

Collegio sindacale

Esclusa la *prorogatio* per i sindaci dimissionari

Tribunale di Bari 2 febbraio 2013 - Pres. Lucafo - Rel. de Simone

Società - Collegio sindacale - Rinuncia all'incarico da parte dei componenti sia effettivi che supplenti - Prorogatio

(Cod. civ. artt. 2385, 2400, 2401)

Nel caso di rinuncia all'incarico da parte dei componenti, sia effettivi che supplenti, del collegio sindacale, non può applicarsi il regime della *prorogatio* facendo ricorso all'applicazione analogica del disposto dell'art. 2385 c.c., ovvero dell'art. 2400, comma 1, c.c., atteso che la *prorogatio* può essere ipotizzata soltanto con riferimento ai sindaci che siano cessati della carica per scadenza del termine e non anche con riferimento ai sindaci che abbiano presentato le proprie dimissioni.

Il Tribunale (*omissis*).

Ritenuto che, nel caso di specie (nel quale è intervenuta rinuncia e non già scadenza del termine), non può farsi applicazione in via analogica del disposto di cui all'art. 2385 c.c. (il quale prevede l'istituto della *prorogatio* nella carica per gli amministratori), ovvero dell'art. 2400, comma 1, c.c., il quale prevede la *prorogatio* nell'incarico in ipotesi di cessazione del collegio sindacale per scadenza del termine (e non già per rinuncia).

Ciò in quanto: a) con riferimento al disposto di cui all'art. 2385 c.c., l'istituto della *prorogatio* risponde ad una precisa e imprescindibile esigenza, che è quella di evitare una *vacatio* dell'organo amministrativo titolare dei poteri di gestione, esigenza non altrettanto imprescindibile con riferimento all'organo di controllo, la cui assenza viene risolta dal sistema con la previsione dello scioglimento della società (così impedendo la sopravvivenza di una società priva dell'organo di controllo); b) con la riforma del diritto societario la questione sembra essere definitivamente risolta per l'esclusione della *prorogatio* nell'ipotesi in cui la cessazione consegua alla rinuncia e non già alla cessazione del termine, proprio perché la riforma ha innovato il disposto di cui all'art. 2400, comma 1, c.c., prevedendo la proroga nell'incarico nella sola ipotesi di cessazione del collegio sindacale per scadenza del termine e non anche per rinuncia (*quod non dixit non voluit*):

cfr. sul punto Tribunale di Milano, sez. VIII, 2 agosto 2010); c) la fattispecie della rinuncia è specificamente disciplinata dall'art. 2401, ultimo comma, c.c., il quale prevede la convocazione dell'assemblea, da intendersi senza indugio, e non già la proroga (essendo la rinuncia equiparata dalla norma alla morte);

ritenuto che tale interpretazione appare conforme ai principi generali, atteso che la *prorogatio* può essere ipotizzata con riferimento a chi abbia accettato l'investitura e ne sia cessato per scadenza del termine e non anche con riferimento a chi abbia esplicitamente manifestato la volontà di non voler svolgere la funzione;

P.T.M.

Visto l'art. 2192 c.c., accoglie il ricorso in premessa indicato e per l'effetto così provvede:

A) riforma il decreto del Giudice del Registro delle Imprese di Bari in data (*omissis*) e il provvedimento emesso dal Conservatore del Registro delle Imprese presso la CCIAA di Bari n. (*omissis*) del (*omissis*);

B) ordina al Conservatore del Registro delle Imprese presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari, con esonero da responsabilità, l'iscrizione della cessazione dei componenti il collegio sindacale della (*omissis*) s.r.l., come richiesta nell'istanza de (*omissis*).

IL COMMENTO

di Angelo Busani e Daniele Boraldi

Affermando espressamente la inapplicabilità del meccanismo della c.d. *prorogatio* ai sindaci dimissionari, il decreto in commento offre un interessante spunto per approfondire (ripercorrendo le ragioni addotte a so-

stegno dei due contrastanti orientamenti interpretativi che sono stati principalmente espressi in questa materia) la ricostruzione degli effetti della rinuncia all'incarico da parte dei membri del collegio sindacale.

