bond of assignment ruled by art. 2645 ter c.c. and legal actions to protect creditors	9
<i>The Author explains discipline about assigned assets, capital fund, trust fund, bond of assignment ruled by art. 2645 ter c.c., which can be recognized because of the aim of creating a tie on a capital segregating it.</i>	
by Luciano Panzani	
STUDIES AND OPINIONS	
Development of cooperatives: new perspectives about governance	27
<i>The article presents an analysis and a reinterpretation forms of cooperatives governance, trying to understand the critical issues and possible solutions.</i>	
<i>A model of governance consistent with the business model to create management methods adapted to specific mission of cooperatives in the current market.</i>	
by Daniela Segà	
Invalid transformation between enforcement and claim for damages	43
<i>This paper deals with the new rule of the invalid transformation provided for the new article 2500 bis c.c. In particular, the contribution can be ideally divided into two parts. In the first one the author exams the limits of the enforcement and the way of acting of the estoppel of impugnation of transformation provided for the article taken into consideration. The second one exams the claim for damages, which is the only defence against the invalid transformation after the publicity of the operation, especially the relationship with the action of invalidity, the nature of responsibility, the damage and the people who have the capacity to be sued.</i>	
by Lorenzo Benedetti	

INDEX-ABSTRACT

The use of derivative instruments by public organs 95

This work is focused on derivative financial instruments which are parties to the local authorities. We proceeded to build a current reconstruction of legislation in Italy about this matter. We considered the application of this phenomenon through a statistical survey of the use of these financial instruments, with a particular focus on Sardinia.

by **Elisabetta Piras**

COMMENTS ON JUDGMENTS

The power of the statutory board of auditors of limited liability companies of filing a complaint in Court by art. 2409 c.c. 123

Court of Piacenza, june 27, 2012 – Pres. Gabriella Schiaffino. N 1739/2011 V.G.

The comment chronicles the debate on the power of the statutory board of auditors, after 2003 Reform, of filing a complaint in Court by art. 2409 c.c.; the discipline was introduced for corporations and then extended to limited liability companies.

by **Giovanni Mollo**

DIRITTO FALLIMENTARE

(A CURA DI LUCIANO PANZANI)

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA, PATRIMONI DESTINATI, VINCOLO DI DESTINAZIONE EX ART. 2645 TER C.C. ED AZIONI A TUTELA DEI CREDITORI

L'Autore illustra la disciplina di alcuni istituti, quali i patrimoni destinati ad uno specifico affare, il fondo patrimoniale, il trust, il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c., aventi tutti l'obiettivo di creare un vincolo di destinazione su un patrimonio cui segue un effetto segregativo.

di LUCIANO PANZANI

1. Considerazioni generali

I patrimoni destinati ad uno specifico affare disciplinati dagli artt. 2447 *bis* e ss. c.c., il fondo patrimoniale, il trust, il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c., hanno in comune l'obiettivo di creare un vincolo di destinazione su un patrimonio cui segue un effetto segregativo, che vale a porre il patrimonio stesso al riparo dalla responsabilità generale del debitore nei confronti dei creditori, responsabilità che, com'è noto, è sancita dall'art. 2740 c.c. in forza del quale il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni, presenti e futuri.

I vantaggi della segregazione sono evidenti, perché assicurano il mantenimento sul patrimonio di un vincolo di scopo, diretto a garantire interessi meritevoli di tutela. Contemporaneamente in genere alla creazione del vincolo si accompagnano forme di pubblicità che assicurano che i terzi siano resi edotti dell'esistenza del vincolo e del fatto che il patrimonio che ne fa parte non è assoggettato al principio sancito dall'art. 2740 c.c.

Tuttavia la costituzione del vincolo può essere oggetto di reazione da parte dei creditori, diretta a porre in discussione l'efficacia dell'effetto segregativo nei loro confronti. A tale proposito viene essenzialmente in considerazione l'azione revocatoria sia ordinaria che fallimentare. Ad essa si affiancano in taluni casi l'azione di simulazione ed altri istituti. Occorre dunque verificare come si atteggia in ognuna di queste situazioni l'azione dei creditori con l'avvertenza che essa è posta a fondamento

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

di un principio di ordine pubblico, a garanzia della responsabilità individuale per le obbligazioni contratte.

Rispetto agli istituti prima menzionati, il patto di famiglia presenta aspetti indubbiamente peculiari e, tuttavia, come si vedrà, anche per esso si pone il problema della tutela dei creditori e dell'esperibilità dell'azione revocatoria.

Prima di affrontare il tema dell'azione revocatoria occorre tuttavia approfondire il discorso per quanto riguarda il *trust*. Credo che ormai, salvo alcuni irriducibili esponenti della dottrina, sia generale il consenso in ordine alla possibilità di accogliere il *trust* nel nostro ordinamento. Tuttavia 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 conoscono¹, 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 dell'Aja 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*².

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 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 Convenzione³. 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

¹ Sul punto si vedano i rilievi di FINMANÒ, *Trust e procedure concorsuali, Fallimento, Profili del trust nelle procedure concorsuali*, 2010, 28 e ss. sul *protective trust* in diritto inglese e sull'impiego della clausola *spendthrift* in diritto americano.

² In tal senso Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 31, 43, n. LUPOI; Trib. Firenze, 5 giugno 2002, in *Toscana giur.*, 2003, 17, n. GIOVANNONI.

³ A.DIMUNDO, *Spendthrift clause e fallimento del beneficiario: riflessioni di un giurista italiano*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, 510.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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 effettivo⁴ 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. 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 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 ed anche alla legislazione di altri Paesi⁵.

⁴ 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.

⁵ Si vedano ad esempio i lavori del Working Group V (Insolvency Law) dell'Uncitral in materia di insolvenza dei gruppi, nel corso dei quali, in varie sessioni, è stato suggerito di adottare in alcuni limitati casi la *consolidation* che si applicherà a due o più imprese facenti

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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 previgente⁶, sì che esso assume certamente il carattere di regola generale.

parte del medesimo gruppo. Effetto della *consolidation*, che può riguardare anche una parte soltanto degli *assets*, è che si crea un'unica massa attiva (*estate*) per le imprese del gruppo che vi sono soggette; che i crediti reciproci tra le imprese soggette alla *consolidation* sono estinti; che le domande di insinuazione nei confronti delle imprese soggette alla *consolidation* sono trattati come crediti insinuati nei confronti dell'unica massa attiva così creata. La *consolidation* sarebbe limitata a casi tassativamente indicati, e cioè: a) quando il giudice ritiene che i beni e le responsabilità delle imprese del gruppo sono così interconnessi che la proprietà dei beni e le singole responsabilità non possono essere individuate che con spesa o ritardo sproporzionato; b) quando le imprese del gruppo sono impegnate in un progetto o in un'attività fraudolenta senza una legittima finalità d'impresa ed il giudice ritiene che la *consolidation* è essenziale per porre rimedio a tale progetto o attività.

⁶ Cass. 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.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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 insolvibilità*. La giurisprudenza milanese⁷, seguita da altri giudici di merito⁸, ha fatto applicazione di

⁷ 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 del 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

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

questo limite per 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

liquidazione, né aveva effettuato alcun pagamento a favore dei creditori sociali, verso i quali erano mancate adeguate forme di comunicazione e di fattivo coinvolgimento".Sull'intera vicenda si è soffermato A.DIMUNDO, *Trust interno istituito da società insolvente in alternativa alla liquidazione fallimentare*, in *Fallimento, Profili del trust nelle procedure concorsuali*, 2010, 3 e ss.

⁸ Trib. Mantova, 18 aprile 2011, in *Il Caso.it*, I, 4438.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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 soltanto alla disciplina dell'azione revocatoria⁹. 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, perché altrimenti non si può prescindere dalle forme di liquidazione concorsuale previste dalla legge. Diversamente, com'è stato correttamente sottolineato¹⁰, 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

⁹ In questo senso, invece, sembra esprimersi, probabilmente condizionato dalla fattispecie oggetto d'esame, Trib. Alessandria 24 novembre 2009, citato alla nota 13.

¹⁰ A.DIMUNDO, *Trust interno*, cit., 2010, 16.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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 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 ricordato¹¹, 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.

¹¹ A.DIMUNDO, *Trust interno*, cit. 15.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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 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.

Merita di essere citata a tale proposito la decisione dei giudici di Bolzano¹² che hanno affermato che in caso di liquidazione volontaria di società insolvente che aveva conferito i propri beni in *trust* e chiesto ed ottenuto la cancellazione dal registro delle imprese, tale cancellazione è illegittima perché deve essere preceduta dalla liquidazione nelle forme previste dagli artt. 2484 e ss. c.c. Ancor più significativamente i giudici di Reggio Emilia¹³ in un caso analogo, hanno invece ritenuto che il *trust* costituito da società in liquidazione, con conferimento dell'intero patrimonio societario attivo e passivo, allo scopo dichiarato di *agevolare l'eventuale commercializzazione del patrimonio prevenendo eventuali azioni revocatorie concorsuali* ed altresì di *provvedere al pagamento dei creditori sociali nel rispetto della par condicio*, non fornendo in concreto alcuna utilità aggiuntiva alla liquidazione della società se non quella di sgravare il liquidatore degli obblighi impostigli dalla legge e di assegnargli la posizione di trustee, non appare meritevole di tutela. I giudici hanno ritenuto fondato il timore che in realtà il *trust* fosse in realtà finalizzato ad ostacolare le pretese creditorie nei confronti della società ed a dilazionare le istanze di fallimento al fine di far decorrere il termine di cui all'art. 10 l.fall.

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, perché 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

¹² Trib. Bolzano, 17 giugno 2011, in *Il Caso.it*, I, 6496

¹³ Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011, *ivi*,

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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.

2. Trust e azione revocatoria

Si è già detto che 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 osservato¹⁴ 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 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 italiano¹⁵

Per quanto attiene alla revocatoria, è immediato far riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza con riguardo ad un altro istituto nel quale sono presenti elementi di segregazione del patrimonio, vale a dire il fondo patrimoniale¹⁶. Con riguardo a tale istituto la giurisprudenza è assolutamente pacifica nel considerare

¹⁴ A. DIMUNDO, *Trust intemo*, cit., 8.

¹⁵ A. DIMUNDO, *Trust intemo*, cit., 6.

¹⁶ 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*.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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. 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. c.¹⁷.

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 fondo¹⁸. 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 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

¹⁷ 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.fall. 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.

¹⁸ 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.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

patrimoniale) sia anteriore o successivo al sorgere del credito, onde predicare, conseguentemente, la necessità o meno della prova della "dolosa preordinazione"¹⁹.

In dottrina²⁰ 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 gratuito²¹.

Va tuttavia osservato che le Sezioni Unite²² 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

¹⁹ 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.

²⁰ A. DIMUNDO, *Trust intemo*, cit., 8.

²¹ 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.

²² Cass. S.U. 18 marzo 2010, n. 6538, in *Fallimento*, 2010, 799; Cass. 28 ottobre 2011, n. 22518, conf.; 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

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

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 delicata²³. Va poi ricordato che è stato affermato²⁴ che nel caso in cui il conferimento sia ritenuto atto a titolo oneroso e sia questione dell'azione revocatoria ordinaria, l'esistenza del *consilium 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.

3. Vincolo ex art. 2645 *ter*

Anche nel caso del vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. le considerazioni che si possono svolgere non sono differenti. Per effetto del vincolo di destinazione

²³ 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.

²⁴ F.FINMANÒ, *Trust e procedure concorsuali*, cit., 30

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

previsto dalla norma i privati possono dare a determinati beni (immobili e beni mobili registrati) una destinazione cui viene collegata la separazione patrimoniale, in funzione di un interesse meritevole di tutela. Il vincolo per poter operare nei confronti dei terzi deve essere attuato attraverso la pubblicità prevista dalla legge.

Per l'ipotesi che il vincolo possa pregiudicare gli interessi dei creditori del disponente soccorre l'azione revocatoria sia ordinaria che fallimentare. Anche in questo caso si potrà parlare di atto a titolo gratuito ove si consideri che l'atto di destinazione non prevede alcun corrispettivo, ma potrà anche affermarsi la natura onerosa dell'atto ove si proceda, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, a verificare la causa in concreto e sussistano elementi per qualificare diversamente l'atto, ipotesi questa peraltro che si verificherà più difficilmente di quanto possa avvenire nel caso del trust.

4. Il patto di famiglia. Venendo ora al patto di famiglia va ricordato che la disciplina dettata dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55, che ha introdotto nel nostro ordinamento quest'istituto, si propone di introdurre una deroga al divieto di patti successori previsto dall'art. 458 c.c. allo scopo di agevolare la cessione d'azienda o il trasferimento di una partecipazione da parte del titolare di un'impresa al fine di attuare la successione nell'impresa a favore di uno o più discendenti.

Il patto di famiglia non è un negozio *mortis causa*, un atto destinato a regolare gli effetti della successione mentre il disponente è in vita. Non si tratta neppure di un atto unilaterale. L'art. 768 *bis* stabilisce infatti che il patto di famiglia è un contratto. Con tale contratto l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte l'azienda o una partecipazione societaria (il legislatore parla impropriamente di "quote") a uno o più discendenti. Al contratto debbono partecipare anche il coniuge del disponente e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio del disponente, che il legislatore definisce come "imprenditore".

Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni debbono liquidare gli altri partecipanti al contratto con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote loro spettanti ai sensi degli artt. 536 e ss. c.c. Tale liquidazione può avvenire anche in natura, se gli assegnatari sono d'accordo. La liquidazione, inoltre, è effettuata "secondo il valore attribuito in contratto" ed in deroga pertanto alla disciplina successoria che impone la valutazione con riferimento al momento dell'apertura della successione.

Il contratto dunque consente al disponente di trasferire l'azienda o le partecipazioni ad uno o più discendenti, evitando le controversie e lo smembramento dell'azienda che può seguire all'apertura della successione. Il coniuge e gli altri legittimari debbono essere liquidati dei loro diritti per quanto concerne la quota di legittima ad essi spettante ai sensi degli artt. 536 e ss.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

L'art. 768 quater stabilisce che gli assegnatari debbono liquidare gli altri partecipanti al contratto. Pertanto l'onere relativo grava sugli assegnatari, ancorché sia probabile che le risorse necessarie per procedere a tale liquidazione siano nella disponibilità del titolare dell'azienda o della partecipazione. Va anche sottolineato che la liquidazione deve avvenire in denaro, salvo che sia convenuto che essa debba avvenire in natura.

Per quanto riguarda l'oggetto dell'assegnazione, il legislatore ha fatto riferimento all'azienda e alle "quote". Per quanto concerne l'azienda l'art. 768 *bis* prevede che il trasferimento sia effettuato dall'imprenditore. Ci si può pertanto chiedere se il disponente debba essere effettivamente il titolare dell'impresa individuale (per l'ipotesi dell'impresa costituita in forma societaria soccorre il trasferimento delle "quote").

In realtà, è stato osservato, l'azienda potrebbe essere affittata a terzi o potrebbe trattarsi di un caso in cui l'attività è cessata e pertanto non può più parlarsi di imprenditore con riferimento al suo titolare. E' ragionevole ritenere che il legislatore abbia usato il termine imprenditore in senso generico, quale titolare dell'azienda, senza pretendere che a questi sia effettivamente riferibile un'attività d'impresa in atto. Va poi aggiunto che il trasferimento non comporta l'immediata prosecuzione dell'attività in capo all'assegnatario. Da un lato l'art. 768 *bis* non esclude che il trasferimento riguardi non il diritto di proprietà sull'azienda, ma un diritto a contenuto limitato, come nell'ipotesi in cui il disponente nel trasferire la nuda proprietà dell'azienda conservi l'usufrutto. Dall'altro è ben possibile che l'assegnatario a sua volta non eserciti l'azienda direttamente e la conceda in affitto a terzi o la conferisca in società.

Va aggiunto che la giurisprudenza si è espressa in passato nel senso che la cessione d'azienda non comporta, ai sensi degli artt. 2555 e ss. c.c., che l'azienda sia in attività. E' sufficiente che essa mantenga, ancorché inutilizzata, una residua capacità produttiva che consenta, sia pur con nuove attrezzature o nuove scorte, di riprendere l'attività utilizzando l'avviamento ed il nome²⁵.

²⁵ Cass. 9 agosto 1991, n. 8678, in *Fallimento*, 1992, 33; Cass. 25 gennaio 2002, n. 897, in *Riv.dir.trib.*, 2002, II, 543, entrambe in materia di d'imposta di registro. Più in generale il principio è affermato da Cass. 17 aprile 1996, n. 3627; Cass. 20 febbraio 1979, n. 1089; Cass. 18 giugno 1981, n. 4009, in *Vita notar.*, 1982, I, 252, e *Giur.It.*, 1982, I, 1, 702, con nota di P. CARBONE; Cass. 24 ottobre 1975, n. 3514, in *Foro It.*, 1976, I, 1294; Cass. 7 ottobre 1975, n. 3178, in *Giur.It.*, 1976, I, 1, 1148; Cons.St., sez. V, 20 dicembre 2001, n. 6318, in *Foro amm.*, 2002, 118 con nota di RUSSO.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

Si possono ora esaminare le conseguenze dell'eventuale dichiarazione di fallimento del cedente l'azienda o la partecipazione²⁶. Va anzitutto osservato che nel caso di fallimento della società cui si riferisce la partecipazione oggetto dell'assegnazione al discendente, tale fallimento non ha conseguenze sulla persona dei soci, e quindi dell'imprenditore cedente o del discendente assegnatario, se non nel caso in cui si tratti di soci illimitatamente responsabili. A seguito della riforma della legge fallimentare, ai sensi dell'art. 147, primo comma, l.fall. nuovo testo falliscono i soci illimitatamente responsabili della società in nome collettivo e dell'accomandita, sia semplice che per azioni. Il fallimento non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale, purché siano state osservate le formalità per rendere opponibile lo scioglimento ai terzi. Il fallimento del cedente non potrà essere dichiarato decorso l'anno dall'iscrizione nel registro delle imprese. Il fallimento del discendente assegnatario, che abbia assunto la qualità di socio, potrà essere dichiarato per il fatto stesso di aver assunto tale qualità. Per quanto concerne il cedente occorrerà inoltre che l'insolvenza della società attenga, anche soltanto in parte, a debiti anteriori al trasferimento ed alla cessazione della responsabilità illimitata.

Va poi ricordato che il fallimento può riguardare soltanto società aventi oggetto commerciale, ove si aderisca alla tesi che esclude l'assoggettabilità a fallimento delle società commerciali che abbiano oggetto differente. Ed ovviamente non si potrà parlare di fallimento della società semplice che non svolga attività commerciale e non possa pertanto essere qualificata come società collettiva irregolare.

Per quanto concerne il trasferimento dell'azienda, il cedente potrà essere dichiarato fallito, nei limiti dell'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese (art. 10, primo comma, l.fall. nuovo testo), fatta salva la prova, trattandosi di impresa individuale, che la cessazione è intervenuta in data anteriore. Occorre però che si tratti di imprenditore soggetto a fallimento, pertanto il fallimento non interessa l'imprenditore agricolo ed il piccolo imprenditore, tale secondo i criteri dimensionali stabiliti dall'art. 1 l.fall.

Per quanto concerne il cessionario, intanto potrà parlarsi di fallimento in quanto la cessione dell'azienda comporti l'esercizio attuale dell'impresa commerciale. Non si avrà pertanto fallimento ove l'azienda sia stata affittata o il trasferimento abbia interessato la nuda proprietà, rimanendo usufruttuario e dunque imprenditore il cedente.

Indubbiamente la questione di maggior interesse è l'assoggettabilità a revoca dell'atto di disposizione dell'azienda o della partecipazione per il tramite del patto di famiglia nel caso di successivo fallimento del cedente, sia esso dovuto alla qualità di

²⁶ Sul punto si veda G.M. PERUGINI, *il patto di famiglia e il fallimento dell'assegnatario*, in www.fallimentonline.it

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

imprenditore commerciale assunta tramite l'esercizio dell'impresa cui si riferisce l'azienda ceduta ovvero con riferimento ad altra attività.

In proposito si pone il problema se l'atto di disposizione sia inefficace ai sensi dell'art. 64 l.fall. quale atto a titolo gratuito compiuto nel biennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, prescindendosi dalla posizione soggettiva dell'accipiens. A tale proposito rileva la qualificazione giuridica del patto di famiglia.

Com'è noto, si è sostenuto in proposito che il patto ha natura di atto a titolo gratuito²⁷, che è assistito da causa di liberalità²⁸ ed in particolare che si tratta di una donazione²⁹. In tale ultimo senso deporrebbero l'assenza di corrispettivo dell'atto di disposizione, la sottrazione dell'atto alle azioni di riduzione e collazione, il vecchio testo del disegno di legge 2 ottobre 1997 dei senatori Pastore e altri che qualificava espressamente il patto di famiglia come donazione.

Con maggior precisione si è osservato che l'atto di disposizione dovrebbe essere qualificato come una donazione gravata da onere a carico dell'assegnatario, tenuto a liquidare i legittimari non assegnatari³⁰. Si è peraltro negato che si tratti di donazione perché manca nel caso di specie la causa di liberalità e su tale rilievo si può concordare. Ciò non impedisce peraltro di qualificare l'atto come a titolo gratuito in ragione della mancanza di corrispettivo per il disponente.

E' pacifico in giurisprudenza che la qualificazione di un atto quale atto a titolo gratuito ai fini della sua assoggettabilità a revocatoria ai sensi dell'art. 64 l.fall. prescinde dall'esistenza di una causa di liberalità, essendo sufficiente che una sola parte riceva e l'altra, sola, sopporti un sacrificio, unica essendo l'attribuzione patrimoniale³¹. Va poi aggiunto che per valutare la gratuità dell'atto occorre aver riguardo agli effetti che si sono prodotti nel patrimonio del *solvens*.

Seguendo tali principi, ne segue che l'atto di disposizione dell'azienda o della partecipazione potrà essere oggetto di revoca quale atto a titolo gratuito, ricorrendo le condizioni previste dall'art. 64 l.fall. o sempre quale atto a titolo gratuito applicando la disciplina dell'azione revocatoria ordinaria. Va ancora aggiunto che la qualificazione dell'atto di disposizione come donazione modale non porta a conclusioni differenti,

²⁷ G.FIETTA, *Patto di famiglia, Patto di famiglia*, Convegno di Studio *Patti di famiglia per l'impresa*, Napoli, 12 maggio 2006.

²⁸ M.C.LUPETTI, *Patto di famiglia: note a prima lettura*, cit.

²⁹ A. MERLO, *Patto di famiglia*, cit.

³⁰ A. MERLO, *Patto di famiglia*, cit.; M.C.LUPETTI, *Patto di famiglia: note a prima lettura*, cit.; C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in CNN Notizie, il 20 marzo 2006.

³¹ Il principio è assolutamente pacifico. Si veda in proposito da ultimo Cass. 2 febbraio 2006, n. 2325; Cass. 11 giugno 2004, n. 11093, in *Foro It.*, 2004, I, 2361.

DIRITTO FALLIMENTARE

FONDO PATRIMONIALE, TRUST, PATTO DI FAMIGLIA E VINCOLO DI DESTINAZIONE

essendo pacifico in dottrina che la donazione modale non è sottratta alla revocatoria, perché la clausola modale non la trasforma in negozio oneroso³². Va sottolineato che i dubbi manifestati dalla dottrina per l'ipotesi in cui il modo abbia valore equivalente all'attribuzione patrimoniale, non giocano per quanto concerne l'atto di disposizione del cedente perché nessuna utilità entra nel patrimonio di quest'ultimo a fronte dell'atto di disposizione. Del resto anche nel caso di fallimento del defunto, i creditori dell'erede non possono soddisfarsi sui beni costituenti l'asse ereditario.

Naturalmente le caratteristiche della fattispecie e l'esame della causa in concreto potranno portare invece, secondo il già ricordato insegnamento delle Sezioni Unite, alla qualificazione dell'atto come a titolo oneroso. Sotto tale profilo anche la previsione di una clausola modale potrà essere valutata dal giudice in termini diversi da quelli che hanno portato la dottrina a ritenere che essa non influisca sulla natura gratuita dell'atto, perché tale valutazione dovrà essere rapportata alla causa in concreto e quindi al corrispettivo che il disponente possa eventualmente ricavarne. Va però sottolineato che è il beneficiario della cessione dell'azienda o delle partecipazioni che di regola effettuerà atti di disposizione patrimoniale a favore degli altri partecipanti al contratto, sì che difficilmente l'atto di disposizione potrà essere considerato oneroso ex latere del cedente.

Maggiori difficoltà emergono per quanto concerne gli atti di disposizione che debbono essere compiuti dal discendente assegnatario dell'azienda o della partecipazione ai sensi dell'art. 768 quater, comma 2. La norma prevede che "Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura".

Nel caso di fallimento dell'assegnatario può discutersi della gratuità dell'atto, perché, come si è accennato, in questo caso l'assegnatario liquida ai legittimari non assegnatari la quota loro spettante a fronte dell'adempimento della clausola modale e sulla base di una valutazione che determina la quota in ragione del valore dell'azienda o della partecipazione assegnata al momento della stipulazione del patto di famiglia.

³² Cfr. per tutti A.IANNACONE e P.VITUCCI, *Atti a titolo gratuito e pagamenti anticipati*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* a cura di L. Panzani, Torino, 1999, III, 89.

LO SVILUPPO DEL COOPERATIVISMO: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

Partendo dai rilievi critici mossi soprattutto dagli ambienti economici nei quali le cooperative si trovano ad operare, questo lavoro propone un'analisi ed una rilettura delle forme di governance delle cooperative, cercando di coglierne le criticità e gli "spazi di manovra". Si avverte la necessità di creare modalità di gestione adeguate alla specifica mission delle cooperative nell'ambito del mercato attuale: un modello di governance coerente con il modello di business.

di DANIELA SEGA

1. Introduzione

La necessità e l'opportunità di procedere ad una rivisitazione degli statuti per migliorare i modelli di *governance* delle cooperative deriva anche e soprattutto da rilievi critici mossi dagli stessi ambienti politici ed economici nei quali si trovano ad operare.

Emerge l'esigenza di rendere la *governance* più funzionale:

- alla piena attuazione dei valori cooperativi;
- all'accresciuto ruolo sociale della cooperazione;
- all'esigenza di dare risposte chiare e trasparenti alle mutate attese sociali;
- alle opportunità aperte dal nuovo quadro normativo;
- alle maggiori dimensioni aziendali;
- agli obiettivi di efficienza e competitività.

Gli stessi organismi rappresentativi del mondo cooperativo hanno dedicato molta attenzione al tema della gestione e del controllo, testimonianza di quanto ciò assuma rilevanza nel quadro dello sviluppo delle cooperative. Ciò indipendentemente dalle dimensioni aziendali, ma non dimenticando che il variegato panorama cooperativo merita analisi e proposte che non possono prescindere dalle specificità legate al territorio e all'oggetto della cooperativa.

Inutile negare che, nonostante vi siano caratteri identitari comuni a tutte le cooperative, le differenze legate alle tipologie di scambio mutualistico, di attività, di dimensioni, necessitano di interventi che operano su vari livelli.

Possiamo immaginare delle linee guida generali, che vengano poi dettagliate e declinate a seconda della specificità dalle associazioni settoriali di rappresentanza ed infine rivisitate, e forse anche in parte disattese, dalle singole cooperative qualora siano giustificate scelte difformi. Va aggiunto che il processo di rivisitazione dei modelli di

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

governance è in corso, è in via di sperimentazione; se l'adozione di alcune linee guida è auspicabile, lo è altrettanto la verifica dell'opportunità di procedere a cambiamenti reali nonché della possibilità di percorrere fattivamente determinate soluzioni. Il tutto avendo presente la necessità di costruire modalità di governo adeguate alla specifica missione delle cooperative nelle dimensioni dell'attuale mercato, senza però stravolgere il senso del modello cooperativo stesso.

Se è vero che la *governance* di una società non è altro che una serie di comportamenti concreti in cui si esprime la sua gestione, che va al di là di norme, di statuti e regole formali, allora l'idea del cambiamento deve riguardare quei comportamenti. Il rinnovamento, quindi, dovrà essere un processo e non un singolo atto; un processo che dovrà investire anche regole scritte, ma soprattutto comportamenti concreti.

2. Mutualità e lucro

I modelli operativi del fenomeno cooperativistico sono estremamente diversificati ma la Costituzione, che già contemplava l'importanza sociale delle strutture di cooperazione (protagoniste di un fenomeno di espansione, dal secondo dopoguerra ad oggi, senza precedenti), riconduce ad unità i diversi modelli giuridici, stabilendo per tutte le cooperative:

1. il principio del carattere mutualistico;
2. l'assenza di speculazione privata.

La società cooperativa si caratterizza per la presenza di una pluralità di soci dalla cui associazione nasce - come utilità comune - la possibilità di esercitare attività di impresa anche con un capitale minimo.

La mancanza di fini speculativi, peraltro, non equivale alla rinuncia istituzionale a produrre profitti, bensì all'assenza di fini di speculazione individuale del singolo socio, che non si muove nella logica di massimizzazione del profitto individuale in rapporto al capitale posseduto, come i soci delle società lucrative.

Ma l'art. 45 della Costituzione riconosce anche e soprattutto una funzione sociale alle cooperative a carattere di mutualità e non lucrative. Questo concetto è legato alla capacità della cooperazione di contribuire a realizzare altri principi costituzionali fondamentali, quali il divieto di svolgere l'iniziativa economica privata "*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*" (art. 41 Cost.), la possibilità per i lavoratori di partecipare «all'organizzazione economica del Paese» (art. 3 Cost.); senza dimenticare l'obbligo - imposto alle cooperative che vi aderiscano - di destinare il 3% degli utili di esercizio ai Fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, grazie ai quali si crea nuova impresa e nuova occupazione.

La riforma del diritto societario (d. lgs. n. 6/2003) ha inoltre introdotto la distinzione fra:

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

- cooperative a mutualità prevalente, che si avvalgono degli apporti di beni o servizi o delle prestazioni lavorative dei soci, oppure svolgono la loro attività in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi, in misura prevalente; qui sembra mancare l'elemento della lucratività, in quanto nel loro statuto deve essere introdotto il divieto di distribuire i dividendi oltre una certa misura, il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti ai soci oltre una certa misura, il divieto di distribuire le riserve e l'obbligo di devolvere il patrimonio sociale a fondi mutualistici in caso di scioglimento e
- le altre cooperative.

Per comprendere se società lucrative e società mutualistiche sono tra loro realtà tanto diverse da necessitare di sistemi di *governance* creati *ad hoc*, sembra essere “propedeutico” comprendere se mutualità e lucro sono due concetti “inconciliabili”, antinomie insuperabili o piuttosto se la contrapposizione si riveli inutile, in quanto si tratterebbe solo di un diverso approccio all’attività d’impresa: forse non è tanto lo scopo a differenziare il *for profit* dal *non profit*, quanto piuttosto la modalità di perseguirlo.

Posto che la disciplina codicistica attribuisce la qualifica di imprenditore a colui che esercita “*professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*” (art. 2082, c.c.), se si ritiene che il concetto di lucro non possa mancare nella nozione di imprenditore, questo va inteso in senso oggettivo e non soggettivo (e, per questa ragione possono essere inquadrate nella categoria prevista dalla norma anche le imprese aventi uno scopo mutualistico e le imprese pubbliche).

È quindi lucrativa non tanto l’attività è svolta a fini di speculazione personale (dato che il perseguimento del profitto attiene alla sfera dei motivi), quanto quella che è da ritenersi oggettivamente lucrativa, tenuto conto delle modalità stesse dell’azione imprenditoriale, indipendentemente dallo scopo effettivo perseguito da chi la esercita.

Al requisito soggettivo, di conseguenza, viene sostituito un elemento oggettivo, che viene individuato nella obiettiva economicità dell’attività imprenditoriale, intesa come equilibrio gestionale fra costi e ricavi, attitudine a produrre ricchezza, remunerazione dei fattori produttivi. È imprenditoriale quell’attività economica, organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, che sia di per sé idonea a rimborsare i fattori della produzione impiegati mediante il corrispettivo di ciò che si produce o si scambia, anche qualora chi la esercita persegua uno scopo ideale o altruistico; con la conseguenza che rimane al di fuori dell’ambito dell’impresa solamente quella attività svolta da chi fa erogazione gratuita di beni o di servizi.

Diversamente, l’art. 2247 c.c. prevede specificamente che “*con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili*”, introducendo un elemento di diversificazione tra società lucrative e società mutualistiche.

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

Le prime svolgono la loro attività con i terzi allo scopo di conseguire profitto (lucro oggettivo) destinato ad essere successivamente diviso fra i soci (lucro soggettivo); le società cooperative (art. 2511 c.c.) nascono avendo come scopo quello di fornire direttamente ai soci beni, servizi e occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose di quelle che gli stessi otterrebbero sul mercato, quindi il loro scopo istituzionale è quello di procurare ai soci un vantaggio patrimoniale in termini di risparmio di spesa o di maggiore remunerazione del lavoro. È un vantaggio patrimoniale che si produce direttamente nella sfera giuridica dei soci, peraltro attraverso diversi ed ulteriori rapporti di scambio che instaurerà con la cooperativa.

Dato che la possibilità di ricondurre o meno lo scopo mutualistico a quello lucrativo caratterizza la storia giuridica della cooperativa, dopo avere tentato di ricostruire qual è il significato attribuito allo scopo lucrativo dal nostro legislatore, vale forse la pena di interrogarsi (non essendoci ad oggi una definizione espressa) sul significato da attribuire allo scopo mutualistico.

Si tratta di un particolare modo di organizzazione e svolgimento dell'attività d'impresa, che si caratterizza per la gestione del servizio a favore dei soci; ciò al fine di consentirgli di ottenere condizioni più vantaggiose di quelle di mercato, eliminando l'intermediazione di altri imprenditori e il relativo profitto. Quindi il vantaggio patrimoniale prevalente - che può avere carattere immediato o mediato (ristorni) - non consiste nella remunerazione del capitale investito, bensì nella soddisfazione di un comune preesistente bisogno economico (il bisogno di lavoro, del bene casa, di generi di consumo, di credito, ecc.): questa è l'essenza del vantaggio mutualistico, derivante peraltro da un rapporto ulteriore e diverso da quello di socio e proporzionale alla quantità di questi rapporti.

Quindi anche questa impresa deve operare con metodo economico (in quanto esercita attività di impresa) e per la realizzazione di uno scopo economico dei soci (vantaggio patrimoniale diretto) ma non è istituzionalmente preordinata alla realizzazione di uno scopo di lucro in senso proprio.

Tutto "facile" se ci riferissimo unicamente alla mutualità pura, ad oggi realtà minore nel panorama del cooperativismo: ma che dire delle cooperative che statutariamente decidono di svolgere attività con i terzi (mutualità esterna)?

Il codice civile e le leggi speciali contemplano la possibilità che la mutualità sia "soltanto" prevalente, che si svolga cioè attività anche con i terzi e da queste attività si conseguano utili (lucro oggettivo), che però vedono significative limitazioni alla loro distribuzione e quindi al lucro inteso in senso soggettivo.

L'attività con i terzi è indubbiamente finalizzata alla produzione di utili, è cioè oggettivamente lucrativa: la mutualità esterna quindi comporta e consente necessariamente la coesistenza di scopo mutualistico e lucrativo?

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

E che dire ancora della cosiddetta mutualità di sistema? Delle cooperative che possono costituire o essere socie di s.p.a. o s.r.l.? Delle cooperative *holding* in gruppi di lucrative?

L'unica cosa che rimane veramente incompatibile con lo scopo mutualistico è e rimane l'integrale distribuzione ai soci degli utili prodotti dalla cooperativa, disincentivando così la partecipazione ad una cooperativa di soci (anche sovventori) animati dal solo intento di ricavare la più alta remunerazione possibile del capitale investito.

La legislazione dell'ultimo decennio ha aumentato "l'elasticità" della causa mutualistica consentendo, da un lato, alle cooperative di perseguire ulteriori scopi secondari e, dall'altro, ai soci di condividere solo lo scopo-mezzo (l'esercizio in comune di un'attività volta a soddisfare direttamente specifici bisogni dei operatori) e non anche lo scopo-fine (la conclusione dello scambio mutualistico fra socio e cooperativa); quest'ultimo elemento causale, infatti, potrebbe non riguardare alcuni soci entrati in società per perseguire intenti quali quello lucrativo-speculativo o quello promozionale o quello altruistico.

Possiamo allora parlare di tramonto dello scopo mutualistico?

Va ricordato anche che esiste anche la possibilità di costituire società di capitali senza scopo di lucro, basti pensare all'istituto dell'impresa sociale così come concepito dal d. lgs. n. 155/2006: ciò implicherebbe dunque il superamento dello scopo lucrativo?

Forse esiste semplicemente la possibilità che il *non profit* utilizzi modelli societari lucrativi (vedi l'impresa sociale) e/o che il *for profit* si muova nella direzione inversa (vedi ad esempio il diffondersi di fondazioni socie uniche di srl/impresa sociale che gestisce il servizio a favore dei soci), superando la contrapposizione ed immaginando una reciproca interazione.

3. Democrazia e cooperazione

Sono in molti a ritenere che il voto per testa, considerato come l'emblema della forma di organizzazione democratica prima della riforma del 2003, si fosse sempre dimostrato strumento inadeguato a qualificare democraticamente la cooperazione.

Questo perché l'assenteismo assembleare, il potere delle tecnostutture perpetuate proprio dal voto per testa, l'operatività sul mercato al di fuori del tradizionale rapporto mutualistico con il socio, sono realtà che vanno affrontate sia istituzionalmente - attraverso la predisposizione normativa di strumenti efficaci - sia da un punto di vista socio-economico.

Quale dovrebbe essere il tratto caratterizzante delle cooperative? Cosa dovrebbe cambiare perché la realtà del cooperativismo possa essere effettivamente democratica e cooperativa?

Anzitutto la consapevolezza e la capacità da parte dei soci di essere imprenditori di sé stessi, atteggiamento che presuppone che i operatori (soci e/o non soci) siano non

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

solo fruitori dei servizi ma anche gestori in senso lato dell'attività mutualistica. È necessaria ma non sufficiente la gestione del servizio (magari aperta anche ai terzi); occorre che i fruitori dei vantaggi mutualistici si assumano il cosiddetto rischio d'impresa e siano quindi in grado di intervenire – anche solo indirettamente – sui meccanismi decisionali dell'attività della cooperativa (senza ovviamente “scadere” nelle forme di autogestione).

Certamente per immaginare che questo possa accadere c'è *in primis* la necessità di predisporre strumenti giuridici *ad hoc* ma direi, soprattutto, di diffondere una cultura d'impresa nell'ambito socio-economico di riferimento; ciò per evitare che qualunque strumento, anche il più adatto o efficace, rimanga inutilizzato in quanto “sconosciuto”.

Questa carenza di consapevolezza da parte dei soci emerge in modo evidente nelle cooperative di grandi dimensioni, laddove l'operare in modo prevalente con non soci, prima della riforma del 2003 rendeva addirittura impossibile a quest'ultimi partecipare alla vita della società; ma sussiste anche rispetto alle strutture che, pur svolgendo prevalentemente la propria attività con i soci, registrano una sistematica e cronica assenza di questi nelle Assemblee sociali.

I fenomeni – peraltro tipici delle imprese capitalistiche – che derivano dalla separazione tra proprietà e controllo si stanno sempre più evidenziando anche nella cooperazione che opera sul mercato di massa: la frammentazione del potere è connaturata al voto per testa e si manifesta ovviamente in modo direttamente proporzionale alla dimensione delle imprese in questione. Se a ciò si aggiunge che spesso la grande cooperativa offre ai cooperatori – soci o meno – un servizio “fungibile”, quindi non vitale o comunque facilmente reperibile sul mercato, diventa più chiaro come alla frammentazione suddetta si accompagni il disinteresse per le vicende assembleari che si manifesta con l'assenteismo di cui sopra.

Se non si riesce ad uscire dalla logica e dal retaggio che vuole come “ineluttabile” la contrapposizione tra socio “capitalista” - unicamente interessato alla massimizzazione del profitto in qualità di remunerazione del suo investimento – e socio “cooperatore” – interessato solo alla prestazione mutualistica e non a come essa si è prodotta, risulterà impossibile modificare l'atteggiamento “assenteista” che ha contribuito a quella che viene definita autoperpetuazione delle tecnostutture.

Lo scenario palesa, non soltanto una sostanziale inamovibilità degli amministratori delle grandi imprese, quanto piuttosto il loro ruolo di unici garanti del perseguimento dello scopo mutualistico al di fuori di un reale ed efficace controllo assembleare.

Se non si introducono dei correttivi, dei contrappesi, aventi l'obiettivo di sottoporre ad effettiva verifica gli esiti della gestione mutualistica, è evidente che la tecnostuttura rimarrà l'unica a stabilire in quale modo debbano essere perseguiti gli scopi della cooperativa.

Esiste un modo per promuovere anche nel mondo cooperativo il principio dell'essere imprenditori di sé stessi? Si può intervenire sul momento impresa per

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

correggere in chiave democratica quei comportamenti che possono soffocare la mutualità?

Forse la chiave di molte delle soluzioni ipotizzabili sia da rintracciare in due concetti fondamentali: democrazia e cooperazione.

Poste le regole antispeculative, è indispensabile introdurre altri meccanismi che consentano ai soci assenteisti e ai non soci fruitori di servizi di partecipare in qualche modo alla gestione della società; che ciò avvenga in via diretta o anche attraverso forme di partecipazione indiretta poco conta, l'obiettivo è quello di evitare che l'attuazione della mutualità sia affidata solo al *management*. Questo perché democrazia significa certamente anche consentire l'accesso ai meccanismi gestionali a coloro che in qualche modo ne "subiscono" le conseguenze; coinvolgere significa anche condividere pesi e responsabilità, significa dare consapevolezza ed opportunità, riporta certamente al concetto di imprenditore. Tenuto conto delle diverse competenze e della giustificata "diseguaglianza" di poteri, la cogestione (nonché tutte le forme organizzative che consentano il coinvolgimento gestionale dei soci assenteisti e dei non soci fruitori del servizio) non rappresenta proprio una declinazione del concetto di cooperazione?

Questo ci porta alla considerazione dalla quale siamo partiti, la funzione sociale della cooperazione sancita dall'art. 45 Cost.: è la natura cooperativa della mutualità che viene costituzionalmente garantita e protetta, non un qualunque organismo non speculativo appartenente alla famiglia della *no profit organization* o addirittura una sorta di *public company*.

4. Proprietà, gestione e controllo

Le critiche che vengono mosse ai *manager* si riassumono in una terminologia ricorrente che accusa le tecnostutture di essere autoreferenziali, di autoperpetuarsi, di vivere in una sorta di cronico immobilismo che vede nel *leader* carismatico una scarsa propensione all'ingresso di figure nuove nella più consolidata delle gestioni.

Ma qualunque riflessione sul governo delle società cooperative e sulle eventuali necessità di interventi non può prescindere dalla ricognizione di alcuni punti della specifica realtà cooperativa che è indispensabile analizzare per evitare di formulare ipotesi troppo generiche o astratte.

Non avrebbe senso la mera riproposizione in ambito cooperativo di soluzioni sperimentate nelle società di capitali e nemmeno una riflessione che si limitasse a ragionare sui modelli in sé e per sé considerati; non avrebbe senso nemmeno la ricerca di un modello di governo delle cooperative valido in sé ed utilizzabile per tutte le cooperative, perché le cooperative si articolano in una realtà economica talmente varia da essere difficilmente riducibile ad unità, sotto questo profilo.

La ricostruzione del governo cooperativo (ed in particolare delle cooperative a mutualità prevalente) e delle sue differenze con il governo delle altre società di capitali deve partire certamente dall'analisi degli interessi che sottendono a ciascun tipo sociale.

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

La stessa definizione di “proprietà” dell’impresa, se riferita ai soci cooperatori, ha un contenuto completamente diverso dalle omologhe categorie che si usano per la società lucrativa e da questa diversa impostazione deriva una posizione ed un modo di interagire assolutamente particolare dei diversi soggetti - che intervengono nella gestione e nel controllo della cooperativa - nonché degli interessi che vengono rappresentati e dotati di adeguati strumenti di espressione.

È evidente che nella società lucrativa l’interesse immediato dei soci è l’incremento del valore del capitale investito nella partecipazione azionaria, che si realizza sia con la distribuzione degli utili che con l’aumento del valore patrimoniale della partecipazione. Nella società cooperativa, l’interesse materiale dei soci, al contrario, è orientato al miglior soddisfacimento del bisogno di scambio mutualistico: è infatti lo strumento con il quale il socio dà soddisfazione ad un bisogno che, attraverso lo scambio mutualistico, cerca di perseguire ed è per questo motivo primario - e non per dividersi i profitti di questa attività - che il socio partecipa alla cooperativa. Questa differenza emerge in modo particolare nelle cooperative che vogliono avere i requisiti della mutualità prevalente, nelle quali le particolari clausole statutarie (richieste dalla legge per configurare in questo senso la cooperativa) limitano la possibilità di distribuzione di utili e ulteriormente frenano l’appropriazione delle riserve.

Il socio è consapevole che, salvo modeste rivalutazioni, il successo dell’impresa cui partecipa non potrà premiarlo sotto il profilo di un arricchimento dalla sua partecipazione: questo rende il socio di cooperativa in assoluto insensibile al successo dell’impresa ed alla sua valorizzazione?

Più probabilmente mentre per il socio di società lucrativa l’interesse al successo dell’impresa è motivato dall’interesse patrimoniale, il nesso di funzionalità, nel caso della cooperativa è invertito: non potendo appropriarsi dei risultati eventualmente positivi della gestione, il socio non vi ha interesse se non nei limiti entro i quali questi siano funzionali al mantenimento di un livello di soddisfazione dello scambio mutualistico.

Dunque l’interesse al successo dell’impresa è legato da un lato ad una proiezione nel tempo (il proseguimento nel futuro) e dall’altro ad una condizione di contenuto (ad un livello conveniente) dello scambio mutualistico. Il socio di cooperativa ha interesse che la società funzioni nel presente, per svolgere la sua funzione di soddisfare il suo bisogno attraverso lo scambio mutualistico e ha interesse al successo della gestione nella misura in cui tale successo produca in sostanza l’accumulazione patrimoniale necessaria a far continuare la cooperativa, affinché possa continuare a soddisfare nel futuro lo scambio mutualistico.

Ma ottimizzazione dello scambio e patrimonializzazione sono interessi in potenziale conflitto tra loro? Il socio potrebbe essere persuaso a valorizzare al massimo il contenuto dello scambio a discapito della patrimonializzazione della società, se non

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

ritenesse importante la prosecuzione dello scambio o il miglioramento delle sue condizioni?

L'interesse alla patrimonializzazione della cooperativa va peraltro visto anche in riferimento alla c.d. mutualità esterna, laddove non è presente solo come interesse mediato dei soci attuali, ma anzitutto come interesse potenziale dei soci futuri della medesima cooperativa. È naturale che la struttura degli interessi che permeano la cooperativa si rifletta sulla specifica *governance* di tale tipo di società e la contraddistingua rispetto agli altri tipi sociali, creando anche situazioni potenzialmente patologiche originali, non risolvibili trasponendo *tout court* riflessioni o soluzioni ipotizzabili per le società non mutualistiche.

Laddove gli amministratori della società di capitali hanno un mandato assolutamente univoco, la massimizzazione del profitto, gli amministratori della cooperativa (che per legge sono prevalentemente soci cooperatori, ma spesso lo sono tutti) operano in un contesto di maggior complessità, dato che la loro missione deve tener conto da un lato dell'interesse immediato dei soci (cioè la miglior soddisfazione dell'interesse mutualistico) e dall'altro dell'interesse mediato, che consiste nella accumulazione e patrimonializzazione della cooperativa.

La partecipazione dei soci, la loro presenza attiva al governo della cooperativa, è funzionale all'interesse del socio alla prestazione mutualistica e quindi sarà tendenzialmente più intensa se il servizio riguarda bisogni essenziali, che possono trovare soddisfazione solo attraverso la cooperativa; sarà più facile suscitare partecipazione alla vita sociale ed all'Assemblea della cooperativa di produzione e lavoro, nella quale lo scambio mutualistico riguarda un bisogno essenziale, rispetto al quale il costo dell'alternativa di soddisfazione è alto ed impone al socio vere e proprie scelte di vita, che non in una cooperativa di consumo che offra beni che si possono acquistare a prezzi non sostanzialmente dissimili in altri esercizi e cioè soddisfa bisogni rispetto ai quali la possibilità di sostituzione è più agevolmente praticabile ed a costo di minor sacrificio individuale.

Ma oltre alla tipologia di cooperativa, va tenuto conto della sua dimensione.

La partecipazione del socio tende a decrescere all'aumentare della dimensione della cooperativa e quando questa raggiunge dimensioni per territorio e per numero di soci imponenti, neanche la previsione delle Assemblee separate riesce ad invertire un evidente assenteismo. Di conseguenza, gli amministratori di cooperative spesso agiscono in un ambiente di progressiva attenuazione del controllo esercitato dalla base sociale comportando, rispetto ai soci, un'asimmetria di conoscenza e soprattutto di cultura aziendale; questo rende ai soci poco percepibile il contenuto, la materia su cui si potrebbe esercitare il controllo che tipicamente la base sociale esercita sui risultati della gestione.

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

In un quadro come quello descritto, appare evidente come non possano esistere soluzioni facili o veloci; non si possono importare modelli da altre realtà che presentano problemi del tutto diversi, né può bastare la riforma di statuti e regolamenti.

C'è la necessità di costruire modalità di governo adeguate alla specifica *mission* delle cooperative nell'ambito del mercato attuale: un modello di *governance* coerente con il modello di business. Per fare ciò sarà indispensabile partire da una mappatura dell'esistente, valutare le esigenze di sviluppo, per poi immaginare come intervenire in ogni singolo caso; sarà importante riflettere in modo non difensivo ma fattivo, verificando cosa è necessario ma capendo anche cosa è davvero percorribile.

5. Possibili scenari della nuova *governance* cooperativa

Alla luce di quanto suddetto, gli aspetti della *governance* che, soprattutto attraverso previsioni statutarie *ad hoc*, dovrebbero essere "rivisitati" riguardano essenzialmente:

1. la partecipazione dei soci;
2. l'equilibrio tra i poteri;
3. la creazione di strumenti di espressione di interessi attualmente non rappresentati.

Come raggiungere questi obiettivi? È necessario che qualunque misura sia tarata tenendo conto della specificità della singola impresa cooperativa, ma certamente immaginare di adottare misure volte a rafforzare la trasparenza della *governance* assicurerebbe a tutti i soci la tutela del loro interesse allo scambio.

È ovvio che a seconda del tipo, della dimensione e della natura di una cooperativa avremo dei soci in possesso o meno degli strumenti, anche culturali, per approcciare ad un sistema che li veda più protagonisti.

Nessuno pretende che qualunque tipologia di soci possa avere voglia o competenza sufficienti per occuparsi di gestione; sarebbe già molto che la trasparenza, il flusso di informazioni richieste di *default* alla *governance* fosse di stimolo ai soci "interessati" e fungesse da deterrente agli amministratori troppo autoreferenziali.

Va anche detto che il principio della porta aperta - tratto peculiare della cooperazione - rende non soltanto possibile l'estensione del servizio mutualistico ad una più ampia categoria di cittadini (utenti, lavoratori e imprese) ma garantisce il rinnovamento della base sociale previo possesso di requisiti e procedure di accesso che dovrebbero essere determinati secondo criteri di equità e trasparenza.

Sarebbe auspicabile che vi fosse un fisiologico rinnovamento, un ampliamento della base sociale, ciò sia per garantire la continuità intergenerazionale delle cooperative, sia più in generale per favorire l'inserimento dei giovani nel mondo del lavoro e dell'impresa.

Lo statuto potrebbe essere utilizzato per:

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

- determinare dei valori minimi di partecipazione al capitale sociale, evitando soglie che siano così elevate da diventare un ostacolo all'ammissione o così basse da togliere il senso alla partecipazione del socio;
- creare categorie speciali di soci, *ex art. 2527, comma 3°, c.c.*; si potrebbe cioè decidere, transitoriamente e per alcuni settori – di ammettere dei nuovi soci in categorie speciali, non solo al fine di formarli professionalmente o di inserirli nel contesto aziendale (come dice la legge) ma anche per prepararli e formarli ad una consapevole, attenta e responsabile vita sociale;
- nel caso di cooperative di consumo ad ampia base sociale, si potrebbero ad esempio prevedere forme di decadenza legate alla mancata partecipazione agli scambi mutualistici per un dato periodo di tempo: ciò al fine di evitare la permanenza senza limite di soci non più interessati.

Se auspichiamo un maggiore attivismo dei soci, vanno previsti e valorizzati strumenti di natura informativa sull'andamento delle attività economiche della cooperativa per attribuire centralità ai soci nel definire e verificare lo scambio mutualistico.

Vanno anche previste procedure di informazione a tutti i soci sulle decisioni maggiormente rilevanti, quelle che comportano importanti investimenti del patrimonio sociale, al fine di consentire (a chi lo vuole) di partecipare in modo attivo alla vita assembleare e soprattutto di valutare responsabilmente i comportamenti degli organi gestionali.

Il tutto non può prescindere dalla dimensione e dalla complessità dell'organizzazione della singola impresa, ma alcuni buone prassi sono già state sperimentate nel mondo cooperativo e vale la pena ricordarne alcune quali ad esempio:

- l'*house organ*, un *magazine* aziendale (cartaceo o in rete), realizzato per aggiornare il personale interno all'organizzazione circa le attività e gli obiettivi a medio termine da raggiungere, con un linguaggio comprensibile, implementando il legame con il personale interno all'organizzazione, rendendolo partecipe e stimolandolo alla condivisione;
- l'adozione di sistemi *intranet* dedicati ai soci, una rete *web* interna, dato che un ente o un'azienda operano più efficacemente quando in qualche modo i dipendenti ne condividono gli obiettivi;
- la formalizzazione di incontri pre-assembleari tra Consiglio di amministrazione e soci per approfondire i temi all'ordine del giorno, anche attraverso la creazione di gruppi di lavoro pre-assembleari;
- la valorizzazione della relazione di cui all'art. 2545 c.c., laddove amministratori e sindaci devono indicare specificamente – nelle loro relazioni di accompagnamento al bilancio – i criteri seguiti nella gestione sociale per conseguire il vantaggio mutualistico: la standardizzazione delle informazioni potrebbe essere uno strumento fondamentale per rendere effettiva la trasparenza

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

della quale si è tanto parlato, non solo nei confronti dei soci ma anche nei confronti delle collettività sociali ed economiche di riferimento, (anche in relazione al territorio).

Se l'assetto democratico del governo dell'impresa dovrebbe essere una delle caratteristiche fondamentali della cooperazione, questo significa che ogni socio ha pari diritto di concorrere alla definizione degli indirizzi di gestione e alla *governance*.

Come rendere effettivo questo principio, questo diritto?

Valorizzando e rendendo più efficienti i meccanismi di partecipazione dei soci all'Assemblea; a partire dalle modalità stesse di convocazione (vedi G.U. e buste paga), incentivando il ricorso alle assemblee separate anche quando non obbligatorie (ma suggerite invece da fattori territoriali o dalla tipologia di scambio), valorizzando il voto per delega (come bilanciamento alle concentrazioni di potere in capo a singoli soci), avendo attenzione al tema del ristorno, creando strumenti stabili che rendano reale ed efficace il flusso di informazioni dal Consiglio di amministrazione alla base sociale, soprattutto nelle cooperative di grandi dimensioni (pareri sui programmi della cooperativa, maggiore dialettica interna e potenziamento del controllo, attraverso comitati territoriali, sezioni soci, commissioni con compiti consultivi e di controllo).

Peraltro il legislatore della riforma societaria ha avuto nei confronti dell'organo assembleare delle cooperative un atteggiamento opposto rispetto alle lucrative: ha infatti dettato una serie di regole volte a potenziare il ruolo dell'organo assembleare affidandogli ad esempio l'approvazione dei regolamenti che riguardano i rapporti tra soci e cooperativa (art. 2521, comma 4°, c.c.: questi regolamenti hanno il compito di determinare criteri e regole inerenti lo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci e possono costituire parte integrante dell'atto costitutivo. Qualora non lo siano, vanno predisposti dagli amministratori ma approvati dall'Assemblea con maggioranze rafforzate).

È evidente che questi regolamenti dovrebbero orientare le decisioni degli amministratori soprattutto in relazione alle operazioni di *spin-off* o di costituzione di società di scopo o nella partecipazione al capitale di società non mutualistiche.

Le *best practices* di cui sopra possono essere attuate solo di concerto a misure in grado di arginare i problemi di autoreferenzialità dei gruppi dirigenti, favorendo il rinnovamento e rendendo effettivo l'assetto democratico della cooperativa.

Si potrebbero anzitutto immaginare strumenti e procedure (peraltro già adottati da alcune cooperative) che favoriscano la possibilità dei soci di concorrere alla scelta dell'organo di governo.

Pensiamo all'adozione di regolamenti elettorali nelle cooperative di medie/grandi dimensioni (che prevedano proposte di candidatura formalizzate, con tanto di informazioni relative alle caratteristiche personali e professionali dei candidati, rese pubbliche nella cooperativa), alla formazione di commissioni elettorali (che propongano all'Assemblea dei soci i candidati e che quindi presentino determinate caratteristiche,

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

quali l'autonomia rispetto la *governance* – non sono candidati, non ricadono nell'art. 2382 c.c., ecc. – una certa “anzianità” di rapporto sociale e magari una rappresentatività a livello territoriale o di categoria), al voto di lista, alla possibilità di riservare la nomina di una quota minoritaria degli amministratori ai soci finanziatori.

Va da sé che il grande patrimonio di conoscenze e di relazioni dei *manager* (ad oggi ancora in carica) non può andare disperso ma anzi deve essere quanto più valorizzato, e messo a frutto attraverso la condivisione e il passaggio generazionale “accompagnato”; si possono al più individuare dei “contrappesi” che fungano da stimolo e da supporto alla *governance* tradizionale.

Sarebbe auspicabile l'uso di strumenti statuari e/o regolamentari che rendano possibile il ricambio stesso in modo democratico, attraverso una maggiore indipendenza dal mondo politico e istituzionale e dal suo “potere” di espressione delle cariche apicali.

Si potrebbe immaginare di favorire, attraverso criteri e modalità da declinare in relazione al sistema amministrativo prescelto, alla dimensione aziendale ed alla complessità organizzativa della cooperativa una valorizzazione della funzione del Presidente, separato dalla gestione diretta e crocevia del flusso di informazioni che consentano un reale controllo della gestione stessa; Il Presidente avrebbe il ruolo cruciale del facilitatore, in affiancamento, alla classe manageriale di domani.

Esistono ad oggi situazioni di arretramento dei vecchi manager per “stanchezza”, per sfiducia, ma manca il ricambio: ciò evidenzia ancora di più l'importanza di soggetti che facilitino l'incontro tra chi è in uscita e chi è in ingresso, siano essi le Università e la formazione scolastica in genere o gli enti territoriali attraverso le stesse associazioni di categoria.

Potremmo immaginare di introdurre figure di “indipendenti” all'interno del Consiglio, per inserire punti di vista alternativi e magari professionalmente in grado di arricchire le funzioni collegiali. Questo è chiaramente più opportuno e perseguibile nelle cooperative di maggiori dimensioni o in quelle appartenenti ad un gruppo; laddove si potrebbe immaginare che il numero di amministratori indipendenti aumenti al crescere delle dimensioni aziendali, che si tratti di professionalità utili al governo dell'impresa (esperti di relazioni con le istituzioni, di cooperazione, di controllo aziendale o di *business* aziendale), la cui indipendenza (nonché effettiva utilità) sia valutata periodicamente.

Si potrebbero anche contemplare regole interne aventi l'obiettivo di distinguere i ruoli di controllo da quelli di gestione, stabilendo per esempio di distinguere gli amministratori esecutivi da quelli che non lo sono. Potrebbe essere opportuno – sempre a seconda della specificità - che alla componente *non executive* del Consiglio di amministrazione sia affidata la redazione della relazione *ex art. 2545 c.c.*, piuttosto che la vigilanza sull'operato della componente esecutiva.

Fondamentale sarebbe una modalità di governo della cooperativa che promuovesse la rotazione delle cariche sociali e il ricambio dei gruppi dirigenti.

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

L'art. 2542, comma 3°, c.c. - introdotto dal legislatore con il d. lgs. n. 6/2003 e soppresso immediatamente dopo dal d. lgs. n. 310/2004 - imponeva all'atto costitutivo di stabilire il limite alla rieleggibilità e al cumulo delle cariche degli amministratori nel limite massimo dei tre mandati consecutivi.

L'abrogazione di questa norma è il risultato di pressioni e considerazioni anche opportune: imporre di rimuovere dal loro incarico amministratori capaci era forse eccessivo, per assicurare il *turnover* è invece sufficiente quanto necessario formare per tempo nuovi e capaci manager, procedere per affiancamento, senza scelte di rottura ma con obiettivi di continuità.

Non sempre però il quadro è roseo, qualche volta potrebbe essere invece opportuno sostituire figure che si sono dimostrate scarsamente utili e capaci.

La soluzione di mezzo potrebbe quindi attribuire agli statuti o i regolamenti elettorali un ruolo chiave, prevedendo ad esempio limiti fissi temporali all'incarico, *quorum* più elevati per essere rieletti dopo un certo numero di mandati, al fine di consentire un ricambio parziale degli amministratori e di evitare che la rotazione coinvolga l'intero Consiglio.

Per quanto concerne invece il cumulo delle cariche, il legislatore della riforma (pur obbligando l'atto costitutivo a prevederne una disciplina) lasciava ampia autonomia statutaria sia nella determinazione del tipo di incarico ritenuto rilevante per il calcolo del cumulo (quelli consiliari, in società dello stesso gruppo, o quelli extraconsiliari, dentro e fuori dal gruppo), che nel numero massimo degli incarichi; ciò per l'ovvia ragione che tutto va sempre correlato alla dimensione e alla concreta realtà economica ed operativa della società.

Proprio Legacoop (prima che la norma venisse soppressa) aveva suggerito alle cooperative aderenti l'utilizzo di una clausola tipo: *“Salvo quanto previsto dall'art. 2390 c.c., gli amministratori possono ricoprire incarichi negli organi sociali di altre imprese a condizione che il loro svolgimento non limiti l'adempimento dei doveri imposti dalla legge o dal presente statuto. In base a tale condizione, gli incarichi sono formalmente autorizzati da apposito atto deliberativo del consiglio di amministrazione. La mancanza di tale atto comporta la decadenza dall'ufficio”*.

A tutt'oggi gli statuti possono quindi regolare questo aspetto della *governance*: se però la decisione sul cumulo viene demandata all'organo di governo stesso - pure se in via collegiale -, è evidente che lo strumento funzionerà solo ove vi sia democraticità decisionale all'interno del Consiglio di amministrazione, altrimenti l'autoreferenzialità ritorna a farsi sentire.

Vi è poi da considerare un dettaglio non trascurabile: il trattamento economico dei *manager*. Si sa che ci sono spesso sperequazioni: Presidenti di grandi cooperative con emolumenti “impegnativi” ai quali contrapporre invece gettoni poco più che rappresentativi.

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

È evidente che, in qualunque logica d'impresa, sia giusto quanto opportuno che un professionista competente sia remunerato per la sua prestazione in modo direttamente proporzionale al suo profilo, alla sua operatività, alle responsabilità che si assume in qualità di gestore.

È altrettanto evidente come spesso il livello retributivo medio di un *manager* di cooperativa non sia nemmeno equiparabile a quello del suo omologo in una realtà for profit, laddove invece è indispensabile essere competitivi anche da questo punto di vista per immaginare di essere appetibili a nuovi competenti *manager*.

Per determinare in modo equo e trasparente questo aspetto, si potrebbe immaginare un apposito regolamento o addirittura un "comitato remunerazione" all'interno dello stesso Consiglio che abbia il compito di verificare la congruità dei livelli retributivi dei *manager* con cadenza periodica.

Infine, andrebbe certamente valorizzato il ruolo del collegio sindacale come strumento interno di controllo della gestione, anche quando non è richiesto dalla legge.

Non dimentichiamo che l'interesse al risultato economico ed alla stabilità patrimoniale è uno degli interessi "strutturali" che nella cooperativa non ha rappresentanza istituzionale, in quanto nessuno dei soggetti che hanno voce nel governo della cooperativa ne è materialmente il portatore: portatori ne sono in ultima istanza, i Fondi mutualistici, in rappresentanza degli interessi alla mutualità esterna, cui è finalizzata l'indivisibilità del patrimonio della cooperativa.

Pensare a come dare una qualche voce a questo interesse rappresenterebbe un elemento di (ri)equilibrio e di contrappeso nella *governance*; ma si tratta di un obiettivo molto complicato da perseguire (oltre che da soppesare nelle sue implicazioni), in primis per la sua attuale configurazione normativa, che al massimo può consentire ai Fondi di tentare di usare in via surrogatoria le azioni giudiziali di impugnazione e risarcimento previste dalla legge come tipiche del socio.

Ciò non toglie che si dia voce volontariamente a questi enti esponenziali degli interessi di sistema attraverso l'uso dell'autonomia statutaria, nonché predisporre linee di buone pratiche amministrative che ne raccomandino l'adozione.

È possibile che l'impresa cooperativa, socialmente responsabile e strutturalmente orientata ad un'attenzione marcata agli interessi degli *stakeholders* non abbia strumenti per dare voce a tali interessi nel suo sistema istituzionale di governo?

Si pensi ad un'impresa come quella di consumo, dove sono coinvolte migliaia di lavoratori dipendenti, che vivono la cooperativa come un'impresa in cui i clienti sono gli stessi proprietari dell'impresa: non è possibile dare voce a questi interessi, coinvolgere questi soggetti a pieno titolo?

Probabilmente la riflessione sulla *governance* non può prescindere da una ripensamento del profilo da assegnare alla vigilanza svolta dalle Associazioni di rappresentanza. Questo sia per ridefinirne gli strumenti che le danno operatività, sia per chiarire il confine ed il contenuto del controllo ad essa assegnato, anche per far sì che lo

STUDI E OPINIONI

COOPERATIVE: NUOVE PROSPETTIVE DI GOVERNANCE

spartiacque tra funzioni di assistenza e di controllo sia definito in maniera da evitare equivoche interpretazioni.

Infine, sarebbe ipotizzabile mettere a frutto in modo consapevole le aperture offerte dalla riforma societaria alla presenza di soci finanziatori e comunque di portatori di interessi finanziari che, senza snaturare l'essenza mutualistica della cooperativa, potrebbe creare il presupposto per costringerla ad adottare modelli di governo più leggibili anche per i soci cooperatori.

L'articolazione degli interessi – apparentemente contrapposti – potrebbe (ri)vitalizzare la presenza del ceto cooperatore e comunque offrire della gestione della cooperativa una chiave di lettura (quella del risultato economico) certamente unilaterale e non esaustivo per l'impresa mutualistica, ma altrettanto utile.

Nota bibliografica

Per un'analisi del quadro normativo *ante* riforma si vedano, tra gli altri, BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, nel *Commentario Schlensinger*, sub art. 2511, Milano, 1998.; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 2511, Bologna, 1999, 559 ss.; BUONOCORE, *Diritto alla cooperazione*, Bologna, 1997, 35 ss.

Sulle linee portanti della riforma vedi, tra gli altri, BONFANTE, *La riforma della cooperazione*, in *La riforma delle società*, a cura di Ambrosini, Torino, 2003, 205 ss.; BUONOCORE, *La società cooperativa riformata: i profili di mutualità*, in *Rivista diritto civile*, 2003, I, 507 ss.; PAOLUCCI, *Le società cooperative dopo la riforma*, Padova, 2004; RACUGNO, *La società cooperativa*, Torino, 2006.

Sul tema del lucro e della mutualità si vedano BASSI, *Le società cooperative*, Torino, 1995, 19 ss.; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2005; TATARANO, *La nuova impresa cooperativa*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, 41 ss.;

Sul tema della democrazia nella cooperazione si veda BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 2532-2534, Bologna, 1999, 559 ss.

Sul tema delle peculiarità della governance nel mondo cooperativo si vedano: BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, 265 ss.; MARASÀ, *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, *Rivista diritto civile*, 1989, I, 248 ss.; MORARA, *Questioni in tema di amministrazione e controllo nelle società cooperative*, in *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, Milano, 2005, 650 ss. PRESTI, *Amministrazione e controllo nelle cooperative*, *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA E PORTALE, Torino, 2007, 968 ss.

LA TRASFORMAZIONE INVALIDA FRA RIMEDI DEMOLITORI E RIMEDI RISARCITORI

L'articolo tratta della nuova disciplina della trasformazione invalida introdotta dal nuovo art. 2500 bis c.c. In particolare, il contributo risulta idealmente suddiviso in due parti. Nella prima si analizza l'ambito di applicazione e il modo di operare della preclusione dell'impugnazione della trasformazione prevista al primo comma della disposizione in esame. La seconda, invece, esamina i caratteri dell'azione risarcitoria quale unico strumento di tutela contro la trasformazione invalida iscritta, con particolare riferimento al suo rapporto con l'azione di impugnazione, al titolo della responsabilità, al danno risarcibile, ai legittimati passivi.

di **LORENZO BENEDETTI**

1. Premessa

La riforma del diritto societario ha introdotto il nuovo art. 2500-bis c.c., il quale disciplina l'invalidità della trasformazione, oggetto di ampio dibattito prima del 2003 proprio a causa della mancanza di una norma ad essa espressamente dedicata¹.

Il legislatore ha riprodotto nella nuova disposizione, pressoché in modo testuale, quanto prescritto dall'art. 2504-quater c.c. relativamente all'invalidità della fusione (e dall'art. 2506-ter, 5 co., c.c., per l'invalidità della scissione).

Tale scelta normativa si inquadra in un contesto normativo – quello del diritto societario - caratterizzato dal crescente ricorso alla sostituzione dei rimedi a carattere reale con quelli aventi natura risarcitoria².

¹ V. per un'ampia disamina delle opinioni maturate nel contesto legislativo previgente alla riforma in merito agli effetti dell'invalidità della trasformazione IERMANO, "Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2007), 4, 398 ss.; CAGNASSO, A. BONFANTE, "Le trasformazioni", in BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario* (Milano, 2010), 99 ss.; CABRAS, "Le trasformazioni", in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (Torino, 1994), 234 ss.; ABRIANI, "Prestito obbligazionario e limiti «impliciti» alla trasformazione delle società", *Giur. comm.*, 1996, 792 ss. Si deve comunque rilevare che, anteriormente alla riforma, ai problemi connessi all'invalidità della trasformazione è stata dedicata un'attenzione piuttosto limitata, essendo stato il dibattito dottrinale incentrato sull'invalidità della fusione, a causa del minore rilievo applicativo della stessa (sulle cui ragioni, v. IERMANO, cit., 400 nt. 9).

² V., in merito all'attendenza descritta nel testo, con riferimento al periodo anteriore alla riforma

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Nella presente riflessione, si procederà innanzitutto ad esaminare la ratio del nuovo art. 2500-bis c.c. per poi utilizzarla, nel prosieguo, come criterio guida per definire condizioni e limiti di rilevanza della disposizione in esame, così come peraltro è prescritto all'interprete dall'art. 12 delle disp. prel. c.c.

2. La ratio dell'art. 2500-bis

In merito alla individuazione della "ragione d'essere immanente,...(dello) scopo della norma"³ la dottrina ha avanzato sostanzialmente due ipotesi. A coloro che affermano come la nuova disciplina persegua "la precipua finalità di salvaguardare l'efficacia e la definitiva stabilità delle operazioni straordinarie viziata⁴, a tutela degli interessi del mercato, dei terzi e dei soci stessi"⁵; si contrappone chi sostiene che la previsione dell'art. 2500-bis c.c. si iscriva nel sistema di regole riguardanti l'invalidità degli atti aventi rilievo organizzativo⁶. Più in particolare, secondo quest'ultimo

del diritto societario, la disciplina dell'invalidità della fusione e della scissione (IERMANO, (*supra*, n.1), 407, nt. 24 (ove ampi riferimenti)). La tendenza alla compressione delle sanzioni di tipo reale ha infine subito una forte accelerazione nella riforma del diritto societario (v. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti* (Milano, 2003), 416ss.; D'ALESSANDRO, "Tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori", *Riv. dir. civ.*, 2003, 712 ss.; NIGRO, "Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario", *Riv. soc.*, 2004, 885 ss.; SACCHI, "Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza", in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2006), 2, 137 ss.

³ Così definisce la *ratio legis* CARCATERA, voce "Analogia", in *Enciclopedia giuridica* (Roma, 1988), 14.

⁴ Analoga opinione ricorre anche in relazione alla disciplina della invalidità di fusione e scissione, rimaste inalterate, a seguito della riforma, che per ammissione della stessa relazione di accompagnamento al decreto legge 6/2003, hanno costituito il modello della nuova norma in materia di trasformazione.

⁵ IERMANO, (*supra*, n.1), 409-410; GUERRIERI, "Trasformazione di società, modificabilità dello statuto e disciplina dell'invalidità", *Giur. comm.*, 2006, II, 364, il quale, in modo condivisibile puntualizza che la nuova disciplina introdotta dalla riforma mira ad impedire le conseguenze che si ritenevano conseguenti alla pronuncia di invalidità della trasformazione prima della riforma (cfr. op. cit. 364 nt. 107); BUFFA DI PERRERO, "sub art. 2500-bis", BIANCHI L. A. (in a cura di), *Commentario alla riforma delle società. Trasformazione-fusione-scissione*, 2006, 92 e ntt. 20e 21; CENTONZE, *L'inesistenza delle delibere assembleari* (Torino, 2008), 217 nt. 156.

⁶ Per tutti v. GENOVESE, "Le fattispecie tipiche di invalidità", in ABBADESSA, PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2006), 2, 219 ss. (ove ulteriori altri riferimenti dottrinari). Per l'approfondimento circa il significato da attribuire all'espressione "valore organizzativo" dell'atto si rimanda a GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione* (Torino, 1997), 130 ss. L'autrice chiarisce le due accezioni nelle quali il concetto di organizzazione è stato utilizzato: nel primo senso il concetto serve a distinguere i contratti associativi o a comunione di scopo, la cui esecuzione richiede un apparato stabile di regole dell'attività

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

orientamento, il sistema appena menzionato – incentrato sull’art. 2332 c.c. - si fonda sul principio secondo il quale il “valore giuridico” prettamente organizzativo di talune vicende dell’autonomia privata può influenzare il regime di caducazione invalidativa degli atti ai quali si riconnette⁷. Ne consegue che tale “valore giuridico”, una volta realizzato, viene preservato dall’ordinamento anche in presenza di vizi cause di invalidità⁸.

Le tesi appena esposte sembrano non da contrapporre, ma complementari. Si vuol dire, cioè, che entrambe le esigenze di tutela prese in considerazione dalle due opinioni riportate paiono sottese alla previsione dell’art. 2500-bis c.c.

Certamente la trasformazione è un’operazione idonea ad incidere sulla componente organizzativa della società, per cui appare corretto individuare la ratio della

comune, da quelli di scambio (ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società commerciali* (Roma, 1936), III ed., 20 ss.; AULETTA, *Il contratto di società commerciale* (Milano, 1937), 31 ss.; ABBADESSA, “Le disposizioni generali sulla società”, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Impresa e lavoro*, (Torino, 1985), vol. 16, tomo II, 38 ss.; FERRO LUZZI, *I contratti associativi* (Milano, 1971), *passim*); nel secondo significato questo concetto viene utilizzato in contrapposizione a quello di contratto, da cui la vicenda a rilievo organizzativo, con l’efficacia, si emancipa (FERRO LUZZI, *op. cit.*, 319; ANGELICI, *La società nulla* (Milano, 1975), *passim*; SPADA, *La tipicità delle società* (Padova, 1974), 137, ove si afferma che la qualificazione organizzativa afferisce a qualunque fattispecie che abbia per conseguenza giuridica quella di alterare l’ordine di diritto comune della produzione-imputazione degli atti giuridici). L’autrice asserisce inoltre che è soltanto il secondo dei significati appena riportati (rilevanza organizzativa della fusione come effetto) a giustificare il disposto dell’art. 2504-*quater*.

⁷ Cfr. ANGELICI (*supra*, n.6), 81.

⁸ La proposta di ricostruire un sistema delle regole dell’invalidità degli atti aventi rilievo organizzativo, in modo da ricavare principi suscettibili di essere applicati “ogni qual volta il programma privato sia fonte di una regola organizzativa dell’attività” è stata oggetto di una compiuta formulazione in GINEVRA, “Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili?”, *Giur. comm.*, 2003, 2, 257, 272 ss. Tale proposta ha trovato, tuttavia, varie applicazioni sia in riferimento alla disciplina, previgente rispetto alla riforma del diritto societario, dell’invalidità della fusione e della scissione (v. ANGELICI (*supra*, n.6), 277; GENOVESE (*supra*, n.6), 131 ss.; MAINETTI, “Brevi considerazioni in tema di azioni di risparmio, assemblee speciali ed invalidità della fusione”, *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 98 ss.; BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione* (Torino, 2008), 210 ss.); sia in riferimento all’indagine sull’art. 2332 c.c. (PALMIERI, “La nullità della società per azioni”, in COLOMBO, PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (Torino, 2003), 486). La costruzione esposta ha origine nella riflessione della dottrina tedesca (c.d. *Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft*), sulla quale la letteratura è molto ampia per cui si rimanda ai riferimenti rintracciabili in BELTRAMI, *op. cit.*, 208 ss. (testo e note); GINEVRA, *op. cit.*, 281; GENOVESE (*supra*, n.6), 231 nt. 26.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

nuova disciplina dell'invalidità della stessa nell'esigenza di stabilizzare gli effetti organizzativi dell'atto⁹. Ma la stabilizzazione della nuova dimensione organizzativa determinata dall'operazione di trasformazione può essere considerata anche come lo strumento atto a soddisfare una "preponderante esigenza di certezza in funzione della tutela dell'affidamento dei terzi"¹⁰. Quest'ultima esigenza, infatti, impone che la nuova dimensione organizzativa determinata dall'operazione straordinaria sia di immediata percezione e non revocabile in dubbio. La stabilizzazione della trasformazione imposta dalla legge, quindi, si giustifica perché la nuova dimensione organizzativa genera affidamenti la cui tutela impone "certezza e semplicità nell'imputazione delle posizioni giuridiche e...nell'individuazione delle norme applicabili"¹¹.

Quest'ultimo rilievo sembra confermato dalla circostanza che presupposto necessario per l'operare della preclusione alle pronunce di invalidità della trasformazione è la pubblicità¹² della relativa delibera (art. 2500, 2 co., c.c.). L'adempimento pubblicitario, infatti, costituisce il fatto capace di generare quell'affidamento dei terzi (e dei soci) sulla modifica dell'ente trasformando, che l'ordinamento considera meritevole di tutela¹³.

⁹ V., da ultimo, per l'attribuzione di tale *ratio* all'art. 2504-*quater*, BELTRAMI (*supra*, n.8), 75 ss. ove ampi riferimenti bibliografici sul punto. Sui rapporti fra considerazione normativa dell'atto e dell'effetto nella teoria dei contratti organizzativi per lo svolgimento di un'attività v. FERRO LUZZI (*supra*, n.6), 128 ss.

¹⁰ ABBADESSA (*supra*, n.6), 41, in riferimento, in generale, al contratto di società, ma con argomentazioni che paiono trasponibili anche al caso della trasformazione; PALMIERI (*supra*, n.8), 483 che parla di *carattere servente* della disciplina della nullità della società rispetto alla esigenza di conservazione dell'attività e di tutela dell'affidamento dei terzi (e abbiamo già detto come la dottrina ritenga che la disciplina dell'art. 2332 c.c. risulti il perno del sistema di disciplina degli atti ad effetti organizzativi); SCHÄFER, *Die lehre von fehlerhaften Verband* (Tübingen, 2002), 114 sempre con specifico riferimento alla disciplina della nullità della società vigente nell'ordinamento tedesco. Da ultimo, per il riconoscimento che entrambe le motivazioni indicate nel testo convivono come fondamenti dell'art. 2504-*quater*, BELTRAMI (*supra*, n.8), 45 ss.; IERMANO (*supra*, n.1), 418.

¹¹ MALTONI, TASSINARI, *La trasformazione delle società* (Milano, 2005), 40; *ante* riforma, ma con riferimento alla fusione MAINETTI (*supra*, n.8), 98 ss., il quale sottolinea gli "sconvolgenti effetti distruttivi che sortirebbero da una pronuncia che imponesse una pronuncia che imponesse il ristabilimento di una situazione magari di qualche anno prima". Del resto sull'inadeguatezza della soluzione accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie (v. per riferimenti BUFFA DI PERRERO (*supra*, n.5), 92 ntt. 20 e 21) secondo la quale in caso di invalidità della trasformazione si sarebbe avuta la riviviscenza della società originaria, rispetto all'operatività dell'ente e all'affidamento dei terzi v. MALTONI, TASSINARI, *op. cit.*, 32.

¹² Sul rilievo costitutivo e sanante della pubblicità rispetto alla disciplina dell'invalidità della fusione v. GENOVESE (*supra*, n.6), 156 ss.

¹³ Sulla rilevanza della pubblicità a generare l'affidamento dei terzi v. SACCO, voce

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

A tale conclusione non può obiettarsi che, se la ratio del nuovo art. 2500-bis c.c. dovesse comprendere la salvaguardia dell'organizzazione societaria risultante dalla trasformazione in funzione della tutela dell'affidamento dei terzi, sarebbe stato sufficiente privare le pronunzie invalidative di efficacia retroattiva, secondo il modello dell'art. 2332 c.c., senza imporre la preclusione assoluta delle stesse¹⁴.

Infatti, la diversità della disciplina prevista dalle norme appena menzionate è da mettere in relazione alla violazione più o meno grave dell'interesse alla legalità e all'efficienza dell'agire societario¹⁵, cagionata dalle diverse patologie suscettibili di determinare l'applicazione dell'una o dell'altra disposizione. Si è infatti affermato che il diverso contenuto precettivo dell'art. 2504-quater (identico all'art. 2500-bis c.c.) rispetto al 2332 c.c. fonda l'idea dell' «anormalità» della meccanica trasposizione della nullità dall'atto regolamentare al regolamento attuato, nel momento in cui tale regolamento sia formalmente recepito attraverso l'iscrizione all'interno dell'organizzazione: di talché la trasposizione viene perfino del tutto negata ove manchino quelle peculiari gravi ragioni la cui considerazione spinge il legislatore ad apprestare il particolare meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 2332” (corsivo aggiunto)¹⁶.

“Affidamento”, in *Enc. dir.* (Milano, 1958, II, 661. Per uno spunto in tal senso GUERRIERI (*supra*, n.5), 362.

¹⁴ GENOVESE (*supra*, n.6), 160, sebbene con riferimento all'art. 2504-quater c.c., proprio criticando quella dottrina che individua la *ratio* della disciplina dell'invalidità della fusione nell'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi entrati in rapporto con la società risultante dall'operazione straordinaria.

¹⁵ Per l'indicazione di tali interessi come posti a fondamento della disciplina dell'art. 2332 c.c. v. ANGELICI (*supra*, n.6), 230 ss.; BORGIOI, *La nullità della società per azioni* (Milano, 1977), 276; da ultimo, PALMIERI (*supra*, n.8), 481. Ma lo stesso interesse pare essere violato anche dai vizi della trasformazione, che coincidono semplicemente (per le società di capitali) con i vizi della delibera assembleare (v. CAGNASSO, BONFANTE (*supra*, n.1), 107 ss.).

¹⁶ In questo senso GINEVRA (*supra*, n.8), 280 ss. Si noti che quanto detto nel testo non esclude che i vizi suscettibili di integrare la fattispecie dell'art. 2332 costituiscano anche possibili vizi della trasformazione (come tali, teoricamente ricadenti sotto l'applicazione del 2500-bis. V. oltre su tale eventualità). Ma in tal caso si ritiene comunque applicabile l'art. 2332 (v. oltre). In pratica, allorché non ricorra la fattispecie della nullità dell'ente *ex art.* 2332 c.c., si è attribuito carattere prioritario all'esigenza di assicurare adeguata protezione all'affidamento riposto nella validità della modifica all'organizzazione societaria e al corretto funzionamento del mercato, rispetto alla necessità di eliminare – anche solo per il futuro - la modifica organizzativa viziata. Insomma, il meccanismo di cui all'art. 2332 c.c. può non offrire una risposta appagante all'esigenza di tutelare l'affidamento dei soci, dei creditori e dei terzi (come sostiene, invece, la dottrina qui contraddetta. V. nt.14). Quindi non si può sostenere che l'aver previsto all'art. 2500-bis un meccanismo più stringente e diverso dal primo implica che esso non adempia alla funzione di tutela dell'affidamento. Semplicemente la preclusione di cui all'art. 2500-bis tutela

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Non si può quindi utilizzare la diversità di disciplina fra l'art. 2500-bis (o 2504-quater) e l'art. 2332 c.c. come argomento per negare che le norme sull'invalidità delle operazioni straordinarie sottendano una ratio comprendente anche l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi, poiché tale diversità ha una diversa spiegazione.

D'altro canto, anche chi ha individuato la funzione esclusiva della preclusione assoluta delle pronunce di invalidità delle operazioni straordinarie nell'esigenza di stabilizzare gli effetti degli atti organizzativi ammette che tale soluzione esprime – in relazione alla fusione - il favor dell'ordinamento per le operazioni di concentrazione.

Da una simile affermazione si induce, però, come tale tesi non consideri la conservazione dell'organizzazione, di per sé, come lo scopo finale della norma preclusiva delle pronunce di invalidità della fusione. Al contrario, essa ritiene il principio di salvaguardia dell'organizzazione strumentale al soddisfacimento di un interesse ulteriore, il quale, in definitiva, costituisce il fondamento ultimo (id est, la ratio) dell'art. 2504-quater c.c..

L'interesse "finale" indicato da tale dottrina, tuttavia, vale esclusivamente in relazione all'operazione di fusione, non per la scissione, né per la trasformazione. La tutela dell'affidamento dei terzi cui si fa qui riferimento consente, invece, di identificare un denominatore comune – in ordine all'interesse finale sotteso alla conservazione degli effetti dell'attività organizzativa - per discipline, in punto di invalidità, identiche per tutte e tre le operazioni straordinarie.

Infine, anche la relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003 afferma che con la nuova disciplina dell'invalidità della trasformazione ha voluto privilegiare la certezza nei confronti dei terzi.

in modo più forte rispetto all'art. 2332 c.c. l'affidamento (v. ancora IERMANO, (*supra*, n.1), 404 ss. che parla, a proposito della eliminazione della sanzione caducativa, di introduzione "di un più incisivo regime di stabilità" (cui consegue una rafforzata protezione dell'affidamento incolpevole) rispetto a quello conseguente all'irretroattività della sanzione caducativa).

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

3. Il momento a partire dal quale si produce l'effetto stabilizzante¹⁷

Alla luce della ricostruzione proposta in merito alla ratio dell'art. 2500-bis c.c. è ora possibile passare a ricostruirne le condizioni ed i limiti di applicazione.

Il disposto dell'art. 2500-bis c.c. prevede che la preclusione alla pronuncia di invalidità si produce una volta “eseguita la pubblicità di cui all'articolo precedente”.

Tale prescrizione richiede, da parte dell'interprete, la soluzione di due questioni.

a) La prima impone di individuare la specifica fase del procedimento di iscrizione dell'atto nel registro delle imprese – composto dalla protocollazione della

¹⁷ Pur non potendo dedicare alla questione lo spazio necessario ad approfondirla adeguatamente, si precisa che nel presente lavoro si assume (anche come criterio da utilizzare per interpretare la disciplina) che la trasformazione costituisca un'operazione “eminente modificativa e non estintiva-novativa” (SANTOSUOSSO, “sub art. 2498”, in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES, *Società di capitali: commentario*, 2004, 1901; conf. la relazione al d.lgs. 6/2003, ove “si ribadisce...dandovi risalto, la norma sulla continuità dei rapporti giuridici (art. 2498, co. 3, ult. parte, c.c.), intesa appunto come segno di una prospettiva di modificazione e non novativa-successoria...”; e già, *ante* riforma, per tutti, SARALE, “Trasformazione e continuità dell'impresa” (Milano, 1996), 43 ss.). Naturalmente “il vocabolo “trasformazione” deve subire, stanti i nuovi materiali testuali, un processo di radicale risemantizzazione rispetto agli usi già noti” (SPADA, “Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre”, in *Scritti in onore di Buonocore*, III, diritto commerciale. Società, 3 (Milano, 2005) 3893 ss., il quale chiarisce in che termini possa continuarsi a parlare di operazione modificativa in relazione alla trasformazione riformata: in essa si ha la “continuità patrimoniale, da intendersi come assenza di novazione soggettiva dei rapporti compendati in un patrimonio dato e di circolazione degli stessi, nonostante l'avvicinarsi di qualificazioni organizzativamente e funzionalmente eterogenee dell'ente che ne è il titolare o il subentro di enti a contitolarità o di contitolarità ad enti sempre con riguardo ad un patrimonio dato”). Per una disamina del senso in cui alla trasformazione deve continuare ad attribuirsi natura di operazione modificativa v. CETRA “Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»”, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (TORINO, 2007), 4, 133 ss., il quale – in modo condivisibile - fra l'altro afferma – riprendendo la risalente opinione proposta da SCIALOJA, “Natura giuridica della trasformazione di società”, in *Saggi di vario diritto* (Roma, 1928), II, 54 ss., e da GHIDINI, *Società personali*, 1972, Padova, 926 ss. in riferimento alle difficoltà per la dottrina di accettare la continuità dei rapporti giuridici nel passaggio da società non personificate a quelle personificate - che non basta reputare difficile che i passaggi attualmente disciplinati nelle trasformazioni eterogenee possano essere sottoposti all'applicazione della regola della continuità dei rapporti giuridici per ritenere tale possibilità preclusa, posto che simili difficoltà devono considerarsi irrilevanti a fronte di un dato normativo di segno contrario. Perplesità in merito al fatto che la trasformazione possa continuare ad essere considerata come operazione meramente modificativa sono sollevate in MOSCA, “sub 2498”, in L.A. BIANCHI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società* (Milano, 2006), 219 ss.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

domanda, dalla iscrizione e dall'archiviazione¹⁸ - cui si collega l'effetto preclusivo delle pronunce di invalidità.

La questione – già prospettata in relazione all'analogia previsione in materia di fusione - acquista particolare rilevanza rispetto alla disciplina della trasformazione, dipendendo dalla sua soluzione la determinazione dei limiti temporali – comunque estremamente ristretti - entro i quali può essere esperito il rimedio cautelare volto ad impedire la pubblicità sanante¹⁹.

La soluzione da accogliere al riguardo deve escludere, in primo luogo, qualunque efficacia sanante della semplice protocollazione della domanda²⁰. Si è, infatti, affermato che tale operazione è incapace di produrre alcun effetto tipico della pubblicità, trattandosi “della prima fase di un procedimento complesso il cui perfezionamento è identificato...nella iscrizione...”²¹.

A favore di tale conclusione depone la constatazione che nell'attuale sistema della pubblicità commerciale presso gli uffici del registro delle imprese, il contenuto della domanda protocollata e non ancora iscritta non appare conoscibile da parte dei terzi²²; pertanto non esiste in tale fase del procedimento alcuna esigenza di tutela della certezza e dell'affidamento che costituiscono – almeno parzialmente, come detto - la ratio della previsione in esame.