La controversa questione (1) su cui si è espresso il decreto che si annota è quella dell'applicabilità della regola della c.d. *prorogatio* (vale a dire il principio per il quale il soggetto cessato da un incarico permane investito del suo "mandato" fino ad avvenuta sua sostituzione) (2) all'ipotesi, oggigiorno assai frequente (a causa delle difficoltà in cui si trovano le imprese nell'attuale contesto economico e delle conseguenti "incomprensioni" che, in queste situazioni, spesso si determinano tra amministratori e sindaci), delle dimissioni presentate da parte di uno o di tutti i membri del collegio sindacale, quando non possa farsi luogo alla sostituzione di chi si è dimesso con i membri supplenti del collegio stesso: si pensi, ad esempio, al caso delle dimissioni contemporanee di tutti i tre sindaci effettivi oppure al caso delle dimissioni di un sindaco effettivo quando non ci siano supplenti (ad esempio perché precedentemente o contestualmente dimessi o perché comunque cessati dall'incarico senza già esser stati sostituiti) (3).

La vicenda su cui è intervenuto il decreto in commento ha dunque avuto origine dal rifiuto, opposto dal Conservatore del Registro delle imprese di Bari (il quale propendeva per la *prorogatio* dei sindaci dimissionari), alla richiesta di iscrizione, presentata dagli amministratori di una società a responsabilità limitata dotata di collegio sindacale (4), della comunicazione di cessazione del collegio sindacale per rinuncia di tutti i suoi membri effettivi e supplenti; verso questo diniego del Conservatore è stato quindi proposto reclamo, rigettato con decreto del Giudice del Registro delle imprese, il quale ha aderito alle conclusioni del Conservatore del Registro; infine, a seguito di impugnazione di quest'ultima decisione, ex art. 2192 c.c., i motivi di reclamo sono stati invece accolti dal decreto in commento, che ha riformato quello del Giudice del registro.

Il Tribunale di Bari, ordinando l'iscrizione nel Registro delle imprese della cessazione dei sindaci dimissionari, ha negato dunque che, dimettendosi contemporaneamente la totalità dei sindaci, effettivi e supplenti, ricorra una fattispecie di *prorogatio* della carica sindacale.

La disciplina della *prorogatio* dei sindaci ante riforma del 2003

Anteriormente alla riforma del diritto societario

del 2003 (5), il periodo intercorrente fra la scadenza del mandato dei sindaci (6) e la accettazione della carica da parte dei nuovi componenti del collegio, nominati dall'assemblea, non era oggetto di disciplina legislativa specifica, così come non esisteva una previsione di legge relativa al periodo di *vacatio* conseguente alle altre ipotesi di cessazione dei sindaci dalla carica, quali la morte del sindaco, la rinuncia all'incarico o la decadenza dall'incarico. Ciò a differenza di quanto era (ed è tuttora) previsto per gli amministratori della società di capitali, per i quali (ai sensi dell'art. 2385 c.c.) era ed è disposto, in caso di scadenza o rinuncia, un regime di *prorogatio* fino ad avvenuta ricostituzione dell'organo (a meno che, nell'ipotesi di rinuncia, rimanga in carica la maggioranza dei componenti del consi-

Note:

(1) Cfr. V. Salafia, *Cessazione dei sindaci per rinuncia all'ufficio*, in questa *Rivista*, 2010, 1312.

(2) Cfr. P. Divizia, *L'istituto della prorogatio applicato al collegio sindacale fra norme imperative e autonomia statutaria*, in *Riv. not.*, 2011, 2, il quale riferisce che si tratta di un istituto originatosi nell'ambito del diritto pubblico e qualificato come un corollario del più vasto principio di continuità, posto a presidio del regolare funzionamento degli organi pubblici e annoverato tra i principi c.d. istituzionali dell'ordinamento.