Per la medesima ragione va considerata infondata la possibile obiezione secondo la quale l'effetto preclusivo della pubblicità conseguirebbe non all'iscrizione, ma all'ulteriore momento del procedimento pubblicitario dell'archiviazione²³. L'iscrizione della domanda, infatti, è già idonea a creare quell'affidamento dei terzi e quell'esigenza

¹⁸ Cfr. sul procedimento IBBA, MARASÀ, *Il registro delle imprese* (Torino, 1997), 139 ss.

¹⁹ Sulla questione v. oltre.

²⁰ BOERO, “La prassi applicativa del ruolo del registro delle imprese nell'attività notarile”, *Riv. dir. priv.*, 1997, 633; BUFFA DI PERRERO (*supra*, n.5), 96; MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 42 ss., ove riferimenti anche alla conforme opinione della dottrina relativamente all'analogia questione in materia di fusione.

²¹ IBBA, MARASÀ (*supra*, n.18), 253, ove ulteriori riferimenti.

²² V., infatti l'art. 11, co. 8, seconda parte, del dpr. 581/1995 (regolamento attuativo delle legge istitutiva del registro delle imprese) che definisce l'iscrizione come l' “inserimento nella memoria dell'elaboratore elettronico e *nella messa a disposizione del pubblico* sui terminali ...dei dati contenuti nel modello di domanda”, su cui IBBA, MARASÀ (*supra*, n.18), 253 ss.

²³ Tale tesi si fonda sui seguenti argomenti:

-l'art. 2500-*bis* c.c. rinvia, per il prodursi di tale effetto alla pubblicità prevista dall'art. 2500 c.c., che letteralmente prevede quale oggetto della pubblicità l'atto di trasformazione. Infatti, ai sensi dell'art. 8 co 1 e 2 del regolamento attuativo soltanto l'archiviazione ha per oggetto l'atto soggetto a pubblicità piuttosto che i dati di esso contenuti nella domanda;

- la dottrina occupatasi del rapporto fra i due adempimenti ritiene che gli effetti della pubblicità possano prodursi solo col perfezionarsi di entrambi (IBBA, MARASÀ (*supra*, n. 18), 259).

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

di certezza che la norma in esame intende tutelare. Inoltre riconoscendo all'archiviazione un ruolo concorrente alla produzione degli effetti della pubblicità si negherebbe un'autonoma funzione all'iscrizione, che il legislatore ha nettamente distinto come fase a sé stante del procedimento, e si renderebbe incerto e discrezionale il momento di decorrenza degli effetti della pubblicazione, non essendo previsto un termine per l'archiviazione²⁴.

b) La seconda questione da affrontare discende dalla previsione dell'art. 2500 c.c., a cui la norma in esame rinvia per l'individuazione degli adempimenti pubblicitari effettuati i quali scatta la preclusione delle pronunce invalidative della trasformazione. Tale articolo²⁵, infatti, prevede un duplice adempimento pubblicitario: l'atto di trasformazione è soggetto non solo alle forme di pubblicità previste per il tipo adottato, ma anche alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione.

La dottrina ritiene che la duplice pubblicità debba trovare applicazione soltanto nei casi in cui l'ente trasformando e quello risultante dalla trasformazione siano soggetti a regimi (pubblicitari) differenti, mentre unico deve essere l'adempimento quando uno dei due non sia assoggettato ad alcun regime di pubblicità o entrambi siano assoggettate al medesimo²⁶.

In pratica le uniche ipotesi nelle quali il doppio adempimento pubblicitario prescritto dall'art. 2500, 2° co. può trovare applicazione sono le trasformazioni eterogenee di o in una persona giuridica disciplinata dal I libro del c.c.

Il problema che si pone al riguardo è stabilire quale degli adempimenti pubblicitari necessari determini l'effetto previsto dall'art. 2500-bis c.c.

Nel caso di trasformazione di associazione riconosciuta la pubblicità nel registro delle persone giuridiche dovrebbe precedere sempre quella nel registro delle imprese²⁷ in quanto il deposito per l'iscrizione nel primo registro è prodromico al controllo della prefettura sulla modifica statutaria (ai sensi del combinato disposto dell'art. 2, co 1°, e

²⁴ MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 42, ove si rileva che di fatto (nonostante le argomentazioni di IBBA, MARASÀ (*supra*, n.18), 259, che hanno cercato di ricavare tale termine interpretativamente) l'archiviazione avviene in un momento anche di molto successivo all'iscrizione.

²⁵ La nuova disposizione novella il previgente art. 2498, co. 1, ai sensi del quale l'atto di trasformazione era soggetto unicamente al regime pubblicitario proprio del tipo sociale adottato.

²⁶ CETRA (*supra*, n.17), 148; MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 28, ove si rileva che sarebbe incongruo, nonostante la formulazione letterale dell'art. 2500, 2 co., c.c. imponesse due adempimenti pubblicitari ogniqualvolta non vi sia l'esigenza di mutare lo strumento pubblicitario nel passaggio da uno schema organizzativo ad un altro: "non si farebbe altro che replicare una comunicazione identica per oggetto allo stesso registro per il medesimo ente".

²⁷ CETRA (*supra*, n.17), 148 ss.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

art. 1 d.p.r. 10-2-2000 n. 361). Poiché tale controllo è, a sua volta, ritenuto dalla dottrina condizione di efficacia delle delibere modificative dell'atto costitutivo²⁸ (fra le quali va annoverata anche quella di trasformazione), in mancanza della pubblicità nel registro delle persone giuridiche la delibera non produrrebbe il mutamento del codice organizzativo dell'ente e quindi non dovrebbe effettuarsi nemmeno la forma di pubblicità prescritta per "il tipo adottato".

Quindi l'effetto preclusivo previsto dall'art. 2500-bis c.c. dovrebbe realizzarsi, in tal caso, a seguito dell'iscrizione dell'atto di trasformazione nel registro delle imprese, essendo questo l'adempimento da compiere per ultimo e dunque quello a cui l'art. 2500, comma 3, c.c. subordina l'efficacia dell'operazione straordinaria (cioè l'operatività dell'organizzazione corrispondente all'ente di arrivo dell'operazione).

Il che risulta coerente con la ratio dell'art. 2500-bis c.c., che – come detto – consiste proprio nello stabilizzare gli effetti organizzativi della trasformazione²⁹.

Analoga conclusione deve essere adottata rispetto alla trasformazione delle fondazioni, dato che la disciplina applicabile alle stesse, quanto ai controlli e agli adempimenti pubblicitari nel registro delle persone giuridiche, è la stessa di quella delle associazioni³⁰.

²⁸ IORIO, in DE GIORGI-PONZANELLI-ZOPPINI (a cura di), *Il riconoscimento delle persone giuridiche. D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361* (Milano, 2000), 78 ss. Cfr. anche TRADII, "Trasformazione eterogenea in cui intervengono enti *no profit*: trasformazione da associazione in società di capitali e viceversa" relazione al Convegno «*Riflessi della riforma del diritto societario sulla disciplina delle associazioni e delle fondazioni*», Taormina, 7-8 aprile 2006; FUSARO, *Trasformazioni delle associazioni in società di capitali e delle società di capitali in associazioni*, relazione presentata al Convegno «*Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*», Genova, 3 marzo 2007.

²⁹ Nel testo si vuol dire che, se la *ratio* della preclusione dell'impugnativa è la conservazione dell'efficacia di un atto a rilievo organizzativo, fintantoché l'efficacia non si esplica non avrebbe senso applicare l'art. 2500-bis. L'individuazione dell'adempimento rilevante per l'efficacia della trasformazione e per la conseguente preclusione delle pronunce di invalidità nell'iscrizione nel registro delle imprese è coerente con il rilievo costitutivo che la stessa iscrizione ha ai sensi dell'art. 2331 c.c., alla cui disciplina la dottrina ritiene assoggettata la delibera di trasformazione, in caso di trasformazione in società di capitali (v. MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 29; v. anche oltre nel testo ed in nota per l'accostamento fra trasformazione e costituzione della società). Il discorso non cambia se si assimila la trasformazione ad una modifica statutaria (v. CETRA, (*supra*, n.17), 149 nt.34), giusta la previsione del nuovo art. 2436, 5 co., c.c..

³⁰ Così anche CETRA (*supra*, n.17), 148, che accomuna la trasformazione in società di capitali delle associazioni e delle fondazioni. Tale operazione è disposta, infatti, (dopo la proposta dell'organo competente (2500-*octies*, ult. co., c.c.)) dall'autorità amministrativa (che può essere alternativamente la prefettura nella cui provincia è stabilita la sede sociale dell'ente o la regione (art. 7 d.p.r. 361/2000)). Discusso è se l'iscrizione nel registro delle imprese avvenga ad opera

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Più complessa è la riflessione relativa alle trasformazioni di società di capitali in associazione riconosciuta³¹ o fondazioni.

Parte della dottrina sostiene in generale che, laddove si debba procedere ad un duplice adempimento pubblicitario della trasformazione, l'effetto preclusivo consegue all'esecuzione dell'ultimo di essi, in quanto così si esprime l'art. 2500, comma 3°, c.c. in ordine all'individuazione del momento in cui l'operazione diviene efficace; ed in quanto, nella disciplina della trasformazione – a differenza di quanto avviene per la fusione – il legislatore non ha indicato alcuna sequenza da rispettare per effettuare gli adempimenti pubblicitari³².

Tuttavia, nelle due ipotesi in esame l'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di trasformazione³³ dovrebbe, normalmente, precedere l'iscrizione nel registro

della stessa autorità amministrativa (così MALTONI, TASSINARI, (*supra*, n.11), 342, che quindi attribuiscono alla stessa anche il controllo di legalità prodromico all'iscrizione nel registro delle imprese, in deroga alla competenza del notaio ex art. 2436 c.c.) o del notaio (così, FRANCH, “sub art. 2500”, in L.A. BIANCHI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società. Trasformazione-fusione – scissione* (Milano, 2006), 397, in base al rilievo che l'art 2500, 2 co. sottopone l'atto di trasformazione alla disciplina che presiede alla costituzione delle società di capitali, che richiede tassativamente il controllo di legittimità ai fini dell'iscrizione del notaio).

³¹ Trasformazione senz'altro ammissibile, ma non menzionata dalla legge (art. 2500-*septies* c.c.), in quanto l'effetto della delibera della società di capitali trasformanda può essere soltanto la costituzione di un'associazione non riconosciuta, mentre il riconoscimento non è un effetto automatico della delibera, ma rappresenta l'esito di una procedura amministrativa che presuppone l'esistenza dell'associazione e, dunque, di una trasformazione che abbia prodotto i propri effetti rispetto all'ente di partenza.

³² MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 43; FERRI JR., “Le trasformazioni omogenee”, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, Consiglio nazionale del notariato, studi e materiali, 1/2004, 531; BUFFA DI PERRERO (*Supra*, n.5), 83; DONATO, “La trasformazione”, in BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle società. Aspetti applicativi* (Torino, 2004), 519. Su una posizione diversa VAIRA, “sub art. 2500-*bis*” in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario* (Bologna, 2004), ***, 2246, il quale ritiene che l'effetto preclusivo alla pronuncia di invalidità dell'atto di trasformazione, in uno con la sua efficacia costitutiva si produrrà con l'iscrizione presso il registro competente per l'ente risultante dalla trasformazione.

³³ La delibera di trasformazione eterogenea di società di capitali è da iscriverne nel registro delle imprese in quanto l'art. 2500, 2 co., c.c. richiede che l'atto di deliberazione debba essere sottoposto alla pubblicità “richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione” (v. MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 27, i quali in relazione all'art. 2500, co. 2, c.c. affermano che esso “si limita ad imporre l'utilizzo di uno strumento tecnico mutuato da un diverso istituto (l'estinzione dell'ente)”, per prescrivere il medesimo adempimento pubblicitario in quest'ultimo caso e in caso di trasformazione). In pratica la norma andrebbe interpretata come cancellazione dal registro di partenza non più idoneo a pubblicizzare le vicende dell'ente risultante dalla trasformazione; e la dottrina afferma che l'adempimento necessario a cancellare

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

delle persone giuridiche, dato che il notaio partecipante alla delibera straordinaria è tenuto ad effettuare il primo adempimento pubblicitario entro trenta giorni dalla delibera stessa (arg. ex art. 2436 c.c.) e quindi entro un termine molto più breve di quello (centoventi giorni) entro il quale la pubblica amministrazione deve provvedere all'iscrizione ai sensi dell'art. 1 del d.p.r. 361/2000.

In tale evenienza, tuttavia, stante il rilievo costitutivo che la riforma (art. 2436, 5 comma, 2480 e 2545-novies, comma 1, c.c.) ha espressamente riconosciuto all'iscrizione nel registro delle imprese delle modifiche statutarie, la rimozione del codice organizzativo pre-esistente sembra decorrere sin da questo adempimento pubblicitario e, pertanto, già prima dell'espletamento dell'ultima formalità pubblicitaria prevista dalla legge³⁴. Inoltre, se alla delibera di trasformazione deve riconoscersi l'efficacia di atto costitutivo di un'associazione o di una fondazione (arg. art. 2500-septies, comma 4°, c.c.), se ne può desumere che a decorrere dalla sua adozione e dalla sua iscrizione nel registro delle imprese (adempimento che conferisce efficacia alla delibera stessa) il sodalizio sarà assoggettato alla disciplina dell'ente risultante dalla trasformazione.

Ciò rilevato, se la ratio sottesa all'art. 2500-bis c.c. consiste nella definitiva "stabilizzazione" degli effetti determinati dall'atto a rilievo organizzativo di trasformazione, ne consegue che la sua applicazione presuppone come condizione necessaria e sufficiente che l'operazione straordinaria sia efficace, ossia abbia determinato il mutamento organizzativo che le è proprio. Perciò, in caso di trasformazione di società di capitali in associazioni e fondazioni, la preclusione

la società consiste nell'iscrizione del fatto estintivo (SPERANZIN, "L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese", *Riv. soc.*, 2004, 516; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese* (Torino, 2001), 72; RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese* (Milano, 2002), 113). In tal caso, si dovrebbe, perciò, iscrivere la delibera di trasformazione.

³⁴ CETRA (*supra*, n.17), 149, ove a nt. 34 l'assimilazione della "rimozione dell'intera disciplina del tipo" alle modifiche statutarie assoggettate a pubblicità costitutiva (v. in generale sull'efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese rispetto alle modifiche del contratto sociale CAGNASSO, "Le modificazioni dello statuto", in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni* (Padova, 2010), IV, 1, 950; MARASÀ, *Il ruolo della pubblicità nella riforma delle società di capitali e delle cooperative*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 6 ss.). La tesi esposta nel testo suffragata da quell'opinione che affranca "dal conseguimento della personalità giuridica la produzione dell'effetto reale, cioè la creazione di un centro autonomo di imputazione..." (CETRA, *cit.*). Tale tesi è accettata per le associazioni, che possono vivere, per espressa previsione normativa, anche senza riconoscimento; mentre è discussa per le fondazioni, a causa della mancanza di qualsiasi riferimento normativo alle fondazioni non riconosciute. Per l'efficacia reale dell'atto di fondazione e per gli opportuni approfondimenti circa la disciplina cui sottoporre la fondazione in attesa di riconoscimento (*Vorstiftung*), v. ZOPPINI, *Le fondazioni* (Napoli, 1995), 235 ss.; per la dottrina contraria si rimanda a CETRA, *op. cit.*, 150 nnt. 36 e 38.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

dovrebbe verificarsi già dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di trasformazione, perché gli effetti organizzativi di quest'ultima decorrono da tale adempimento.

Tale conclusione, tuttavia, risulta incompatibile col dettato dell'art. 2500, comma 3°, c.c., posto che – come detto - nel caso in esame l'ultimo adempimento pubblicitario dovrebbe essere l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche³⁵.

Le possibili soluzioni all'aporia appena rilevata possono allora essere due:

-o si ritiene che la previsione di cui all'art. 2500, 3° co., c.c., sia stata pensata solo per le trasformazioni di enti non commerciali³⁶, così da pervenire ad una riduzione teleologica dell'ambito di applicazione della stessa;

-oppure si potrebbe sostenere che nel caso di trasformazione in associazione (riconosciuta) o fondazione la doppia pubblicità della delibera non è necessaria, in quanto la disciplina del riconoscimento delle persone giuridiche contenuta nel I libro del codice civile prescrive l'iscrizione nell'apposito registro delle stesse, ma non dell'atto costitutivo³⁷. Ed in quanto la delibera di trasformazione è, in tali ipotesi, equiparata

³⁵ Mi sembra che il problema non possa essere superato semplicemente applicando la prescrizione letterale dell'art. 2500, 3° co., in quanto esiste l'esigenza di interpretare le disposizioni in modo da evitare incoerenze e contraddizioni dell'ordinamento (c.d. interpretazione sistematica) e quindi occorre tener conto della rilevanza costitutiva che l'iscrizione nel registro delle imprese esplica rispetto all'efficacia di tutti gli atti o i fatti che interessano la vita delle società di capitali (v. art. 2332, 2436 e 2480, 2495 c.c.). A meno che non si voglia sostenere che la disposizione in tema di trasformazione deroga al sistema delle regole appena menzionate.

³⁶ V. CETRA (*supra*, n.17), 148. La considerazione nel testo pare trovare conferma nella lettera dell'art. 2500, 2 co., c.c. (cui il comma successivo fa riferimento), in quanto esso fa riferimento alla soggezione dell'atto di trasformazione alla disciplina per il *tipo* adottato, espressione che richiama i tipi di società, e alla pubblicità necessaria alla cessazione dell'ente trasformando, utilizzando quindi il termine più generico di ente solo per riferirsi al punto di partenza dell'operazione.

³⁷ Cfr. d.p.r. 361/2000, art. 4, il quale prescrive gli elementi dell'atto costitutivo che devono essere riportati nel registro, ma non prevede, diversamente dalla disciplina del registro delle imprese, l'archiviazione informatica nella sua interezza dell'atto oggetto di pubblicità. Copia dell'atto costitutivo dovrebbe essere quindi allegata alla domanda di iscrizione solo ai fini del controllo della prefettura (art. 1, co 2, dpr 361/200). Mancherebbe dunque, in relazione a quanto disposto dall'art. 2500, 2 co., c.c. la soggezione alla pubblicità relativa all'ente adottato dell'atto di trasformazione. Certo la pubblicità comunque prevista dal menzionato art. 4 non potrebbe essere pretermessa in caso di trasformazione. Ma questa non integrerebbe gli estremi della pubblicità relativa *all'atto di trasformazione* previsto per l'ente di arrivo cui fa riferimento l'art. 2500, 2 co., c.c.; dunque non ricorrerebbe nel caso in esame un doppio adempimento pubblicitario ai sensi di quest'ultima norma (con quanto ne consegue in termini di efficacia della trasformazione). Certo non può negarsi che la soluzione presenti una qualche forzatura (v. sul

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

(anche se limitatamente agli effetti) a quest'ultimo (arg. ex art. 2500 septies, comma 4°, c.c.). In tal modo la preclusione opererebbe a partire dall'unico adempimento pubblicitario dell'iscrizione nel registro delle imprese, coerentemente con il rilievo costitutivo che tale pubblicità ha rispetto all'efficacia delle modifiche statutarie.

4. L'ambito di applicazione dell'effetto stabilizzante

L'art. 2500-bis c.c. preclude la pronuncia di "invalidità" dell'atto di trasformazione. Il termine utilizzato dalla lettera della disposizione pone, pertanto, il problema di stabilire se l'effetto di stabilizzazione riguardi anche a) l'inesistenza e b) l'inefficacia del medesimo atto.

a) Quanto all'inesistenza³⁸ la rilevanza della questione risulta fortemente attenuata a seguito della riforma, dalla quale le ipotesi ricondotte dalla giurisprudenza a questa categoria sono state incluse fra le fattispecie di invalidità tipiche delle delibere assembleari³⁹. Ciononostante la dottrina dubita che la soluzione recepita nel dettato normativo (e le affermazioni di principio contenute nella relazione di accompagnamento) sia capace di escludere in assoluto ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza delle delibere assembleari⁴⁰.

punto le indicazioni contraddittorie in merito all'oggetto dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche emergenti da una lettura congiunta dell'art. 3, comma 3 (che sembra deporre per la necessaria iscrizione dell'atto costitutivo) e l'art. 4 del d.p.r. 361/2000 (che sembra escluderla).

³⁸ Rispetto alla quale il problema è stato affrontato anche in giurisprudenza, sebbene con riferimento alla disciplina dell'invalidità della fusione, che ha una formulazione analoga a quella della norma in esame: Trib. Velletri, 10 agosto 1994, *Giur. comm.*, 1996, II, 295 ss., il quale si è pronunciato per l'inapplicabilità della norma all'inesistenza; App. Cagliari, 30 dicembre 1992, in *Riv. giur. sarda*, 1993, 638 ss.; Trib. Tempo Pausania, 7 gennaio 1988, *Ord. giur. merito*, 1988, 913. In dottrina SCOGNAMIGLIO, "Sull'inesistenza giuridica del negozio di fusione", in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo* (Padova, 1992), II, 687; SALVATO, "Il controllo giudiziario sulla fusione di società. Appunti in margine alla nuova disciplina", in *Riv. dir. impr.*, 1993, 420.

³⁹ V. la relazione alla riforma ove si afferma che l'intera materia dell'invalidità è coperta da "una sorta di riserva di legge" vigendo espressamente "il principio di tassatività delle ipotesi di invalidità delle deliberazioni assembleari previste dalla legge". Tali considerazioni, se non possono escludere di per sé la possibilità di individuare ipotesi atipiche di inesistenza, certamente escludono la possibilità che tramite il ricorso a tale categoria si possa pervenire a svuotare il precetto contenuto all'art. 2500-bis, essendo l'inesistenza, anche per chi continua a sostenerne la sopravvivenza dopo la riforma, confinata in ipotesi marginali. Sull'inesistenza delle delibere v. CENTONZE (*supra*, n.5), *passim*.

⁴⁰ V. M. CIAN, "Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario", *Riv. soc.*, 2004, 759 ss. e gli ulteriori riferimenti in CENTONZE (*supra*, n.5), 6 nt. 27 ss.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Ciò premesso, non potendo approfondire la questione della permanente configurabilità di ipotesi di inesistenza nel nuovo diritto societario, ci si limita a considerare le possibilità individuate da coloro che si sono occupati specificamente della questione.

Il problema in esame è risolto all'origine se si accoglie la tesi che nega radicalmente la configurabilità di ipotesi di inesistenza delle delibere assembleari⁴¹.

Laddove, invece, si ritenga di aderire all'opinione maggioritaria che, post riforma, continua ad individuare ipotesi di inesistenza della delibera assembleare⁴², sembra inevitabile negare l'efficacia stabilizzante della pubblicità, in quanto l'iscrizione rileva (ai fini previsti nei diversi casi dall'ordinamento) solo se l'atto o il fatto oggetto della stessa è effettivamente esistente⁴³.

b) Rispetto all'inefficacia si tratta di verificare se l'effetto preclusivo della norma in commento copra anche tale fattispecie. Nel far ciò, però, pare opportuno evitare preconcetti e fuorvianti tentativi di temperare il rigore del disposto dell'art. 2500-bis c.c. per la preoccupazione che l'applicazione dello stesso possa essere foriera di abusi e comportamenti opportunistici.

Al riguardo occorre rilevare che, di per sé, il riferimento letterale della rubrica e del testo dell'art. 2500-bis c.c. alla sola invalidità non può considerarsi sufficiente ad escludere con certezza che le cause di invalidità della trasformazione siano escluse dal suo ambito di applicazione, come dimostra una pronuncia sulla questione riguardante la fusione⁴⁴. Inoltre, la dottrina occupatasi dell'art. 2504-quater c.c. ha rilevato

⁴¹ Ci riferiamo a CENTONZE (*supra*, n.5), *passim*, il quale giunge a tale conclusione considerando condizione necessaria e sufficiente per l'esistenza della fattispecie "delibera" un atto che di quest'ultima abbia solo la "parvenza". Si rinvia a tale monografia (in part. pagg. 207 ss.) per la tesi secondo cui deve considerarsi delibera esistente anche il falso verbale di trasformazione di una società iscritta da un notaio compiacente nel registro delle imprese.

⁴² Coincidenti per lo più con la c.d. inesistenza di fatto, che si realizza quando sia di fatto mancata ogni attività deliberativa e manchi, perciò, un qualsiasi atto proveniente dall'assemblea, ma, ciononostante vi sia un falso verbale che dà conto della delibera. Per i necessari riferimenti e per ulteriori esemplificazioni v. i richiami di CENTONZE (*supra*, n.5), 7 e ntt. 28 ss. e sopra la nt.41, cui si aggiunge, con specifico riferimento alla trasformazione MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 47 ss.

⁴³ V. per tutti PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese* (Milano, 1954), 126 ss., il quale afferma che la pubblicità produce i propri effetti "nei limiti in cui quel che è stato dichiarato e iscritto trovi corrispondenza nella realtà; PUGLIATTI, "La trascrizione. La pubblicità in generale", in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale* (Milano, 1957), 419-420, il quale definisce la pubblicità come componente "secondaria" di fattispecie che presuppone l'esistenza di un'altra componente "primaria"; IBBA, MARASÀ (*supra*, n.18), 217.

⁴⁴ Cfr. Trib. Milano, 8 settembre 2003, *Giur. comm.*, 2005, II, 207, il quale ha stabilito che l'attuazione della *ratio* sottesa all'art. 2504-quater c.c. impone un'interpretazione quanto più

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

l'inadeguatezza di un'operazione ermeneutica che, per individuare i presupposti di applicazione della norma, si arresti alla lettera senza spingersi a considerarne anche la ratio⁴⁵.

In generale, comunque, se si assume che lo scopo della disposizione sia quello di salvaguardare gli effetti prodotti dall'operazione di trasformazione⁴⁶ – escludendo la pronuncia di invalidità e, così, anche l'applicazione della disciplina degli effetti di diritto comune ad essa conseguenti –, è logico concludere che l'art. 2500-bis c.c. si applichi solo se ed a partire dal momento in cui si verifica tale presupposto: la stabilizzazione di un effetto ne presuppone l'esistenza⁴⁷.

Quanto appena rilevato non sembra, tuttavia, decisivo a risolvere il quesito in esame. Pare, infatti corretto determinare il trattamento cui assoggettare i vizi cause di inefficacia non facendo riferimento alla norma sull'invalidità, ma all'art. 2500, 3° co., c.c. Quest'ultimo prevede senza eccezioni⁴⁸ – come norma facente parte della disciplina c.d. generale dell'operazione straordinaria⁴⁹ – che la trasformazione ha effetto dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari necessari. La pubblicità è elevata, cioè, da tale disposizione ad unica condizione legale di efficacia della modifica organizzativa. E l'assolutezza della formula letterale induce a ritenere che la pubblicità adempia alla propria funzione di presupposto dell'efficacia della delibera a prescindere dalla sua validità, invalidità o inefficacia originaria⁵⁰.

estensiva possibile della portata del 1° co., che ne determini l'applicazione a tutte quelle fattispecie che, analogamente all'invalidità dell'atto di fusione, sono in grado di compromettere le esigenze di certezza e stabilità dell'operazione e di pregiudicare l'affidamento che i soci e i terzi vi hanno riposto.

⁴⁵ V. GENOVESE (*supra*, n.6), 146 ss.

⁴⁶ In mancanza di effetti della delibera di trasformazione non vi sarebbe “da tutelare alcun affidamento sull'efficacia dell'operazione” (GUERRIERI (*supra*, n.5), 361 nt. 87; conf. IERMANO (*supra*, n.1), 421 ss.; BUFFA DI PERRERO (*supra*, n.5), 106 ss.).

⁴⁷ Stessa conclusione è fatta propria dalla dottrina occupatasi delle norme sull'invalidità della fusione e della scissione su cui v. SCOGNAMIGLIO, “Le scissioni”, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (Torino, 2004) 387; GENOVESE (*supra*, n.6), 147 ss. e 177 ss.; e gli ulteriori riferimenti contenuti in CENTONZE (*supra*, n.5), 216, nt. 156.

⁴⁸ Salvo il 2500-*novies* di cui si dirà di seguito.

⁴⁹ Tale norma, cioè, rientra fra quelle che si applicano a qualunque fattispecie di trasformazione prevista negli articoli successivi del codice. Cfr. MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 30 e *passim*; FRANCH (*supra*, n.30), *passim*.

⁵⁰ Nel testo ci si riferisce all'inefficacia legale (non derivante dall'apposizione di un termine o di una condizione) conseguente non a vizi che determinano l'invalidità delle delibera (annullabilità o nullità), ma applicata come *sanzione autonoma* (alternativa sia all'inesistenza che all'invalidità) ad esplicazioni di autonomia privata immeritevoli di tutela (sull'inefficacia cfr. SCALISI, voce “Inefficacia” (diritto privato), in *Enc. Dir.* (Milano, 1971), XXI, 322 s; ID., “Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità”, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 210 ss.;

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

La dottrina occupatasi del problema in esame si divide fra chi ritiene che i vizi causa di inefficacia possano essere fatti valere anche dopo l'adempimento della pubblicità e chi nega tale possibilità⁵¹.

Tuttavia, entrambe le opinioni non sembrano aver colto che il problema non è valutare se la prescrizione dell'art. 2500-bis c.c. comprenda anche le ipotesi di inefficacia oltre quelle di invalidità. Il problema, invece, è a monte dell'art. 2500-bis c.c., perché se la legge impone che la delibera, una volta iscritta, diviene efficace, i vizi che prima dell'iscrizione precludevano la produzione degli effetti propri dell'atto non possono certamente più essere fatti valere.

Pertanto, la pubblicità ha, in forza della previsione dell'art. 2500, 3 co., c.c., una valenza costitutiva degli effetti della trasformazione⁵²; non può quindi aversi inefficacia della delibera una volta che essa sia stata debitamente iscritta⁵³. Dunque, il problema della possibilità di far valere l'inefficacia dopo gli adempimenti pubblicitari prescritti dalla legge non può porsi.

ID., "Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia", *Riv. dir.civ.*, 2007, I, 843 ss.; FALZEA, voce "Efficacia giuridica", *Enc. Dir.* (Milano, 1965), XIV,470 ss.; e v. anche GENOVESE (*supra*, n.6), 178 ss.).

⁵¹ A favore della prima tesi v. SCOGNAMIGLIO (*supra*, n.47), 383 ss. (con riferimento alla scissione); REVIGLIONE, "Limiti alle operazioni di trasformazione, profili di invalidità della delibera e relative conseguenze", relazione al convegno Paradigma, 26-27 novembre 2003, inedito, i cui contenuti sono riportati in MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 51 ss.; ID., *Il recesso nella società a responsabilità limitata* (Milano, 2008), 117ss.; ID., "La regola dell'intangibilità dell'atto di trasformazione ed il suo ambito di applicazione", questa *Rivista*, 2008, 591 ss.; a favore della seconda v. CETRA (*supra*, n.17), 161 ss.).

⁵² Così PISANI MASSAMORMILE, "Trasformazione circolazione dei modelli organizzativi", *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 104 ss. SCALISI, (*supra*, n.50), 216 afferma che l'inefficacia consiste in una situazione in cui "viene a trovarsi un regolamento...che non riuscendo ad ottenere da parte *del diritto* una positiva valutazione di valore dei modelli realizzativi di condotta in esso enunciati, non è neppure in grado di conseguire i suoi effetti tipici..." (corsivo aggiunto) e che "l'effetto non si determina in funzione di una singola norma, bensì dell'intero sistema". Ma allora una considerazione sistematica dell'ordinamento può far concludere che un atto di per sé inefficace, cessa di essere tale per esplicita statuizione del legislatore.

⁵³ È proprio l'efficacia dell'operazione derivante dalla pubblicità la ragione della applicazione dell'art. 2500-bis c.c., che ha proprio la funzione (*ratio*) di stabilizzare gli effetti dell'operazione. La pubblicità e la sua funzione costitutiva costituiscono il presupposto della norma sull'invalidità (v. GENOVESE (*supra*, n.6), 156 ss. sebbene con riguardo alla fusione). Se la legge dispone che la pubblicità determini – senza eccezioni, salvo l'art. 2500-novies – l'efficacia della trasformazione come può distinguersi (ciò mi sembra fare SCOGNAMIGLIO (*supra*, n.47) 387 ss.) fra inefficacia conseguente a vizi di invalidità e inefficacia conseguenti a vizi diversi che sopravvivono alla pubblicità?

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

La soluzione che si vuol sostenere può risultare più chiara considerando un'ipotesi specifica⁵⁴.

L'art. 2500-sexies c.c. prescrive il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata a seguito della trasformazione di società di capitali in società di persone. In mancanza di tale presupposto, la delibera è considerata dalla dottrina prevalente inefficace; essa quindi non può essere eseguita né iscritta nel registro delle imprese⁵⁵. Se, tuttavia, la delibera viene comunque iscritta, l'applicazione dell'inequivoco tenore letterale dell'art. 2500, comma 3, c.c. comporta che essa divenga senz'altro efficace. Conseguentemente, ai soci destinati ad assumere responsabilità illimitata, dei quali non sia stato acquisito il consenso alla trasformazione, resta unicamente il rimedio risarcitorio ex art. 2500-bis, comma 2°, c.c.⁵⁶. Fra gli interessi

⁵⁴ Oltre all'ipotesi di seguito considerata nel testo, la dottrina ne ha individuate altre in cui il socio può agire al fine di far dichiarare l'inefficacia della delibera, nonostante quest'ultima sia stata regolarmente iscritta e trovi quindi applicazione l'art. 2500-bis (v. REVIGLIONE, (*supra*, 51), 118 ss. che fa riferimento alla trasformazione in società per azioni di una s.r.l. il cui atto costitutivo preveda diritti particolari in capo ad uno dei soci, qualora la deliberazione sia stata adottata senza il consenso dello stesso).

⁵⁵ In tal senso cfr. CETRA (*supra*, n.17), 161 ove a nt. 59 richiami anche alla dottrina che perveniva a tale conclusione prima della riforma; CENTONZE (*supra*, n.5), 216 nt. 154; MOSCA, “*sub 2500-sexies*” (*supra*, n.17), 225; *contra* nel senso dell'invalidità della delibera SANTOSUOSSO, “*sub 2500 sexies*” (*supra*, n.17), 1924; IERMANO (*supra*, n.1), 419; MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 55 e 138. Nel caso in esame l'inefficacia della delibera assembleare conseguirebbe al fatto che essa incide su un diritto del socio indisponibile per l'assemblea (e per la maggioranza; c.d. diritto individuale del socio), ossia quello al mantenimento della responsabilità limitata (v. CERRAI e MAZZONI, “La tutela del socio e delle minoranze” in ABBADESSA-ROJO (a cura di), *Il diritto delle società per azioni: problemi esperienze progetti* (Milano, 1993), 382 e v. anche § 233 UmwG tedesca). Sull'inefficacia delle delibere assembleari carenti di legittimazione a disporre dei diritti individuali del socio v. la dottrina citata in GENOVESE (*supra*, n.6), 195 ss. in part. nt. 168 e 176.

⁵⁶ Conf. CETRA (*supra*, n.17), 162 nt. 60, il quale chiarisce che il notaio rogante è tenuto a non richiedere l'iscrizione della delibera in mancanza del consenso dei soci che diverranno illimitatamente responsabili, per mancanza delle condizioni stabilite dalla legge (art. 2436, comma 1, c.c. e art. 2480 c.c.); e comunque la domanda, se presentata, non deve essere iscritta dall'ufficio del registro per mancanza di regolarità formale o per le medesime ragioni appena indicate parlando del notaio. Ciò premesso, legittimati passivi all'azione di risarcimento del danno saranno sia il notaio sia gli amministratori, i quali non avrebbero dovuto dare esecuzione alla delibera. Ad essi va aggiunto l'ufficio del registro delle imprese, se si prova che esso abbia dato corso ad una domanda di iscrizione illegittimamente presentata (v. per una condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni cagionati dall'iscrizione irregolare di una delibera di trasformazione (OLG Hamm, 9 novembre 2005, ZIP, 2006, 1296). Si tratterebbe di una lesione ad un interesse legittimo, riconosciuto dalla S.S.UU. della Cassazione suscettibile di tutela risarcitoria (22 luglio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, 2487). Per uno spunto in tal senso v.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

contrapposti alla tutela dell'affidamento dei terzi sulle risultanze del registro delle imprese e all'intangibilità della sfera patrimoniale dei soci, il legislatore pare aver privilegiato senz'altro il primo, riservando al secondo una forma di tutela (risarcitoria, non reale), che non sacrifichi il primo interesse. Tanto si deduce dal fatto che, pur prevedendo la nuova disciplina della trasformazione omogenea regressiva (da società di capitali a società personali) il consenso dei soci destinati ad assumere responsabilità illimitata come elemento necessario dell'operazione, il legislatore non ha introdotto alcuna previsione specifica per l'ipotesi in cui tale consenso non sia stato acquisito. Il che consente di desumere che si debbano applicare le regole generali della trasformazione, fra le quali vi è quella dell'efficacia dell'operazione straordinaria come conseguenza dell'iscrizione nel registro delle imprese.

Tale osservazione risulta fondamentale ai fini della tesi che qui si vuole sostenere. Il problema se la pubblicità legale fosse di per sé condizione necessaria e sufficiente per l'efficacia dell'operazione straordinaria – a prescindere dai vizi della stessa – è stato sostenuto, ante riforma in relazione alla disciplina della fusione⁵⁷. Questa opinione, tuttavia, non ha riscosso consensi unanimi in dottrina, poiché si è ritenuto opinabile che un atto inefficace potesse acquisire effetti solo in conseguenza dell'adempimento pubblicitario prescritto dalla legge.

Ma tali dubbi sembrano essere definitivamente fugati dalla nuova disciplina della trasformazione.

Nell'ambito della stessa si prevede un'ipotesi in cui certamente può verificarsi l'inefficacia: quella della trasformazione regressiva, qualora manchi il consenso dei soci destinati ad acquisire responsabilità limitata. Poiché a tale ipotesi comunque si applica l'art. 2500, 3 co., c.c., ne deriva che la legge stessa attribuisce alla pubblicità di cui all'art. 2500, 2 co., c.c. il "potere" di "sanare l'inidoneità dell'atto a produrre i suoi effetti"⁵⁸.

già MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 55. La medesima soluzione sembra da applicare anche all'ipotesi della s.r.l. con diritti particolari per alcuni soci, trasformatasi in s.p.a. senza il voto unanime dei soci.

⁵⁷ V. R.SANTAGATA, "Fusioni e scissioni", in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (TORINO, 2004), 608 nt. 29; BELTRAMI, "Accoglimento dell'opposizione dei creditori ex art. 2503 c.c. a fusione già eseguita", *Giur. comm.*, 2005, II, 202, 212 nt. 27, con riferimento al tenore letterale dell'art. 2504-bis, 2 co., c.c.

⁵⁸ Sono parole utilizzate dalla SCOGNAMIGLIO (*supra*, n.47), 387 per pervenire ad una tesi opposta a quella sostenuta nel testo. In pratica nel testo si vuol dire che nonostante la delibera ex art. 2500-sexies c.c. sia inefficace quando manchi l'elemento ad essa esterno del consenso dei soci destinati a divenire illimitatamente responsabili, essa produce comunque i propri effetti (*id est* la modifica organizzativa) a seguito della pubblicità di cui al 2500, 2 co., c.c. Se questo vale in relazione al diritto al mantenimento della responsabilità limitata per il singolo socio, indisponibile per la maggioranza, lo stesso deve valere anche in altre ipotesi nelle quali possa

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Certo, sebbene questa soluzione paia essere quella maggiormente conforme al microsistema normativo relativo alla trasformazione, non si può negare che essa possa dar luogo a qualche difficoltà in sede di applicazione, in ordine al ricorso al rimedio risarcitorio⁵⁹.

5. L'inefficacia e il termine per impugnare la delibera invalida

Una riflessione distinta merita la diversa (da quella appena esaminata) questione se l'inefficacia dell'operazione consenta, fintanto che persiste, di fruire di un maggior intervallo temporale per la pronuncia di invalidità dell'atto di trasformazione⁶⁰. Occorre, cioè domandarsi se l'inefficacia prevista dall'art. 2500-novies c.c. nonostante l'intervenuta pubblicità dell'atto di trasformazione precluda l'applicazione dell'art. 2500-bis c.c., oppure quest'ultimo si applichi fin dal compimento degli adempimenti pubblicitari prescritti dall'art. 2500, 2 co., c.c.

Intanto si deve ammettere che - per quanto si è appena finito di dire circa la sopravvivenza dell'inefficacia agli adempimenti pubblicitari previsti dalla legge - la questione riguarda unicamente le trasformazioni eterogenee, cui si applica l'art. 2500-

configurarsi la strutturale incapacità della delibera di trasformazione a produrre i propri effetti per mancanza di un elemento esterno alla stessa, che ne condiziona l'efficacia. Per es. nel caso di trasformazione di una s.r.l. il cui statuto preveda diritti particolari in una s.p.a. o in una società di persone, senza che ricorra il consenso unanime dei soci (qualora esso si ritenga necessario (REVIGLIONE (*supra*, n.51); MOSCA (*supra*, n.17), 252)).

⁵⁹ MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 52, ove si menziona l'esempio nel quale la norma violata sia posta a presidio di interessi generali, per cui sarebbe difficile sia quantificare i danni risarcibili sia individuare i titolari della relativa azione. Si pensi alla violazione di una norma imperativa che impone per determinate attività un determinato tipo sociale, come può essere per le SICAV o per l'esercizio dell'attività bancaria, riservate alle società azionarie (o, per le banche, alle cooperative) (MALTONI, TASSINARI, cit., 52, ma forse in riferimento ad un esempio che non determina l'inefficacia, bensì l'invalidità dell'atto). Certo in un caso del genere è difficile immaginare che il vizio della trasformazione possa fondare il diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, senza ricorrere alla soluzione dell'inefficacia, si possono applicare in tal caso altri rimedi compatibili con il dettato degli artt. 2500 ss., quale la nullità per illiceità dell'oggetto del contratto della società risultante dalla trasformazione (per es. quando essa sia una società di persone) o gli altri esaminati oltre. Altro caso in cui sembra difficile ristorare il pregiudizio patito dal socio a fronte della impossibilità di impugnare la delibera di trasformazione e di farne valere anche l'inefficacia è quello dei diritti particolari, di cui egli era titolare, per ipotesi, nella s.r.l. trasformata: qualora gli siano sottratti senza il suo consenso per effetto dell'operazione straordinaria, forse si può quantificare il danno in casi di diritti particolari riguardanti la distribuzione degli utili (avendo gli stessi un contenuto patrimoniale), ma grosse difficoltà sorgono in caso di diritti particolari concernenti l'amministrazione.

⁶⁰ La questione è particolarmente importante rispetto all'esperimento del rimedio invalidativo contro la trasformazione.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

novies c.c. Questa disposizione, infatti, deroga espressamente la prescrizione dell'art. 2500, 3° co., c.c., distinguendo il momento in cui si realizza l'efficacia della trasformazione eterogenea da quello nel quale sono effettuati gli adempimenti pubblicitari previsti nel medesimo art. 2500⁶¹. Inoltre, la medesima questione si pone solo entro limiti temporali circoscritti: i sessanta giorni - decorrenti dall'ultimo (o dall'unico) adempimento pubblicitario prescritto - entro i quali i creditori possono fare opposizione o il più breve lasso temporale nel quale gli stessi abbiano prestato il loro consenso o siano stati pagati i dissenzienti⁶².

La soluzione all'interrogativo proposto pare dover essere quella dell'inapplicabilità della preclusione alle pronunce invalidative fintantoché non si producano gli effetti della trasformazione⁶³.

Una simile conclusione sembra imposta dall'interpretazione teleologica dell'art. 2500-bis c.c.: se la ratio di tale disposizione consiste nel dare stabilità, impedendo il ricorso ad ogni rimedio reale, agli effetti organizzativi prodotti dalla trasformazione, è evidente come la stessa non possa trovare applicazione fintantoché questi effetti ancora non si siano realizzati e l'ente trasformando resti assoggettato alla disciplina originaria⁶⁴.

L'argomento teleologico aiuta in tal caso l'interprete a superare il carattere equivoco della lettera della norma. Infatti, fermandosi all'interpretazione letterale, si è sostenuto che, poiché l'art. 2500-novies deroga soltanto il comma 3 dell'art. 2500 c.c. (la trasformazione non ha efficacia a decorrere dalla pubblicità, ma dopo sessanta giorni

⁶¹ L'efficacia della trasformazione eterogenea è sospensivamente condizionata o al decorso del termine di sessanta giorni, entro i quali i creditori possono proporre opposizione; o in caso di opposizione, al passaggio in giudicato della sentenza di rigetto o al fatto che il tribunale disponga che "l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione"; ovvero consti il consenso dei creditori o il pagamento di quelli dissenzienti (FRANCH (*supra*, n.30), 409; SANTOSUOSSO, "sub. art. 2500-novies" (*supra*, n.17), 1931).

⁶² Peraltro, laddove queste due ultime condizioni si realizzino contestualmente all'atto di trasformazione, l'inefficacia viene meno e si applica senz'altro l'art. 2500-bis c.c. (IERMANO (*supra*, n.1), 421).

⁶³ Così BUFFA DI PERRERO (*supra*, n.5), 106 ss.; DE ANGELIS, "Osservazioni sull'invalidità della trasformazione", *Società*, 2003, 1439; IERMANO (*supra*, n.1), 419; FERRI JR. (*supra*, n.32), 530-531.

⁶⁴ Un indizio a favore della tesi che si sostiene nel testo può essere tratto anche dalla disciplina tedesca dell'invalidità della fusione e della trasformazione, che certamente ha costituito il modello per la direttiva comunitaria il cui recepimento ha determinato l'introduzione dell'art. 2504-*quater*, la cui previsione a sua volta - per espressa ammissione della relazione al d.lgs. 6/2003 - è stata trasposta nell'art. 2500-bis. I §§ 16 e 196 UmwG riferiscono espressamente la sanatoria rispettivamente della fusione e della trasformazione agli "effetti" delle operazioni invalidamente realizzate, dichiarando l'intangibilità delle relative *Wirksamkeiten*. Ciò chiarisce la finalità del regime preclusivo previsto dalla disciplina italiana.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

dalla sua effettuazione); e poiché l'art. 2500-bis prevede che la preclusione del rimedio invalidativo decorra dall'effettuazione della pubblicità ai sensi del comma 2 dell'art. 2500 c.c. (disposizione non derogata dall'art. 2500-novies); allora la preclusione prevista ex art. 2500-bis c.c. opererebbe senza eccezioni dal momento delle iscrizioni prescritte dalla legge anche in caso di trasformazione eterogenea. Si tratta di un'opinione che, in sostanza, ritiene preclusa la pronuncia di invalidità dell'atto di trasformazione una volta eseguita la pubblicità dell'atto, anche se la stessa non ne determina l'efficacia⁶⁵. L'interpretazione della norma sull'invalidità secondo la ratio, tuttavia, consente di smentire tale conclusione⁶⁶.

In senso contrario alla soluzione che si ritiene preferibile, non può, inoltre, richiamarsi l'opinione dottrinale secondo la quale la preclusione ad esperire rimedi reali sancita dall'art. 2504-quater c.c. per la fusione si estende anche all'ipotesi in cui la relativa delibera sia stata eseguita in violazione dell'art. 2503 c.c., cioè sia stata iscritta come atto di fusione prima del decorso del termine per l'opposizione dei creditori⁶⁷. Intanto perché tale tesi non è pacifica⁶⁸. E poi perché si deve considerare una differenza fondamentale fra la disciplina della fusione e quella della trasformazione. L'art. 2500-novies c.c. prevede espressamente che la trasformazione eterogenea non è efficace nel termine per proporre opposizione, sebbene iscritta. Nel caso della fusione, invece, nessuna deroga è prevista rispetto all'efficacia dell'operazione in conseguenza delle iscrizioni dell'atto di fusione ai sensi dell'art. 2504-bis c.c., 2 co., c.c., nonostante al momento di tale adempimento possa non essere ancora trascorso il termine di cui all'art. 2503 c.c. per l'opposizione.

⁶⁵ La questione esaminata nel testo sorge perché non è chiaro se il rinvio dell'art. 2500-bis all'articolo precedente debba considerarsi limitato *al mero adempimento pubblicitario o all'adempimento in quanto determinante l'efficacia dell'operazione*. Sostengono che, una volta pubblicizzata la trasformazione eterogenea, l'invalidità non possa più essere pronunciata VAIRA, (*supra*, n.32), 2248; CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali* (Milano, 2005), 85; PINARDI, *La trasformazione* (Milano, 2005), 73; FRANCH (*supra*, n.30), 2500-novies, 412 ss.; MARASÀ, "La nuova disciplina di trasformazioni e fusioni" in AFFERNI-VISINTINI (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario* (Milano, 2005), 272.

⁶⁶ Rispetto alla questione della rilevanza dell'efficacia dell'operazione straordinaria per l'applicazione della preclusione alle pronunce d'invalidità, l'interpretazione letterale e quella teleologica dell'art. 2500-bis conducono a risultati differenti. In tale caso "l'interprete non può fermarsi al significato letterale della legge" perché "è possibile che l'interpretazione funzionale della legge ne modifichi il significato letterale", anche quando il tenore letterale non presenta dubbi interpretativi (BIANCA, "La norma giuridica, i soggetti", in *Diritto civile* (Milano, 2002), 1, 95 ss.).

⁶⁷ BELTRAMI (*supra*, n.57), 206; SANTAGATA (*supra*, n.57), 606 ss.

⁶⁸ Per i necessari riferimenti GENOVESE (*supra*, n.6), 204 ss., la quale, però, contesta che la violazione dell'art. 2503 c.c. determini l'inefficacia delle fusioni.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Perciò, la dottrina può sostenere che, in caso di iscrizione dell'atto di fusione, l'operazione è comunque efficace e quindi si applica l'art. 2504-quater c.c., nonostante la violazione dell'art. 2503 c.c. (il discorso è analogo a quello svolto sopra nel testo per l'art. 2500- sexies c.c.). Il caso dell'art. 2500-novies c.c., invece, è diverso: qui si ha un atto che, sebbene iscritto, rimane inefficace per espressa previsione di legge.

Quindi in pendenza del termine per proporre opposizione alla trasformazione (eterogenea), l'art. 2500-bis c.c., non può trovare applicazione, non ricorrendone la ratio.

6. L'operatività della tutela reale prima dell'iscrizione

Il ricorso alle azioni cautelari- Il chiaro tenore letterale della disposizione in esame non si limita ad inibire - una volta effettuate le iscrizioni prescritte dalla legge in relazione ai diversi tipi di trasformazione - l'esercizio dell'impugnativa, ma preclude anche la possibilità di dichiarare l'invalidità dell'atto di trasformazione. Più precisamente l'art. 2500-bis c.c. prevede il "divieto di porre in essere un provvedimento ablativo degli effetti "reali" del negozio, ossia degli effetti obbligatori a contenuto diverso da quello meramente risarcitorio"⁶⁹.

A causa di ciò, oltre che della possibilità di procedere all'iscrizione della delibera nonostante la pendenza dell'impugnazione e del lasso di tempo estremamente breve entro il quale l'iscrizione può intervenire⁷⁰, non solo si può affermare che il

⁶⁹ Trib. Perugia, 26 aprile 1993, *Giur. comm.*, 1995, II, 109 ss., e GENOVESE (*supra*, n.6), 87 in materia di fusione. Nella stessa sentenza si afferma che se è stata effettuata la pubblicità prescritta dalla legge, l'invalidità dell'atto di fusione potrà essere accertata solo incidentalmente, laddove ciò sia rilevante ai fini del risarcimento del danno conseguente all'operazione. Cfr. anche IERMANO (*supra*, n.1), 414, ss. ove a nt. 46 interessanti rilievi circa il regime parzialmente diverso previsto dalla disciplina tedesca sull'invalidità della trasformazione; CESARONI, "sub 2500 bis", in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Padova, 2005) 2469; R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 644 ss.; SCOGNAMIGLIO (*supra*, n.48), 368 ss.; Trib. Roma, 23 settembre 1998, *Società*, 1999, 458.

⁷⁰ Il disposto dell'art. 2500, 2 co., c.c., dovrebbe essere interpretato come capace di richiamare anche l'applicazione dell'art. 2436 c.c. (cfr. MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 334; GRASSO, "Note in tema di trasformabilità a maggioranza di società di persone costituite anteriormente alla riforma", *Giur. comm.*, 2008, II, 1028 nt. 37) per cui in caso di trasformazione omogenea da o in società di capitali il notaio è tenuto, entro trenta giorni dalla stipulazione dell'atto a verificare la sussistenza delle condizioni prescritte dalla legge per il tipo di trasformazione prescelta e a provvedere all'iscrizione nel registro delle imprese. Ma laddove la verifica sia stata compiuta preventivamente, la richiesta di iscrizione potrà avvenire anche il giorno stesso della deliberazione. Si è inoltre già detto in apertura della riflessione che la stabilizzazione degli effetti dell'operazione decorre dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, la quale può intervenire entro dieci giorni dal ricevimento della domanda (comb. disp., art. 11, co. 8, prima parte e art. 6 d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581). Parzialmente diversa è però la situazione in

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

conseguimento di una pronuncia di invalidità della trasformazione risulta condizionata alla concessione di un provvedimento cautelare⁷¹; ma ci si può spingere anche a rilevare che i tempi tecnici per poter esperire l'impugnativa e il ricorso introduttivo del procedimento cautelare sono quasi inesistenti⁷².

caso di trasformazione eterogenea, per cui v. sopra prgr. 5.

⁷¹ Definito, in caso di invalidità della fusione, come “strumento principe di tutela” in quanto la “tradizionale lunghezza del processo civile...esclude che si possa, in concreto, pervenire ad una pronuncia di invalidità della delibera prima che la fusione abbia efficacia, quand'anche l'impugnativa fosse proposta con la massima tempestività”. Così PICCIAU, “Osservazioni alle istruzioni del Tribunale di Milano per le omologazioni in materia di trasformazioni”, *Giur. it.*, 1991, IV 508 ss. In caso di trasformazione, peraltro, i tempi entro cui si può ottenere il provvedimento cautelare e si può proporre l'impugnativa della delibera, sono ancora più ristretti, essendo assente l'articolazione procedimentale che connota invece l'operazione di fusione. Rispetto a tale operazione la dottrina ha affermato che si possa ricorrere alla tutela cautelare rispetto alla delibera consiliare di approvazione del progetto di fusione, il che è agevolato dal fatto che quest'ultimo è oggetto di deposito presso il registro delle imprese, cosicché se ne possono rilevare i vizi. Ancora in caso di incompletezza del deposito previsto *ex art. 2501-septies* o di illegittimità della documentazione depositata si ammette la richiesta della sospensione dell'efficacia della delibera dell'organo amministrativo che convoca l'assemblea; è possibile poi chiedere la sospensione della (e contestualmente impugnare la) delibera assembleare, nonché dell'atto di fusione prima dell'iscrizione. In caso di trasformazione, invece, è possibile esperire la richiesta di sospensione soltanto contro la delibera consiliare di convocazione dell'assemblea e contro la delibera di questa (posto che nella prassi non c'è distinzione fra delibera e atto di trasformazione). Inoltre il contenuto della delibera non è, naturalmente, conoscibile in anticipo, cosicché il vizio potrà essere rilevato solo una volta che essa sia stata adottata. Ma in tale momento i tempi entro cui può intervenire l'iscrizione –come già detto- sono ristrettissimi.

⁷² IERMANO (*supra*, n.1), 418-419. Sebbene non si possa affrontare la questione approfonditamente, dato che la presente riflessione ha ad oggetto la trasformazione in generale, si tenga presente che lo spazio temporale, anche minimo, nel quale impugnare la delibera di trasformazione potrebbe addirittura mancare completamente. Ciò può accadere per es. in caso di trasformazione omogenea progressiva. L'art. 2500-ter prevede l'applicazione della regola maggioritaria. È però discusso in dottrina se, in mancanza di una disciplina normativa per le società di persone in ordine al procedimento per assumere decisioni a maggioranza, i soci maggioritari possano decidere la trasformazione senza *previamente* informare la minoranza, edotta solo dell'operazione già perfezionatasi. In tal caso ai soci di minoranza non rimarrebbe altro strumento di tutela che il recesso ovvero il risarcimento del danno eventualmente patito; si vedrebbero, però, preclusa la possibilità di invalidare l'operazione. Per i necessari approfondimenti e ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza sul punto v. CAGNASSO, A. BONFANTE, (nt.1), 124 ss.; SODI, “Trasformazione progressiva a maggioranza di società di persone in società di capitali: aspetti procedurali” ;

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Laddove non sia ancora intervenuta l'iscrizione della delibera⁷³, può essere proposta la richiesta di sospensione cautelare ex art. 2378 c.c. Tuttavia le concrete possibilità di ottenere il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della delibera risultano assai esigue. Non solo per quanto appena detto sui tempi entro i quali può sopraggiungere la pubblicità "sanante"; ma anche perché tale disposizione prevede che il ricorso per il provvedimento cautelare debba essere depositato contestualmente alla copia dell'atto di citazione, precludendone quindi la proponibilità ante causam⁷⁴. Il che ha conseguenze molto rilevanti non solo per i tempi tecnici necessari a redigere la domanda introduttiva del giudizio di merito, ma anche perché, una volta notificato l'atto di citazione alla società, gli amministratori della stessa potrebbero affrettarsi ad iscriverne la trasformazione, rendendo vana la richiesta di sospensione cautelare⁷⁵. Inoltre il procedimento previsto dall'art. 2378, comma 4, c.c. – salva l'ipotesi in cui si possa provare l'eccezionale e motivata urgenza, caso in cui la sospensione è concessa dal tribunale inaudita altera parte - prevede una serie di adempimenti (per. es. la necessità di ascoltare gli amministratori e i sindaci) che sembrano renderlo inidonea a garantire una tutela immediata.

Un altro rimedio cautelare esperibile può essere individuato nella procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (sempre che sussista la minaccia di un pregiudizio "imminente e irreparabile"), la quale consente ai ricorrenti di fruire di un procedimento connotato da maggior speditezza per la possibilità, per esempio, di chiederne l'applicazione ante causam. Al riguardo si deve tuttavia considerare che il ricorso a tale rimedio non può essere ammesso indiscriminatamente, perché il suo carattere residuale preclude che esso possa interferire con la misura tipica di cui all'art. 2378 c.c.⁷⁶. La dottrina ha pertanto concluso che il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. può essere ottenuto soltanto quando si tratti di neutralizzare un periculum in mora diverso da quello che giustifica la concessione della misura tipica ex art. 2378 c.c.⁷⁷. Ex art. 700

⁷³ Il rimedio cautelare non potrà più essere richiesto una volta che si siano realizzati i presupposti per l'applicazione dell'art. 2500-bis, per l'ovvio motivo che "manca il nesso di strumentalità tra il rimedio cautelare invocato e la proponenda azione" di invalidità che non potrà più essere accolta. Così Trib. Catania, 21 luglio 2006 (ord.), in *Giur. comm.*, 2008, II, 1017; cui *adde* DE ANGELIS, (supra, n.63), 1439; CESARONI (supra, n.69), 2470.

⁷⁴ Cfr. VACCARELLA, "La riforma societaria, aspetti processuali, il rito ordinario", *Corr. giur.*, 2003, 1105; C. FERRI, "Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 64; SCALA, "Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide", in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2006), 2, 257, 281.

⁷⁵ IERMANO (supra, n.1), 419, VICARI, *Gli azionisti nella fusione* (Milano, 2004), 292.

⁷⁶ V. ARIETA, "Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori", in MONTESANO-ARIETA, *Trattato di dir. proc. Civ.* Padova 2000, vol III, tomo 1, 595.

⁷⁷ ARIETA (supra, n.76), 595; conf. SCALA (supra, n.74), 283, il quale esclude che ex art. 700

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

c.p.c. si potrebbe pertanto richiedere l'inibizione, inaudita altera parte, agli amministratori, al notaio e al competente ufficio del registro dell'iscrizione della delibera sino alla data di discussione della domanda avente ad oggetto l'invalidità della trasformazione.

Inoltre, il ricorso ex art. 700 c.p.c. è esperibile da coloro che, non essendo legittimati ad impugnare la delibera (v. art. 2377, c.c.), non possano nemmeno ricorrere al rimedio cautelare tipico di cui all'art. 2378, 3 e 4 co., c.c.⁷⁸.

Si potrebbe, ancora, ipotizzare la possibilità di richiedere, ex art. 2388, 4 co. c.c. o in alternativa ex art. 700 c.p.c., un provvedimento cautelare che sospenda la delibera del consiglio di amministrazione con la quale viene convocata l'assemblea straordinaria per approvare la trasformazione⁷⁹. Si tratta di un rimedio la cui esperibilità è ammessa dalla dottrina prevalente sia nei casi in cui "l'assemblea tenutasi in forza dell'atto di convocazione oggetto del ricorso sarebbe viziata da invalidità di tipo formale (irregolarità nell'avviso di convocazione) ovvero sarebbe pregiudizievole per i diritti corporativi attinenti alla formazione della volontà assembleare"; sia rispetto a possibili vizi del contenuto della delibera di trasformazione, la quale risulti "già scritta all'atto della convocazione"⁸⁰.

c.p.c. si possa ottenere un provvedimento di sospensione dell'esecuzione della delibera *ante causam*, in quanto in tal caso l'esigenza cautelare dovrebbe essere soddisfatta mediante la richiesta della misura tipica ex art. 2378, comma 3, c.c. In senso contrario all'opinione di quest'ultimo autore si pronunciano invece la dottrina e la giurisprudenza dominanti: v. VICARI (*supra*, n.76), 291 e i riferimenti alle ntt. 187 e 188.

⁷⁸ IERMANO (*supra*, n.1), 417; SCALA (*supra*, n.74), 282 nt. 57; SCOGNAMIGLIO (*supra*, n.47), 393 nt. 431; Trib. Catania, 18 giugno 1994, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, 1, 112.

⁷⁹ A seguito della riforma l'art. 2388, comma 4, c.c. richiama, in quanto compatibile, l'art. 2378 c.c. anche per le delibere consiliari, la cui esecuzione potrà, quindi, essere sospesa in via cautelare. Come già detto nel testo per le delibere assembleari, contro le delibere del consiglio di amministrazione potrà chiedersi un provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. nei casi in cui non opera la misura cautelare tipica, quale per es. quando la sospensione venga richiesta da un soggetto che non sia legittimato alla impugnativa consiliare stessa.

⁸⁰ GALLI, "Note in tema di sospensibilità in via cautelare d'urgenza della convocazione d'assemblea", *Giur. comm.*, 1994, 493, ove gli opportuni riferimenti alla giurisprudenza che si è espressa in modo contraddittorio; CAMILLETI, "Alcune considerazioni sulla nuova disciplina delle fusioni e del c.d. *merger leveraged buy out*", *Giur. comm.*, 1994, II, 149-150. Da ultimo, R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 622 ss.; e con specifico riferimento alla trasformazione GUERRIERI (*supra*, n.5), 363.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

6.1.- Segue...: *periculum in mora e fumus bonis iuris*

Naturalmente l'esperibilità di tali rimedi dipende dalla possibilità di configurare i due presupposti necessari per accedere alla tutela cautelare, ovvero il *fumus bonis iuris* e il *periculum in mora*⁸¹.

In merito alla delibera del consiglio di amministrazione, contenente la convocazione dell'assemblea straordinaria, la dottrina e la giurisprudenza paiono prevalentemente orientate (sebbene non con specifico riferimento alla trasformazione) ad ammettere la sussistenza dell'ultimo presupposto "quando l'illegittimità della convocazione sia idonea a produrre direttamente e immediatamente, e non attraverso la successiva delibera, una lesione di situazioni giuridiche soggettive"⁸². Non altrettanto può dirsi, invece, quando si chieda la sospensione della convocazione in relazione a vizi di contenuto della delibera. Ciò perché, come rilevato da varie pronunce giurisprudenziali, prima dello svolgimento della riunione l'assunzione della delibera paventata dal ricorrente costituisce una mera eventualità⁸³.

Limitandoci in questa sede a fornire soltanto dei criteri direttivi generali, mi sembra che a seguito della valutazione comparativa⁸⁴, prescritta dall'art. 2378, co. 4, c.c., fra il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione della delibera (consiliare di convocazione dell'assemblea o assembleare di approvazione della trasformazione) e quello che subirebbe la società dalla sospensione della stessa, il giudice dovrebbe accogliere il ricorso quando all'attore possa derivare un danno non suscettibile di essere risarcito per equivalente, in applicazione dell'art. 2500-bis, 2 co. c.c. Infatti, questa norma prevede il mutamento qualitativo del tipo di tutela riconosciuta agli interessi lesi dalla trasformazione: la tutela risarcitoria è sostituita da quella cautelare. Perciò, il *periculum in mora* non può essere individuato nella impossibilità di ottenere una pronuncia invalidativa, in quanto ciò costituisce proprio la ratio della

⁸¹ V. SALAFIA, "Sospensione cautelare della delibera di fusione", *Società*, 2008, 879, 880.

⁸² MAJELLO, "Il procedimento *ex art. 700 c.p.c.* in materia di società", *Riv. soc.*, 1961, 245 e 252 e la giurisprudenza citata in GALLI (*supra*, n.80), 484 ss.

⁸³ Si rinvia ancora a GALLI, (*supra*, n.80), 484 ss.; SANFILIPPO, "Convocazione di assemblea di società di capitali e tutela cautelare d'urgenza", *Giur. comm.*, 1994, 696-697 nt. 20, secondo il quale "l'atto di convocazione non detiene...alcuna capacità lesiva *attuale* di situazioni giuridiche soggettive"; SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione di società* (Milano 2000), 517 ss., ove si legge che "non può ravvisarsi...per il socio con riguardo alla successiva delibera assembleare -che può essere anche di non approvazione del progetto- né la sussistenza di gravi motivi richiesti dal quarto comma dell'art. 2379...né l'individuazione di un pericolo attuale...previsto dall'art. 700 c.p.c.".

⁸⁴ Attinente proprio alla sussistenza del *periculum in mora*. SALAFIA (*supra*, n.81), 808, il quale a nt. 12 richiama una serie di decisioni che già prima della riforma avevano effettuato in sede di procedimento cautelare tale comparazione.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

nuova disciplina⁸⁵. Poiché in essa il rimedio risarcitorio è elevato a tutela tipica delle posizioni soggettive danneggiate dall'operazione, l'irreparabilità del danno deve intendersi come irrisarcibilità per equivalente monetario oppure – seguendo lo spunto della dottrina processual-civilistica – come difficoltà di quantificare il pregiudizio, stante i criteri di cui agli artt. 1123, 1225, 1226 c.c.⁸⁶.

7. La pubblicità intervenuta nonostante la concessione del rimedio cautelare.

In conclusione merita soffermarsi brevemente sulle conseguenze che derivano dalla iscrizione ottenuta nonostante la concessione della sospensiva.

Intanto può dirsi che tale eventualità risulta assai improbabile, in considerazione dell'obbligo per gli amministratori, ai sensi del nuovo art. 2378, comma 6, c.c. di iscrivere nel registro delle imprese il dispositivo del provvedimento del tribunale che sospende l'esecuzione della deliberazione. Tale prescrizione porta a ritenere che l'ufficio del registro delle imprese non dovrebbe accettare una domanda di iscrizione della delibera di trasformazione che collida con l'intervenuta pubblicità della misura cautelare sospensiva: in tal caso dovrebbero difettare "le condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione", la cui sussistenza è oggetto, ex art. 2189, 2 comma, c.c., del controllo dell'ufficio.

Nel caso, tuttavia, in cui venga comunque effettuata l'iscrizione dovrebbe, comunque, trovare applicazione l'art. 2500-bis. Poiché – come si è rilevato all'inizio di questo paragrafo – l'iscrizione preclude al giudice la possibilità di dichiarare l'invalidità nel giudizio instaurato anteriormente, la stessa travolge anche l'efficacia del provvedimento cautelare di sospensione, che è strumentale rispetto alla pronuncia di merito.

⁸⁵ Fanno discendere l'irreparabilità del pregiudizio temuto dalla stessa impossibilità di caducazione successiva all'iscrizione MAINETTI (*supra*, n.8), 102; SERRA, SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società* (Torino, 1994), 160. *Contra* GENOVESE (*supra*, n.6), 110; R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 624 nt 70 bis. Parimenti da respingere deve essere considerato l'orientamento opposto, il quale nega la ricorrenza del *periculum in mora* per il solo fatto che il socio ricorrente può in ogni caso, una volta preclusa la pronuncia di invalidità, richiedere il risarcimento del danno (Trib. Milano, 25 settembre 1995, *società*, 1996, 439; 20 gennaio 1998, *Giur. it.*, 1998, 1433; Trib. Trento, 26 novembre 2002 (ord.), in *Giur. it.*, 2003, 2318; Trib. Roma, 12 ottobre 2001, *Società*, 2002, 886).

⁸⁶ In senso parzialmente analogo –con riferimento alla fusione– GENOVESE (*supra*, n.6), 112, che si limita a considerare l'irrisarcibilità del danno. La conclusione più articolata nel testo trae spunto da quanto sostenuto dalla dottrina processualciviltistica in merito alla definizione del *periculum in mora*: PROTO PISANI, voce "Provvedimenti d'urgenza", *Enc. giur.*(Roma, 1991), XXV, §§ 3.2 e 3.3.3.). V. anche Trib. Milano, 28 settembre 1995, *Società* 1996, 803.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Non si può fare a meno di rilevare, però, che tale soluzione, pur ossequiosa del regime normativo della invalidità della trasformazione introdotto dalla riforma, si presta a gravi abusi. Infatti, se il giudice ha concesso la sospensione, significa che ha ravvisato la fondatezza delle ragioni allegate a sostegno della domanda di invalidità (*fumus boni iuris*) e l'irreparabilità del danno per equivalente monetario oppure la difficoltà di quantificarlo (*periculum in mora*). Il danno risulterà allora non suscettibile di trovare ristoro, consolidandosi definitivamente nella sfera patrimoniale del danneggiato, quando, intervenuta l'iscrizione, l'unico rimedio contro la trasformazione invalida diventa quello risarcitorio (v. sopra, prgr. prec.).

8. L'applicabilità dell'art. 2332 alla società risultante della trasformazione invalida

Uno strumento utile al fine di attenuare il rigore dell'art. 2500-bis c.c. può essere costituito dall'applicazione dell'art. 2332 c.c.⁸⁷ alla società risultante dalla trasformazione⁸⁸.

Per negare tale possibilità si è affermato, in primo luogo, che la trasformazione non è un'operazione che produce un effetto "costitutivo" di un nuovo ente, cosicché

⁸⁷ Per l'esame della compatibilità della disciplina dell'art. 2332 con quella sull'invalidità della fusione v. i lavori di G. Scognamiglio, "La nullità della fusione nella direttiva CEE e nello schema di legge di attuazione", *Riv. not.*, 1990, 887 ss.; ID., "L'invalidità della fusione e della scissione", in PATRONI GRIFFI (a cura di), *Fusione e scissione* (Milano, 1995), 79 ss.; OPPO, "Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs.n. 22/1991: profili generali", *Riv. dir. civ.*, 1991, 501 ss.

⁸⁸ Attinente con la questione che si affronta nel testo, ovvero con l'ipotesi in cui, in occasione della trasformazione, si adotti una delibera che funge anche da atto costitutivo del nuovo ente (v. oltre in nota) contenente clausole invalide che non possono più essere eliminate tramite l'impugnazione della delibera per l'applicazione dell'art. 2500-bis, è la riflessione di GLIOZZI, "Le condonabili deroghe a norme inderogabili nel nuovo diritto societario", *Giur. comm.*, 16 ss., il quale in relazione ad una delibera che introduca nell'atto costitutivo una clausola contraria ad una norma imperativa, e dunque nulla, ritiene, intervenuta la preclusione all'impugnativa, che la clausola statutaria rimanga ferma. Invece, pervengono ad una soluzione opposta, in termini di *inefficacia* della clausola oggetto della delibera divenuta inoppugnabile, MONTALENTI, "La costituzione", in ABRIANI-AMBORSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni* (Padova, 2010), 119 e Massima n.13 del 18 marzo 2004 del Consiglio Notarile di Milano. Altro rimedio volto a temperare l'assolutezza della preclusione di cui all'art. 2500-bis, laddove lo statuto dell'atto dell'ente trasformato contenga clausole invalide, può essere l'art. 1419, 2 co., c.c. (sull'inapplicabilità del 1 comma della disposizione, almeno per le società di capitali, per contrasto con l'art. 2332 v. COTTINO, *Diritto commerciale* (Padova, 1994), I, tomo II, 334, ma la stessa incompatibilità risulta sussistere anche rispetto al disposto dell'art. 2500-bis c.c.) Sul punto, in relazione specificamente alla trasformazione, v. GUERRIERI (*supra*, n.5), 364 ss.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

risulterebbe inapplicabile la disposizione riferita alla invalidità dell'atto costitutivo⁸⁹. L'obiezione non sembra, tuttavia, decisiva.

Intanto perché l'espressione – utilizzata dal legislatore – “atto di trasformazione” deve essere riferita non soltanto alla decisione in merito al cambiamento dell'ente o della situazione giuridica (per es. della comunione) originaria, ma anche all'approvazione del nuovo statuto, posto che la redazione di un atto costitutivo conforme alla disciplina del tipo adottato è prescritta dall'art. 2500, comma 1, c.c.⁹⁰. La trasformazione può, quindi, comportare il realizzarsi delle fattispecie contemplate dall'art. 2332 c.c.⁹¹. Tuttavia, essendo la trasformazione un atto organizzativo, alla

⁸⁹ FERRI JR. (*supra*, n.32), 531; VAIRA (*supra*, n.32), 2237 nt. 2; BUFFA DI PERRERO (*supra*, n.5), 91.

⁹⁰ CETRA, (nt.17), 147; GUERRIERI (*supra*, n.5), 359; MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 25; prima della riforma già ABRIANI, “Prestito obbligazionario e limiti “impliciti” alla trasformazione delle società”, *Giur. comm.*, 1996, I, 797, secondo il quale “la trasformazione, implicando l'adozione di un nuovo assetto organizzativo dell'ente, presenta elementi di contatto...rilevanti (sotto il profilo funzionale e strutturale) rispetto alla costituzione...”. Per la possibilità che si verifichino vizi relativi all'ente risultante dalla fusione per l'applicazione dell'art. 2501-*ter* n.2, c.c. in caso di fusione v. R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 642.

⁹¹ Ossia la mancanza della forma dell'atto pubblico (2332 n.1 c.c.); la previsione nell'atto costitutivo di un oggetto illecito (2332 n. 2 c.c.); oppure la mancanza nello stesso di qualunque indicazione riguardante la denominazione, i conferimenti, l'ammontare del capitale o l'oggetto sociale (2332 n.3 c.c.) (v. per un esempio oltre nt.). Un esempio dovrebbe aiutare a chiarire l'ipotesi in esame. In occasione della trasformazione possono realizzarsi anomalie dell'operazione straordinaria che sono, al contempo, anche anomalie della società risultante dall'operazione stessa, le quali possono determinare la pronuncia di nullità di quest'ultima (ex art. 2332 c.c.) (v., in relazione alla fusione, GENOVESE (*supra*, n.6), 235; ANGELICI, “La nullità della fusione”, *Riv. dir. comm.*, 1992, 267, 275; DE ACUTIS, “Il nuovo regime dell'invalidità della fusione”, *Giur. comm.*, 1991, 729, 740; PALMIERI (*supra*, n.8), 498; G. SCOGNAMIGLIO, “La nullità della fusione nella direttiva CEE e nello schema di legge di attuazione”, *Rivista del notariato*, 1990, 887, 893 e 905; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*⁵ (Torino, 2002), 623; C. e R. SANTAGATA (*supra*, n.57), 642; con specifico riguardo alla trasformazione GUERRIERI (*supra*, n.5), 366 ss., seppur dubitativamente; CESARONI (*supra*, n.69), 2468; Cass., 10 aprile 1964, n. 829). Se si verifica una anomalia che incide *solo* sulla delibera di trasformazione, si applica la preclusione assoluta alla pronuncia di invalidità. Se invece si verifica un vizio *non solo della delibera* di trasformazione, *ma incidente anche* sulla società risultante dalla trasformazione (si pensi alla delibera di trasformazione in società di capitali che preveda un oggetto sociale illecito. In tal caso oltre alla nullità della delibera (e dunque della trasformazione) ex art. 2379 (nullità per illiceità dell'oggetto della delibera), il vizio rileva anche ai fini della nullità della società ex art. 2332 c.c.) si tratta di verificare se, per la gravità delle conseguenze che determina una società con oggetto sociale illecito, si possa far valere la nullità non della trasformazione, ma della società da essa risultante ex art. 2332 c.c. (e v. anche sotto nt. 94). Si tratta comunque di ipotesi che la dottrina qualifica come improbabili,

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

necessità di eliminare i vizi realizzatisi in occasione della stessa, si contrappone un'esigenza di conservazione dei suoi effetti⁹². Dunque si realizza una situazione analoga a quella per disciplinare la quale è stato introdotto l'art. 2332 c.c.: da una parte, la sussistenza di vizi relativi all'ente risultante dall'operazione, cui è connessa l'esigenza di tutelare la legalità e l'efficienza dell'agire societario; ma anche, dall'altra, la necessità di preservare il valore giuridico organizzativo di un atto di autonomia privata, una volta che esso si sia realizzato.

D'altronde, qualche dubbio circa la fondatezza dell'obiezione appena menzionata può derivare anche dall'espressa previsione - art. 2500 septies, comma 4°, c.c. - secondo la quale alla delibera di trasformazione deve riconoscersi l'efficacia di atto costitutivo di una fondazione.

Ciò posto, è possibile concludere che sebbene si possa concordare con l'assunto per cui l'art. 2332 c.c. non è applicabile, in modo diretto, all'atto costitutivo della società risultante dalla trasformazione, questo non significa, però, che sia esclusa l'applicazione analogica dei principi da esso ricavabili. Infatti, fra il caso espressamente disciplinato dall'art. 2332 c.c. e quello che può realizzarsi in caso di trasformazione sussiste - per quanto appena rilevato - identità di ratio⁹³.

Contro l'applicabilità dell'art. 2332 c.c. all'ente risultante dalla trasformazione è stata sollevata un'ulteriore obiezione: quella per cui, così facendo, si finirebbe per consentire una pronuncia di invalidità per vizi che attengono - per quanto detto appena sopra, circa il fatto che l'atto di trasformazione funge anche da atto costitutivo dell'ente trasformato - alla forma o al contenuto della delibera di trasformazione, nonostante l'intervenuta iscrizione della stessa nel registro delle imprese. Il che determinerebbe una palese violazione del dettato dell'art. 2500-bis c.c.⁹⁴. Anche tale obiezione, tuttavia, non pare sufficiente a negare l'applicabilità al caso in esame dell'art. 2332 c.c.

stante i controlli che caratterizzano il procedimento di trasformazione (in particolare il controllo notarile o il controllo della prefettura che conserva il registro delle persone giuridiche in caso di trasformazione di associazioni o fondazioni).

⁹² Su tale esigenza, rispetto agli atti organizzativi si rimanda a GENOVESE (*supra*, n.6), 231; GINEVRA (*supra*, n.8), 257 e 273; PALMIERI (*supra*, n.8), 482 ss.

⁹³ Si vuole cioè dire che analoghe sono le problematiche e le istanze di tutela che nelle due ipotesi possono ricorrere. Cfr., in tal senso BELTRAMI (*supra*, n.8), 49 ss. e 65 ss. che considera l'art. 2332 e l'art. 2504-*quater* (analogo all'art. 2500-*bis*, in esame) espressione del medesimo principio; per l'applicazione analogica alla trasformazione invalida dell'art. 2332 c.c., proprio in base al rilievo, condiviso nel testo, per cui tale operazione straordinaria "pur conservando il suo carattere di vicenda puramente modificativa, rivela dei sostanziali punti di incontro con la fase costitutiva...", v. già ABRIANI (*supra*, n.90), 797; GENOVESE (*supra*, n.6), 238 con riferimento alla fusione.

⁹⁴ Guerrieri (*supra*, n.5), 366. Si è appena rilevato nel testo che la trasformazione comporta anche la (redazione e) approvazione del nuovo statuto dell'ente di arrivo dell'operazione (v. art.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Se infatti la ratio della norma sull'invalidità della trasformazione consiste nell'esigenza di stabilizzare gli effetti organizzativi dell'atto, precludendo il ripristino della situazione preesistente, al fine soddisfare l'esigenza di certezza in funzione della tutela dell'affidamento dei terzi, non pare che l'applicazione dell'art. 2332 c.c. all'ente risultante dall'operazione straordinaria confligga con essa. Tale disposizione, lungi dal determinare la reviviscenza dell'ente o della situazione precedente la trasformazione, dispone infatti lo scioglimento e la liquidazione della società risultante dall'operazione straordinaria⁹⁵; dunque conseguenze senz'altro rispettose della certezza del diritto e dell'affidamento dei terzi⁹⁶. Pertanto, non si crea alcuna contraddizione con il disposto dell'art. 2500-bis c.c.

Inoltre, per quanto appena rilevato, non pare che le esigenze sottese alla disciplina dell'art. 2500-bis c.c. possano – operando una valutazione comparativa – prevalere sull'interesse alla legalità e all'efficienza dell'organizzazione societaria (tutelati dall'art. 2332 c.c.), proprio perché la tutela di questi ultimi non esclude la soddisfazione delle prime⁹⁷.

2500, 1 co., c.c.). Ipotizziamo, dunque, che, in caso di trasformazione in società di capitali, in cooperativa, in una fondazione o associazione per la quale si vuol richiedere il riconoscimento (CETRA (*Supra*, n.17), 147 nt. 30), per l'atto di trasformazione manchi la forma dell'atto pubblico. Qui si ha un vizio di forma dell'atto di trasformazione (per violazione dell'art. 2500 1 e 2 co., c.c.), che, come tale, per l'art. 2500-bis non si può più far valere una volta intervenuta la pubblicità sanante; e, contemporaneamente, un vizio dell'atto costitutivo del nuovo ente rilevante ex art. 2332 c.c. (in caso di trasformazione in società di capitali). V. Cetra (*supra*, 17), 147, ove si afferma che “la decisione di trasformazione *funge...da atto costitutivo della forma giuridica cui s'intende approdare*”. Dunque il vizio di forma della prima rileva quale vizio di forma del secondo.

⁹⁵ DE ACUTIS (*supra*, n.91), 729 ss., nt 33, sebbene in riferimento alla fusione.

⁹⁶ V. per il collegamento fra la tutela di tali esigenze e la disciplina dell'art. 2332 c.c. PALMIERI (*supra*, n.8), 454.

In senso conforme alle conclusioni del testo GUERRERA, “Trasformazione, fusione, scissione”, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali-manuale breve* (Milano, 2004), 409; GUERRIERI (*supra*, n.5), 367, il quale afferma che la soluzione contraria ad applicare l'art. 2332 in caso di trasformazione risulta poco convincente in quanto così l'esigenza di conservazione della società sarebbe più tutelata di quanto non lo sia in sede di costituzione, determinando un risultato che non trova fondamento in alcun dato normativo. In riferimento alla fusione perviene alla medesima conclusione anche GENOVESE (*supra*, n.6), 237 ss., anch'essa dando rilievo fondamentale al fatto che la dichiarazione di nullità ex art. 2332 c.c. non incide sull'irreversibilità degli effetti organizzativi prodotti da un atto di autonomia privata.

⁹⁷La conclusione del testo pare essere suffragata anche dal fatto che la dottrina si esprime sempre più numerosa per l'applicabilità dell'art. 2332 c.c. all'invalidità delle delibere modificative dell'atto costitutivo, cui in senso lato la trasformazione dovrebbe essere assimilata. V. GINEVRA (*supra*, n.8), 280 ss.; DOLMETTA, “I rimedi per la violazione delle norme

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

In conclusione pare opportuno un ulteriore rilievo. L'applicazione dei principi ricavabili dall'art. 2332 c.c. all'ente risultante dalla trasformazione per temperare l'assolutezza della previsione di cui all'art. 2500-bis c.c. pare possibile anche nei casi in cui esso non sia una società di capitali⁹⁸. Infatti, se si accoglie la tesi che considera i principi di cui all'art. 2332, commi 2-6, c.c. trasponibili alle società di persone e, addirittura, ai gruppi associativi con attività esterna⁹⁹, allora le considerazioni appena esposte sul rapporto fra tale disciplina e quella dell'invalidità della trasformazione varranno anche quando punto di arrivo dell'operazione straordinaria siano tali enti¹⁰⁰.

Ma ad un'identica conclusione si può pervenire anche a prescindere dall'applicazione analogica dell'art. 2332, co. 2-6, c.c. – almeno per quanto riguarda le società di persone –, dato che si è pervenuti ad individuare una disciplina sostanzialmente coincidente per la società di persone invalida anche tramite l'accostamento di quest'ultima alla società di fatto¹⁰¹.

9. La tutela risarcitoria

Venendo a trattare della tutela risarcitoria fatta salva dall'art. 2500-bis, comma 2, c.c., si premette che non ci si occuperà volutamente di questioni che sono già state ampiamente dibattute in dottrina in merito all'omologa norma sull'invalidità della fusione, e rispetto alle quali nulla può aggiungersi di nuovo rispetto alla disciplina della trasformazione che si sta esaminando¹⁰².

imperative nel diritto societario prima del d.lgs 17 gennaio 2003, n.5. Un frammento di storia delle idee”, *Vita not.*, 2003, I, 99 ss.; *contra* ANGELICI (*supra*, n.6), 204 nt. 165.

⁹⁸ Si ricordi che, ai sensi dell'art. 2523, co., c.c. la disciplina dell'art. 2332 c.c. si applica, quanto agli effetti, ma non in ordine alla causa di nullità (quindi relativamente al 1 co. dell'art. 2332 c.c.), anche alle cooperative.

⁹⁹ PALMIERI (*supra*, n.8), 500 e la dottrina citata a nt. 148 e a nt. 11. Si noti che dell'art. 2332 c.c. non si applica agli enti diversi dalle società di capitali il comma 1, per cui i vizi del contratto trovano la loro disciplina, in tal caso, negli artt. 1418 ss.

¹⁰⁰ Non sarebbe infatti contrastante con la *ratio* del 2500-bis il fatto che per tali enti, non applicandosi il comma 1 dell'art. 2332 c.c., si ricollegerebbero conseguenze invalidanti a tutti i vizi di contenuto della delibera di trasformazione (in particolare i vizi dello statuto approvato attraverso la delibera).

¹⁰¹ COTTINO, “Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società”, *Riv. dir. civ.*, 1963, 301 ss. Poiché la soluzione proposta da quest'autore determina l'applicazione alla nullità della società di persone di un regime sostanzialmente analogo (anche se ricavato da dati normativi differenti) a quello discendente dall'applicazione dell'art. 2332 c.c., identiche a quelle riferite a quest'ultima disposizione sono anche le considerazioni relative al rapporto fra tale soluzione e l'art. 2500-bis.

¹⁰² Per un esame generale v. CAGNASSO, A. BONFANTE (*supra*, n.1), 107 ss.; BUFFA DI PERRERO (*supra*, n.5), 98 ss.; MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 31 ss.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

9.1. Rapporti fra tutela reale e tutela risarcitoria. Pregiudizialità dell'impugnativa del socio rispetto all'esercizio dell'azione risarcitoria.- Il primo problema cui occorre fornire una risposta riguarda il rapporto intercorrente fra l'esperibilità dell'azione di invalidità e quella risarcitoria. In particolare occorre stabilire se la domanda di risarcimento del danno possa essere esercitata indipendentemente dalla preventiva proposizione della domanda di annullabilità/nullità.

La risposta preferibile pare essere quella della autonomia della tutela risarcitoria da quella reale: l'esercizio dell'azione ex art. 2500-bis, comma 2, c.c. non deve essere considerato subordinato all'impugnativa della delibera di trasformazione¹⁰³. A tale conclusione si perviene in base alla considerazione per cui nel caso dell'invalidità della trasformazione l'azione risarcitoria si configura come una forma di tutela "sostitutiva"¹⁰⁴ rispetto all'azione di invalidità, la quale per scelta del legislatore è stata confinata entro limiti temporali estremamente ristretti, al fine di rafforzare la stabilità di tale vicenda. In quanto strumento sostitutivo di tutela degli interessi pregiudicati dalla trasformazione rispetto all'invalidazione della stessa, dunque, non pare logicamente coerente che l'utilizzo del primo sia subordinato all'esercizio della seconda¹⁰⁵.

Del resto si è già detto delle notevoli difficoltà che incontrerebbe il soggetto che volesse impugnare o anche soltanto richiedere la sospensione cautelare della delibera di trasformazione, a causa della mancanza – per la realizzazione della stessa - di quella articolazione procedimentale che caratterizza, invece, le altre due operazioni straordinarie della fusione e della scissione per le quali vige una regola analoga all'art. 2500-bis c.c.

Perciò, da una parte, il sistema delineato dal legislatore con tale previsione risulterebbe irrazionale, ove condizionasse l'accesso alla tutela risarcitoria all'onere della tempestiva impugnazione della delibera illegittima.

¹⁰³ Così, invece, GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali* (Torino, 2004), 239-240, per il quale, nella normalità dei casi, la pregiudizialità dell'esperimento dell'azione di invalidità discende dal fatto che essa è rimedio corporativo specifico rispetto a quello generico dell'azione di danni. Altri autori hanno invocato a sostegno di tale conclusione il principio del *venire contra factum proprium* o dell'acquiescenza.

¹⁰⁴ GUERRERA (*supra*, n.103), 239; BELTRAMI (*supra*, n.8), 150 e 153 nt. 144 (in riferimento alla fusione).

¹⁰⁵ Lo spunto di una simile conclusione viene tratto da BELTRAMI (*supra*, n.8), 186 il quale riprende l'opinione di parte della dottrina amministrativa (cfr. 184 nt. 231) per negare la tesi della pregiudizialità dell'impugnazione rispetto alla tutela risarcitoria contro l'atto amministrativo. Tanto il primo autore, quanto la dottrina amministrativa si chiedono, infatti, come sia possibile individuare un rapporto di pregiudizialità fra azioni radicalmente differenti, quali quella di impugnazione e quella risarcitoria, sia per *causa petendi*, sia per gli effetti da esse discendenti.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Dall'altra, subordinando l'esercizio dell'azione risarcitoria a quella di nullità/annullabilità in sostanza si collega all'adempimento pubblicitario prescritto per la singola ipotesi considerata un'efficacia sanante non solo dei vizi della delibera, ma anche delle responsabilità derivanti dalla realizzazione dell'operazione. Se la prima conseguenza ha una sua spiegazione – costituente la ratio dell'art. 2500-bis, 1 co., cc. - non si capisce quale esigenza imponga la seconda. Anzi quest'ultima, come accennato, pare contrastare con la lettura combinata dei due commi dell'art. 2500-bis c.c., dai quali si ricava che l'intenzione del legislatore non è stata quella di sacrificare totalmente, ma di mutare qualitativamente il tipo di tutela dei soci e dei terzi rispetto alla trasformazione. E comunque il rapporto di pregiudizialità fra impugnazione e azione risarcitoria, solleva - per l'esito che determina - forti dubbi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 2500-bis c.c. rispetto al principio di effettività di tutela ricavabile dall'art. 24 Cost.¹⁰⁶.

D'altronde non pare che al socio possa imputarsi alcuna colpa¹⁰⁷ per non essersi attivato impugnando la delibera invalida, posto che l'intangibilità sul piano reale della stessa è semplicemente la conseguenza imposta dal legislatore a tutela delle esigenze sopra menzionate; ed in quanto quest'ultima – lo si ripete ancora una volta - si produce in tempi estremamente ristretti. Sotto questo profilo, dunque, risulterebbe ulteriormente ingiustificato addossare al socio eventuali effetti negativi sotto il profilo della tutela dai danni conseguenti all'invalidità dell'operazione straordinaria¹⁰⁸.