(3) Sul rapporto fra supplenza e *prorogatio*, cfr. P. Divizia, *La supplenza di persone nel collegio sindacale ed il "principio di continuità dell'organo" applicato al diritto societario*, in *Riv. not.*, 2010, 957.

(4) Le riflessioni che seguono trattano del rapporto fra dimissioni dei sindaci e *prorogatio* nella funzione in seno al collegio sindacale, facendo costante riferimento all'organo di controllo nella sua tipica struttura collegiale. Tuttavia, il problema della *prorogatio* nella carica si pone con la stessa intensità e poggia sullo stesso ordine di considerazioni anche qualora l'organo sindacale sia composto dal "sindaco unico", la cui rinuncia all'incarico dà luogo allo stesso ordine di problemi che conseguono alle dimissioni corali dell'intero organo collegiale. Per un approfondimento sull'attuale disciplina dell'organo sindacale nelle società a responsabilità limitata, cfr. dapprima A. Busani, *Il collegio sindacale della s.r.l. dopo la riforma della revisione legale dei conti*, in questa *Rivista*, Gli Speciali, 2010, 17; R. Drisaldi, *Il collegio sindacale nelle società a responsabilità limitata*, in questa *Rivista*, 2010, 1218; e quindi I. Demuro, *Collegio sindacale e sindaco unico tra novità ed incertezze, nuove competenze e semplificazioni*, in *Giur. comm.*, 2012, 4, 590.

(5) Per la disciplina ante riforma in tema di cessazione dall'incarico dei membri del collegio sindacale cfr. ad esempio C. Cocito, *Il collegio sindacale*, Milano, 1970, 139.

(6) Nel testo previgente, l'art. 2400 c.c. fissava in «un triennio» la durata dell'incarico dei sindaci, ma era prevalente, se non dominante, l'interpretazione che intendeva l'espressione nel senso di "tre esercizi sociali", per cui la scadenza andava a coincidere con la data dell'assemblea che approvava il bilancio dell'ultimo esercizio. Cfr. G.U. Tedeschi, Sub. art. 2400, in Comm. Schlesinger, *Il collegio sindacale*, Milano, 1992, 61.

glio di amministrazione, caso nel quale la cessazione dalla carica ha un effetto istantaneo).

Questo panorama normativo provocava una netta contrapposizione di orientamenti.

Da un lato, si riteneva che, reputandosi la *prorogatio* uno strumento di natura eccezionale, essa si rendesse inapplicabile alle fattispecie di cessazione dell'incarico sindacale, qualunque ne fosse la causa, per la mancanza di un riferimento normativo che ne legittimasse l'utilizzo; in particolare, facendo leva sul dato testuale degli artt. 2400 e 2401 c.c. (nel testo previgente alla riforma del 2003), una parte della giurisprudenza di merito (7), sosteneva che, non esistendo, nella disciplina codicistica del collegio sindacale, una previsione di *prorogatio* analoga a quella relativa al consiglio di amministrazione, l'incarico nell'organo di controllo, una volta cessato (per naturale scadenza, per rinuncia o per decadenza), non tollerasse prolungamenti di sorta, con la conseguenza che i sindaci cessati si reputavano privi di qualsiasi potere/dovere di controllo e, pertanto, in particolare, non responsabili per accadimenti avvenuti successivamente alla cessazione del loro incarico.