A tali considerazioni si aggiunga, inoltre, che nessuna prescrizione normativa fonda l'esistenza del rapporto di pregiudizialità qui contestato¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Per la ricostruzione della portata del principio ricavabile dall'art. 24 Cost., come diritto ad una tutela effettiva, intesa come possibilità di godere di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato v. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente: situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa* (Milano, 2004), 65 ss. Certo il principio non può dirsi attuato se si subordina l'azione risarcitoria alla previa impugnazione della trasformazione, che risulta praticamente – come detto nel testo – sempre preclusa dai tempi ristretti entro cui può intervenire la relativa iscrizione. Si tenga anche presente che sia in dottrina (ANGELICI, “La nullità della fusione”, *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 267, 273) sia la giurisprudenza (App. Milano, 18 gennaio 2002, *Giur. it.*, 2002, 791; Trib. Genova, 21 dicembre 2000, *Società*, 2001, 448 ss.; Trib. Milano, 6 novembre 2000, *Giur. it.*, 2001, 764; Trib. Milano, 2 novembre 2000, *Società*, 2001, 452) hanno utilizzato l'art. 24 Cost. come parametro di interpretazione della disciplina dell'invalidità della fusione.

¹⁰⁷ Si tratta di argomentazione addotta a sostegno della teoria della pregiudizialità dell'impugnazione rispetto agli atti amministrativi (per riferimenti a dottrina e giurisprudenza v. BELTRAMI (*supra*, n.8), 182 ntt. 225-226). La stessa mi pare sottesa anche alla posizione di quanti negano la tutela risarcitoria al socio che non abbia preventivamente impugnato in quanto, altrimenti, si violerebbe il principio del *venire contra factum proprium*.

¹⁰⁸ Per uno spunto BELTRAMI (*supra*, n.8), 186.

¹⁰⁹ Cfr., sebbene in relazione all'omologa norma in materia di fusione, Beltrami (*supra*, n.8),

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina occupatasi della questione, infine, non pare che la mancata impugnazione della delibera di trasformazione anteriormente all'iscrizione nel registro delle imprese possa rilevare nemmeno in sede di quantificazione del danno ad essa eventualmente conseguente, ex art. 1227 c.c.¹¹⁰.

Rispetto alla prospettata applicabilità alla fattispecie in esame di quest'ultima disposizione occorre distinguere fra i due commi in essa compresi.

Il primo comma fa riferimento al caso in cui il danneggiato abbia concorso eziologicamente al verificarsi dell'evento dannoso, ovvero all'eventualità in cui "l'evento dannoso sia ricollegabile, in base agli ordinari principi in tema di nesso di causalità, anche al comportamento del danneggiato"¹¹¹. Qualora la condotta consista in un'omissione, tuttavia, questa "rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un comportamento imposto", per cui "l'individuazione di tale obbligo si connota come preliminare per l'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità"¹¹². A tal fine occorre, inoltre, che il comportamento omesso, ove anche fosse stato tenuto, avrebbe comunque impedito l'evento prospettato "con certezza o con alto grado di probabilità"¹¹³.

Non pare che rispetto all'omesso esperimento dell'azione di invalidità della delibera di trasformazione ricorra nessuno di questi due requisiti: da un lato, l'obbligo

109, e 180 ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca; DI SARLI, sub. art. 2504-*quater*, in L.A. Bianchi (diretto da), *Commentario alla riforma delle società. Trasformazione, fusione, scissione* (Milano, 2006), 963; GENOVESE (*supra*, n.6), 97 nt. 38; GIUSTINI, "Considerazioni in tema di invalidità della fusione, conflitto di interessi e sindacabilità del rapporto di cambio", *Riv. dir. comm.*, 1995, 2, 388 ss.

¹¹⁰ GUERRERA (*supra*, n.103), 241 nt. 218, il quale afferma che nel caso dell'art. 2500-*bis* c.c. l'effetto "sanante" si realizza soltanto con la pubblicità della delibera; quindi in mancanza di tempestiva impugnazione, la sanatoria dell'invalidità appare una conseguenza ineluttabile dell'evolversi della relativa vicenda societaria, come tale prevedibile e perciò imputabile a colpa dell'opponente. In modo che il risarcimento potrebbe essere diminuito secondo la gravità della colpa stessa; GUERRIERI (*supra*, n.5), 418, in relazione all'art. 1227, comma 2, c.c.; BELTRAMI (*supra*, n.8), 187.

¹¹¹ *Ex multis* Cass., 9 gennaio 2001, n. 240, *Giur. it.*, 2001, 2289; Cass., 13 marzo 1987, n. 2655, ined.; 25 maggio 2010, n. 12714, *Diritto e giustizia*, 2010; incidentalmente anche Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, *Cass. Pen.*, 2009, 1, 69. In pratica la distinzione fra 1 e 2 comma dell'art. 1227 riproduce quella elaborata a livello dottrinale fra causalità materiale e causalità giuridica.

¹¹² Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.

¹¹³ MANTOVANI, *Manuale di diritto penale* (Padova, 2007), 191, in riferimento alla causalità nel diritto penale. È noto, però, che la giurisprudenza e la dottrina prevalenti applicano alla causalità materiale in ambito civile i principi penalistici, di cui agli artt. 40 e 41 c.p.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

di agire non può ricavarsi dall'art. 2500-bis c.c.; dall'altro, per quanto rilevato in merito all'esperibilità della tutela reale prima che essa risulti preclusa (v. sopra), non può certo affermarsi che la proposizione della domanda di invalidità (unitamente alla richiesta di un provvedimento cautelare di sospensione della delibera di trasformazione) avrebbe impedito con certezza o con alto grado di probabilità il realizzarsi del danno. Questo consegue alla definitiva stabilizzazione della delibera di trasformazione, che non può più essere eliminata a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese; e tale effetto si produce comunque, una volta realizzato l'adempimento pubblicitario, a prescindere dalla pendenza di eventuali impugnazioni.

Inapplicabile al caso in esame sembra, ancora, il 2 comma dell'art. 1227 c.c.¹¹⁴. Infatti, i potenziali danneggiati possono impedire che la trasformazione divenga inoppugnabile soltanto chiedendo uno dei provvedimenti cautelari di sospensione già esaminati; ma l'omessa richiesta di questi ultimi non pare potersi configurare come difetto del "l'ordinaria diligenza", sia per il brevissimo termine decorso il quale la domanda cautelare risulta preclusa¹¹⁵, sia perché la giurisprudenza è costante nel negare che il dovere di correttezza comprenda l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria¹¹⁶.

9.2. Segue: pregiudizialità rispetto all'esercizio dell'azione risarcitoria dell'opposizione dei creditori.- La questione del rapporto fra tutela risarcitoria e tutela reale si pone, oltre che nei confronti dei soci, anche nei confronti dei creditori, che certamente possono essere compresi entro l'ampia e generica formula utilizzata dall'art. 2500-bis c.c. in merito all'individuazione dei legittimati attivi ("partecipanti all'ente trasformato...terzi danneggiati"). Anche se tale questione è prospettabile soltanto in caso di trasformazioni eterogenee, a fronte delle quali l'art. 2500-novies, 2 co., c.c. concede ai creditori il diritto di proporre opposizione all'operazione¹¹⁷.

¹¹⁴ *Contra* GUERRIERI (*supra*, n.5), 418. Il 2 co., dell'art. 1227 riguarda l'eventualità nella quale il danno è eziologicamente imputabile solo al danneggiante, ma le conseguenze dannose dello stesso avrebbero potuto essere impedito o attenuate (sul piano della causalità giuridica) da un comportamento diligente del danneggiato.

¹¹⁵ La giurisprudenza intende comprese nel "l'ordinaria diligenza" soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici (fra le molte pronunce, da ultimo Cass., 5 maggio 2010, n. 10895, *Diritto e giustizia*, 2010). La richiesta di un provvedimento cautelare in caso di trasformazione pare, al contrario, essere certamente *gravosa* per quanto già notato nel testo.

¹¹⁶ Così *ex multis*, Cass., 5 maggio 2010, n. 10895, cit..

¹¹⁷ Inoltre, l'esistenza di un rapporto di pregiudizialità fra l'opposizione e l'azione risarcitoria deve essere correttamente inteso. Infatti, esperita l'opposizione, i creditori, ove l'azione sia ritenuta fondata, riceveranno idonea garanzia, quindi non avranno necessità di agire per il risarcimento. Quindi si parla di pregiudizialità nel caso in esame per valutare se i creditori che non abbiano volontariamente esperito l'opposizione siano poi legittimati a pretendere di

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Al riguardo, pare opportuno effettuare preliminarmente qualche breve osservazione in merito alla funzione dell'opposizione¹¹⁸ alla trasformazione eterogenea,

I) In alcune ipotesi l'opposizione alla trasformazione tutela l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale. Così è, intanto, per le trasformazioni eterogenee "connaturate al cambiamento della titolarità del patrimonio", ossia quelle da comunione o da impresa individuale¹¹⁹ a società e viceversa¹²⁰. Una lesione della garanzia patrimoniale può, ancora, verificarsi¹²¹ (e, quindi, essere impedita mediante opposizione) in caso di trasformazione eterogenea progressiva (ossia in società di capitali), nel caso di una stima volta ad accertare il valore effettivo del patrimonio dell'ente trasformando che risulti errata¹²².

ottenere il risarcimento del pregiudizio che tramite il primo rimedio si sarebbe potuto impedire insieme all'efficacia dell'operazione.

¹¹⁸ Del tutto diversa da quella disciplinata per le trasformazioni eterogenee, di cui ci si occupa nel testo, è l'opposizione (*rectius*, il mancato consenso dei creditori) alla trasformazione di società di persone in società di capitali (art. 2500-*quinquies*), sulla quale v. R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 515 e la dottrina cit. a nt. 86.

¹¹⁹ Se ritenuta ammissibile. V. PALMERI, Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2007), 4, 123 ss.; CETRA (*supra*, n.17), 185.

¹²⁰ CETRA (*supra*, n.17) 153 nt.43, per il quale "i creditori dei comunisti o dell'imprenditore individuale si vedono ridurre la garanzia patrimoniale per la parte corrispondente alle entità cui si imprime destinazione societaria oppure circoscrivere la garanzia patrimoniale principale a questa entità; mentre i creditori sociali perdono il diritto di agire esecutivamente sul patrimonio *ex sociale* in via esclusiva e acquistano quello di agire esecutivamente sul patrimonio dei neo comunisti e dell'imprenditore individuale in concorrenza con i creditori non d'impresa".

¹²¹ Non può configurarsi alcun pericolo di pregiudizio patrimoniale in caso di trasformazione eterogenea progressiva in relazione al venir meno della responsabilità illimitata per le obbligazioni anteriori alla trasformazione (ipotesi peraltro marginale: per es. trasformazione di società consortile di persone in società lucrativa di capitali). Infatti in tal caso si applica l'art. 2500-*quinquies* (previsto normativamente solo in relazione alla trasformazione omogenea progressiva), in quanto principio generale dell'ordinamento (MARASÀ, "Le trasformazioni eterogenee", *Riv. not.* 2003, 590; e già CAGNASSO, "La trasformazione", in BUSNELLI (diretto da), *Codice civile. Commentario* (Milano, 1990), 42).

¹²² SANTOSUOSSO, *sub* 2500-*novies*, in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (diretto da), *Società di capitali: commentario* (Napoli, 2004), 1932 ove approfondimenti sui problemi valutativi (e, di conseguenza, sul pericolo di pregiudizio per i creditori in ordine all'integrità del capitale della società risultante dalla trasformazione) cui la stima può dar luogo. La relazione di stima è volta infatti a garantire la corretta formazione e l'*integrità del capitale sociale* (che ha una funzione di garanzia dei creditori) (MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 105). Per la pacifica applicabilità in via analogica dell'art. 2500-*ter*, 2 co., c.c. (riferito solo alla trasformazione omogenea progressiva) anche alle trasformazioni eterogenee progressive v. per tutti SARALE, *sub* art. 2500-*octies*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto*

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Vi sono poi ipotesi di trasformazione eterogenea che effettivamente non incidono sulla consistenza patrimoniale dell'ente, ma che comunque sono suscettibili di determinare un pericolo di pregiudizio¹²³, consistente nella modificazione delle "regole poste a tutela dell'integrità del patrimonio" dell'ente o "della causa dell'attività originaria" o, infine, della "struttura organizzativa"¹²⁴.

societario (Bologna, 2004), ***, 2294; GUERRERA (*supra*, n.103), 323. Il possibile pregiudizio qui si ricollega al fatto che l'ente trasformando non è assoggettato alle stesse regole di organizzazione del patrimonio prescritte in relazione all'esercizio dell'impresa, le quali ultime sono più garantiste per i creditori (per es. in ordine alla composizione qualitativa del patrimonio). Sul punto v. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria* (Torino, 2003), 125 ss.

¹²³ Così si esprime l'art. 2445, ult. co., c.c. cui rinvia l'art. 2500-*novies* c.c. (il che induce la dottrina maggioritaria a ritenere che il possibile pregiudizio sia *sempre* la ragione dell'opposizione dei creditori (v., per tutti, MARASÀ (*supra*, n.121), 590 ss.; SARALE (*supra*, n.122), 2304). Anche rispetto alla fusione, accanto alla tesi tradizionale, che individua il danno nella lesione della garanzia patrimoniale (da intendersi come rischio di infruttuoso esperimento dell'esecuzione forzata) (CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società* (Milano, 1978), 91 (che avversa tale tesi); BELTRAMI, "La legittimazione attiva dei creditori all'azione risarcitoria ex art. 2504 *quater* c.c.", *Riv. soc.*, 2002, 1232; , 1232 nt.19; FERRI JR, *Modificabilità e modificazione del progetto di fusione* (Milano, 1998), 55 ss.; FIMMANÒ, "Fusione, forma ed effetti della operazione di fusione", *Società*, 1998, 437; SERRA-SPOLIDORO (*supra*, n.86), 115; da ultimo SANGIOVANNI, "Fusione di società e opposizione dei creditori", *Contr. impr.*, 2010, 1360) è stata sostenuta anche l'opinione secondo cui ad integrare la lesione dei creditori "è già sufficiente l'eventualità del ricorso in futuro all'esecuzione forzata, resa necessaria dalla...impossibilità dell'adempimento spontaneo da parte della società...risultante dalla fusione" (R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 523, ad avviso del quale la tradizionale nozione di pericolo di danno come lesione della garanzia patrimoniale elaborata in relazione all'opposizione alla fusione va ampliata dando rilievo alla struttura dinamica del patrimonio dell'imprenditore. L'autore fa riferimento al possibile deterioramento delle prospettive reddituali dell'ente risultante dalla fusione. Sul punto l'autore accoglie la ricostruzione di CABRAS cit., 91 ss., nell'individuare il fondamento dell'opposizione nella lesione della "garanzia commerciale, come fenomeno diverso e più ampio della garanzia civile e consistente...nell'insolvenza". Ma si è anche sostenuto che l'oggetto di tutela dell'opposizione alla fusione possa essere anche l'interesse a proseguire i rapporti con l'ente risultante dall'operazione (v. da ultimo e per ulteriori riferimento FRANCH (*supra*, 30), 426).

¹²⁴ CAGNASSO, A. BONFANTE (*supra*, n.1), 331 (ai quali si riferisce il primo virgolettato); CETRA (*supra*, n.17), 154, che parla di passaggio a un modello organizzativo caratterizzato da meccanismi di *Gläubigerschutz* più tenui rispetto a quelli del modello di origine; SALAFIA, "La trasformazione delle società nella riforma", *Società*, 2004, 1066 (cui appartiene il secondo virgolettato); MALTONI, TASSINARI (*supra*, n.11), 212 (cui appartiene l'ultimo virgolettato), i quali riportano l'esempio della modifica delle regole sulla ripartizione degli utili: passando da un ente che non la consente ad uno che la ammette, i creditori possono nutrire dubbi sulla capacità dell'ente di adempiere i propri debiti a causa del diverso vincolo imposto ai risultati

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Infine, recentemente è stato anche sostenuto che alcune trasformazioni eterogenee non sarebbero suscettibili di causare un pericolo di pregiudizio ai creditori; anzi, a seguito delle stesse sarebbe prospettabile un rafforzamento della tutela degli stessi¹²⁵.

dell'attività (questo pare il pericolo di pregiudizio suscettibile di verificarsi in caso di trasformazione da associazione o fondazione a società di capitali, che pure, da un diverso punto di vista (cioè quello della disciplina dell'organizzazione patrimoniale dell'ente di partenza e di quello di arrivo), pare vantaggiosa per i creditori (v. CETRA (*supra*, n.17), 156 e *infra* alla nt. successiva). Potrebbe rendere meno sicuro l'adempimento del credito (e quindi configurare il pericolo di pregiudizio) anche il passaggio da un regime lucrativo ad uno consortile o mutualistico (CETRA, (*supra*, n.17), 157 nt. 50). Individuando un pericolo di pregiudizio anche nelle ipotesi menzionate nel testo, si aderisce all'ipotesi sostenuta *ante* riforma da CABRAS (*supra*, n.123), 99 ss., il quale parla di lesione della garanzia commerciale (conf., da ultimo, in riferimento proprio all'opposizione alla trasformazione anche CAGNASSO, A. BONFANTE, cit., 330).

¹²⁵ CETRA (*supra*, n.17), 154 ss., il quale afferma che l'opposizione trova la propria *ratio* nella modifica delle regole di organizzazione del patrimonio che la trasformazione implica (ovvero si lascia o si passa ad "una forma in cui il patrimonio è assoggettato ad una organizzazione di stampo imprenditoriale..., a favore (o a scapito) di un'altra in cui il patrimonio non è assoggettato ad alcuna regola organizzativa o non è nemmeno un elemento essenziale"). L'opposizione è pertanto qualificata come "una tecnica sostitutiva del consenso dei creditori", in modo che il debitore non possa, unilateralmente, "sostituire...le regole attuali con altre che...rendano meno sicuro l'adempimento dei crediti o che modifichino le modalità di adempimento, anche coattivo degli stessi". La tesi però pare andare incontro all'obiezione per cui, se si adotta un concetto tanto ampio di pericolo di pregiudizio quale quello riferito nel testo, questo sembra comunque ricorrere in tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea sia progressiva sia regressiva (e a questa conclusione sembra pervenire implicitamente anche l'autore citato: v. CETRA cit. 157 e nt.50). Per limitarsi qui a qualche esempio, si pensi alla trasformazione in associazione non riconosciuta o in fondazione: un primo pregiudizio (a fronte per es. del beneficio per i creditori per cui nell'associazione non riconosciuta rispondono dei debiti anche coloro che hanno agito per l'associazione) potrebbe essere individuato nel venire meno di specifiche regole di "trasparenza e di controllo sul concreto esercizio dell'attività" (individuate proprio come regole poste a tutela degli interessi dei terzi in gioco a fronte dell'esercizio di un'impresa da CETRA, (*supra*, n.122), 186; CESARONI (*supra*, n.69), 2467), dovuto alla mancanza rispetto all'ente di partenza del collegio sindacale o dei poteri di controllo del socio nelle s.r.l., che non trovano un parallelo nell'ente di arrivo (il collegio dei probiviri nelle associazioni è meramente facoltativo). Quando l'ente trasformato, poi, non prosegue l'iniziativa imprenditoriale della società di partenza, il pregiudizio attiene alla modificazione della configurazione strutturale del patrimonio, passando da quella imprenditoriale a quella del debitore civile (sul punto v. CETRA (*supra*, n.122), 125 ss., il quale specifica che tale modifica non si realizza se l'ente non societario continua ad esercitare attività imprenditoriale). La diversità delle modalità di attuazione, anche coattiva, della garanzia patrimoniale sono affatto

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

II) Ricostruiti i profili funzionali dell'opposizione alla trasformazione, si può rispondere al quesito iniziale.

L'opposizione pare esplicare in ogni ipotesi di trasformazione eterogenea la funzione di prevenire il realizzarsi di un'operazione potenzialmente pregiudizievole per i creditori, impedendone l'efficacia. Sembra infatti possibile affermare che i creditori sono esposti, prima che qualunque trasformazione eterogenea ammessa dalla riforma societaria divenga efficace, al pericolo di un pregiudizio e, una volta divenuta la stessa efficace, ad un danno. Sia l'uno che l'altro consistono, in entrambi i casi, nel mancato esatto adempimento della pretesa dei creditori, causalmente riconducibile alle modifiche determinate dall'operazione straordinaria rispetto all'ente trasformando¹²⁶.

Pertanto, il mancato esercizio di tale rimedio preventivo¹²⁷ non può essere considerato ininfluenza rispetto all'esperibilità dell'azione risarcitoria. Ciò perché quest'ultima, sotto il profilo funzionale, è diretta ad eliminare proprio quel pregiudizio, per impedire il verificarsi del quale si sarebbe potuto esperire l'opposizione¹²⁸. Sembra,

diverse in un contesto imprenditoriale e non (v. CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento* (Napoli, 1965), 39 ss.; CALVOSA, "Fallimento e patrimonio d'impresa: luci ed ombre della vigente disciplina", *Giur. comm.*, 2003, I, 521 ss.) e il fallimento applicabile al primo caso certo risulta essere uno strumento esecutivo ben più incisivo a favore degli interessi dei creditori rispetto all'esecuzione ordinaria (si pensi all'attuazione rigorosa della *par condicio* che solo nel fallimento trova attuazione o alla disciplina più rigorosa della revocatoria fallimentare rispetto a quella ordinaria).

¹²⁶ Nel testo quindi si respinge l'opinione che nega che rispetto ad alcune ipotesi di trasformazione possa dirsi sussistente un pericolo di pregiudizio per i creditori (v. sopra nt. 125 e testo corrispondente). Ciò trova conferma anche nel rinvio dell'art. 2500-*novies* all'art. 2445, ult. co., c.c. (che appunto prevede che il tribunale deve accertare, in relazione all'opposizione, "il pericolo di pregiudizio"). Quello indicato nel testo (cioè il puntuale soddisfacimento dei diritti dei creditori) è individuato anche da R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 523 come il pericolo di danno (che può anche prescindere dalla diminuzione della garanzia patrimoniale) che può fondare l'opposizione alla fusione.

¹²⁷ BELTRAMI (*supra*, n.123), 1232, che parla dell'opposizione come mezzo di tutela preventivo, rispetto a quello successivo (al verificarsi del danno) del risarcimento.

¹²⁸ In senso analogo v. FERRARA JR.- CORSI, *Gli imprenditori e le società* (Milano, 2001), 898; VICARI, "Effetti dell'iscrizione della delibera di fusione nel registro delle imprese", *Giur. comm.*, 1995, 512; SCOGNAMIGLIO, (*supra*, n.88), 900 (tutti in relazione alla fusione). A seguito dell'opposizione, infatti, la trasformazione può aver luogo solo con la prestazione da parte dell'ente trasformando di adeguate garanzie (cfr. 2500-*novies*, 2 co., c.c. che rinvia all'art. 2445 c.c.). Non mi pare al riguardo condivisibile l'argomentazione adotta da BELTRAMI (*supra*, n.123), 1247, per negare il rapporto di pregiudizialità fra l'opposizione concessa ai creditori in caso di fusione e l'azione risarcitoria. L'autore afferma che "queste azioni stanno su piani funzionali differenti" e che l'una ha una funzione cautelare, mentre l'altra ha una funzione riequilibratrice. Ma si aggiunge anche che "l'opposizione...serve ad evitare che la fusione

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

pertanto, inevitabile applicare alla fattispecie il principio del venire contra factum proprium¹²⁹.

Contro tale conclusione non pare si possa obiettare la violazione degli art. 3 e 24 Cost. da parte degli artt. 2500-bis e 2500-novies c.c., in quanto, considerare il giudizio di opposizione quale presupposto giuridico dell'azione risarcitoria "significherebbe estendere a quest'ultima il termine di due mesi" previsto per il primo

riduca il grado di solvibilità della società debitrice...[mentre] l'azione risarcitoria...consente di agire nei confronti dei danni sofferti a causa della fusione". Questi rilievi mi sembrano non smentire, quanto confermare l'attiguità funzionale dei due rimedi in esame. Si può convenire che l'opposizione abbia una funzione cautelare, nel senso che consente di prevenire il verificarsi del pregiudizio; ma si deve allora ammettere che essa ha una funzione anticipatoria della tutela offerta dal risarcimento (come insegna rispetto alle azioni cautelari la dottrina processual-civilistica). In senso contrario al rapporto di pregiudizialità fra opposizione e azione risarcitoria anche VAIRA (*supra*, n.32), 2248, in base all'assunto (che però non sembra condivisibile) per cui l'opposizione può avere ad oggetto anche valutazioni di convenienza economica dell'operazione. Certo l'opposizione può prescindere dall'invalidità della trasformazione (ma sul punto v. SARALE, (*supra*, n.122), 2306-2307, la quale ammette anche la possibilità di fondare l'opposizione sull'invalidità della trasformazione). Tuttavia il pericolo di pregiudizio che l'opposizione consente di evitare (sospendendo l'efficacia della trasformazione) si tramuta in danno quando la trasformazione sia realizzata. Il fatto che il creditore, con l'esercizio dell'opposizione, non contesti l'invalidità della trasformazione non toglie che, esercitando con successo la stessa, costui avrebbe impedito l'efficacia di un'operazione invalida e, per questo, fonte per lui di un danno *contra ius* e *non iure*. Da qui la contraddizione fra il comportamento del creditore prima inerte in sede di opposizione e che successivamente agisca per il risarcimento del danno.

¹²⁹ Così, (sebbene in riferimento alla fusione), R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 667 e VICARI (*supra*, n.128), 512, ove a nt. 22 ampi riferimenti in ordine alle perplessità circa la vigenza del principio nel diritto societario. La vigenza di quest'ultimo, tuttavia, è dimostrata in PORTALE, "Impugnativa di bilancio ed *exceptio doli*", *Giur. comm.*, 1982, I, 418 e 421 ss., ove si smentisce anche la possibile obiezione per cui il principio si applica solo in caso di comportamenti attivi e non di quelli (qual è quello in esame) omissivi. Per un ampio inquadramento dogmatico del principio menzionato v. ASTONE, *Venire contra factum proprium* (Napoli, 2006. Applicandolo alla questione in esame, il creditore con il proprio comportamento inerte omette di avvalersi di uno strumento di tutela per impedire il verificarsi di un pregiudizio, contro il quale vuole, successivamente reagire in via risarcitoria. Così, egli pone in essere due comportamenti che entrano in contraddizione, l'uno antitetico all'altro; il che è impedito dal divieto in esame. Il carattere succedaneo dell'opposizione rispetto al rimedio risarcitorio (dal che deriva l'applicabilità del principio di auto responsabilità, che preclude l'esercizio del secondo in caso di mancato esperimento del primo) trova conferma nella giurisprudenza teorica e pratica che qualifica (sebbene in relazione alla delibera di fusione) l'opposizione come una forma atipica di impugnazione concessa ai creditori (ampi riferimenti in BELTRAMI (*supra*, n.123), 1237 nt.27 e 1244 nt.44).

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

rimedio e, dunque, determinare una disparità di trattamento tra soci, da una parte, e creditori, dall'altra, in ordine all'esercizio della stessa azione risarcitoria¹³⁰. Questo rilievo non sembra considerare, infatti, che la violazione del principio di uguaglianza formale consiste – nella giurisprudenza della Corte Costituzionale¹³¹ – nell'irragionevole diversità di trattamento previsto dalla legge per situazioni uguali. Tale condizione non ricorre, però, nel caso in esame: fra la situazione dei soci e quella dei creditori sussiste un profilo di diversità normativa essenziale, costituito proprio dalla previsione a favore dei secondi di uno strumento di tutela (l'opposizione) non equiparabile all'impugnazione esperibile dai primi. Al riguardo è sufficiente notare che, se quest'ultima risulta praticamente non utilizzabile – come più volte ripetuto – prima che intervenga la preclusione ex art. 2500-bis c.c., l'opposizione, invece, è esperibile entro un termine predeterminato e certo, in modo da risultare idoneo ad esplicitare la funzione di tutela per cui è stato previsto¹³².

Inoltre l'applicabilità del principio del venire contra factum proprium dipende dal ricorrere di una condotta precedente quantomeno colposa, ossia conseguenza di un difetto di diligenza dell'agente¹³³. Ciò premesso, rispetto al socio non può certo dirsi – per quanto già rilevato – che la mancata impugnativa della delibera costituisca una negligenza; quindi non può applicarsi il principio di autoresponsabilità, precludendogli il ricorso all'azione risarcitoria.

¹³⁰ L'azione risarcitoria concessa ai soci, infatti, non deve essere esperita entro il termine di sessanta giorni. BELTRAMI (*supra*, n.123), 1246 ss., ma in relazione ad una valutazione del rapporto di pregiudizialità fra opposizione e azione risarcitoria nella fusione.

¹³¹ Sulla quale fra i molti v. CARUSI, "Principio di uguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista", *Studi in onore di Rescigno* (Milano, 1998), I, 223.

¹³² Con la conseguenza – già sopra evidenziata nel testo – che affermare un rapporto pregiudiziale fra l'impugnazione e l'azione risarcitoria significherebbe collegare all'adempimento pubblicitario prescritto per la singola ipotesi considerata un'efficacia sanante non solo dei vizi della delibera, ma anche delle responsabilità derivanti dalla realizzazione dell'operazione. Un discorso analogo non è riproponibile, però rispetto all'opposizione, posto che i creditori hanno sessanta giorni dall'adempimento pubblicitario prescritto dalla legge per esperirla. Non mi sembra che si possa sostenere che, imponendo ai creditori l'onere di esperire l'opposizione preventivamente, essi siano privati di ogni tutela.

¹³³ Laddove nessun difetto di diligenza possa essere rimproverato ad un soggetto rispetto al comportamento tenuto per primo, il successivo comportamento difforme non può essere considerato come *venire contra factum proprium* (per uno spunto PORTALE (*supra*, n.129), 421). Ed infatti, la dottrina che ritiene il principio applicabile in caso di mancato esercizio dell'opposizione ne esclude concordemente l'operatività nei casi in cui i creditori non abbiano esercitato il rimedio per cause a loro non imputabili quali (nella fusione) l'anticipata stipulazione dell'atto o le inesattezze contenute nei documenti informativi circa la reale consistenza patrimoniale delle società (v. R.SANTAGATA, (*supra*, n.57), 667; VICARI (*supra*, n.129), 513 nt. 21 e 550 nt. 37).

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Diversamente, al creditore che non eserciti l'opposizione entro il congruo termine (nel senso di non abbreviabile da comportamenti di terzi e sufficientemente ampio) previsto dalla legge, può imputarsi quella negligenza che consente di qualificare la successiva richiesta di risarcimento come incompatibile (cioè in contraddizione) con il suo comportamento precedente¹³⁴.

10. La fattispecie fonte della responsabilità risarcitoria

Continuando a individuare le regole applicative dell'azione risarcitoria di cui all'art. 2500-bis, comma 2, c.c. si può affermare che la stessa potrà essere esperita unicamente in caso di invalidità della delibera di trasformazione. Intanto perché non sussistono dubbi sul fatto che l'azione lì disciplinata costituisce un rimedio sostitutivo della tutela reale (v. sopra); come tale essa presuppone l'invalidità della trasformazione¹³⁵.

A tale osservazione consegue che la fattispecie in esame contempla necessariamente una responsabilità avente natura risarcitoria (a prescindere dal problema – comunque discusso in dottrina – se si tratti di responsabilità contrattuale o aquiliana). La delibera di trasformazione, infatti, determina un danno (eventuale) *contra ius* e non *iure* in quanto conseguente ad un atto sociale illegittimo perché invalido¹³⁶.

¹³⁴ In aggiunta a quanto affermato nel testo, sembra si debba condividere l'ulteriore rilievo (formulato su un problema analogo, ma in relazione alla fusione) di R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 667 nt. 191, ove si afferma che “posto...che l'ordinamento offre ai creditori la possibilità [certa ed utilizzabile senza difficoltà eccessive, si aggiunge] di opporsi ad una fusione potenzialmente lesiva dei loro diritti, un'interpretazione che riconoscesse ai creditori inerti la facoltà, a fusione avvenuta, di chiedere un risarcimento del danno verrebbe a ledere l'affidamento, riposto dalla società, nella neutralità della fusione per le ragioni creditorie”. Il diritto, così come la sua interpretazione, deve sempre tener conto dei conflitti di interessi che devono essere composti. Nel nostro caso mi pare che l'interesse del creditore inerte e negligente non possa affatto prevalere su quello, appena individuato, della società.

¹³⁵ Così, sebbene in relazione alla fusione BELTRAMI (*supra*, n.8), 179 e la dottrina citata a pag 110 nt. 26. Svincolano invece completamente l'imputazione della responsabilità risarcitoria (sempre in caso di fusione) dall'invalidità della delibera gli autori citati da BELTRAMI, cit., 181, nt. 220.

¹³⁶ Che l'illiceità della delibera risieda proprio nella sua invalidità è riconosciuto da BELTRAMI (*supra*, n.8), 180; LENER, “Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni”, *Riv. dir. comm.*, 2004, 84; GUERRIERI (*supra*, n.5), 430; e da ultimo da RORDORF, art. 2377, in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società* (Padova, 2010), 857, per il quale “se è vero che, in via di principio, le regole di validità e quelle di comportamento operano su piani diversi,...meno agevole è escludere che la violazione di regole di validità non si traduca anche in un comportamento illegittimo dal quale, se ne siano derivati danni, può scaturire anche un obbligo risarcitorio”. Una volta divenuta inoppugnabile a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese la delibera di trasformazione cessa di essere un “atto

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Per questo la disciplina recepita nella norma in commento risulta tributaria di quell'opinione dottrinarica che – valorizzando la doppia natura della società come contratto e come organizzazione – riconosce come la violazione delle regole societarie possa rilevare anche su un piano diverso da quello della validità, dando “luogo ad obblighi risarcitori e quindi esse[ndo] valutata in termini di illiceità”¹³⁷.

11. Il danno da trasformazione

Il 2 co. dell'art. 2500-bis c.c. costituisce una prescrizione dal tenore letterale generico¹³⁸. Al fine di ricostruire i caratteri dell'azione lì disciplinata, dunque, pare opportuno attribuire particolare rilievo alla funzione sostitutiva della tutela invalidatoria¹³⁹, per assolvere alla quale essa è stata introdotta dalla riforma del diritto

procedimentale”, e diviene “un fatto inattaccabile...che origina da un atto”, che, in quanto invalido è illecito (cfr. BELTRAMI (*supra*, n.8), 147).

¹³⁷ ANGELICI, “Le basi contrattuali della società per azioni”, in ANGELICI, G.B. FERRI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati* (Torino, 1997), 314 ss. nt 47. Quanto si afferma nel testo consente di negare la natura indennitaria della responsabilità di cui all'art. 2500-bis (v. in relazione all'omologa disciplina della fusione, la dottrina citata da BELTRAMI (*supra*, n.8), 178, nt. 210). A parte il fatto che la lettera della norma parla di “risarcimento” (SACCHI, “Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza”, in ABBADESSA, PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2006), 2, 162), la dottrina prevalente ritiene che l'indennizzo costituisca una forma di compensazione monetaria della lesione apportata da un *atto legittimo* (v. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità* (Milano, 1994), 584 ss.; MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, (Milano, 2007), 117), non da un atto antiggiuridico (VICARI, (*supra*, n.129), 305). Ma allora se la responsabilità in esame presuppone l'invalidità della delibera di trasformazione e dunque la sua illegittimità, essa deve essere qualificata come risarcitoria. D'altronde merita rilevare che laddove l'ordinamento societario ha voluto imporre un obbligo risarcitorio a fronte di una delibera valida, lo ha espressamente previsto (cfr. gli artt. 2383, 3 co, c.c.). Poiché tale esplicita previsione non ricorre nell'art. 2500-bis, 2 co., pare prudente concludere che si è di fronte ad una responsabilità risarcitoria in quanto avente titolo in una delibera illecita poiché invalida, posto che la responsabilità da atto lecito ha natura eccezionale (GAZZONI, *Manuale di diritto privato* (Napoli, 1993), 280).

¹³⁸ L'omologa prescrizione dell'art. 2504-*quater*, 2 co., è stata definita da ampia parte della dottrina come una clausola generale “di imputazione di obbligazioni...tese a restaurare l'interesse di volta in volta sacrificato” R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 645 ss.; BELTRAMI (*supra*, n.8), 24 ss. e gli ampi riferimenti indicati nelle note corrispondenti.

¹³⁹ Tale funzione emerge già dal tenore letterale della disposizione, che a fronte dell'assoluta preclusione dell'esperibilità di strumenti di tipo demolitorio fa salva la tutela risarcitoria. Uno spunto in tal senso proviene anche dalla legge delega 366/2001 ove in relazione alle delibere assembleari (in ciò si risolve la trasformazione, almeno in caso di trasformazione di s.p.a. e di s.r.l.) si attribuisce al legislatore delegato il potere di prevedere “l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità”, dunque sostitutivi di tale forma di protezione. In dottrina RORDORF (*supra*, n.140), 858 relativamente all'azione *ex art.* 2377, 4 co., c.c. e gli

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

societario. In altri termini, l'azione risarcitoria ex art. 2500-bis c.c. deve essere ricostruita considerando che essa funge, nelle intenzioni del legislatore, da strumento di tutela equivalente rispetto all'invalidità, ma capace di contemperare – al contrario di quest'ultima - la protezione dei soci con le “esigenze di stabilità e certezza dell'attività sociale”¹⁴⁰. A tal fine, diviene quindi essenziale determinare preliminarmente l'interesse tutelato in via reale con l'impugnazione della delibere assembleari.

11.1. Segue: l'interesse tutelato dall'impugnativa delle delibere assembleari.- Ante riforma la dottrina prevalente riteneva che l'impugnazione delle delibere assembleari adempisse la funzione di difendere l' “interesse ad un contenuto diverso – nel senso di più conveniente per il socio impugnante – da quello che la medesima delibera aveva avuto in seguito alla violazione” della sua disciplina legale e statutaria¹⁴¹. Il sacrificio di tale interesse individuale del socio connesso al merito della delibera - per effetto dell'adozione del principio maggioritario (che soddisfa l'esigenza di funzionalità della società) - risultava giustificato solo in caso di conformità della delibera alla legge e all'atto costitutivo; la violazione di questi ultimi rendeva, invece, rilevante l'interesse personale del socio, legittimandolo ad esperire l'impugnazione. Per poter esercitare tale rimedio, peraltro, la dottrina riteneva non sufficiente invocare una generica pretesa al ripristino della legalità, ma richiedeva la prova di un pregiudizio (anche, ma non necessariamente) patrimoniale, anche potenziale¹⁴².

Occorre peraltro aggiungere che l'interesse legittimante i soci ad impugnare le delibere assembleari comprendeva anche la pretesa ad evitare non soltanto un pregiudizio al proprio patrimonio, bensì anche lesioni meramente riflesse in quanto incidenti direttamente sulla società. Il che si desumeva dal combinato disposto di cui agli artt. 2373 e 2377 c.c.¹⁴³.

11.2. Segue: conseguenze in merito alla natura del danno risarcibile¹⁴⁴.- Il fatto che l'azione risarcitoria ex art. 2500-bis, 2 co., c.c. sia stata introdotta come strumento

autori citati da BELTRAMI (*supra*, n.8), 168 a nt. 181.

¹⁴⁰ Art. 4 co. 7, lett. b), l. 366/2001.

¹⁴¹ G. FERRI, *Le società* (Torino, 1987), 652; ZANARONE, “L'invalidità delle deliberazioni assembleari”, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (Torino, 1994), 3, 271 ss.

¹⁴² ZANARONE (*supra*, n.141), 378 ss.

¹⁴³ Al riguardo v. BELTRAMI (*supra*, n.8), 126 ss.

¹⁴⁴ In merito al danno risarcibile a favore dei soci sono stati fatti i seguenti esempi: la perdita derivante dal mutamento delle caratteristiche tipologiche della partecipazione, al quale consegue un deterioramento della redditività o negoziabilità della medesima (GUERRERA (*supra*, n.103), 306, con riferimento alla trasformazione regressiva, a causa della ridotta negoziabilità delle quote; ed in caso di trasformazione in consorzio o comunione d'azienda). Ma si potrebbe anche

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

di tutela sostitutivo dell'impugnazione risulta rilevante, intanto, in ordine all'individuazione delle caratteristiche del danno. Si vuol sostenere, infatti, che la riforma non abbia voluto lasciare privo di protezione l'interesse precedentemente tutelato con la pronuncia di invalidità della delibera, ma abbia soltanto individuato una forma di tutela suscettibile di essere conciliata con "l'irreggibilità degli effetti dell'attività organizzativa"¹⁴⁵. Ma allora, stante le caratteristiche - appena sopra individuate - dell'interesse protetto dall'impugnazione della delibera invalida, l'art. 2500-bis c.c. deve considerarsi fonte nel nostro ordinamento di un'azione risarcitoria che - eccezionalmente per il diritto societario - consente al singolo socio di ottenere anche il risarcimento individuale di lesioni subite indirettamente, come riflesso del danno direttamente cagionato alla società¹⁴⁶.

Una simile conclusione sembra imposta dall'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame. Qualora ci si limitasse a considerare quest'ultima come una mera clausola generale avente semplicemente la funzione di rinviare alle azioni risarcitorie già previste nell'ordinamento¹⁴⁷ si incorrerebbe, probabilmente, in

portare come esempio la trasformazione da società di capitali in associazione dove è preclusa la distribuzione di utili e del residuo patrimoniale una volta pagati i creditori (CAGNASSO, A.BONFANTE (*supra*, n.1), 115); ancora si può pensare ad una violazione del principio della neutralità della trasformazione omogenee rispetto alla posizione reciproca dei partecipanti all'ente trasformando: quindi al caso in cui la partecipazione assegnata nell'ente di arrivo non sia equivalente a quella nell'ente di partenza (sulle difficoltà della relativa operazione di conversione v. CETRA, (*supra*, n.17), 167 ss.). Per quanto concerne i terzi il danno risarcibile potrebbe per es. verificarsi in caso di trasformazione regressiva da s.r.l. a s.n.c. per il creditore particolare del socio che prima della trasformazione poteva espropriare la quota (art.2471 c.c.) e dopo non può chiedere la liquidazione finché dura la società (art. 2305 c.c.). Per ulteriori esempi VAIRA (*supra*, n.32), 2253 ss. ed inoltre sopra nel prgr. dedicato all'opposizione dei creditori: quelli lì indicati come possibili pregiudizi, capaci di fondare, l'opposizione possono essere considerati come danni, una volta realizzata la trasformazione.

¹⁴⁵ BELTRAMI (*supra*, n.8), 76, in merito all'art. 2504-*quater*

¹⁴⁶ V. GUERRERA (*supra*, n.103), 306 e nt. 183.

¹⁴⁷ Con tale espressione si allude a tutte quelle azioni "che hanno come presupposto una condotta illecita...di un soggetto direttamente o indirettamente collegato alla società" a disposizione dei soci o dei terzi (BELTRAMI, (*supra*, n.8), 105, ove ampi esempi: artt. 2395, 2476, co. 6...). Alla tesi esposta nel testo aderiscono, in riferimento all'omologa norma, rispetto a quella in esame, in materia di fusione, D'ALESSANDRO, "La tutela delle minoranze fra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori", *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 707, 712, per il quale "la preclusione della tutela invalidatoria non comportava preclusione anche di quella risarcitoria, se ed in quanto spettante *in base ad altre norme o ai principi del sistema*" (corsivi aggiunti); GIUSTINI (*supra*, n.110), 392; DI SARLI (*supra*, n.110), 965 ss.; R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 646, anche se però per quest'ultimo l'art. 2504-*quater* c.c. non si limita a rinviare all'esperibilità delle azioni risarcitorie tradizionali, ma consente inoltre ai soci e ai terzi di agire anche nei

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

un'interpretazione della norma di dubbia costituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost. Infatti, è principio generale del diritto societario quello dell'impossibilità per il singolo socio di ottenere a vantaggio della propria sfera patrimoniale il risarcimento dei danni c.d. riflessi, ossia attinenti direttamente al patrimonio sociale. Ne consegue che l'interesse protetto per mezzo dell'impugnazione delle delibere assembleari risulterebbe parzialmente privato di tutela giurisdizionale in conseguenza della prevista preclusione dell'esperibilità dei rimedi reali e della loro sostituzione con un rimedio risarcitorio: le azioni risarcitorie previste dal diritto societario aliunde rispetto al 2 co., dell'art. 2500-bis c.c. non consentono al socio, a differenza del rimedio demolitorio (v. prgr. prec.), di ottenere protezione contro i danni meramente riflessi. Interpretando l'art. 2500-bis, 2 co., c.c., come norma di mero rinvio, quindi, si lascerebbe privo di protezione, rispetto a quest'ultimo tipo di pregiudizi patrimoniali, un interesse certamente da qualificare come meritevole di tutela giurisdizionale in base agli indici normativi ricavabili dall'ordinamento (cfr. prgr. prec. e in part. gli artt. 2373 e 2377 c.c.)¹⁴⁸. Il che sembra in contrasto con l'art. 24 Cost.¹⁴⁹.

All'interprete si impone¹⁵⁰, pertanto, di attribuire alla norma in esame un significato conforme alla Costituzione¹⁵¹. E l'unico modo per pervenire a tale risultato è

confronti della società risultante dalla fusione.

¹⁴⁸ BELTRAMI (*supra*, n.8), 139 ss., seppur in relazione alla fusione. V. il medesimo autore p. 138-139 per la rilevanza del pregiudizio riflesso (e quindi dell'interesse corrispondente del socio ad essere tutelato) ai fini dell'esperibilità del rimedio demolitorio.

¹⁴⁹ Dal quale si ricava il divieto per il legislatore di lasciare totalmente prive di protezione situazioni giuridiche soggettive che sono giudicate degne di essere tutelate dall'ordinamento. V. BELTRAMI (*supra*, n.8), 123 che cita al riguardo COMOGLIO, "Commento all'art. 24 Cost.", in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione* (Bologna-Roma, 1981), 6.

¹⁵⁰ Per la collocazione fra i principi ermeneutici, di quello che impone di non attribuire al testo di legge significati incompatibili con norme costituzionali, v. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale* (Torino, 1996), 1, 75, secondo il quale la regola dell'interpretazione adeguatrice deriva dalla struttura dell'ordinamento giuridico vigente; MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale* (Torino, 2003), 106 ss.; DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale* (Torino, 1999), 299; FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico* (Milano 2003), 166. È evidente come nel dettare la disciplina del procedimento ermeneutico l'art. 12 disp. prel. c.c. risenta dell'antiorità rispetto alla Costituzione. Ciò nonostante, è impensabile che all'applicazione dei principi costituzionali sia attribuito un ruolo meramente sussidiario rispetto ai criteri indicati dalla disposizione preliminare: in tal modo si altererebbe la gerarchia delle fonti oltre che il carattere rigido della nostra Costituzione.

¹⁵¹ Tenuto anche conto che sussistono rispetto all'art. 2500-bis tutti i presupposti per l'applicazione dell'interpretazione adeguatrice. In particolare il carattere polisenso (V. AMOROSO, "L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità", *Foro it.*, 1998, 5, 89 ss.) dell'articolo in

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

quello di considerare l'art. 2500-bis c.c. come norma che fonda un'autonoma azione di responsabilità, che legittima il singolo socio a pretendere il risarcimento anche dei pregiudizi riflessi cagionati dalla delibera di trasformazione invalida divenuta inoppugnabile, in deroga al principio generale vigente in materia risarcitoria nel diritto societario¹⁵². Soltanto adottando tale conclusione è possibile attribuire all'azione prevista dalla disposizione in esame – in coerenza con lo scopo per la quale è stata introdotta – una funzione “effettivamente compensativa ed equivalente anche sul piano dei principi costituzionali che garantiscono l'accesso alla tutela dei diritti”¹⁵³ rispetto a quella invalidatoria.

D'altronde, a conferma della conclusione cui si è appena pervenuti si deve anche considerare che, qualificando l'art. 2500-bis c.c. come una norma avente meramente la funzione di rinviare alle azioni risarcitorie già previste nell'ordinamento, esso verrebbe nella sostanza svuotato di contenuto precettivo ed innovativo. Si perverrebbe, così, ad una inaccettabile – in base ai principi dell'ermeneutica giuridica – interpretatio abrogans della disposizione, privata di qualunque utilità pratica¹⁵⁴.

12. Legittimazione passiva

Il medesimo argomento utilizzato per determinare il tipo di danno risarcibile tramite l'azione di cui all'art. 2500-bis c.c., ovvero il carattere sostitutivo di quest'ultima rispetto all'impugnazione della delibera di trasformazione invalida, consente di determinare anche contro chi il rimedio risarcitorio debba essere esperito.

esame in quanto dal suo tenore letterale non è ricavabile alcun indice che in modo inequivoco deponga per la risarcibilità del solo danno diretto (come accade, invece, per l'art. 2395 c.c.).

¹⁵² Un ragionamento analogo è svolto in merito all'art. 2504-*quater* da BELTRAMI (*supra*, n.8), 126 ss.; e da RORDORF (*supra*, n.136), 858.

¹⁵³ Trib. Milano, 27 novembre 2008, ined., che, però, perviene ad esiti interpretativi differenti da quelli proposti nel testo; Trib. Milano, 2-6 novembre 2000, *Società*, 2001, 252. La soluzione che si suggerisce nel testo pare essere suffragata anche dalle motivazioni delle sentenze rese in ordine alla questione di legittimità costituzionale *ex artt.* 3 e 24 Cost. dell'art. (analogo a quello in esame) 2504-*quater* c.c. Cfr. per esempio App. Milano, 18 gennaio 2002, *Giur. it.*, 2002, 790 ove si afferma che “la disposizione di cui all'art. 2504-*quater* c.c...è conforme alla costituzione, giacché il diritto di far valere i relativi vizi non viene soppresso, ma modificato, potendo il socio dissenziente agire per il risarcimento del danno”. Conf. Trib. Genova, 21 dicembre 2000, *Società*, 2001, 448; Trib. Milano, 16 settembre e 13 maggio 1999, *Giust. civ.*, 2000, I, 547. Tali pronunce escludono la fondatezza della questione di legittimità costituzionale in quanto la tutela reale viene rimpiazzata da quella obbligatoria. Ma allora ne consegue la necessità di ricostruire la seconda in modo da renderla effettivamente capace di adempiere a tale funzione sostitutiva.

¹⁵⁴ In quanto la tutela risarcitoria troverebbe già la propria fonte giuridica in altre disposizioni dell'ordinamento.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Legittimata passiva rispetto all'impugnazione della deliberazione assembleare invalida è la società, come si ricava dall'art. 2378 c.c., che fa riferimento alla "società convenuta"¹⁵⁵.

Pertanto, stante il carattere sostitutivo dell'azione risarcitoria in esame, essa può essere esperita verso il medesimo soggetto che, in mancanza della preclusione imposta dalla legge, sarebbe stata legittimata passiva all'azione di invalidità. Ciò sembra confermato, fra l'altro, anche dal fatto che l'art. 2378 c.c. qualifica espressamente la società come convenuta nell'ipotesi, considerata al co. 2, in cui il giudice debba pronunciarsi unicamente sul risarcimento del danno¹⁵⁶.

La legittimazione passiva dell'ente risultante dalla trasformazione rispetto all'azione ex art. 2500-bis c.c. consegue inoltre, se non ci si inganna, al rispetto del principio ermeneutico secondo il quale occorre preferire interpretazioni che conducano ad attribuire ad una norma una specifica funzione, rispetto a letture tali da indicarne la superfluità. Quest'ultimo sarebbe, infatti, l'esito cui si perverrebbe sia se si ritenesse la disposizione in esame una clausola generale, che rimanda alle azioni risarcitorie proponibili dal singolo socio o creditore sulla base di norme diverse dalla stessa¹⁵⁷; sia qualora si ritenesse la società legittimata passiva all'esercizio dell'azione risarcitoria utilizzando i tradizionali argomenti della teoria organica o dell'art. 2049 c.c.

Infine la legittimazione passiva diretta dell'ente risultante dalla trasformazione ex art. 2500-bis c.c. è ricavabile anche da quanto rilevato in un recente lavoro in materia di danno da fusione. L'idea lì proposta trae spunto dal fatto che la giurisprudenza teorica e pratica non ha esitato a riconoscere un diritto risarcitorio diretto nei confronti della società al socio che, nonostante la rimozione di una delibera invalida, sia comunque rimasto danneggiato¹⁵⁸. Ciò premesso, si conclude per la necessità di ammettere l'obbligo della società di rispondere anche dei danni cagionati da una delibera invalida che non è possibile rimuovere in assoluto¹⁵⁹. Da qui la diretta responsabilità dell'ente trasformato.

¹⁵⁵ Sulla invalidità della delibera di trasformazione v. CAGNASSO, A. BONFANTE, (*supra*, n.1), 107 ss.; sull'invalidità delle delibere assembleari in generale v. ABRIANI, "L'assemblea", in ABRIANI-AMBORSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni* (Padova, 2010), IV, 1, 517 ss.

¹⁵⁶ La conclusione nel testo è pacifica in dottrina. Con riferimento all'azione ex art. 2377 c.c. v. PUPO, "Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario", *Giur. comm.*, 2004, 586 ss.; SACCHI (*supra*, n.2), 165 ss.; NIGRO, (*supra*, n.2), 892; GUERRIERI (*supra*, n.5), 440; RORDORF (*supra*, n.140), 860.

¹⁵⁷ Per agire contro i vari soggetti responsabili sarebbero state sufficienti altre previsioni normative quali, per es., l'art. 2395 c.c. per gli amministratori, l'art. 2407 per i sindaci ecc...

¹⁵⁸ BELTRAMI (*supra*, n.8), 144 e i riferimenti a nt. 122 e 123.

¹⁵⁹ BELTRAMI (*supra*, n.8), 145.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

Certo tale tesi comporta il problema del c.d. autorisarcimento pro-quota dei soci danneggiati: gravando il costo del risarcimento sul patrimonio dell'ente trasformato, esso ricadrebbe di riflesso anche sui soci che agiscono in responsabilità.

La rilevanza di tale possibile obiezione risulta, tuttavia, attenuata dalla seguente considerazione¹⁶⁰.

L'azione risarcitoria "speciale" che si ritiene prevista dall'art. 2500-bis c.c. non esclude l'esperibilità delle altre azioni risarcitorie nei confronti di soggetti - diversi dall'ente trasformato - responsabili per la delibera invalida¹⁶¹. Ne derivano le seguenti conseguenze:

a) del danno cagionato dalla trasformazione al socio (direttamente o indirettamente) risponderanno, in solido secondo i principi del concorso nell'illecito civile, tanto l'ente sottoposto all'operazione straordinaria invalida (ex art. 2500-bis, 2 co.) quanto gli altri soggetti che abbiano causalmente contribuito al realizzarsi della stessa¹⁶². Quindi il danneggiato potrà agire, a sua scelta, o contro questi ultimi, evitando il verificarsi del problema dell'autorisarcimento; oppure contro la società ai sensi della norma in commento e contro tali altri soggetti, in via "integrativa", al fine di ottenere il risarcimento di quella frazione di danno che - a causa della "contitolarità" del patrimonio escusso in prima istanza - non può ottenere dall'ente cui partecipa.

b) se il danno interessa il patrimonio dell'ente trasformato (e solo di riflesso il socio) e comunque la società sia costretta a corrispondere il risarcimento ai sensi dell'art. 2500-bis c.c., essa potrà a sua volta agire in rivalsa nei confronti degli autori

¹⁶⁰ Comunque l'argomento dell'autorisarcimento risulta inidoneo a confutare la ricostruzione proposta nel testo anche per un ulteriore motivo. Tale fenomeno non si verifica soltanto nel caso dell'art. 2500-bis c.c. - qualora si accolga la proposta di considerare legittimato passivo l'ente trasformato -, ma ogni qualvolta la società sia tenuta a risarcire il socio; quindi anche qualora si accettasse la tesi (v. sopra) - qui respinta - che considera l'art. 2500-bis come una semplice clausola generale di rinvio alle azioni generali dell'ordinamento societario. Per esempio, laddove si ritenesse che il socio possa agire in responsabilità (essendo preclusa l'impugnabilità della trasformazione) verso gli amministratori dell'ente trasformato ex art. 2395 c.c. (e v. GUERRERA (*supra*, n.103), 337 ss. per la possibilità di imputare anche agli amministratori la responsabilità derivante da una delibera invalida), in tal caso anche la società risponderrebbe solidalmente; come tale quest'ultima potrebbe essere escussa dal socio, che, pertanto, in sostanza finirebbe con l'auto-risarcirsi. Quindi il problema dell'autorisarcimento non è peculiare della tesi che si sostiene nel testo, ma anche di quella che mira a smentirla, utilizzando tale argomento.

¹⁶¹ Per la possibilità di tale cumulo v. BELTRAMI (*supra*, n.8), 149, nt. 133, che trae argomento dalla disciplina vigente nell'ordinamento tedesco.

¹⁶² Sui possibili legittimati passivi, ulteriori rispetto all'ente trasformato v. R.SANTAGATA (*supra*, n.57), 669 ss. Ma v., per esempio, la possibilità di agire contro il socio di maggioranza, facendone valere la responsabilità deliberativa (applicabile in caso di trasformazione, che consiste in una delibera assembleare). V. al riguardo GUERRERA (*supra*, n.103), *passim*.

STUDI E OPINIONI

TRASFORMAZIONI INVALIDE

materiali dell'illecito, in modo da far gravare su questi ultimi (piuttosto che sul proprio patrimonio) l'onere economico dell'obbligazione risarcitoria¹⁶³.

13. Conclusioni

Nel sostituire alla tutela reale quella risarcitoria in caso di trasformazione invalida, sul modello della disciplina previgente dell'invalidità della fusione e della scissione¹⁶⁴, il legislatore non ha, forse, ponderato opportunamente le differenze intercorrenti sia sotto il profilo procedimentale sia sotto quello degli effetti fra la fusione (e la scissione) e la trasformazione. Tale diversità crea non poche complicazioni all'interprete soprattutto per quel che concerne l'esperibilità dell'azione risarcitoria, essendo spesso differenti i possibili pregiudizi che possono generare la fusione e la scissione (che incidono per lo più sulla consistenza patrimoniale degli enti coinvolti, e, di conseguenza, sulle partecipazioni dei soci) e la trasformazione (rispetto alla quale, al contrario, - come sopra si è cercato di far emergere - non sempre si realizza una pregiudizio inteso in senso tradizionale come menomazione della consistenza patrimoniale dell'ente trasformando)¹⁶⁵. Ne consegue che, nell'applicare il nuovo art. 2500-bis c.c., si rende necessario misurarsi non solo con i dubbi cui già aveva dato luogo l'omologa disciplina in materia di invalidità della fusione (e della scissione) - dubbi che permangono, come emerge dal parallelo, proposto spesso nel testo, fra le diverse operazioni straordinarie -, ma anche con la difficoltà di individuare i nuovi profili di danno suscettibili di essere risarciti a fronte dell'intervenuta preclusione della tutela invalidatoria; e di adattare a tali profili i tradizionali criteri di qualificazione del danno¹⁶⁶.

¹⁶³ Per esempio nei confronti del socio di maggioranza; degli amministratori...

¹⁶⁴ Disciplina ritenuta dalla Relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003 come disciplina che ha ben funzionato in relazione a quelle operazioni straordinarie.

¹⁶⁵ Per tutti v. BUFFA DI PERRERO (*Supra*, n.5), 92 ss. ove ulteriori riferimenti.

¹⁶⁶ Per uno spunto in questo senso v. già GUERRERA (*supra*, n.103), 307.

IL FENOMENO DELL' UTILIZZO DEI DERIVATI DA PARTE DEGLI ENTI LOCALI

Il presente contributo è dedicato alle contrattazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati di cui siano parti gli enti pubblici locali. Si è proceduto alla ricostruzione del quadro normativo del fenomeno, cui ha fatto seguito un'indagine di tipo statistico sul ricorso ai derivati da parte delle pubbliche amministrazioni in campo sia nazionale che regionale, con particolare riferimento alla realtà sarda.

di **ELISABETTA PIRAS**

1. Il quadro normativo

Il carattere speculativo degli strumenti finanziari derivati ha rappresentato la ragione fondamentale per la quale gli enti locali inizialmente non vi hanno fatto ricorso, essendo estranea ai loro fini istituzionali l'assunzione di rischi gravanti su risorse acquisite al loro bilancio attraverso il prelievo fiscale a carico della collettività¹.

Fino alla prima metà degli anni 90 le amministrazioni locali si sono finanziate quasi esclusivamente attraverso il ricorso a mutui offerti dalla Cassa Depositi e Prestiti (CDP) e, in caso di indisponibilità di quest'ultima, attraverso altri istituti di credito.

Con l'avvio del processo di decentramento, la l. 23 dicembre 1994, n. 724 (art. 35) e il successivo Regolamento attuativo di cui al decreto del Ministro del Tesoro del 5 luglio 1996, n. 420, hanno consentito agli Enti locali di far ricorso al mercato dei capitali e di finanziare i propri investimenti attraverso l'emissione di titoli obbligazionari.

Con la legge finanziaria del 2002 (art. 41, l. 28 dicembre 2001, n. 448) si è ampliata la gamma degli strumenti di finanziamento a disposizione degli enti locali e si è consentito loro di svolgere un ruolo più attivo e dinamico nella gestione delle passività.

In particolare, agli enti locali è stato ulteriormente consentito di emettere obbligazioni o stipulare mutui con rimborso del capitale a scadenza in un'unica soluzione (*bullet*)².

¹ Sul punto cfr.: ZAMBARDI, *I contratti derivati degli enti territoriali*, in *I contratti dello Stato e degli Enti locali*, 2009, pp. 151 ss.

² Come si avrà modo di specificare in prosieguo, tale possibilità è venuta meno con la l. n. 133 del 2008.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

A fronte di tali operazioni vi era da parte delle amministrazioni locali l'obbligo di costituire un fondo di ammortamento (*sinking fund*) con la precipua finalità di distribuire in maniera uniforme fra gli esercizi l'onere del rimborso del capitale; in alternativa alla costituzione di tale fondo, si ammetteva di porre in essere un'operazione di *swap* (*amortizing swap*) con un intermediario finanziario per sostituire il rimborso del capitale in un'unica soluzione con l'ammortamento.

Mentre il fondo di ammortamento veniva costituito contestualmente all'emissione delle obbligazioni, presupponendo perciò la disponibilità, in capo all'ente, di un capitale pari a quello relativo all'emissione, anche se temporaneamente investito in altre attività, l'operazione di *swap* di ammortamento a fronte dell'emissione di titoli obbligazionari prevedeva l'obbligo per l'ente di effettuare versamenti periodici all'intermediario il quale, a sua volta, si obbligava a ritrasferire alla scadenza dell'obbligazione l'intero capitale oltre gli interessi. In altri termini, con tale operazione il capitale da rimborsare agli obbligazionisti veniva accumulato presso l'intermediario finanziario (di regola una banca) attraverso i versamenti periodici.

Il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 389 del 1 dicembre 2003 ha dato attuazione all'art. 41 della legge finanziaria del 2002 e ha disciplinato l'accesso degli enti locali al mercato dei capitali. A tale decreto ha, poi, fatto seguito la circolare ministeriale esplicativa del 27 maggio 2004, n. 27.

Con tali interventi, il ricorso ai derivati è stato consentito solo ai fini di copertura dei rischi di cambio e di ristrutturazione dei debiti³, con esclusione di qualsiasi finalità speculativa ed esclusivamente con intermediari dotati di un adeguato *rating*.

È stato rilevato che la finalità di neutralizzazione del rischio valutario o finanziario si è posta per gli enti locali come causa giuridica del negozio, relegando a semplici motivi altre ragioni che potessero indurre alla conclusione del contratto, con la conseguenza che un contratto derivato stipulato da un ente locale per finalità diverse da quelle fissate dal legislatore sarebbe risultato privo di causa⁴.

Le operazioni a copertura del rischio di tasso di interesse potevano essere solo di tipo *plain vanilla*, ovvero, secondo schemi contrattuali standardizzati (*swap* di interesse, *forward rate agreement*, acquisto di *cap* e di *collar*).

Relativamente al ricorso ai derivati per operazioni di ristrutturazione dei debiti è stato consentito solo quando essi:

- 1) non prevedevano una scadenza posteriore a quella delle passività sottostanti;
- 2) non avessero comportato un *upfront* superiore all'1% del nozionale

³ Sul punto cfr. AMOROSINO, *Spunti in tema di strumenti finanziari ed enti locali*, in *Diritto dell'economia*, 2007, pp. 413 ss.

⁴ ZAMBARDI, *I contratti derivati degli enti territoriali.*, cit., p. 152.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

3) non avessero previsto un profilo crescente nel tempo dei valori attuali dei pagamenti da parte dell'ente.

In altri termini, il decreto attuativo e la circolare esplicativa consentivano agli enti locali il ricorso agli strumenti finanziari derivati a fronte di passività effettivamente dovute e a condizione che tali contratti avessero una struttura *plain vanilla*.

Inoltre gli enti potevano concludere i seguenti contratti:

- 1) *swap* di valuta a copertura dei flussi di capitale e dei flussi di interesse
- 2) *swap* di tasso di interesse
- 3) *swap* per l'ammortamento del debito
- 4) *forward rate agreement*
- 5) acquisto di *cap/collar* di interesse
- 6) combinazioni delle operazioni precedenti

Due, invece, erano le ipotesi in cui gli enti dovevano obbligatoriamente far ricorso ai derivati:

- 1) in caso di operazioni di indebitamento in valute diverse dall'euro, ai fini della copertura del rischio di cambio attraverso uno *swap* di tasso di cambio
- 2) in caso di mutui o prestiti con rimborso del capitale in un'unica soluzione alla scadenza, per il quale era obbligatorio in caso di mancata costituzione di un fondo di ammortamento, la conclusione di uno *swap* di ammortamento, con la finalità di evitare che l'ammortamento del prestito gravasse unicamente sul bilancio dell'anno di scadenza delle obbligazioni.

Fino a tale momento non è sorto alcun dubbio di compatibilità di tali strumenti con il perseguimento dei pubblici interessi della pubblica amministrazione ogni qualvolta la finalità di tali contratti è stata quella della gestione del rischio o della ristrutturazioni di posizioni debitorie preesistenti. Anzi, è stato osservato che fosse proprio l'orizzonte teleologico tipico di un ente pubblico territoriale ad esaltare e, ad un tempo, giustificare l'utilizzo degli strumenti derivati, posto che il ricorso ad essi si potesse giustificare e legittimare solo e soltanto con il perseguimento delle finalità pubblicistiche, istituzionalizzate, essendo lo scopo speculativo/lucrativo del tutto avulso da detto orizzonte⁵.

Come si avrà modo di approfondire in prosieguo con l'analisi della casistica, il ricorso agli strumenti derivati da parte degli enti locali è progressivamente avvenuto al di fuori della originaria funzione ad essi assegnata. La scarsità delle risorse finanziarie, derivante dalla riduzione dell'ammontare dei trasferimenti erariali, ha indotto gli enti locali a ricorrere a nuove ed alternative forme di finanziamento delle spese⁶. Del resto,

⁵ DE CANDIA, *Lo swap e l'attività contrattuale pubblica*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2005, pp. 200 e s.

⁶ DE CANDIA, *ult. op. cit.*, p. 198.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

anche in dottrina non mancarono le osservazioni di chi, sulla base dell'autonomia finanziaria degli enti locali a seguito della riforma del Titolo quinto della Carta Costituzionale, riconosceva in capo alle amministrazioni pubbliche la facoltà di far ricorso alla finanza innovativa⁷.

Si è, in particolare, ritenuto che gli sviluppi conosciuti dalla c.d. finanza innovativa hanno offerto alle pubbliche amministrazioni locali la disponibilità di nuovi strumenti e nuove tecniche di finanziamento non solo con il vantaggio di implementare le nuove forme tradizionali di finanziamento ma, talvolta, di consentire un approvvigionamento delle risorse finanziarie e dei capitali persino a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle tradizionali⁸.

In taluni casi, tuttavia, la necessità di risorse finanziarie ha indotto gli enti locali a stipulare contratti aventi ad oggetto strumenti derivati quasi esclusivamente per l'acquisizione di liquidità aggiuntive attraverso la riscossione dell'anticipazione sul contratto versato all'ente all'atto della conclusione del contratto (c.d. *up front*).

Il progressivo uso "distorto" di tali strumenti, rivolto ormai a finalità del tutto difformi da quelle originarie, e la conseguente emersione di situazioni lesive per le finanze degli enti locali hanno indotto il legislatore a porre dei limiti più stringenti al loro utilizzo spingendosi fino al punto di vietarne, nel 2008, il ricorso.

Più specificamente, nel 2006, con la l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) al comma 736 si sono poste le condizioni per le operazioni di gestione delle passività tramite l'utilizzo di strumenti derivati, finalizzandone il ricorso:

- 1) alla riduzione del costo finale del debito
- 2) alla riduzione dell'esposizione ai rischi di mercato
- 3) al contenimento dei rischi di credito
- 4) a fronte di passività effettivamente dovute.

Relativamente al punto 1), occorre precisare che il ricorso al derivato non deve risolversi per l'ente in un onere complessivo finale più elevato rispetto a quello che si sarebbe sopportato in assenza del derivato. In altri termini, il ricorso al derivato deve coprire l'Ente da eventuali variazioni sfavorevoli dei mercati finanziari.

Il comma 737 della legge finanziaria 2007 ha imposto l'obbligo alle Regioni e agli Enti locali di trasmettere al Dipartimento del Tesoro i contratti con cui si pongono in essere le operazioni di ammortamento del debito con rimborso unico alla scadenza e

⁷ Cfr., riportata da ZAMBARDI, *I contratti derivati degli enti territoriali*, cit., p. 151, l' Audizione del Direttore Centrale Area Corporate dell'ABI del 1 aprile 2009 presso la VI Commissione Finanze e Tesoro del Senato, avente ad oggetto *Indagine conoscitiva sulla diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, secondo cui l'operatività in derivati non comporta per gli enti locali un particolare grado di rischiosità posto che essi assumono rischi analoghi ricorrendo ai mutui e ai prestiti relativamente ai quali l'ente locale è chiamato a scegliere tra l'applicazione del mutuo fisso e il mutuo variabile.

⁸ DE CANDIA, *Lo swap e l'attività contrattuale pubblica*, cit., p. 198.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

le operazioni in strumenti derivati. Il successivo comma 738 ha prescritto, inoltre, l'obbligo di conservazione per almeno cinque anni di appositi elenchi aggiornati contenenti i dati di tutte le operazioni finanziarie e di indebitamento effettuate ai sensi della normativa sopraccitata.

Con la legge finanziaria del 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244), il legislatore ha previsto che i contratti relativi agli strumenti finanziari derivati debbano informarsi ai criteri della massima trasparenza ed essere redatti secondo uno schema ministeriale che consenta al Ministero dell'Economia di verificarne la conformità.

Inoltre, l'Ente che sottoscrive i contratti relativi agli strumenti finanziari deve attestare di aver preso piena conoscenza dei rischi e delle caratteristiche degli stessi, evidenziando in un'apposita nota, allegata al bilancio, gli oneri e gli impegni finanziari derivanti da tali attività. I contratti stipulati in violazione di tali norme sono inefficaci e comunicati alla Corte dei Conti per i provvedimenti di sua competenza.

La massima trasparenza è richiesta per i contratti relativi a strumenti finanziari derivati negoziati fuori dai mercati regolamentati OTC strutturati, cioè secondo le esigenze specifiche delle parti e, quindi, non standardizzati.

La norma prevede, altresì, la piena responsabilità degli amministratori dell'ente che devono attestare di aver preso coscienza piena delle caratteristiche delle operazioni finanziarie intraprese e degli eventuali rischi connessi.

Sono, inoltre, sottoposte agli stessi obblighi di controllo le operazioni di rinegoziazione dello strumento derivato precedentemente concluso⁹, con la conseguenza che l'ente locale deve effettuare tutte le valutazioni di convenienza ed assumere le relative delibere di autorizzazione nonché rendere la gestione corrente coerente con gli impegni finanziari assunti.

Per finire, con il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria", convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133, è stata disposta la sospensione dell'operatività dei derivati in attesa di un riordino della materia da affidare ad un apposito regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze¹⁰ ed il divieto per gli enti locali di ricorrere ad operazioni di indebitamento con rimborso in un'unica soluzione alla scadenza, nonché l'inclusione delle operazioni di *up front* tra le operazioni di indebitamento.

⁹ In tal senso, *cf.* Corte dei Conti, Sez. Reg. Lombardia, delibera 28 gennaio 2008, n. 19, in www.corteconti.it.

¹⁰ Tale regolamento, previsto dal comma 3 dell'art. 62 del citato d.l. n. 112 del 2008, è da emanarsi sentita la Consob, la Banca d'Italia e, per i profili di interesse regionale, di intesa con la Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province di Trento e Bolzano.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Nell'ambito del riordino della materia, che dovrà avvenire con uno o più regolamenti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dovranno essere disciplinati la tipologia dei contratti relativi a strumenti finanziari derivati e alle componenti derivate implicite o esplicite ammesse, le informazioni che dovranno essere riportate nei contratti e le informazioni che, per ognuno dei contratti sottoscritti, gli enti dovranno fornire nel bilancio di previsione e nel rendiconto.

La legge finanziaria del 2009 (l. 22 dicembre 2008, n. 203) ha riconfermato gli ambiti di intervento della normativa di riordino, prevedendo la possibilità di ristrutturare i contratti derivati in essere a seguito di una modifica delle passività sottostanti.

I provvedimenti attuativi sono in corso di definizione.

Attualmente, infatti, vi è in pubblica consultazione un regolamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) che introduce una disciplina di dettaglio dei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, anche per quanto attiene alla loro forma e al loro contenuto¹¹.

2. La pronuncia della Corte costituzionale 18 febbraio 2010, n. 52.

In attesa della normativa regolamentare prevista dall'art. 3 della l. n. 203/2008, le Regioni Veneto e Calabria hanno impugnato dinnanzi alla Corte Costituzionale i commi 3 e 6 dell'art. 62 del d.l. n. 112 del 2008 (convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133) per violazione degli artt. 70, 77, 97, 117, 118 e 119 Cost.¹².

La Corte costituzionale ha, innanzitutto, respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Calabria in ordine alla presunta illegittimità costituzionale del d.l. n. 112 del 2008 per violazione degli artt. 70 e 77 Cost.

La Consulta, infatti, ha osservato che sussistono le ragioni di straordinarietà ed urgenza che giustificano il ricorso al decreto legge, la cui disciplina ha la finalità di arginare l'esposizione delle Regioni e degli altri enti locali territoriali ad indebitamenti che, considerata la natura e la struttura finanziaria delle operazioni in derivati, possono esporre i bilanci a significativi pregiudizi.

¹¹ V. *infra*.

¹² Per un commento alla sentenza in esame *cfr.*: G. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, nota a C. Cost., 18 febbraio 2010, n. 52, in *Banca e borsa*, 2010, pp. 18 ss.; GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca e borsa*, 2010, pp. 35 ss.; BENEDETTI, *La competenza statale sulla tutela della Pubblica Amministrazione – cliente nel settore dei derivati finanziari*, in *I contratti*, 2010, p. 1119; ATELLI, *Presunzione di pericolosità per i derivati degli enti locali*, in *Dir. e prat. amm.*, 2010, pp. 28 ss.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Le due Regioni hanno, inoltre, sostenuto l'illegitimità del comma 6° dell'art. 62 nella parte in cui pone il divieto agli enti locali e alle Regioni di far ricorso agli strumenti finanziari, in quanto tale prescrizione violerebbe la competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica che implica necessariamente il rispetto di quella sfera di autonomia costituzionalmente garantita che il divieto nella sostanza rischierebbe di azzerare del tutto¹³.

Inoltre il comma 3° dell'art. 62, nel momento in cui rimette ad una norma secondaria¹⁴ la individuazione della tipologia degli strumenti derivati cui le regioni possono far ricorso, lederebbe in modo significativo le attribuzioni delle autonomie locali e quindi sarebbe illegittimo in quanto violerebbe il comma 6° dell'art. 117 Cost.

Tale disposizione sarebbe, altresì, in contrasto con l'ultima parte dell'art. 119 Cost. - che consente agli enti locali di ricorrere all'indebitamento per finanziare spese di investimento senza limitazione alcuna in ordine agli strumenti utilizzabili - nella parte in cui esclude in toto tale possibilità.

Relativamente al primo profilo, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 62 in discorso nella parte in cui disciplina le condizioni ed i limiti di accesso al mercato finanziario degli enti territoriali, ritenendo che tale materia rientri prevalentemente in quelle della tutela del risparmio e dei mercati finanziari e dell'ordinamento civile.

Queste, in sintesi, le argomentazioni addotte dalla Corte Costituzionale:

1) in materia di tutela del risparmio e dei mercati finanziari viene in rilievo la competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e)). La predetta disposizione costituzionale, nella parte in cui assegna allo Stato la competenza in materia di mercati finanziari, si riferisce, oltre che al mercato bancario ed assicurativo, anche a quello mobiliare che identifica nel mercato finanziario in senso stretto¹⁵.

2) Il comma 3° dell'impugnato art. 62 esprime l'intenzione del legislatore di garantire la tutela del mercato mobiliare allorquando le Regioni e gli enti locali vi accedano attraverso il ricorso ai derivati i quali sono, per loro stessa natura, idonei ad alterare i complessivi equilibri finanziari del mercato di riferimento. In altri termini, tutelando il mercato ed il risparmio,

¹³ A. M. BENEDETTI, *La competenza statale sulla tutela della Pubblica Amministrazione - cliente nel settore dei derivati finanziari*, cit., p. 1119.

¹⁴ Ovvero un regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze emanato secondo la procedura prevista dall'art. 17, comma 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400.

¹⁵ Il mercato mobiliare, inteso come segmento che ha ad oggetto l'emissione e lo scambio di strumenti finanziari, ricomprende tutte quelle misure legislative volte ad assicurare, sul piano macroeconomico e per fini di uniformità sull'intero territorio nazionale, la stabilità finanziaria dei mercati in cui si svolgono le contrattazioni, nonché la tutela del risparmio.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

la disciplina contenuta in tale norma assicura anche la tutela del patrimonio degli enti pubblici. Ne deriva che le regole dettate dalla norma impugnata per i contratti aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati sono destinate ad influenzare direttamente anche quelle generali del mercato, oltre che gli equilibri economici che nella finanza regionale e locale si intendono assicurare.

3) Ulteriore conferma della riconducibilità del contenuto della disciplina in esame alla materia dei mercati finanziari è ravvisabile nella circostanza che l'art. 62, in vista dell'emanazione della nuova normativa in materia di ricorso degli enti locali agli strumenti derivati, prevede che debbano essere sentite la Banca d'Italia e la Consob, ovvero le autorità indipendenti preposte alla vigilanza nel mercato finanziario in senso stretto.

4) Richiamando la sua giurisprudenza, costante nel considerare le norme statali che fissano limiti di spesa per gli enti pubblici regionali espressione della finalità di coordinamento finanziario (art. 117, comma 3, Cost.), la Corte Costituzionale ha, infine, precisato che il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento degli obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari.

Sulla base di tali premesse, la Consulta ha, quindi, concluso che la disciplina dei derivati afferisce ad un complesso di materie che attengono al mercato finanziario, all'ordinamento civile di esclusiva competenza dello Stato e al coordinamento della finanza pubblica di competenza Stato e Regioni. Non essendo contemplato nella Carta Costituzionale un criterio di composizione delle interferenze tra materie e correlative competenze legislative, la Corte ha optato per quello della prevalenza, inquadrando la normativa censurata in via prevalente nelle materie dei mercati finanziari e dell'ordinamento civile, di esclusiva spettanza del potere legislativo statale¹⁶.

Siffatte considerazioni hanno consentito alla Corte di respingere anche la censura formulata dalle Regioni ricorrenti secondo cui la norma impugnata, nella parte in cui rimette ad un regolamento statale la individuazione della tipologia dei derivati utilizzabili dagli enti locali, violerebbe l'art. 117, comma 6, Cost.

Secondo la Consulta il comma 6 dell'art. 117 Cost., nell'attribuire allo Stato la potestà regolamentare, non pone alcuna limitazione connessa alla tipologia dei regolamenti nelle materie che la stessa Costituzione attribuisce alla esclusiva potestà legislativa statale, tenuto altresì conto che, nell'emanazione del regolamento attuativo, è

¹⁶ In ordine al criterio della prevalenza *cf.* anche: C. Cost., 13 giugno 2006, n. 222; C. Cost., 19 dicembre 2006, n. 422; C. Cost., 11 maggio 2007, n. 165; C. Cost., 14 novembre 2008, n. 368; C. Cost., 8 maggio 2009, n. 148.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

stata assicurata la presenza delle Regioni attraverso il coinvolgimento della Conferenza permanente per i rapporti fra Stato, Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano¹⁷.

Infine, quanto alla censura di illegittimità della norma per violazione dell'ultimo comma dell'art. 119 Cost., la Corte costituzionale richiama altre sue pronunce nelle quali si era già chiarito che le nozioni di investimento ed indebitamento non possono essere determinate *a priori* ed in modo univoco¹⁸. Ne consegue che ben può il legislatore statale stabilire il significato di tali nozioni in rapporto alle circostanze ed alle situazioni che assumono rilievo.

Secondo la Consulta, il legislatore statale, con il divieto di stipulare contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, ha evidentemente ritenuto che tale attività, potendo avere natura altamente rischiosa per le finanze degli enti locali e regionali, non possa qualificarsi quale attività di investimento

3. Il Regolamento MEF in pubblica consultazione

Qualche cenno, merita, infine, il Regolamento di attuazione dell'art. 62 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 ancora in pubblica consultazione.

Con esso il Ministero dell'Economia e delle Finanze è stato delegato ad individuare la tipologia degli strumenti finanziari derivati cui gli enti locali e territoriali possono ricorrere; le componenti derivate che tali enti possono includere nei contratti di finanziamento; le informazioni che i contratti derivati o le componenti derivate devono contenere.

Nello specifico, tale regolamento si compone di otto articoli e di un allegato.

L'art. 1, oltre a delineare l'ambito di applicazione poc'anzi tracciato, contiene, altresì, una serie di definizioni che contribuiscono a tratteggiarne il perimetro di efficacia.

In sede di pubblica consultazione si è osservato che talune di esse appaiono poco intelleggibili e difformi dalla terminologia generalmente utilizzata dagli enti locali, prestandosi, inoltre, ad interpretazioni non univoche da parte dei soggetti coinvolti nelle operazioni in strumenti derivati.

¹⁷ E' stato, tuttavia, osservato (G. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, cit., p. 24) che il rinvio alla fonte regolamentare operato dall'art. 62, darebbe luogo alla violazione del comma 3 dell'art. 117 Cost che riserva alla legge statale la sola determinazione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente nelle quali spetta alle Regioni la potestà legislativa. Nel caso di specie, il legislatore non avrebbe dettato le norme di principio e i criteri direttivi cui deve attenersi il regolamento quando individua la tipologia dei derivati cui possono far ricorso gli enti locali e le Regioni. Su tale censura, sollevata dalla Regione Calabria, la Consulta non si sarebbe pronunciata.

¹⁸ C. Cost., 29 dicembre 2004, n. 425 in www.cortecostituzionale.it.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Si segnala, a titolo esemplificativo, la definizione di *up front* di cui alla lett. i) del comma 3 dell'art. 1 che, testualmente, indica "l'eventuale flusso di cassa del portafoglio finanziario strutturato che viene regolato al momento della conclusione dell'operazione in derivati". Essa, infatti, potrebbe ingenerare equivoci.

Innanzitutto si è evidenziato che il mantenimento dell'*up front* - che, ai sensi dell'art. 2, comma 5 non può essere superiore all'1% del capitale nozionale iniziale - non appare coerente con la funzione di mera copertura del debito delle operazioni in derivati ed, anzi, sembrerebbe ingenerare l'equivoco dell'esistenza in siffatte operazioni di un elemento improprio volto ad una diversa funzione di finanziamento incompatibile, come sottolineato dalla Corte dei Conti nelle sue indagini conoscitive¹⁹, con le finalità cui devono essere improntate le operazioni in derivati degli enti locali. Se ne auspica, pertanto, l'eliminazione²⁰. Ove si decidesse di tenere questo valore, si è suggerito di riferirlo alle sole operazioni in derivati e non anche alle altre componenti del portafoglio strutturato ovvero ai contratti di finanziamento con componenti derivate²¹.

L'art. 2 individua la tipologia di derivati cui possono fare ricorso gli enti locali, vietando, contestualmente, tutti quelli che non sono espressamente previsti nell'elenco tassativo. Viene esplicitato che tali operazioni devono essere esclusivamente effettuate nell'ambito della gestione delle passività dell'ente ed in corrispondenza di passività effettivamente dovute e che non prevedano a carico dell'ente tassi di interesse predeterminati in maniera crescente; viene, inoltre, precisato che le operazioni in derivati debbano essere prive di ulteriori componenti derivate, incluse eventuali modifiche nella struttura dei flussi di cassa pagati o ricevuti dall'ente subordinatamente all'estinzione anticipata dell'operazioni medesime, senza, peraltro, chiarire il significato di tale previsione²².

Infine le operazioni in derivati non devono prevedere una scadenza successiva a quella della passività sottostante.

Al di là di talune incertezze interpretative, è condivisibile l'osservazione di chi ritiene che tali previsioni rafforzino il principio della funzione servente del derivato rispetto alla passività sottostante e del necessario impiego a scopo di copertura del rischio²³.

¹⁹ V. *infra*.

²⁰ In tal senso le osservazioni di ABI e Assofinance allo Schema di Regolamento, in www.dt.tesoro.it.

²¹ Sul punto *cf.*: le osservazioni dell'ANCI e Assofinance allo Schema di Regolamento, in www.dt.tesoro.it.

²² In tal senso si leggano le osservazioni dell'ABI citate in precedenza.

²³ SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, cit., p. 32. La stessa A. evidenzia che il giudizio positivo sulla norma non è condiviso unanimemente. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 417.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

L'art. 3 del regolamento detta disposizioni relative all'informativa finalizzata alla trasparenza delle operazioni in strumenti finanziari derivati, specificando che i relativi contratti devono comprendere una versione allegata della traduzione in lingua italiana- che ne costituisce parte integrante - contenente una serie di informazioni che dovrebbero consentire agli enti locali di valutare l'opportunità di stipularli²⁴.

L'approccio metodologico utilizzato dal regolamento consiste nella previsione dell'obbligo in capo agli intermediari di presentare agli enti gli scenari di probabilità del valore a scadenza del portafoglio strutturato a confronto con quelli del portafoglio iniziale, per dare modo di valutare la probabilità o meno di successo dell'operazione (c.d. metodo probabilistico).

Tale approccio dovrebbe, altresì, consentire agli enti sottoscrittori di valutare anche operazioni in derivati particolarmente complesse.

In taluni recenti studi è emersa l'intenzione di sostituire a siffatto metodo un'analisi di sensitività conformemente a quanto proposto dall'ABI in sede di consultazione del regolamento.

In proposito è stato osservato che questo tipo di approccio comporterebbe una notevole perdita di chiarezza dei contratti, perché all'ente sarebbe precluso di conoscere quelle variabili finanziarie che, nel corso di vita dell'operazione, possono influenzare in modi differenti i possibili risultati finanziari in termini di rendimenti o perdite²⁵.

L'art. 4 del regolamento in esame, conformemente a quanto prescritto dal comma 4 dell'art. 62 del d.l. 112 del 2008, richiede che sia riportata in calce al contratto una dichiarazione con la quale la persona incaricata della sottoscrizione in nome e per conto dell'ente attesta che ha pienamente compreso le caratteristiche dell'operazione, incluse la tipologia e il contenuto dell'informativa di cui all'art. 3, comma 1.

Tale norma, comprensibilmente, ha sollevato in sede di pubblica consultazione talune osservazioni che riteniamo di condividere. Nello specifico, si è evidenziato che la semplice dichiarazione resa dalla persona incaricata priva di alcuna verifica oggettiva

²⁴ Trattasi, nello specifico, a) degli elementi indicati nelle lettere da c) a m) dell'articolo 1, comma 3, come definiti nel medesimo comma; b) dell'indicazione esplicita del valore equo alla data di sottoscrizione; c) della descrizione analitica degli elementi di base nei quali è scomponibile il portafoglio finanziario strutturato, indicando, per ciascun elemento, se lo stesso rientra nella passività finanziaria sottostante ovvero nelle eventuali operazioni già stipulate su tale passività ovvero nell'operazione in derivati definita nel contratto. La descrizione deve contenere anche le informazioni necessarie alla determinazione dell'informativa di cui alla successiva lettera d); d) della rappresentazione, in forma sia numerica che grafica, dei risultati delle simulazioni numeriche che identificano il costo implicito dell'operazione in derivati.

²⁵ In tal senso: Ifa Consulting, Assofinance in www.diritto bancario.it, luglio 2011, la quale osserva che l'analisi di sensitività ridurrebbe la rappresentazione dei molteplici possibili risultati finanziari dell'operazione connessi all'evoluzione delle variabili finanziarie ad un numero limitato di perturbazioni dei fattori di rischio individuate a priori in modo deterministico.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

non sembra da sola idonea a raggiungere lo scopo che la norma intende perseguire. A tale fine si è suggerito di individuare i criteri legati all'esperienza e alla professionalità in campo finanziario del personale presente nell'organico dell'ente interessato o in strutture associate a cui lo stesso si appoggi²⁶.

La dichiarazione del funzionario dovrebbe essere supportata da idonea documentazione che, oltre alle informazioni prescritte dall'art. 3 del regolamento medesimo, dovrebbe contenere una valutazione nel merito delle caratteristiche e della tipologia dell'operazione²⁷. Tale valutazione non dovrebbe mai essere effettuata da parte di soggetti controparte nel contratto, come è invece avvenuto in passato²⁸.

D'altra parte, è nell'interesse stesso dell'intermediario che tale dichiarazione non venga, in un momento successivo, contestata dallo stesso ente.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, la Corte dei Conti ha più volte sottolineato nelle sue indagini che tali dichiarazioni, in quanto sottoscritte da funzionari di Enti di piccole o medie dimensioni, privi di qualunque competenza e professionalità in materia, erano nella sostanza prive di valore²⁹.

Si è pertanto suggerito di ricondurre la dichiarazione all'esito di un iter amministrativo certo e predefinito, la cui assenza o mancata correttezza determinerebbe l'invalidità della dichiarazione medesima³⁰.

L'art. 5 del regolamento appare particolarmente significativo poiché commina la sanzione della nullità relativa nella ipotesi di violazione delle norme di cui agli artt. 2 e 3.

L'art. 6 prevede una peculiare procedura di pubblicità stabilendo a carico degli enti l'obbligo di allegare al bilancio di previsione e al rendiconto una nota informativa, sottoscritta dal responsabile della gestione finanziaria, nella quale sono riportate una serie di informazioni relative alla tipologia dell'operazione posta in essere tra quelle consentite dall'art. 2, al capitale nozionale alla base dell'operazione al momento della stipulazione del contratto e alla data di redazione del bilancio, alla passività finanziaria sottostante al momento della stipula del contratto e alla data di redazione del rendiconto e del bilancio e, infine, al valore dei flussi di cassa generati dall'operazione in derivati nel periodo considerato dal bilancio.

Ulteriore profilo degno di nota è la previsione, contenuta nel comma 5 della norma in esame, della costituzione di un fondo rischi per la copertura degli oneri potenziali generati dalle operazioni in derivati in essere.