A questo orientamento si contrapponeva, d'altro lato, la tesi, avallata in sede di giurisprudenza di legittimità (8), secondo la quale si riteneva essere immanente nel sistema un generale principio di necessaria continuità degli organi societari (9), con la conseguenza di reputare il disposto dell'art. 2385 c.c. quale espressione particolare di una più ampia regola e, pertanto, di renderla analogicamente o estensivamente applicabile anche nell'ipotesi di cessazione dei componenti del collegio sindacale (10); in altri termini, non si considerava soddisfacente far discendere dal silenzio del legislatore, nelle norme dedicate dal codice civile al collegio sindacale, una conclusione in termini di inapplicabilità della *prorogatio* al collegio sindacale, apparendo preferibile invece operare un'interpretazione estensiva (o analogica (11)) dell'art. 2385 c.c. (12), rendendo cioè tale espressione normativa applicabile anche al collegio sindacale, e ciò in quanto si riteneva che tale norma, lungi dal rivestire un carattere eccezionale, ben avrebbe potuto considerarsi come la particolare estrinsecazione di un principio sistematico valevole anche per organi diversi dal consiglio di amministrazione

Note:

(7) Cfr. Trib. Monza 26 aprile 2001, in questa *Rivista*, 2001, 10, 1229, ove, negata la *prorogatio* per il caso di rinuncia dei sindaci, si afferma che «costituisce pertanto grave irregolarità da parte

degli amministratori non provvedere nei termini di cui all'art. 2409 c.c. alla pubblicazione dell'avvenuta cessazione dell'ufficio, e rinviare l'adempimento alla nomina del nuovo collegio sindacale». Nel medesimo senso, cfr. App. Bologna 15 aprile 1988, in questa *Rivista*, 1988, 864; Trib. Milano 26 aprile 1983, *ivi*, 1983, 1157, con nota di G. Ferri; Pret. Milano 15 febbraio 1978, in *Giur. comm.*, 1978, II, 153; Trib. Palermo 6 giugno 1962, in *Giur. sic.*, 1962, 504.

(8) Cfr. Cass. 18 gennaio 2005, n. 941, in *Giust. civ.*, 2006, 2, 1, 447 (emanata post riforma del 2003, ma evidentemente riferita a una fattispecie maturatasi ante riforma), secondo cui «La rinuncia all'incarico da parte di un sindaco di una società di capitali ha effetto immediato, indipendentemente dalla sua accettazione da parte dell'assemblea, soltanto quando sia possibile l'automatica sostituzione del dimissionario con un sindaco supplente e non quando, invece, le dimissioni coinvolgano un numero di sindaci effettivi superiore a quello dei membri supplenti a disposizione»; e Cass. 9 ottobre 1986, n. 5928, in questa *Rivista*, 1986, 1314; e in *Impresa*, 1986, 2778, secondo la quale «la rinuncia di un sindaco effettivo - a meno che non sia diversamente disposto dallo statuto sociale - ha effetto immediato, indipendentemente dalla sua accettazione da parte dell'assemblea, quando sia possibile l'automatica sostituzione del dimissionario con un sindaco supplente con la conseguenza che quest'ultimo, istituzionalmente obbligato, in ragione della sua carica a sostituire il sindaco effettivo che non possa o che comunque non voglia esercitare l'ufficio, incorre nella responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c. per l'esercizio di funzioni (nella specie: sottoscrizione di un bilancio poi risultato falso) in sostituzione del componente effettivo, dimissionario».

(9) Invece, nell'ambito degli organi della pubblica amministrazione, il principio della *prorogatio* sarebbe un'eccezionalità, e cioè in tanto applicabile in quanto sia espressamente previsto dalla legge: cfr. Corte cost. 4 maggio 1992, n. 208, in *Giur. amm. sic.*, 1992, 302; in *Cons. stato*, 1992, II, 793; in *Amm. it.*, 1992, 1579; in *Riv. giur. sarda*, 1992, 483, con nota di Ricci; in *Comuni d'Italia*, 1992, 1183; e in *Foro it.*, 1993, I, 59, secondo la quale «La regola della c.d. *prorogatio* a tempo indeterminato non può essere ritenuta rispondente ad un principio di carattere generale insito nell'ordinamento, cui dovrebbe addirittura attribuirsi valore costituzionale in relazione all'infettibilità di certe funzioni pubbliche per assicurare la continuità dell'esercizio di queste; diversamente, infatti, da quanto spesso si ritiene con opinione tralattiva, dal complesso normativo vigente, non è possibile desumere che quella della c.d. *prorogatio* di fatto, incerta nella sua durata, costituisca regola valevole in generale per gli organi amministrativi». Sulla *prorogatio* negli «organi di amministrazione attiva, consultiva e di controllo dello Stato e degli enti pubblici, nonché delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, quando alla nomina dei componenti di tali organi concorrono lo Stato o gli enti pubblici» ha disposto il D.L. 16 maggio 1994, n. 293, convertito in L. 15 luglio 1994, n. 444.