²⁶ Ce. S.F.E.L.- Emilia Romagna

²⁷ In tal senso v. le osservazioni di Asso Finance citate in precedenza.

²⁸ V. *infra*.

²⁹ Sul punto *cfr.*, altresì, le osservazioni di SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, nota a C.Cost., 18 febbraio 2010, n. 52, cit., pp. 33 ss.

³⁰ V. osservazioni ABI citate in precedenza.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Per finire, il successivo art. 7 subordina l'efficacia dei contratti aventi ad oggetto derivati alla trasmissione al Ministero dell'economia e delle finanze il quale verifica che nell'allegato al contratto siano presenti gli elementi informativi di cui all'art. 3 del regolamento. L'efficacia del contratto, precisa la norma, è subordinata alla sola trasmissione al Ministero, non anche alla summenzionata verifica.

4. La dimensione quantitativa del fenomeno a livello nazionale

Nelle pagine che seguono si procederà alla ricostruzione sintetica della dimensione quantitativa del fenomeno dell'utilizzo degli strumenti derivati da parte degli Enti locali preliminarmente a livello nazionale, per poi focalizzare l'attenzione sulla realtà della Sardegna.

Per quanto concerne la situazione nazionale, un'importante analisi quantitativa del fenomeno è stata offerta dalle recenti relazioni della Corte dei Conti³¹ e della Banca d'Italia³² le quali hanno fotografato, attraverso la predisposizione di grafici e tabelle, gli effetti economici della stipulazione dei derivati sul bilancio degli enti locali.

Dai suddetti studi emerge un quadro indicativo dell'esposizione degli enti che consente di individuare alcuni elementi di criticità del fenomeno.

Un dato rilevante che occorre sin da subito porre in luce è che la tipologia di strumento derivato cui hanno fatto prevalentemente ricorso tali enti nelle operazioni di ristrutturazione del debito è lo *swap*; più specificamente l'*interest rate swap*. Si tratta di operazioni finalizzate alla gestione di effettive passività con finalità di copertura dei rischi e che, nella realtà, hanno invece condotto alla conversione del tasso fisso, applicato dalla Cassa depositi e prestiti per le operazioni di finanziamento a lungo termine, in tasso variabile.

Le prime operazioni in derivati si registrano a partire dal 2000, anche se il fenomeno assume una dimensione quantitativa considerevole negli anni successivi³³ fino al 2008, anno in cui, come si è già rilevato, è stato posto il divieto di stipulazione dei contratti in esame da parte degli enti locali.

³¹ Cfr.: Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Senato della Repubblica 6^a Commissione - Finanze e tesoro- 18 febbraio 2009.

³² Cfr.: *Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni* Audizione del Capo del Servizio Studi di Struttura economica e finanziaria della Banca d'Italia Daniele Franco, Senato della Repubblica 8 luglio 2009.

³³ Sul punto cfr.: LAZZARI, *Un quadro quantitativo e regolamentare per i derivati nelle P.A. locali*, in *I Derivati nelle P.A. locali*, a cura di Nadotti, Milano, 2009, p. 41.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Secondo i dati forniti dalla Banca d'Italia, tra la fine del 2005 e la fine del 2007 il numero degli enti che hanno fatto ricorso ai derivati è quasi raddoppiato, passando da 349 a 669, per poi diminuire a 474 verso la fine dell'anno 2008. A marzo 2009, la situazione si è cristallizzata in questi termini: gli enti interessati, nel dettaglio, erano 3 Regioni, 28 Province³⁴ e 440 Comuni; quelli comunali si rivelano, pertanto, gli enti maggiormente coinvolti in questo tipo di operazioni.

Per quanto attiene alle Regioni, dai dati in possesso della Corte dei Conti e della Banca d'Italia emerge che la Campania (93 enti) e la Lombardia (66 enti) sono le Regioni principalmente interessate, mentre quelle meno coinvolte sono il Molise (5 enti) e la Liguria (11 enti); in Sardegna gli enti coinvolti sono 22.

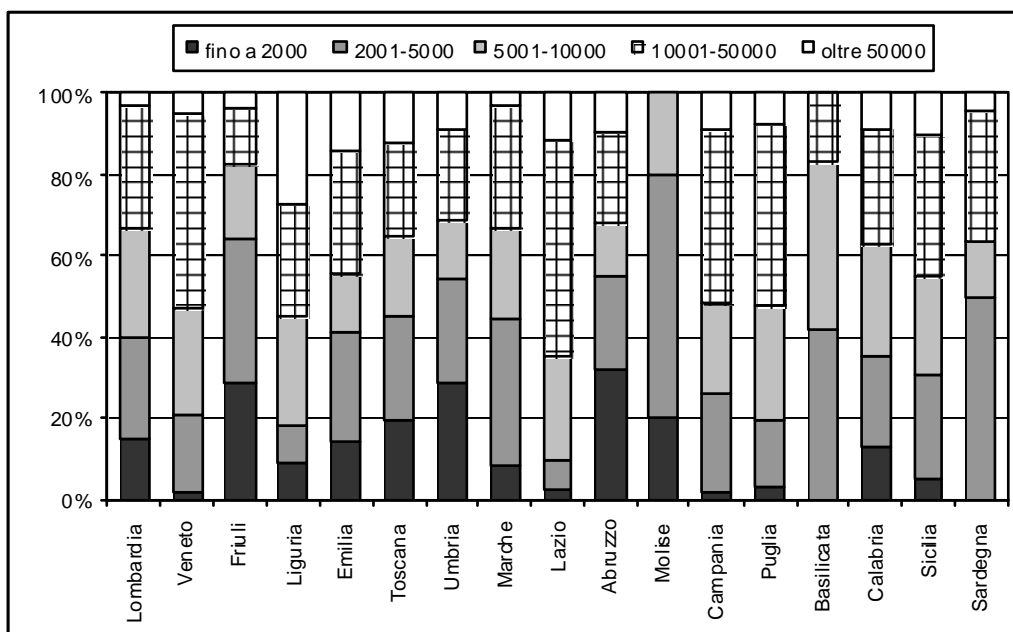
Come messo in luce dalla Corte dei Conti che, in proposito, ha manifestato non poche perplessità, nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti sono stati i Comuni di dimensioni ridotte ad essere stati attirati da tale tipologia di strumenti: infatti, 82 di essi contano una popolazione inferiore ai 2 mila abitanti (pari a poco più dell'11% di tutti gli enti coinvolti), mentre 181 una popolazione compresa fra i 2001 ed i 5 mila abitanti (quasi un quarto di tutti gli enti coinvolti); complessivamente, gli enti coinvolti con popolazione inferiore ai 5 mila abitanti è pari al 35,7% del totale coinvolti, più di uno su tre. (Grafico 1 e Tavola 1 in appendice).

³⁴ Tale dato, a dire il vero, contrasta parzialmente con quello fornito dalla Corte dei Conti, nella citata indagine conoscitiva del 18 febbraio 2009, la quale rileva che sarebbero 40 su un totale di 99 Province prese in considerazione ad essere state coinvolte nella stipulazione di strumenti derivati.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Grafico 1 – Percentuale di comuni con strumenti derivati in essere, per regione e classe dimensionale



Fonte Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 18 febbraio 2009

Un ulteriore aspetto da segnalare è la percezione che gli enti interessati hanno avuto, in base alle conoscenze acquisite al momento della predisposizione del bilancio, dell'andamento dello strumento finanziario stipulato³⁵: nel luglio 2008, più della metà degli enti (387 su 737, pari al 52,5%) hanno comunicato alla Corte dei Conti di subire una perdita, mentre il 36,8% ha considerato vantaggiosa per il proprio bilancio l'operazione posta in essere (Grafico 2 e Tavola 2 in appendice).

La maggior parte degli enti che hanno ipotizzato una perdita si trovano nelle Marche (26 enti, pari al 72,2% del totale della regione) in Friuli Venezia-Giulia e in Umbria (rispettivamente, 20 e 25 enti, con percentuale analoga del 71,4% sul totale della regione), ma, soprattutto, come vedremo nel prosieguo, in Sardegna (16 enti, pari al 72,7% del totale regionale).

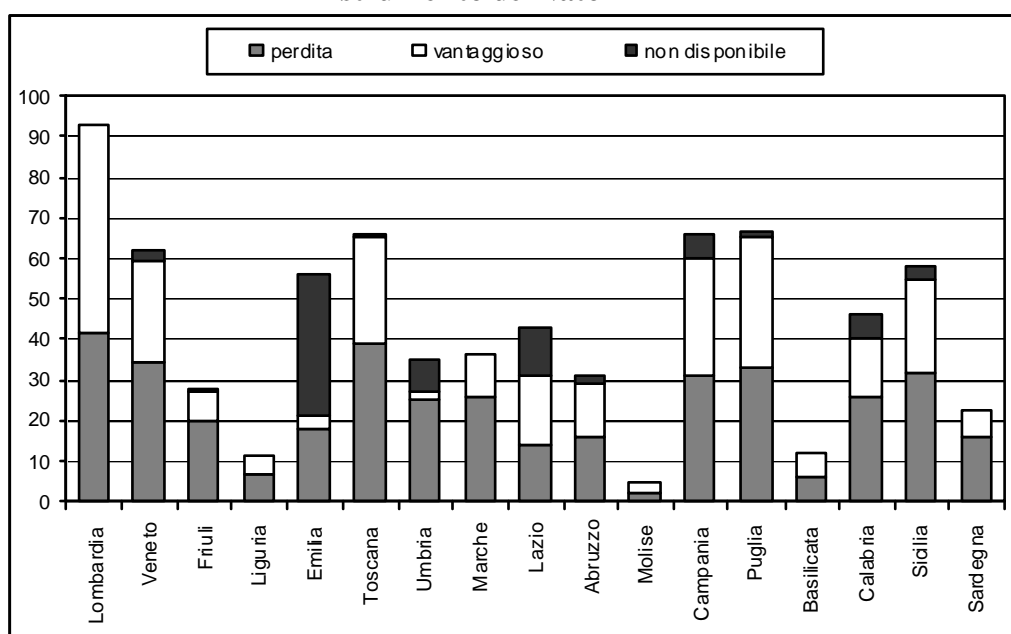
³⁵ Per quanto attiene alla provenienza di tali dati, essi si ricavano dai documenti redatti dai revisori contabili degli enti peraltro sulla base di valutazioni, precisa la Corte dei Conti, non fondate su metodologie comuni.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Fra le Regioni che hanno ipotizzato una situazione positiva per il proprio bilancio spiccano la Lombardia (51 enti, pari al 54,8% del totale della Regione, l'unica insieme al Molise con la maggioranza di enti "positivi") la Puglia (32 enti, pari al 47,8% del totale della regione) e la Campania (29 enti, pari al 43,9% del totale della Regione).

Grafico 2 – Numero di Comuni che ipotizzano una perdita per uno strumento derivato



Fonte Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 18 febbraio 2009

Viceversa, per quanto concerne le Province, solo il 20% di esse (8 su un campione di 40) ha ritenuto di subire una perdita, mentre il 65% ha considerato vantaggiosa l'operazione in strumenti derivati (Tavola 3 in appendice). In particolare, sarebbero le Province della Calabria e delle Marche ad ipotizzare le perdite.

Facendo una stima complessiva delle perdite subite dagli enti locali che hanno fatto ricorso alla finanza derivata, la Corte dei Conti ha quantificato il totale delle perdite in una cifra superiore ai 69 milioni di euro il cui importo maggiore si collocerebbe in Campania (20 milioni: quasi il 30% del totale nazionale) e in Veneto (9,8 milioni, pari al 14,2% delle perdite totali) (Grafico 3 e Tavola 4 in appendice).

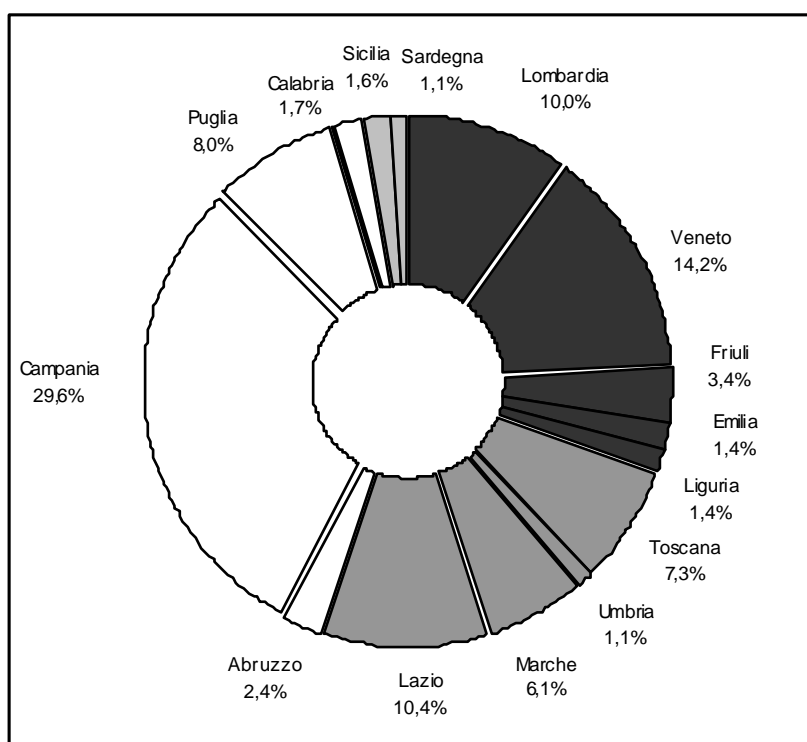
Sarebbe il Meridione l'area del Paese in cui si concentra la parte più significativa delle perdite (più di 29 milioni di euro, pari al 42% del totale nazionale), mentre il Settentrione registra perdite pari a 21 milioni di euro (30,5%); considerevoli anche le

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

cifre registrate dalle regioni dell'Italia centrale (più di 17 milioni di euro, pari a quasi un quarto delle perdite totali), mentre limitate (2,7%) appaiono quelle delle Isole maggiori.

Grafico 3 – Distribuzione regionale delle perdite ipotizzate per strumenti derivati



Fonte Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 18 febbraio 2009

L'analisi per dimensione demografica dell'ente mostra che le perdite maggiori sono registrate nelle fasce più alte, ossia nella classe demografica superiore ai 50 mila abitanti (più di 38 milioni di euro, pari al 55,5% di tutte le perdite ipotizzate a livello nazionale) e nella classe precedente compresa fra i 10.001 e i 50 mila abitanti (più di 23 milioni di euro, pari al 33,5% di tutte le perdite ipotizzate a livello nazionale); complessivamente, gli enti con più di 10 mila abitanti concentrano quasi il 90% delle perdite totali.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

La Corte dei Conti evidenzia, con specifico riguardo all'ammontare complessivo dell'esposizione debitoria dei Comuni interessati, che, in rapporto alla popolazione residente, l'ammontare medio della perdita per ogni abitante residente nei Comuni interessati è pari a 11 euro (Tavola 5 in appendice).

L'ammontare medio più elevato è riscontrabile nei Comuni con popolazione compresa fra i 2001 e 5000 abitanti (14,5 euro) e quello minore appare nei Comuni con popolazione compresa fra i 5001 e i 10000 abitanti (5,9 euro).

APPENDICE

Tavola

a 1

I comuni con strumenti derivati in essere (n° di enti per regione e classe dimensionale)

REGIONE	Dimensione dell'ente (residenti)					TOTALE
	fino a 2000	2001-5000	5001-10000	10001-50000	oltre 50000	
Lombardia	14	23	25	28	3	93
Veneto	1	12	16	30	3	62
Friuli	8	10	5	4	1	28
Liguria	1	1	3	3	3	11
Emilia	8	15	8	17	8	56
Toscana	13	17	13	15	8	66
Umbria	10	9	5	8	3	35
Marche	3	13	8	11	1	36
Lazio	1	3	11	23	5	43
Abruzzo	10	7	4	7	3	31
Molise	1	3	1	0	0	5
Campania	1	16	15	28	6	66
Puglia	2	11	19	30	5	67
Basilicata	0	5	5	2	0	12
Calabria	6	10	13	13	4	46
Sicilia	3	15	14	20	6	58
Sardegna	0	11	3	7	1	22
Totale	82	181	168	246	60	737

Fonte Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 18 febbraio 2009.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Tavola 2
Numero di Comuni che ipotizzano una perdita per uno strumento derivato

REGIONE	valori assoluti				comp. percentuale			
	SI	NO	ND	Totale	SI	NO	ND	Totale
Lombardia	42	51	0	93	45,2	54,8	0,0	100,0
Veneto	34	25	3	62	54,8	40,3	4,8	100,0
Friuli	20	7	1	28	71,4	25,0	3,6	100,0
Liguria	7	4	0	11	63,6	36,4	0,0	100,0
Emilia	18	3	35	56	32,1	5,4	62,5	100,0
Toscana	39	26	1	66	59,1	39,4	1,5	100,0
Umbria	25	2	8	35	71,4	5,7	22,9	100,0
Marche	26	10	0	36	72,2	27,8	0,0	100,0
Lazio	14	17	12	43	32,6	39,5	27,9	100,0
Abruzzo	16	13	2	31	51,6	41,9	6,5	100,0
Molise	2	3	0	5	40,0	60,0	0,0	100,0
Campania	31	29	6	66	47,0	43,9	9,1	100,0
Puglia	33	32	2	67	49,3	47,8	3,0	100,0
Basilicata	6	6	0	12	50,0	50,0	0,0	100,0
Calabria	26	14	6	46	56,5	30,4	13,0	100,0
Sicilia	32	23	3	58	55,2	39,7	5,2	100,0
Sardegna	16	6	0	22	72,7	27,3	0,0	100,0
Totale	387	271	79	737	52,5	36,8	10,7	100,0

Fonte Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 18 febbraio 2009

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Tavola 3 Numero di province che ipotizzano una perdita per uno strumento derivato valori assoluti

REGIONE					comp. percentuale			
	SI	NO	ND	Totale	SI	NO	ND	Totale
Lombardia	0	3	1	4	0,0	75,0	25,0	100,0
Veneto	1	2	0	3	33,3	66,7	0,0	100,0
Friuli	0	4	0	4	0,0	100,0	0,0	100,0
Liguria	1	2	0	3	33,3	66,7	0,0	100,0
Emilia	0	1	3	4	0,0	25,0	75,0	100,0
Toscana	0	2	0	2	0,0	100,0	0,0	100,0
Umbria	1	0	1	2	50,0	0,0	50,0	100,0
Marche	1	1	0	2	50,0	50,0	0,0	100,0
Lazio	0	1	1	2	0,0	50,0	50,0	100,0
Abruzzo	1	2	0	3	33,3	66,7	0,0	100,0
Molise	0	0	0	0
Campania	1	1	0	2	50,0	50,0	0,0	100,0
Puglia	0	3	0	3	0,0	100,0	0,0	100,0
Basilicata	0	0	0	0
Calabria	2	1	0	3	66,7	33,3	0,0	100,0
Sicilia	0	2	0	2	0,0	100,0	0,0	100,0
Sardegna	0	1	0	1	0,0	100,0	0,0	100,0
Totale	8	26	6	40	20,0	65,0	15,0	100,0

Fonte Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 18 febbraio 2009

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Tavola 4

Le perdite dei comuni per strumenti derivati: le somme ipotizzate
(per regione e dimensione del comune - valori in migliaia di euro)

REGIONE	Dimensione dell'ente (residenti)					TOTALE
	fino a 2000	2001-5000	5001-10000	10001-50000	oltre 50000	
Lombardia	72	589	214	2713	3378	6965
Veneto	12	774	198	969	7925	9878
Friuli	64	695	145	1429	0	2333
Liguria	24	17	550	0	402	994
Emilia	54	139	25	453	315	987
Toscana	85	225	388	2173	2173	5043
Umbria	48	113	68	532	0	760
Marche	26	415	221	3223	320	4204
Lazio	12	0	69	7050	96	7228
Abruzzo	45	320	14	392	888	1659
Molise	0	10	30	0	0	40
Campania	21	78	123	858	19469	20548
Puglia	17	212	240	1861	3200	5531
Basilicata	0	60	80	53	0	194
Calabria	12	30	392	642	68	1145
Sicilia	44	183	241	418	257	1143
Sardegna	0	100	180	452	0	732
Totale	537	3960	3178	23217	38490	69383

Fonte Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 18 febbraio 2009

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Tavola 5

Perdita per residente nei comuni che hanno quantificato la perdita ipotizzata da strumenti derivati

(distribuzione per area territoriale e dimensione del comune)

RIPARTIZIONE	Dimensione dell'ente (residenti)					TOTALE
	fino a 2000	2001-5000	5001-10000	10001-50000	oltre 50000	
NordOvest	9,4	36,8	10,3	13,6	4,4	6,8
NordEst	13,2	26,8	4,6	6,8	10,8	9,9
Centro	10,6	9,7	5,7	21,5	3,8	11,4
Sud	11,7	8,3	5,1	4,7	26	13,5
Totale	11,1	14,5	5,9	10,5	11,9	11,0

Fonte Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 18 febbraio 2009

5. La dimensione del fenomeno a livello regionale: il caso della Sardegna

Un prezioso contributo alla ricostruzione della "realtà dei derivati" nella Regione Sardegna è stato offerto dalle indagini condotte dalla Sezione regionale della Corte dei conti sulla taluni enti locali sardi.

La Corte dei Conti, attraverso la sua attività di monitoraggio e controllo collaborativo introdotta dall'art. 7 della l. 5 giugno 2003, n. 131 e dalla l. 23 dicembre 2005, n. 266, ha svolto un ruolo significativo nel far emergere il "fenomeno derivati".

Nello specifico, la l. n. 266 del 2005 (legge finanziaria del 2005), all'art. 1, commi 166 ss., prevede che gli organi di revisione degli enti locali debbono inviare alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto, per consentire agli organi di controllo di verificare che l'ente locale non abbia commesso irregolarità contabili e finanziarie in relazione agli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno e all'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119 Cost.

Se da tali relazioni emerge che l'ente locale ha commesso irregolarità nella gestione o non ha raggiunto gli obiettivi posti dal patto di stabilità, le Sezioni regionali di controllo adottano una "specificata pronuncia" e vigilano sulla adozione, da parte dell'ente locale, delle necessarie misure correttive³⁶. Tale controllo non è, quindi, diretto a verificare la legittimità delle singole operazioni in derivati, ma ad accertare l'economicità della gestione complessiva dell'ente. Infatti, nella ipotesi in cui la Corte

³⁶ Sul punto cfr. SERBASSI, *Esperienza derivati (Prime riflessioni)*, in www.contabilità-pubblica.it, 27/04/2010.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

dei Conti accerti delle difformità rispetto ai canoni della sana gestione finanziaria, invita l'ente ad adottare le necessarie misure correttive e vigila sull'ottemperanza a quanto richiesto³⁷.

Inoltre, il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) segnala alla Corte dei Conti i contratti aventi per oggetto operazioni in derivati che non ottemperano alle disposizioni legislative in vigore affinché essa stessa solleciti gli enti locali, una volta rilevate le suddette violazioni, ad adottare tutti gli atti necessari per conformarsi alle norme violate e quindi comunicare alla Sezione quali iniziative sono state poste in essere per porvi rimedio.

Pertanto, l'intervento della Corte dei Conti, in caso di accertata irregolarità, non ha una finalità sanzionatoria nei confronti degli amministratori o dei dipendenti degli enti, bensì quella di sollecitarli ad adottare le misure necessarie per modificare comportamenti che non rispondano ai canoni di efficienza e di economicità³⁸.

Ciò premesso, la Sezione Sardegna della Corte dei Conti ha effettuato un controllo su un certo numero di operazioni in derivati posti in essere dagli enti locali sardi che, come si è già avuto modo di constatare, sulla base dei dati raccolti dalla Banca d'Italia, al luglio 2009, risultano 22.

In particolare, la sezione regionale ha effettuato un considerevole ed approfondito esame giuridico-economico delle operazioni in esame che le hanno consentito di rilevare significative criticità nelle singole situazioni in cui si sono trovati i Comuni della Sardegna.

Infatti per taluni enti la stipulazione di strumenti derivati nella forma di *interest rate swap* ha comportato conseguenze economicamente pregiudizievoli e produttrici di rischi nuovi e maggiori rispetto a quelli connessi alla preesistente struttura del tasso di interesse, peraltro non compensati da adeguate prospettive di guadagno³⁹.

La Corte ha posto in evidenza che, pur sussistendo una normativa che fino al 2008 ha consentito agli enti locali di ricorrere agli strumenti finanziari derivati (*swap* in particolare) per ristrutturare esposizioni debitorie preesistenti con la precipua finalità di ridurre il peso delle rate dei mutui in corso e contemporaneamente attraverso l'*up front* di ottenere una immediata disponibilità liquida di danaro, si è tuttavia trascurato l'aspetto non meno importante del rinvio al futuro delle obbligazioni e delle conseguenti passività incombenti sulle successive amministrazioni e sui contribuenti.

³⁷ ZAMBARDI, *Il ruolo della Corte dei Conti in materia di contratti derivati degli enti territoriali*, in *Il diritto della regione, Il nuovo cittadino*, in www.diritto.regione.veneto.it, 2009, p. 90.

³⁸ Sul punto, ZAMBARDI, *Il ruolo della Corte dei Conti in materia di contratti derivati degli enti territoriali*, in *Il diritto della regione*, cit., p. 90.

³⁹ ID, *I contratti derivati degli enti territoriali*, cit., p. 149, che mostra un esaustivo quadro della attuale situazione della finanza derivata degli enti locali.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

Si è infatti osservato che la natura e la funzione degli enti locali avrebbe dovuto suggerire una maggiore tutela legislativa nell'ipotesi in cui tali enti ricorressero ad operazioni in strumenti derivati tra le cui molteplici finalità vi è quella speculativa che non può essere loro consentita.

L'esame delle relazioni elaborate dalle Sezioni regionali ha consentito di enucleare alcuni profili critici ricorrenti nelle situazioni in cui si sono trovati gli enti locali sardi che hanno fatto ricorso agli strumenti derivati.

1) Per taluni Comuni si è evidenziato che la scelta del contraente con il quale è stato concluso il contratto derivato è avvenuta in assenza di procedura selettiva. Sia la Sezione regionale che le sezioni riunite della Corte dei Conti⁴⁰ hanno evidenziato che la disciplina relativa alla contabilità pubblica impone che la scelta di qualsiasi contraente, e quindi anche degli intermediari finanziari con i quali si vogliono negoziare operazioni di carattere finanziario, avvenga per il tramite di procedure selettive di natura concorsuale. Nei casi sottoposti all'esame della Sezione regionale, gli enti che hanno avviato una operazione di ristrutturazione del debito, dopo essersi limitati ad individuare in modo sommario le principali caratteristiche e le modalità attuative dell'operazione che intendevano effettuare, si sono astenuti dall'indire una gara per selezionare la migliore offerta secondo quanto prescritto dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici) già vigente per diversi enti coinvolti nel ricorso ai derivati. Ma anche ammettendo che il ricorso agli strumenti finanziari derivati rientrasse nel c.d. settore escluso (art. 19, lett. d, del codice dei contratto pubblici⁴¹) e fosse possibile ricorrere alla trattativa privata senza un bando di gara, l'art. 57 del codice dei contratti, al comma 6, dispone che ove possibile la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici (...), procedura che non è stata attivata dagli enti coinvolti.

2) L'assenza di una procedura ad evidenza pubblica è stata ravvisata anche per la scelta dell' *advisor* finanziario, ovvero di un consulente dotato in materia di finanza derivata di una specifica competenza tecnica ed economico - giuridica.

Come sottolineato dalle sezioni riunite della Corte dei Conti, qualora l'ente non disponga al suo interno di adeguate conoscenze in ordine ai mercati finanziari ed alle

⁴⁰ Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Senato della Repubblica 6ª Commissione - Finanze e tesoro- 18 febbraio 2009, cit.

⁴¹ In base a tale norma, infatti, sono esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 163 del 2006 i contratti pubblici "concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia".

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

possibili modalità di svolgimento di operazioni finanziarie particolarmente complesse, anche in relazione alle finalità che intende perseguire, è opportuno che proceda alla selezione, mediante procedura ad evidenza pubblica, di un *advisor* dotato di particolare competenza finanziaria che, esaminata la situazione dell'ente e l'obiettivo che intende raggiungere, predisponga il progetto dell'operazione finanziaria. Solamente a seguito dell'esame e dell'approvazione di questo progetto da parte degli organi dell'ente territoriale, quest'ultimo potrà procedere alla gara per la scelta dell'intermediario finanziario con il quale concludere l'operazione. La necessità che l'ente locale si avvalga della consulenza di un *advisor* finanziario è quella di colmare il gap di competenza in materia finanziaria che sussiste tra l'ente locale e l'intermediario; la particolare natura ed entità degli interessi in gioco dovrebbero indurre l'ente a tenere rigorosamente distinte la posizione dell'*advisor* da quella dell'operatore finanziario, anche al fine di evitare possibili conflitti di interesse. Ciò non è accaduto in diversi enti locali sardi sottoposti alla indagine della sezione regionale della Corte dei Conti: è stato, infatti, rilevato come ulteriore profilo di criticità la circostanza che il soggetto al quale è stato conferito l'incarico di consulenza (in taluni casi gratuito) finalizzato alla rimodulazione dell'indebitamento attraverso operazioni finanziarie in prodotti derivati fosse lo stesso con il quale è stato concluso il relativo contratto, con conseguente sussistenza di un potenziale conflitto di interessi⁴².

3) Alcuni Comuni sottoposti ad indagine hanno dichiarato per iscritto di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari derivati. Come è noto, se l'intermediario finanziario negozia lo strumento finanziario derivato con un soggetto che dichiara di possedere la qualifica di operatore qualificato⁴³,

⁴² Sono sempre le Sezioni riunite della Corte dei Conti a rilevare che gli enti che si sono avvalsi di *advisor* indipendenti ed in posizione nettamente distinta da quella dell'intermediario finanziario hanno riscontrato meno problemi nel corso del rapporto contrattuale.

⁴³ L'art. 6, comma 2-*quater*, lett. d), T.u.f., definisce come controparti qualificate: 1) le imprese di investimento, le banche, le imprese di assicurazioni, gli OICR, le SGR, le società di gestione armonizzate, i fondi pensione, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli articoli 106, 107 e 113 del testo unico bancario, le società di cui all'articolo 18 del testo unico bancario, gli istituti di moneta elettronica, le fondazioni bancarie, i Governi nazionali e i loro corrispondenti uffici, compresi gli organismi pubblici incaricati di gestire il debito pubblico, le banche centrali e le organizzazioni sovranazionali a carattere pubblico; 2) le imprese la cui attività principale consista nel negoziare per conto proprio merci e strumenti finanziari derivati su merci; 3) le imprese la cui attività esclusiva consista nel negoziare per conto proprio nei mercati di strumenti finanziari derivati e, per meri fini di copertura, nei mercati a pronti, purché esse siano garantite da membri che aderiscono all'organismo di compensazione di tali mercati, quando la responsabilità del buon fine dei contratti stipulati da dette imprese spetta a membri che aderiscono all'organismo di compensazione di tali mercati; 4) le altre categorie di soggetti privati individuati con regolamento dalla Consob, sentita Banca d'Italia, nel rispetto dei criteri

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

*ex art. 31 Reg. n. 11522/1998*⁴⁴, deve attuare un differente livello di informazioni e cautele rispetto a quelle che vengono applicate ad un soggetto privo di una specifica competenza ed esperienza nei mercati finanziari.

Il primo problema che è stato affrontato è stato quello di valutare quale valore assumesse la dichiarazione resa dal funzionario preposto ai servizi finanziari il quale, non essendo il legale rappresentante dell'ente, può impegnare il Comune in relazione al singolo contratto, ma non può attestare che l'ente abbia o meno la competenza richiesta per essere considerato come operatore qualificato⁴⁵.

Per taluni enti, inoltre, è emerso che la dichiarazione con la quale si attestava la qualifica di operatore qualificato non corrispondesse al vero posto che è stata riscontrata la totale assenza, fra i documenti prodotti dal Comune sottoposto ad indagine, di elaborati contenenti un'analisi del contratto di *swap* e delle sue conseguenze sulla finanza dell'ente all'epoca di sottoscrizione della detta dichiarazione.

Va peraltro sottolineato che la Giunta di numerosi Comuni non ha coinvolto il Consiglio comunale, pur in presenza di operazioni particolarmente complesse e

di cui alla direttiva 2004/39/CE e alle relative misure di esecuzione; 5) le categorie corrispondenti a quelle dei numeri precedenti di soggetti di Paesi non appartenenti all'Unione europea.

⁴⁴ Adottato con la delibera della Consob n. 11522 del 1 luglio 1998 e poi sostituito dal Regolamento approvato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007.

⁴⁵ Sul valore di tale dichiarazione resa all'intermediario *cfr.* la posizione della Cass., 26 maggio 2009, n. 12138 in *Banca e borsa*, 2011, 3, pp. 265 ss. : "In tema di contratti di intermediazione mobiliare, ai fini dell'appartenenza del soggetto, che stipula il contratto con l'intermediario finanziario, alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - ai sensi dell'art. 13 del Regolamento Consob approvato con delibera 2 luglio 1991, n. 5387 - la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso; pertanto, salvo allegazioni contrarie in ordine alla discordanza tra contenuto della dichiarazione e situazione reale, tale dichiarazione può costituire argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione, *ex art. 116 cod. proc. civ.*, anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro". Più recentemente, con specifico riguardo al valore della dichiarazione, *ex art. 31, Reg. Consob n. 11522/1998*, resa dal responsabile del servizio finanziario di un Comune, v. Trib. Rimini, 2 ottobre 2010, n. 1523, in www.ilcaso.it.

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

impegnative per le risorse anche future dell'ente come il ricorso ai derivati⁴⁶. Infatti, come sottolineato dalla sezione regionale della Corte dei Conti, ammettendo pure che la stipulazione di strumenti derivati tecnicamente non costituisca contrazione di mutui o emissione di prestiti obbligazionari, tuttavia si tratta di operazioni che incidono sul bilancio e come tali di competenza del Comune a norma dell'art. 42 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, c.d. TUEL)⁴⁷.

Il coinvolgimento del Consiglio comunale non è avvenuto neanche per le successive operazioni di rinegoziazione del contratto originario che ha comportato la conclusione di un nuovo contratto in relazione al quale è intervenuto, ancora una volta, il solo responsabile dei servizi finanziari.

Vale la pena sottolineare che la rinegoziazione del contratto ha costituito una prova certa che da parte degli enti vi è stata una carente e difettosa analisi delle caratteristiche finanziarie dell'operazione al momento in cui la stessa è stata originariamente posta in essere.

4) Altra questione cruciale sottoposta all'attenzione della sezione regionale della Corte dei Conti è quella relativa alla convenienza economica della operazione in derivati e, nello specifico, alla vera e propria assenza di causa dello *swap*. Va messo in luce che la maggior parte degli enti, pur avendo già in corso con la Cassa depositi e prestiti⁴⁸ o con altri Istituti bancari uno o più mutui ad un tasso fisso prestabilito, hanno provveduto a rimodulare il loro piano di ammortamento, sottoponendo a *swap* i mutui a tasso fisso (peraltro anche basso e quindi non bisognoso di protezione) in un periodo di tassi crescenti.

Ne consegue che, oltre ad essere priva di convenienza, l'operazione in esame si è rivelata altresì priva di causa, proprio perché è da escludere che i Comuni l'abbiano

⁴⁶ Per un Comune si è riscontrato che la delibera della Giunta comunale parrebbe essere stata adottata sulla base di un modello prestampato fornito dallo stesso intermediario finanziario (nella specie una Banca).

⁴⁷ L'art. 42 del TUEL, rubricato "Attribuzioni dei Consigli" indica tra gli atti di competenza del Consiglio comunale oltre che la "contrazione di mutui e aperture di credito non previste espressamente in atti fondamentali del consiglio ed emissioni di prestiti obbligazionari (lett. h), altresì le spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, escluse quelle relative alle locazioni di immobili ed alla somministrazione e fornitura di beni e servizi a carattere continuativo (i).

⁴⁸ E' appena il caso di osservare che i Comuni, che hanno estinto anticipatamente il mutuo presso la Cassa depositi e prestiti, hanno dovuto corrispondere alla stessa una sorta di penalità, ovvero "l'indennità di estinzione anticipata".

STUDI E OPINIONI

DERIVATI ED ENTI LOCALI

posta in essere per assicurarsi contro il rischio di un tasso di interesse che era stato originariamente stabilito in misura predeterminata⁴⁹.

5) Va, infine, esaminato l'ultimo profilo di criticità che è emerso nelle operazioni in derivati poste in essere dagli enti locali sardi: trattasi dell'errata destinazione dell'*up-front* derivante dallo *swap* alla copertura di spese correnti. Tale flusso monetario che, come si è già avuto modo di precisare, ha la funzione di riequilibrare la posizione dei due contraenti, configura un finanziamento dell'ente che, pertanto, sia nell'utilizzo sia nella iscrizione in bilancio deve tenere conto di quanto sancito dall'art. 119 Cost., nel senso che può essere destinato alle sole spese di investimento.

La Sezione sarda della Corte dei Conti ha rilevato che diversi Comuni sottoposti ad indagine hanno stipulato lo *swap* con il solo fine di disporre delle somme derivanti dall'*up front* – ovvero al mero scopo di fare “un poco di cassa”⁵⁰; l'organo di controllo ha sottolineato la gravità dell'errata qualificazione di tale flusso monetario, il quale non costituisce una erogazione definitiva ma un'anticipazione di somme di danaro.

⁴⁹ L'assenza di causa di tale operazioni potrebbe rivelarsi per gli enti locali ignari di aver stipulato contratti di natura speculativa la soluzione per domandare ed ottenere in sede giudiziale la dichiarazione di nullità di tali contratti con conseguente ripetizione delle prestazioni già eseguite.

⁵⁰ Cfr. in particolare: Corte dei Conti –Sezione del controllo per la Regione Autonoma della Sardegna. Indagine di controllo successivo sull'indebitamento del Comune di Ozieri, anche con riferimento alla verifica dell'utilizzo dei relativi mezzi finanziari ed all'acquisto di prodotti derivati nel triennio 2006-2008, pp. 118 ss.

COMMENTI A SENTENZE

ANCORA SUL DISCUSO POTERE DEI SINDACI DI S.R.L. DI DENUNCIARE LE GRAVI IRREGOLARITÀ DEGLI AMMINISTRATORI AI SENSI DELL'ART. 2409 C.C.

TRIBUNALE DI PIACENZA, 27 GIUGNO 2012

Il commento passa in rassegna il dibattito che si è aperto all'indomani della riforma societaria del 2003 circa l'applicabilità dell'istituto del controllo giudiziario ex art. 2409 - previsto espressamente per le società azionarie - anche alle società a responsabilità limitata, in via analogica.

di **GIOVANNI MOLLO**

1. La vicenda e la decisione del Tribunale. – Il Tribunale di Piacenza con la sentenza in esame è chiamato a pronunciarsi sul ricorso da parte dei sindaci di una s.r.l., per fondati sospetti in ordine alla commissione di gravi irregolarità da parte dell'amministratore nella gestione della società. I sindaci lamentano gravi irregolarità nella gestione finanziaria della società da parte dell'amministratore unico.

Il Tribunale è chiamato ad affrontare il tuttora controverso tema dei poteri di denuncia delle gravi irregolarità degli amministratori, ex art. 2409 c.c., da parte sindaci di s.r.l.

L'art. 2488 c.c.¹, co. 3, c.c. vigente *ante* riforma delle società di capitali stabiliva che al collegio sindacale di s.r.l. si applicassero le disposizioni in materia previste per le s.p.a., di cui agli artt. 2397 e ss. c.c.. L'ultimo comma dello stesso art. 2488 c.c. conteneva, poi, un rinvio di carattere generale alla disciplina delle s.p.a. statuendo che si applicasse l'art. 2409 c.c. anche in assenza del collegio sindacale.

La novellata disciplina del collegio sindacale delle s.r.l. non contiene più un esplicito e generico rinvio, quale quello ora citato, alla disciplina delle società per azioni. L'art. 2477, co. 5, c.c. stabilisce, infatti, che nei casi in cui la nomina del

¹ Art. 2488, co. 3 e 4, del vecchio testo "Al collegio sindacale si applicano le disposizioni degli artt. 2397 e ss.. Anche quando manca il collegio sindacale, si applica l'art. 2409".

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

collegio sindacale sia obbligatoria si applichino le disposizioni in tema di società per azioni².

A fronte del dato letterale si è posta la questione se i sindaci di s.r.l., al pari di quelli di s.p.a., abbiano ancora il potere di denunciare al tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c., le gravi irregolarità nella gestione compiute dagli amministratori, in violazione dei loro doveri, suscettibili di arrecare danno alla società.

Il Tribunale, aderendo alla tesi sostenuta dalla giurisprudenza prevalente³, non riconosce ai sindaci di s.r.l., obbligatoriamente nominati, alcun potere di denuncia.

Il Tribunale, in particolare, considerato che le norme richiamate dall'art. 2477 c.c. operino su piani differenti, "sostanziale piuttosto che processuale", ritiene che il generico richiamo alla disciplina delle s.p.a. contenuto nello stesso art. 2477 c.c. non sia tale da poter consentire la sopravvivenza nella disciplina della s.r.l. della disposizione di cui all'art. 2409 c.c. "caratterizzata da un rilievo meramente processuale". A sostegno di tale interpretazione il Tribunale richiama l'art. 92 delle disp. att. c.c. che, trattando del decreto di nomina dell'amministratore giudiziario di cui all'art. 2409 c.c., fa esplicito riferimento alla disciplina della s.p.a. e della s.a.p.a. senza alcun richiamo alla disciplina delle s.r.l.⁴.

Ad ulteriore sostegno della propria tesi i Giudici fanno appello all'art. 2455 *quinquiesdecies* c.c., in tema di società cooperative, e all'art. 8⁵ del d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, in tema di società sportive, dove il ricorso al controllo giudiziale è esplicito e non affidato ad un rinvio generico come nel caso in esame.

² Art. 2477 c.c., co. 5, "Nei casi previsti dal secondo e terzo comma si applicano le disposizioni in tema di società per azioni; [...]".

³ Cass. civ. 13 gennaio 2010 n. 403, in *Giur. comm.*, 2011, II, 500, con nota di A. GARGARELLA MARTELLI; Corte cost. 14 dicembre 2005 n. 481, in *Giur. comm.*, 2006, II, 798, con nota di E. RIMINI; Trib. Lecce, 16 luglio 2004, in *Società*, 2005, 358; Trib. Bologna, 21 ottobre 2004, in *Società*, 2005, 355; Trib. Isernia, 7 maggio 2004, in *Dir. fall.*, 2004, II, 822, con nota di A. PENTA; App. Trieste, 5 novembre 2004, in *Giur. Comm.* 2005, II, 435, con nota di A. DALMARTELLO e in *Società*, 2005, 355, con nota di A. PATELLI e A. MARCNIKIEWICZ; App. Roma, 7-13 aprile 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 81, con nota di A. GABRIELLI e di A. DONATO e in *Giur. it.*, 2006, 75, con nota di G. MARRA; Trib. Piacenza, 27 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*.

⁴ Art. 92 disp. att. c.c., " Il decreto previsto dall'art. 2409 del codice, che nomina l'amministratore giudiziario nelle società di cui ai capi V e VI del titolo V del libro V del codice priva l'imprenditore, dalla sua data, dell'amministrazione della società nei limiti dei poteri conferiti all'amministratore giudiziario".

⁵ "Il procedimento di cui all'articolo 2409 del codice civile si applica alle società di cui all'articolo 10, comprese quelle aventi forma di società a responsabilità limitata; il potere di denuncia spetta anche alle federazioni sportive nazionali".

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

Il Tribunale, poi, evocando le citate pronunce della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, ritiene che non sussista un principio generale che imponga il controllo giudiziale quale strumento di tutela delle società di capitali, essendo la s.p.a. e la s.r.l. due modelli societari distinti. I Giudici, ad ulteriore conferma della propria tesi, rinviano alla relazione alla riforma delle società di capitali, dove si afferma che il controllo giudiziale, così come previsto dall'art. 2409 c.c., è assorbito nella s.r.l. dal potere riconosciuto al singolo socio di proporre azione di responsabilità contro gli amministratori e di richiederne, in via cautelare, la revoca.

L'applicazione dell'art. 2409 c.c. alla disciplina delle s.r.l. verrebbe resa ancora più dubbia, secondo il Tribunale, dai problemi di coordinamento che si creerebbero tra l'eventuale amministratore giudiziario ed i soci, in relazione ai poteri di gestione a questi ultimi riconosciuti nel contratto sociale.

Il Tribunale, quindi, ponendo l'accento sulla nuova natura della s.r.l., "quale ente tendenzialmente chiuso a struttura privatistica nel quale prevale la figura del socio", non ritiene possibile una interpretazione che, sforzando il dato letterale della norma e la sua *ratio* "giunga a rimodellare l'istituto in maniera del tutto immotivata".

Il Tribunale ritiene che funzioni e competenze dell'organo di controllo non debbano essere individuate in astratto, "ma considerando le peculiarità proprie della società nella quale esso opera, le caratteristiche della quale ne delimitano i poteri".

Va sottolineato, prima di affrontare le singole argomentazioni a sostegno dell'una o dell'altra tesi, che la questione della sopravvivenza del potere di denuncia al tribunale in capo ai sindaci di s.r.l. sembra porsi solo nel caso in cui la società debba obbligatoriamente nominare il collegio sindacale⁶. Infatti, come evidenziato dalla Suprema Corte nella citata sentenza, nel caso in cui il collegio sindacale sia facoltativo non esiste alcun richiamo, nella disciplina vigente, alla normativa delle s.p.a., così come invece avveniva in passato. Inoltre, la stessa Corte evidenzia – secondo un indirizzo condiviso, peraltro, anche dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza⁷ –, "la superfluità e la contraddittorietà con il sistema delle società a responsabilità della previsione di forme di intervento del giudice, quali quelle ora previste dall'art. 2409 c.c.", così come affermato nella Relazione al decreto di attuazione della riforma delle società di capitali.