(10) Cfr. App. Milano 26 novembre 1968, in *Giust. civ.*, 1969, I, 534, con nota di C. Giannattasio, *Poteri dei liquidatori, vizio del bilancio finale di liquidazione e prorogatio del collegio sindacale*; Trib. Roma 27 aprile 1998, in questa *Rivista*, 1998, 1442.

(11) Cfr. in tal senso A. Montel, *Sul momento di operatività della dichiarazione di cessazione dalla carica di amministratore delegato*, in *Dir. fall.*, 1961, I, 205, il quale, con riferimento alla carica di amministratore delegato, osservava come, dalla lettera del previgente art. 2385 c.c., si potesse ricavare «il principio generale - cui, in mancanza di una normativa specifica, può e deve farsi ricorso all'analogia - della subordinazione della operatività delle dimissioni di un soggetto alla permanenza o al riacquisto della funzionalità dell'organo costituito da esso dimissionario o di cui egli faceva parte».

(12) Cfr. in tal senso S. Ambrosini, *Collegio sindacale: nomina, composizione e funzionamento*, in Abriani - Ambrosini - Cagnasso - Montalenti (a cura di), *Le Società per Azioni*, Trattato di Diritto Commerciale, diretto da G. Cottino, Padova, 2010, 729.

ne (13), in quanto diretto a impedire il verificarsi di soluzioni di continuità nel funzionamento di detti organi. Questo orientamento veniva suffragato dalla considerazione dell'essenzialità (nella struttura delle società di capitali) della costante e imprescindibile presenza di un organo di controllo a latere dell'organo amministrativo, ciò che imponeva, quindi, di reputare ancora in carica i componenti cessati del collegio sindacale fino all'accettazione della nomina da parte dei nuovi membri del collegio stesso (14), mantenendo quindi i membri del collegio sindacale cessati dalla carica piena legittimazione (15) all'esercizio di tutti i poteri e doveri relativi alla loro funzione (16).

L'assetto normativo conseguente alla riforma del diritto societario

La riforma del 2003 ha bensì innovato il sistema previgente, non mantenendo più il silenzio sul tema dell'efficacia della cessazione dei componenti del collegio sindacale; ma, recependo soltanto parzialmente le istanze della opinione maggioritaria formatasi ante riforma, ha peraltro lasciato un margine di incertezza in ordine alle problematiche interpretative sulle quali il Tribunale di Bari è stato chiamato a giudicare.

La *prorogatio* dei sindaci è oggi infatti espressamente prevista nel codice civile, ma riguardo al solo caso della cessazione del collegio sindacale per naturale scadenza del suo mandato: l'art. 2400, comma 1, c.c., prevede che «la cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito», con il che il legislatore della riforma ha colmato il periodo di *vacatio* tra la scadenza dell'organo e l'accettazione dell'incarico da parte dei nuovi membri del collegio stesso. Nulla invece è stato espressamente previsto in termini di *prorogatio* per il diverso caso della rinuncia all'incarico da parte dei sindaci, fattispecie che è disciplinata (senza dunque previsioni di *prorogatio*), unitamente alle altre cause di cessazione dei sindaci (e cioè la morte e la decadenza, che sono evidentemente cause di cessazione «istantanea», non tollerando, per loro natura, alcuna *prorogatio*), dall'art. 2401 c.c., ove è sancito che «In caso di morte, di rinuncia o di decadenza di un sindaco, subentrano i supplenti in ordine di età, nel rispetto dell'art. 2397, comma 2. I nuovi sindaci restano in carica fino alla prossima assemblea, la quale deve provvedere alla nomina dei sindaci effettivi e supplenti necessari per l'integrazione del collegio, nel rispetto dell'art. 2397, comma 2. I nuovi nominati

scadono insieme con quelli in carica»; nel comma 3, poi, il medesimo articolo prevede che «Se con i sindaci supplenti non si completa il collegio sindacale, deve essere convocata l'assemblea perché provveda all'integrazione del collegio medesimo».

Se, dunque, per il caso della morte e della decadenza del componente del collegio sindacale, non vi sono evidentemente questioni di *prorogatio*, suscita invece perplessità, nel diritto conseguente alla riforma, l'apprestamento di una regolamentazione unitaria della fattispecie delle dimissioni con quelle della morte e della decadenza, in quanto, se nei casi di decadenza o di morte la cessazione immediata dalla carica del soggetto deceduto o decaduto è un fatto inevitabile, nel caso di dimissioni non si possono non confrontare le ragioni (individuali) che hanno sospinto il sindaco alla rinuncia al suo incarico (dalle quali inevitabilmente si deriva l'interesse del soggetto rinunciante all'immediata cessazione della sua carica) con le ragioni (sistematiche) che presiedono alla strutturazione organica delle società di capitali e che impongono invece la permanente presenza di un organo di controllo, anche perché ci si deve chiedere se e quale significato abbia la differenza d'impostazione fra ciò che il codice civile prevede per la cessazione dell'incarico dei componenti

Note:

(13) Cfr. in tal senso L. Buttarò, *In tema di "prorogatio" e di sostituzione degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 463.

(14) Cfr. sulla accettazione della carica da parte dei nuovi sindaci, quale momento determinante della presa di efficacia delle dimissioni del sindaco uscente, C. Masucci, *Note in tema di procedimento ex art. 2409 cod. civ. e di funzionamento del Collegio sindacale*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 40; cfr. anche G. Ferri, *Dimissioni dei sindaci e iscrizione nel Registro delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, 113, secondo il quale «con le dimissioni non si può far venir meno un organo essenziale della società e, fin quando l'organo non è ricostituito, le dimissioni anche se per giusta causa non sono operanti».

(15) Cfr. peraltro G. Domenichini, *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, 1985, 16, 557, il quale, nell'ammettere la *prorogatio* del collegio sindacale, rileva che «il collegio composto da soggetti in carica in regime di *prorogatio* non è un collegio regolare; vi sarà pertanto un dovere (anche dei sindaci stessi) di convocare l'assemblea perché provveda alla ricostituzione (reintegrazione) di un regolare collegio. Ed in caso di impossibilità di funzionamento o inattività dell'assemblea nel sanare le irregolarità del collegio potrebbe anche configurarsi un'ipotesi di scioglimento della società».

(16) Cfr. in tal senso C. Masucci, cit., 42; G.U. Tedeschi, cit., 79; G. Cavalli, *I sindaci*, in Colombo - Portale (diretto da), *Trattato delle Società per Azioni*, Torino, 1988, 5, 43 ss.; A.G. Cafaro, *Del collegio sindacale*, in *Dir. fall.*, 1949, I, 184; A. Giuliani, *Sulla sostituzione e integrazione del collegio sindacale e dell'organo amministrativo nelle società di capitali pendente il termine di durata della carica*, in *Riv. not.*, 1969, II, 356; C. Giannattasio, cit., 534; G. Domenichini, cit., 557. Cfr. anche F. Di Sabato, *Sub. art. 2401*, in *Comm. Cendon*, Torino, 1129.

del consiglio di amministrazione (ove permane una previsione di *prorogatio* anche in caso di dimissioni) rispetto a quanto è disposto per la cessazione dei componenti del collegio sindacale.