⁶ G. MARRA, *L'art. 2409 c.c. e la nuova s.r.l.: in attesa della Corte costituzionale già regna l'incertezza*, in *Giur. it.* 2006, 82.

⁷ Cfr. sul punto O. CAGNASSO, *Denuncia al tribunale e s.r.l.*, in *Giur. it.*, 2010, 1627, "Questa ricostruzione ha avuto l'avallo della sentenza della Corte costituzionale nella prospettiva di offrire uno scenario in qualche misura omogeneo rispetto a quello derivante dal ricorso della denuncia in tribunale. In tal modo il socio di società a responsabilità limitata potrebbe ottenere, se pur in presenza di comportamento causativo di danno da parte dell'amministratore, la revoca del medesimo, senza però naturalmente poter conseguire la nomina di un amministratore giudiziario".

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

2. Le argomentazioni contrarie alla sussistenza del potere di denuncia dei sindaci ex art. 2409 c.c.. - Le argomentazioni addotte in dottrina⁸ ed in giurisprudenza⁹, per negare, al collegio sindacale obbligatoriamente nominato il potere di denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. sono molteplici, e trovano conforto nelle citate¹⁰ sentenze della Corte di Cassazione e delle Corte Costituzionale.

Secondo tale interpretazione, dal punto di vista letterale, il richiamo alla disciplina delle s.p.a. contenuto nell'art. 2477 c.c. è eccessivamente generico¹¹. L'inapplicabilità, in generale, del controllo giudiziario alle s.r.l. sarebbe ancorata al chiaro intento di "privatizzare il controllo societario" in favore dei singoli soci, "intento che trova riscontro nella disciplina dettata a tal fine, e in particolare: 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 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

⁸ G. RACUGNO, *L'amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, in *Società*, 2004, 16; C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Società*, 2003, 1571; S. AMBROSINI, *Il problema del controllo giudiziario nella s.r.l. tra tentazioni <<correttrici>> degli interpreti e dubbi di incostituzionalità*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 378; ID., *sub art. 2476*, in G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali Commentario, Jovene*, Napoli, 2004, 1597; ID., *I poteri dei sindaci*, in R. ALESSI, N. ABRIANI e U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale Le nuove regole*, Giuffrè, Milano, 2007, 251; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il Diritto delle Società, Il Mulino*, Bologna, 2004, 291; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le società a responsabilità limitata ed il controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 2005, 3646; M. CAMPOBASSO (a cura di), *Diritto commerciale 2 Diritto delle Società, Utet*, Torino, 2010, 580; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali Lezioni di diritto commerciale, Cedam*, Padova, 2003, 133; N. ABRIANI, *Il collegio sindacale nella società a responsabilità limitata*, in R. ALESSI, N. ABRIANI e U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale Le nuove regole*, Giuffrè, Milano, 2007, 204; G. CAVALLI, *Il controllo legale dei conti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 721, nt. 21; C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. soc.*, 2004, 1120; S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, I, 1061, nt. 7; A. PATELLI e A. MARCNIKIEWICZ, *Il nuovo controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. sulle s.r.l.*, in *Società*, 2005, 374; A. DALMARTELLO, *L'art. 2409 c.c. e la nuova s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 467; A. TINTISONA, *Controllo giudiziario e nuova s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 832; A. GABRIELLI, *Quale controllo per le società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 99.

⁹ Cfr. nt. 3.

¹⁰ Cfr. nt. 3.

¹¹ Cass. civ. 13 gennaio 2010 n. 403, cit..

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

incentrati più sui profili contabili (art. 2476 e 2477 c.c.), anziché su quelli di corretta gestione e di legalità, rispetto ai quali deve invece essere concentrata l'attenzione del collegio sindacale delle società per azioni"¹².

La norma che attribuiva il potere di attivare tale controllo del tribunale sulle società per azioni - espressamente richiamata anche per le società a responsabilità limitata - era collocata successivamente alla disciplina del collegio sindacale e alla fine della sezione relativa agli organi sociali. "Si trattava dunque di disposizione di chiusura, dettata con riferimento all'ipotesi in cui il controllo sindacale non avesse funzionato, ipotesi che non è più neppure astrattamente ravvisabile alla stregua della nuova disciplina delle società a responsabilità limitata, atteso che il socio nel caso di gravi irregolarità di gestione può promuovere azione di responsabilità contro gli amministratori e chiederne la revoca in via cautelare (art. 2476 c.c.)"¹³.

Ulteriore conferma dell'inapplicabilità del potere di denuncia dei sindaci di s.r.l., ex art. 2409 c.c., sarebbe fornita dallo stesso legislatore che ha previsto, con l'art. 8¹⁴ del d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, recante modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi numeri 5 e 6 del 17 gennaio 2003, l'applicazione dell'art. 2409 c.c. anche alle società sportive in forma di s.r.l., "disposizione che trova fondamento e presupposto nel

¹² Cass. civ., 13 gennaio 2010 n. 403, cit.; G. RACUGNO, cit., 16, così in modo esplicito: "Se per il passato l'azione sociale di responsabilità rientrava tra le prerogative della maggioranza, oggi ciascun socio può promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori volta alla reintegrazione del patrimonio sociale e può altresì, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, chiedere in via cautelare la revoca dei medesimi (art. 2476, terzo comma): quest'ultima innovazione dovrebbe sopperire all'eliminazione dell'istituto del controllo giudiziario ex art. 2409 ormai proprio della sola società per azioni e in accomandita per azioni"; M. CAMPOBASSO, cit., 580; S. AMBROSINI, *Il problema del controllo giudiziario nella s.r.l. tra tentazioni <<correttrici>> degli interpreti e dubbi di incostituzionalità*, cit., 377; A. GABRIELLI, cit., 99; N. ROCCO DI TORREPADULA, cit., 3654; Trib. Piacenza, 27 giugno 2012, cit. Cfr. contra, R. WEIGMANN, *Nessuna denuncia al Tribunale nelle s.r.l.*, in *Giur. it.*, 2010, 597, "[...] si può replicare che anche il collegio sindacale è un organo privato, nominato dai soci medesimi per imperativa scelta del legislatore e che quindi non si comprenderebbe perché tale collegio nelle srl, debba essere depotenziato privandolo di un arma importante di intervento sulle irregolarità di gestione".

¹³ Cass. civ., 13 gennaio 2010 n. 403, cit.; App. Roma, 7-13 aprile 2005, cit.; Trib. Piacenza, 27 giugno 2012, cit.; Corte cost., 14 dicembre 2005, n. 481, cit., "[...] la legge delega dispone che l'autonomo ed organico complesso di norme sia modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci"; G. RACUGNO, cit., 16; G. CAVALLI, cit., 721, nt 21.

¹⁴ Art. 8 d. lgs. 6 febbraio 2004 n. 37, "Il procedimento di cui all'articolo 2409 del codice civile si applica alle società di cui all'articolo 10, comprese quelle aventi forma di società a responsabilità limitata; il potere di denuncia spetta anche alle federazioni sportive nazionali".

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

convincimento che, diversamente, l'articolo in questione non sarebbe stato applicabile alle società sportive a responsabilità limitata"¹⁵.

L'art. 92 delle disp. att. cod. civ., ancora, richiamando solo le società di cui ai capi V e VI del titolo V del libro V c.c., e cioè la s.p.a. e la s.a.p.a., escluderebbe l'applicazione dell'art. 2409 alle srl¹⁶.

La Corte Costituzionale nella citata sentenza, poi, chiarisce che in seguito alla riforma delle società di capitali la s.p.a. e la s.r.l. costituiscono due modelli nettamente distinti. A tale principio generale, continua la Corte, "fa da corollario quella della previsione, per la società a responsabilità limitata, di un autonomo ed organico complesso di norme". A ciò si aggiunga, continua la Corte, che la legge delega alla riforma delle società di capitali "dispone che l'autonomo ed organico complesso di norme sia modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci". Secondo la Corte Costituzionale, quindi, lo statuto della s.r.l. si è differenziato tanto da quello della s.p.a. che non costituisce violazione di alcun principio l'assenza nella s.r.l. della disciplina di cui all'art. 2409 c.c., sebbene entrambe siano anche società di capitali¹⁷.

3. (Segue) Le argomentazioni a favore. – Altrettanto argomentate e numerose sono le posizioni che, in dottrina¹⁸ e giurisprudenza¹⁹, ritengono ancora possibile il ricorso all'autorità giudiziaria da parte dei sindaci di s.r.l.

¹⁵ Cass. civ., 13 gennaio 2010 n. 403, cit.; App. Roma, 7-13 aprile 2005, cit.; Trib. Piacenza, 27 giugno 2012, cit.; *Contra* R. WEIGMANN, cit., 597.

¹⁶ App. Roma, 7-13 aprile 2005, cit.; Trib. Piacenza, 27 giugno 2012, cit..

¹⁷ Corte cost., 14 dicembre 2005, n. 481, cit., "Avendo trascurato queste previsioni – essenziali per la natura stessa della società a responsabilità limitata immaginata dal legislatore delegante – l'accento posto dai rimettenti sul valore da attribuire agli specifici riferimenti (contenuti negli artt. 4 e 5) al controllo giudiziale appare frutto della convinzione che una società di capitali – per ciò solo che è di capitali, e del tutto a prescindere dalla sua struttura (e, quindi, anche se costruita, come da taluno si è detto, quale. <<società di persone con responsabilità limitata>>) – non possa non essere assoggettata ad un controllo giudiziale quale quello previsto dall'art. 2409 c.c."; A. TINTISONNA, *Controllo giudiziario e nuova s.r.l.*, cit., 826, "la duttilità dell'assetto amministrativo, unitamente al riconoscimento di maggior peso nelle scelte gestionali in capo al socio, dovrebbe rendere più agevole per quest'ultimo influire sull'andamento della vita societaria, seguirne da vicino le vicende, conoscere in dettaglio problematiche e sviluppi e soprattutto prevenire il verificarsi di ipotesi di mala gestio. Di qui l'inutilità di un rimedio estemo, che implica peraltro l'intrusione di autorità terze nella vita di una società chiusa.

¹⁸ A. GARGARELLA MARTELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alla s.r.l.*, in *Giur. comm.*, II, 510; R. WEIGMANN, *Nessuna denuncia al tribunale nelle s.r.l.*, cit., 597; L. DE ANGELIS, *S.r.l.: controllo giudiziario ammissibile su richiesta dei sindaci*, in *Società*, 2009, 1019; G. MARRA, *L'art. 2409 c.c. e la nuova s.r.l.: in attesa della Corte costituzionale già regna l'incertezza*, cit., 79; V. SALAFIA, *Legittimazione dei sindaci della s.r.l. a denunciare al*

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

Si argomenta, innanzitutto, che, considerato il potere di ricorso cautelare riconosciuto ai soci dall'art. 2476, co. 3, c.c., l'abrogazione del rinvio all'art. 2409 c.c. - contenuto nell'art. 2488, ult. co. c.c. *ante* riforma del 2003 – vada intesa nel senso che quando non vi è collegio sindacale, e in particolare collegio sindacale obbligatorio, sono i soci a non poter ricorrere all'autorità giudiziaria²⁰. “Il che non può valere tuttavia ad escludere che anche i sindaci siano privi di questo potere, che [...] deve intendersi espressamente richiamato dall'art. 2477 c.c. oggi vigente, in tema di controllo legale dei conti, un controllo che chiaramente non spetta ai soci ma ai sindaci”²¹.

Secondo tale interpretazione, l'art. 2477 co. 4, c.c. imporrebbe, nei soli casi in cui la nomina del collegio sindacale sia obbligatoria, ai sensi dei commi 2 e 3 dello stesso art. 2477, l'applicazione delle disposizioni in tema di società per azioni, tra cui anche il ricorso da parte dei sindaci all'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 2409 c.c.²². Le ipotesi in cui il collegio sindacale diventa obbligatorio individuano, quindi, i limiti dimensionali della società oltre i quali “sussiste un interesse pubblico al controllo sindacale”²³. Oltre certi limiti dimensionali i sindaci svolgono, quindi, non solo una funzione di carattere privatistico - quale organo tecnico di controllo a tutela dei soci -, ma anche una funzione inderogabile, tutelando gli interessi dei terzi²⁴. Pertanto, “non vi è ragione di ritenere i sindaci delle s.r.l. – nei soli casi di nomina obbligatoria – monchi del potere loro riconosciuto dall'art. 2409 c.c. in tema di società per azioni e ciò

Tribunale le irregolarità amministrative, in *Società*, 2010; O. CAGNASSO, *Denuncia al Tribunale e s.r.l.*, cit., 1627; L. DE ANGELIS, *Ammissibilità del controllo giudiziario su richiesta dei sindaci nelle s.r.l.*, in *Società*, 2010, 824.

¹⁹ Trib. Milano, 26 marzo 2010, in *Giur. it.*, 2010, 1624, con nota di O. CAGNASSO, in *Giur. comm.*, II, 500, con nota di A. GARGARELLA MARTELLI, e in *Società*, 2010, 820, con nota di L. DE ANGELIS; Trib. Napoli, 14 maggio 2008, in *Società*, 1019, con nota di L. DE ANGELIS; Trib. Milano, 8 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, 1240; Trib. Roma, 1 dicembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 81; Trib. Treviso, 28 settembre 2004, in *Dir. prat. Soc.*, 2005, 72; Trib. Udine, 1 luglio 2004, in *Società*, 2005, 367; Trib. Roma, 6 luglio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 435, con nota di A. DALMARTELLO, e in *Società* 2005, 69.

²⁰ Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit.;

²¹ Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit.; G. MARRA, cit., 81.

²² Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit.; L. DE ANGELIS, cit., 1025, “In definitiva l'espresso richiamo all'applicabilità delle disposizioni in tema di società per azioni previsto dal comma 4 dell'art. 2477 c.c. rende ammissibile per il collegio sindacale delle s.r.l., non piccole, il ricorso al controllo giudiziario nel caso di gravi irregolarità degli amministratori”; V. SALAFIA, cit., 1100.

²³ Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit..

²⁴ O. CAGNASSO, *Denuncia al tribunale e s.r.l.*, cit., 1628.

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

significa che la lettura del rinvio operato dall'ultimo comma dell'art. 2477 c.c. ricomprende anche il ricorso alla A.G. in caso di gravi irregolarità²⁵.

La ragione del rinvio operato dall'art. 2477 c.c. alla disciplina delle società per azioni non è quella della omogeneità della normativa delle s.r.l. e delle s.p.a., ma è l'unitarietà dell'istituto dei sindaci²⁶. Il richiamo contenuto nell'art. 2477 c.c. costituisce, altresì, una deroga all'ulteriore richiamo contenuto nell'art. 92 delle disp. att. cod. civ. – già sopra citato –, “che estende, in via eccezionale, alle s.r.l. nei casi dell'art 2477, commi 2 e 3, le norme delle s.p.a.”²⁷.

Infine, non si ritiene possibile riconoscere una responsabilità dei sindaci per la violazione dei loro doveri, se non si riconoscono agli stessi gli strumenti adeguati per rimediare alle irregolarità commesse dagli amministratori, “diversamente potendosi arrivare a casi di responsabilità oggettiva”²⁸.

²⁵ Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit.; L. DE ANGELIS, *Ammissibilità del controllo giudiziario su richiesta dei sindaci nelle s.r.l.*, cit., 827; O. CAGNASSO, *Denuncia al tribunale e s.r.l.*, cit., 1628, “In tale prospettiva ben si comprende come, almeno con riferimento alle società di maggiori dimensioni, identificate con quelle in cui è obbligatoria la nomina del collegio sindacale, possano valere gli stessi strumenti di tutela, quali il ricorso alla denuncia al Tribunale, previsti per le s.p.a.”; V. SALAFIA, cit., 1101.

²⁶ Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit., “In quest'ottica nulla può trarsi né dall'esame della legge delega per la riforma del diritto societario, né dalla relazione alla riforma, perché non si tratta di vedere se le s.r.l. e le s.p.a. debbano avere una disciplina distinta, il che è letteralmente previsto, bensì di vedere se la disciplina del collegio sindacale sia unitaria o meno”; Trib. Napoli, 14 maggio 2008, cit., L'unitarietà, se si vuole, è quella dell'istituto dei sindaci, non riassumibile in quella del tipo di contratto sociale, perché da questa prescinde la necessità dei sindaci, che fa riferimento, come s'è detto, a parametri economici e non attinenti i rapporti fra i soci”; O. CAGNASSO, cit., 1628; G. MARRA, cit., 82.

²⁷ Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit..

²⁸ Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit., “Chi risponde di un fatto deve disporre dei mezzi per poterlo evitare e questo argomento pare risolutivo nella pur complessa interpretazione delle nuove norme societarie in tema di ricorso ex art. 2409 c.c.”; L. DE ANGELIS, cit., 827; in senso critico, O. CAGNASSO, cit., 1628, “oggi il collegio sindacale può avvalersi dell'azione di responsabilità, dal momento che l'estensione della legittimazione ad esperirla prevista per i sindaci di s.p.a. vale anche per quelli di s.r.l. Tuttavia l'azione di responsabilità ha solo un'efficacia riparatoria, mentre il ricorso alla denuncia al Tribunale può comportare l'allontanamento degli amministratori con la loro sostituzione con l'amministratore giudiziario”; A. GARGARELLA MARTELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alla s.r.l.*, cit., 522, “Ritenere che ai sindaci di s.r.l. non compete la legittimazione attiva ex art. 2409 c.c. non equivale ad affermare la responsabilità oggettiva o per fatto del terzo (l'amministratore), atteso che il sindaco di s.r.l. potrà liberarsi dimostrando di aver ben vigilato, ovvero di aver svolto la propria attività con professionalità e diligenza, e di aver attivato tutti gli strumenti che la legge pone nella sua disponibilità”.

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

4. Conclusioni. – Ambedue le contrapposte posizioni interpretative si fondano su forti argomentazioni ma se si procede, come fatto dal Tribunale in esame, sulla scia tracciata dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale, inquadrando la disciplina in esame nel nuovo contesto normativo delineato dalla riforma delle società di capitali, si rivela più convincente l'interpretazione che esclude il ricorso all'art. 2409 c.c. anche da parte dei sindaci di s.r.l.

Il legislatore della riforma delle società di capitali ha posto tra gli obiettivi della stessa riforma la creazione di modelli societari differenziati in quanto, pur escludendo “vincoli automatici in ordine all'adozione di uno specifico modello societario”²⁹, diversi dovevano essere i fini per i quali dovevano essere usati³⁰. Nello spirito della riforma delle società di capitali la disciplina della s.r.l. è stata modellata “sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci”³¹. La disciplina della s.p.a. è stata invece modellata “sui principi della rilevanza centrale dell'azione, della circolazione della partecipazione sociale e della possibilità di ricorso al mercato del capitale di rischio”³². La s.r.l., come si legge nella Relazione al d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 par. 11, non è più “una piccola società per azioni” e si caratterizza, invece, “come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata [...], può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni”.

Letta in tale cornice la disciplina della s.r.l., ogni interpretazione delle norme che esuli dal dato letterale risulta, come ha sostenuto dal Tribunale in esame, alterare il modello voluto dal legislatore.

In particolare, come sostenuto da parte della dottrina, “sembra privo di serio fondamento”³³ considerare ancora possibile il controllo giudiziale nelle s.r.l. sulla base del rinvio contenuto nell'art. 2477, co. 2., c.c. “a fronte dell'assenza (intenzionale) di qualsiasi diversa previsione di questo strumento di tutela delle minoranze e della corrispondente incentivazione dei poteri di controllo dei singoli soci”³⁴. Il richiamo operato dall'art. 2477 c.c. alla disciplina delle s.p.a., quindi, deve essere intendersi riferito solo alle disposizioni “in tema di collegio sindacale (requisiti e modalità di nomina, composizione dell'organo, poteri, responsabilità) e non anche ad un rimedio, qual è quello dell'art. 2409, per sua natura estraneo all'ambito del controllo interno”³⁵.

²⁹ Art. 2, co. 1, lett. e) l. 3 ottobre 2001, n. 366.

³⁰ Art. 2, co. 1, lett. e) l. 3 ottobre 2001, n. 366, dove il legislatore tra i principi generali della riforma individua: “adeguare la disciplina dei modelli societari alle esigenze delle imprese, anche in considerazione della composizione sociale e delle modalità di finanziamento”.

³¹ Art. 3, co. 1, lett. a) l. 3 ottobre 2001, n. 366.

³² Art. 4, co. 1, lett. a) l. 3 ottobre 2001, n. 366.

³³ G. CAVALLI, *cit.*, 721, nt. 21.

³⁴ G. CAVALLI, *ult. cit.*; Cass. civ. 13 gennaio 2010 n. 403, *cit.*.

³⁵ S. AMBROSINI, *cit.*, 377.

COMMENTO A SENTENZE

2409 E SRL

Appare corretto il ragionamento del Tribunale in esame secondo cui non è possibile per le s.r.l. individuare limiti e poteri dell'organo di controllo, e aggiungerei dell'organo di amministrazione, senza una preventiva analisi di quanto voluto dai soci nel contratto sociale.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Aumento di capitale sociale e diritto di opzione – Il Consiglio dei Ministri del 4 ottobre 2012 ha approvato il D. Lgs. che ha modificato, tra l'altro, il dettato dell'art. 2441 c.c. laddove stabiliva la necessità di una maggioranza qualificata per escludere o limitare il diritto di opzione nelle delibere di aumento di capitale sociale. La precedente formulazione, per il vero, non trovava riscontro nelle indicazioni fornite sul tema dalla Direttiva 77/91/CE.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

CNDCEC

Responsabilità amministrativa ex D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha pubblicato uno studio concernente gli ambiti di intervento del commercialista in relazione alla disciplina introdotta dal D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. In particolare, questi può svolgere un “*ruolo significativo*” nelle diverse fasi in cui si articola l'adeguamento a tale normativa, ciascuna distintamente esaminata nel documento, ovvero sia “*dall'attività di valutazione dei rischi propedeutica alla decisione di adozione del modello organizzativo alla elaborazione dello stesso; dallo svolgimento delle funzioni di componente dell'organo di vigilanza all'attività di consulenza tecnica in ambito processuale per la valutazione di idoneità dei modelli organizzativi, senza tralasciare l'importante funzione di commissario giudiziale prevista dallo stesso decreto*”. In appendice sono forniti alcuni fac-simili, tra cui la modulistica ad uso dell'organismo di vigilanza, e schede operative.

Lo studio, pubblicato il 3 ottobre 2012, è reperibile sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

GIURISPRUDENZA

Poteri del tribunale nel concordato preventivo – La Corte di Appello di Firenze ha precisato, con riferimento al ruolo del tribunale nell’ambito del concordato preventivo, che *“la trasformazione della procedura in senso marcatamente negoziale rende necessario che i presupposti di ammissibilità siano attentamente vagliati sotto il profilo dell’adeguatezza e della fattibilità. Pertanto, se il giudice non è più chiamato a sindacare la convenienza del concordato, è tuttavia tenuto a controllare che la proposta sia redatta in modo coerente, completo e compatibile coi fatti, in modo da consentire ai destinatari di accettarla o respingerla con cognizione di causa”*. Inoltre, la Corte afferma che, qualora il commissario giudiziale concluda per l’inattuabilità del piano concordatario nella relazione di cui all’art. 172 L.F., il tribunale non può che dichiarare inammissibile la proposta di concordato ai sensi dell’art. 173, 3° co., L.F., in quanto *“sarebbe una pura e semplice perdita di tempo sottoporre ai creditori l’opportunità di un risultato a parole che già si conosce essere irraggiungibile nei fatti”*.

Ad analoga conclusione giunge, in argomento, la Corte di Appello partenopea che ha chiarito come il Giudice di seconde cure chiamato a pronunciarsi sul *“reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento del debitore con cui vengano mosse critiche motivate in ordine al giudizio di inammissibilità [della proposta concordataria, n.d.s.] formulato dal tribunale, abbia, a sua volta, oltre ovviamente al potere-dovere di vagliare la fondatezza di tali critiche, altresì quello di rilevare, anche d’ufficio, i difetti dell’attestazione non rilevati ovvero giudicati irrilevanti dal tribunale”*.

Le sentenze della Corte di Appello di Firenze del 28 settembre 2012 e della Corte di Appello di Napoli dell’8 ottobre 2012 sono consultabili sul sito www.ilcaso.it.

Amministratore di fatto – La Suprema Corte ha precisato che la nozione di amministratore di fatto delineata dall’art. 2639 c.c. in relazione ai reati societari recepisce, sostanzialmente, l’elaborazione giurisprudenziale sul tema, in forza della quale – per i reati fallimentari – *“l’amministratore di fatto della società fallita è da ritenere gravato dell’intera gamma dei doveri cui è soggetto l’amministratore “di diritto”, per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili”*. Cassazione penale, 8 ottobre 2012, n. 39535.

Bancarotta fraudolenta ed operazioni infragruppo – La Corte di Cassazione si è recentemente espressa sul rapporto sussistente tra operazioni infragruppo ed i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e preferenziale.

Nel dettaglio, il Supremo Collegio ha ribadito che *“per escludere la natura distrattiva di un’operazione infragruppo non è sufficiente allegare la prova dell’esistenza dell’aggregato societario, dovendo invece l’interessato fornire l’ulteriore dimostrazione del vantaggio compensativo ritratto dalla società che subisce il depauperamento in*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

favore degli interessi complessivi del gruppo societario cui essa appartiene". Inoltre, aggiunge la Corte, *"primario interesse dell'amministratore è quello di perseguire vantaggi ed interessi della società che egli conduce, rispetto alle possibili utilità di enti esterni ad essa"*.

Per quanto concerne il delitto di bancarotta fraudolenta preferenziale, la Corte di Cassazione ha sottolineato che *"non essendo giustificabile, in termini di interesse societario, la soddisfazione del socio prima degli altri creditori, in quanto il primo, a differenza della restante massa creditoria, non ha alcun interesse ad avanzare, in caso di inadempimento, istanza di fallimento verso la società, unica ragione della restituzione in suo favore delle somme versate a titolo di finanziamento a preferenza degli altri creditori è il volontario e specifico perseguimento dell'interesse del socio-creditore privilegiato, a danno della restante massa creditoria"*. Con precipuo riguardo all'appartenenza ad un gruppo, la Suprema Corte osserva che *"il tema della rilevanza delle operazioni tra società collegate ovvero appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, anche dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 [...] resta circoscritto alla materia della bancarotta fraudolenta patrimoniale"*, non essendo estensibile anche al reato di bancarotta fraudolenta preferenziale.

Cassazione penale, 8 ottobre 2012, n. 39541, e 9 ottobre 2012, n. 39973.

Concorso del commercialista o del legale nel reato di bancarotta fraudolenta – La Corte di Cassazione ha confermato l'orientamento giurisprudenziale per cui, con riferimento ai reati fallimentari, *"i consulenti commercialisti o esercenti la professione legale concorrono nei fatti di bancarotta quando, consapevoli dei propositi distrattivi dell'imprenditore o degli amministratori della società, forniscano consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assistano nella conclusione dei relativi negozi ovvero ancora svolgano attività dirette a garantire l'impunità o a favorire o rafforzare, con il proprio ausilio o con le proprie preventive assicurazioni, l'altrui proposito criminoso"*.

Cassazione penale, 9 ottobre 2012, n. 39988.

SEGNALAZIONI

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Slitta il termine per la comunicazione all'Anagrafe Tributaria dei beni d'impresa concessi a soci e/o familiari.

L'Agenzia delle entrate ha prorogato, dal 15.10.12 al 31.03.13, il termine per la trasmissione all'Anagrafe Tributaria dei dati relativi ai beni dell'impresa concessi in godimento a soci o familiari (articolo 2, comma 36-sexiesdecies, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148).

(Agenzia delle entrate, Provv. Prot. n. 2012/133184 del 17 sett. 2012)

Quotazioni delle valute estere per il mese di agosto 2012

Sul sito Internet dell'Agenzia delle entrate (www.agenziaentrate.it – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è stato pubblicato, con relative tabelle allegate, il Provvedimento, recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di agosto 2012.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 27 sett. 2012, prot. n. 2012/129857)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Le eccedenze pregresse della Robin tax vanno in Unico

L'Agenzia delle entrate ha, per quel che concerne le eccedenze pregresse a credito della Robin tax (art. 81 del dl n. 112/08), ha precisato che:

- se il contribuente ritiene di non dover più essere assoggettato a tale specifica maggiorazione oltre che nell'esercizio 2011 anche in quelli successivi, può riportare il credito nel quadro RX, sez. II, del modello Unico 2012 SC;
- se invece ritiene di poter nuovamente esservi soggetto negli esercizi successivi, può compilare, anche per il periodo d'imposta 2011, la sez. XI-A del quadro Q di Unico 2012 SC, dedicata appunto alla Robin tax.

(Agenzia delle entrate, ris. n. 87 del 14 sett. 2012)

Nuovi chiarimenti per i beni dell'impresa concessi in godimento a soci o familiari

SEGNALAZIONI

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

L'Agenzia delle entrate ha fornito ulteriori chiarimenti per quel che concerne i beni concessi in godimento a soci o familiari, ai sensi dell'art. 2, commi da 36 terdecies a 36-duodevicies, del dl n. 138/11, convertito dalla legge n. 148/11.

La relativa circolare è stata così illustrata con apposito comunicato stampa:

“La disciplina dei beni in godimento dribbla il fenomeno della doppia imposizione. Il reddito diverso da assoggettare a tassazione in capo all'utilizzatore di un bene dell'impresa deve essere ridotto del maggior reddito imputato allo stesso utilizzatore (imprenditore individuale o socio tassato per trasparenza) a causa dell'ineducibilità dei costi del bene concesso in godimento. In pratica nel definire il reddito diverso si deve tener conto anche del maggior reddito di impresa che deriva dall'ineducibilità del costo del bene.

Con la circolare n.36/E, diffusa oggi, l'Agenzia delle Entrate risponde ai dubbi degli operatori sull'applicazione delle nuove disposizioni evitando il fenomeno della doppia imposizione. Precisazioni anche sul fronte della “certificazione” scritta di data certa antecedente all'inizio dell'utilizzazione del bene: in assenza di questa documentazione, il contribuente può comunque dimostrare quali sono gli elementi essenziali dell'accordo.

Doppia imposizione - La disciplina che contrasta l'utilizzo ai fini privati di beni dell'impresa all'imprenditore, ai suoi familiari o ai soci prevede l'attribuzione di un reddito diverso in capo all'utilizzatore pari alla differenza tra il valore normale del diritto di godimento del bene e il corrispettivo pagato e l'ineducibilità dei costi del bene concesso in godimento. Il reddito diverso da assoggettare a tassazione in capo all'utilizzatore, per evitare fenomeni di doppia imposizione, deve tener quindi conto del maggior reddito di impresa attribuito all'imprenditore o al socio conseguente all'ineducibilità del costo. Questa circostanza si può verificare quando l'utilizzatore coincide con l'imprenditore individuale o con il socio di società di persone e di società trasparenti per opzione.

Auto in uso promiscuo, è l'eccedenza che conta - La circolare spiega che lo stesso criterio vale anche nel caso di beni a uso promiscuo - come ad esempio l'auto usata gratuitamente da uno dei soci - per i quali il Tuir ammette la deducibilità dei costi a forfait: va tassata in capo all'utilizzatore solo la quota parte di reddito diverso che eccede l'importo dei costi non dedotti. Chiarimenti vengono forniti anche in merito alle autovetture adibite a uso pubblico, come ad esempio i taxi, per le quali è prevista la deducibilità dell'intero ammontare dei componenti negativi nonostante l'eventuale utilizzo privatistico.

Il Fisco “apre” sulla certificazione - La circolare n. 24/E dello scorso giugno ha fatto riferimento, ai fini dell'onere della prova, alla necessità di un'apposita comunicazione scritta di data certa, antecedente la data di inizio di utilizzazione del bene da parte del

SEGNALAZIONI

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

socio, dalla quale risultassero il corrispettivo annuo e le altre condizioni contrattuali. A questo proposito, l'Amministrazione spiega che, anche in assenza di questa.”

(Agenzia delle entrate, circ. n. 36 del 24 sett. 2012)

La circolare sulla Trasformazione di attività per imposte anticipate in credito d'imposta

L'Agenzia delle entrate ha illustrato la disciplina fiscale del credito d'imposta derivante dalla trasformazione di attività per imposte anticipate (DTA) iscritte in bilancio, introdotta dal Dl n. 225 del 2010 e successivamente modificata dal Dl n. 201 del 2011.

La relativa circolare - che si articola come segue:

1. **PREMESSA**
2. **DISCIPLINA DELLA TRASFORMAZIONE IN CREDITI D'IMPOSTA DELLE ATTIVITÀ PER IMPOSTE ANTICIPATE (ARTICOLO 2, COMMI DA 55 A 58, DECRETO LEGGE 29 DICEMBRE 2010, N. 225)**
 - 2.1. **TRASFORMAZIONE DELLE ATTIVITÀ PER IMPOSTE ANTICIPATE IN CASO DI PERDITA D'ESERCIZIO (COMMI 55 E 56)**
 - 2.2. **TRASFORMAZIONE DELLE ATTIVITÀ PER IMPOSTE ANTICIPATE IN CASO DI PERDITE FISCALI (COMMA 56-BIS)**
 - 2.3. **TRASFORMAZIONE DELLE ATTIVITÀ PER IMPOSTE ANTICIPATE IN CASO DI LIQUIDAZIONE VOLONTARIA O ASSOGGETTAMENTO A PROCEDURE CONCURSUALI O DI GESTIONE DELLE CRISI**
3. **MODALITÀ DI UTILIZZO DEL CREDITO D'IMPOSTA (COMMA 57)**
4. **APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DA PARTE DI SOCIETÀ ESTERE CHE OPERANO IN ITALIA MEDIANTE UNA STABILE ORGANIZZAZIONE**
5. **ASPETTI SANZIONATORI**

è stata così sintetizzata con un apposito comunicato stampa:

“ Con la circolare n. 37/E viene spiegato come determinare le DTA da trasformare in credito d'imposta quando si verifica una perdita d'esercizio, o nel caso di perdite fiscali. Inoltre, la circolare evidenzia le due finalità distinte della norma, quella agevolativa diretta alla generalità dei soggetti, per i quali la trasformazione delle DTA in credito d'imposta rappresenta una facoltà, e quella di vigilanza che interessa le banche e gli intermediari vigilati dalla Banca d'Italia, per i quali il meccanismo di conversione delle DTA in credito d'imposta è un'operazione automatica e obbligatoria.

A chi e come si applica - La circolare spiega come i due regimi funzionano sia in periodi di ordinaria attività d'impresa sia in caso di liquidazione volontaria, procedure concorsuali e di gestione della crisi.

SEGNALAZIONI

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

Possono usufruire, inoltre, della disciplina anche le società estere che operano in Italia tramite una stabile organizzazione, a patto che non siano in liquidazione volontaria, assoggettate a procedure concorsuali o di gestione della crisi.

Come utilizzare il credito d'imposta - E' possibile usufruire del credito d'imposta ottenuto dalla trasformazione delle DTA in tre diverse modalità: compensazione, cessione al valore nominale, richiesta a rimborso della parte residua dopo le compensazioni. Le istruzioni operative per utilizzare il credito sono contenute nella risoluzione n. 94/E del 22 settembre 2011.

Sanzioni - Infine, il documento di prassi spiega che gli errori commessi nell'indicazione del credito d'imposta in dichiarazione sono sanzionati in relazione agli effetti che producono. Pertanto, anche per i soggetti per i quali la trasformazione è obbligatoria, nell'ipotesi in cui le DTA trasformabili non vengano, per sbaglio, integralmente trasformate, l'errore non è sanzionabile se non produce danni per l'Erario.”

(Agenzia delle entrate, circ. n. 37 del 28 sett. 2011)

La regolarizzazione delle comunicazioni e degli adempimenti fiscali fuori tempo

L'Agenzia delle entrate ha affrontato il problema della regolarizzazione delle dimenticanze commesse dai contribuenti, che pur possedendone i requisiti, non hanno presentato tempestivamente una comunicazione o eseguito degli adempimenti.

Comunicato stampa:

I contribuenti che per una dimenticanza non hanno presentato tempestivamente una comunicazione o eseguito degli adempimenti, ma sono comunque in possesso dei requisiti richiesti, possono mettersi in regola entro il termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi. Per fare ciò è necessario che la violazione non sia stata constatata, non vi siano stati controlli conosciuti dal contribuente e che lo stesso versi una sanzione pari a 258 euro. Sono solo alcuni dei chiarimenti, forniti oggi dall'Agenzia delle Entrate, con la circolare 38/E, in merito all'istituto della remissione in bonis, introdotto con il Dl n.16/2012 (art. 2), nell'intento di semplificare gli adempimenti tributari, assicurando una riduzione degli oneri amministrativi per i cittadini e le imprese.

La remissione in bonis: cos'è e come regolarizzare - Ai contribuenti che non hanno ottemperato agli obblighi previsti è data la possibilità di evitare la decadenza dal beneficio o dal regime fiscale ponendo in essere, seppure tardivamente, l'adempimento omesso - entro il termine di presentazione della prima dichiarazione utile (che è la prima dichiarazione che scade successivamente al termine previsto per effettuare la comunicazione o l'adempimento) - e pagando contestualmente in F24 una sanzione minima, pari a 258 euro. Ciò a patto che la violazione non sia stata constatata e solo in assenza di accessi, ispezioni, verifiche o altre attività di accertamento conosciute dal

SEGNALAZIONI

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

contribuente. Naturalmente la chance è data solo a chi è in possesso dei requisiti sostanziali richiesti dalle norme per accedere al regime o usufruire del beneficio, con riguardo alla data di scadenza originaria dell'adempimento. Una misura volta a sanare quei soli comportamenti che non abbiano prodotto danni per l'erario nemmeno in termini di pregiudizio per l'attività di accertamento.

Dimenticanze tributarie: sanare si può. La particolare "sanatoria", introdotta dall'Agenzia delle Entrate, permette a contribuenti ed imprese di aderire a regimi fiscali opzionali: ad esempio quelli relativi alla tassazione per trasparenza delle società di capitali, alla tassazione di gruppo (il consolidato fiscale) e nel caso in cui il contribuente abbia ommesso di comunicare i dati fiscalmente rilevanti per gli enti associativi. Tra le altre fattispecie sanabili, il documento di prassi prevede l'adesione al regime di liquidazione e versamento mensile o trimestrale dell'Iva di gruppo, la determinazione dell'Irap in base al bilancio e la tonnage tax.

Extra time per il 2011. L'Agenzia delle Entrate chiarisce che la remissione in bonis si applica sia alle irregolarità per le quali, al 2 marzo 2012, non fosse ancora scaduto il termine di presentazione della prima dichiarazione utile (nel senso precisato dalla circolare), sia a quelle per le quali, alla stessa data, pur essendo tale termine già scaduto, si è ancora in tempo per la presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta nel quale l'adempimento è stato ommesso. Si tratta, ad esempio, degli adempimenti ommessi nel 2011 dai contribuenti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare.

Per queste omissioni, peraltro, in sede di prima applicazione della norma, il termine di regolarizzazione è stato eccezionalmente individuato nel 31 dicembre 2012.

Una seconda chance anche per il 5 per mille – Una particolare forma di ravvedimento è stata prevista, infine, per gli enti che partecipano alla ripartizione del fondo 5 per mille dell'Irpef. La circolare chiarisce, infatti, che le domande tardive e le tardive integrazioni documentali possono essere "sanate" dagli enti in possesso dei requisiti sostanziali previsti dalle norme, a patto che presentino formale domanda di iscrizione entro il 30 settembre e versino la sanzione di 258 euro, utilizzando il codice tributo "8115".

Semplificazioni anche per la cessione delle eccedenze del consolidato - La mancata indicazione da parte della società consolidante degli estremi del soggetto cessionario e dell'importo ceduto nel relativo modello non comporta più l'inefficacia della cessione delle eccedenze Ires nel gruppo. La stessa semplificazione vale anche per l'ipotesi di cessione, sempre tra soggetti partecipanti alla tassazione di gruppo, delle altre eccedenze utilizzabili in compensazione seppure realizzata in mancanza dell'indicazione degli estremi del soggetto cessionario, dell'importo ceduto o della tipologia di tributo oggetto di cessione."

(Agenzia delle entrate, circ. n. 38 del 28 sett. 2012)

SEGNALAZIONI

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

GIURISPRUDENZA

Cessioni intracomunitarie. Identificativo Iva. Non è condizione sostanziale (Corte di Giustizia della Ue, sentenze del 6 sett. 2012, causa C-273/11, e del 27 sett. 2012, causa C-587/10)

Le due sentenze statuiscano:

- 1) che il numero identificativo Iva del cessionario non figura tra le condizioni sostanziali della cessione comunitaria. Tale numero costituisce, indubbiamente, un elemento che fornisce la prova dello status di soggetto passivo (condizione questa sì, necessaria), agevolando i controlli, ma è pur sempre un requisito formale che non può condizionare l'applicazione del regime impositivo proprio degli scambi intra Ue. Ciò comporta che la non imponibilità Iva della cessione intracomunitaria, qualora sussistano tutti i presupposti sostanziali, non può essere negata per il fatto che il cessionario soggetto passivo non dispone del n. di partita Iva;
- 2) che il fisco, pur potendo subordinare la non imponibilità della cessione intracomunitaria all'acquisizione da parte del cedente del n. di partita Iva del cessionario, non può però negarla per il solo fatto che il fornitore, in buona fede, non abbia potuto rispettare tale obbligo e abbia comunque dimostrato che il cessionario ha effettuato l'acquisto in veste di soggetto passivo; ciò in quanto subordinare un diritto al rispetto di obblighi di forma, tralasciando di considerare i requisiti sostanziali, eccederebbe lo scopo della norma.

L'interpello è impugnabile

La Corte di Cassazione ha sancito la impugnabilità della risposta negativa del fisco a un interpello disapplicativo; ciò in quanto, sebbene tale atto non rientri tra quelli elencati dall'articolo 19 del d.lgs n. 546/1992, esso ha la capacità di incidere immediatamente sulla sfera giuridica del destinatario e quindi «non può negarsi che il contribuente abbia l'interesse, ex art. 100 cpc, ad invocare il controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'atto in esame».

(Cassazione, sentenza n. 17010 del 5 ott. 2012)

L'accertamento prima dei 60 gg. è sempre nullo

La Corte di Cassazione ha ribadito che l'accertamento notificato prima dello scadere dei 60 giorni dalla data di consegna del pvc è nullo; ciò anche se nel frattempo il contribuente ha già prodotto le proprie osservazioni all'ufficio.

(Cassazione, sentenza n. 16999 del 5 ott. 2012)

INFORMAZIONE CONVEGNI

Soluzioni negoziate della crisi e tutela dei creditori alla luce della riforma del 2012

19 ottobre 2012

Vicoforte (CN), Casa Regina Montis Regalis - Santuario di Vicoforte

RELATORI: Stefano Ambrosini, Alberto Jorio, Stefano Poli, i dott.ri Giovanna Dominici, Bruno Conca, Filippo D'Aquino, Claudio Battistella, Roberto Fontana, Enrico Stasi, Cecilia Marino, Marco Cavazzutti, Francesco Donato, Bartolomeo Quatraro, Paolo Rampini, Roberta Bonaudi, Giulio Andreani, Luca Bongioanni, Alberto Guiotto, Marcello Pollio, e l'avv. Paolo Guzzetti.

Programma

Conferenza Internazionale sulla valutazione d'azienda

22 e 23 ottobre 2012

Milano, Università Bocconi, Aula Magna

Per maggiori informazioni consultare la sezione eventi del sito: www.unibocconi.it

L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni

26 ottobre 2012

Modena, Facoltà di Giurisprudenza - Via San Geminiano, n. 3

MODERATORI E RELATORI: Renzo Costi, Gastone Cottino, Paolo Montalenti, Gaetano Presti, Francesco Vella, Vincenzo Calandra Buonauro, Sido Bonfatti, Marcello Clarich, Marco Lamandini, Sabino Fortunato, Vincenzo Di Cataldo, Francesco Denozza, Giuliana Scognamiglio, Franco Gallo, Luigi Foffani, i dott.ri Vieri Ceriani e Pierluigi Ciocca, e l'avv. Marino Perassi.

INFORMAZIONE CONVEGNI

Le agenzie di rating

8 e 9 novembre 2012

Fisciano (SA) - Campus universitario, Facoltà di ingegneria - Aula delle lauree

RELATORI: Angela Principe, Gastone Cottino, Claire A. Hill, Benedicte Francois, Amedeo Bassi, Carlo Panico, Giacomo De Laurentis, Mario Libertini, Vittorio Boscia, Giovanni Capo, Roberto Rosapepe, Pietro Abbadessa, Marco Lamandini, Lucia Picardi, Fabrizio Fezza, Giuseppe Fauceglia, Marco Maugeri, Andrea Castaldo, Renzo Costi, Marilena Rispoli Farina, Sandro Amorosino, Mario Porzio, Alberto Amatucci, Vincenzo Di Cataldo, Carlo Fresa, Paolo Montalenti, Riccardo Paternò, Filippo Annunziata, e i dott.ri Salvatore Farace, Francesco Lukacs, Luca Di Donna, Marco Ruggiero, Marco Galardo, Riccardo Basso, Raffaele Scalcione, Federico Parmeggiani, Neomisio Susi e Johannes Engels.

Programma

I bilanci straordinari

9 novembre 2012

Cassino, Località Folcara - Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale – Aula Magna

RELATORI: Caterina Montagnani, Lucio Potito, Andrea Paciello, Sabino Fortunato, Lorenzo De Angelis, Giuseppe Niccolini, Marco Lacchini, Giuseppe Maria Cipolla.

Programma

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: 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: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

Servizio Abbonamenti: per inform azioni 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 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Chief Executive Officer: Fabrizio Masini - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

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 ItaliaOggi Editori - Erinne 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 ItaliaOggi Editori - Erinne srl.