La tesi contraria alla *prorogatio* del collegio sindacale dimissionario dopo la riforma

La tesi che, ante riforma, sosteneva l'inapplicabilità della *prorogatio* al caso di cessazione del collegio per dimissione dei suoi componenti trova, dunque, nella riforma l'accoglimento dei suoi argomenti più stringenti: dalla stretta lettera del dato normativo, infatti, si ricaverebbe una chiara manifestazione della volontà del legislatore di escludere la *prorogatio* per i casi di cessazione volontaria dalla carica da parte dei membri dell'organo di controllo (17); e ciò, sia a seguito della riproduzione, nelle norme disciplinanti il collegio sindacale (gli artt. 2400 e 2401 c.c.), di una soltanto (vale a dire, per la scadenza del termine) delle due distinte ipotesi di *prorogatio* previste dall'art. 2385 c.c. per gli amministratori (e cioè: per la scadenza del termine e per le dimissioni), sia per il rilievo che le dimissioni dei sindaci sono testualmente disciplinate in uno con le ipotesi di morte del sindaco e di decadenza dalla carica. Ed è proprio questa la tesi accolta dal Tribunale di Bari nel decreto in commento (18): la mancata previsione di *prorogatio* nel caso di dimissioni dei sindaci sarebbe una scelta precisamente voluta del legislatore e non si tratterebbe invero di un caso di mera dimenticanza o di trascuratezza legislativa; il dato normativo impedirebbe, in altri termini, di applicare analogicamente, alla rinuncia dei sindaci, l'art. 2385 c.c. (e quindi il regime di *prorogatio*), anche perché la situazione di *vacatio* che si determina con il venire a mancare dell'organo di controllo sarebbe "gestita" dal sistema con la previsione dello scioglimento della società (secondo il ragionamento per il quale non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento una società che non provveda tempestivamente alla esistenza e alla efficienza dei suoi organi) (19). In sostanza, in un contesto normativo ove la rinuncia alla carica, quanto a disciplina ed effetti, è stata equiparata alla morte (fattispecie nella quale evidentemente non può aversi *prorogatio* alcuna) (20), la *prorogatio* potrebbe ipotizzarsi solamente con riferimento alla situazione della cessazione dalla carica per scadenza del termine, e non già alla situazione che si determina a fronte dell'espressione della volontà dei sindaci di non voler più svolgere la loro funzione.

Da questo *iter* argomentativo discenderebbe

quindi l'ulteriore corollario secondo cui il disposto dell'art. 2385 c.c. (in tema di *prorogatio* dell'organo amministrativo), sarebbe da considerarsi come una norma eccezionale, e quindi non suscettibile di essere riflessa analogicamente in fattispecie diverse da quella contemplata nel medesimo art. 2385 c.c.; e ciò perché, mentre non può aversi *vacatio* nella gestione della società (la quale deve svolgersi senza soluzione di continuità (21) e la cui funzionalità non sarebbe impedita dalla temporanea assenza dell'organo di controllo (22)), la *vacatio* si renderebbe

Note:

(17) Sulla rilevanza del dato testuale cfr. P. Talice, *Applicabilità della prorogatio ai sindaci rinunzianti dopo la riforma del diritto societario*, in questa *Rivista*, 2008, 25.

(18) Il quale si pone dunque nel solco già tracciato da Trib. Milano 2 agosto 2010, in questa *Rivista*, 2010, 1310, con nota di V. Salafia; in *Giur. it.*, 2011, 577, con nota di Cavanna; in *Riv. dott. comm.*, 2011, 419, con nota di Maffezzoni; e in *Giur. comm.*, 2012, II, 171, con nota di Russo, ove si afferma che «Nel caso di rinuncia del sindaco al proprio incarico, anche in mancanza di sindaci supplenti idonei a reintegrare il collegio sindacale, la rinuncia ha effetto immediato, posto che la *prorogatio* dell'incarico non è prevista dalla specifica disciplina dell'art. 2401 c.c. e non è ricavabile da un principio generale dell'ordinamento, non può essere ricostruita in via di applicazione analogica dell'art. 2400 c.c., dettato per l'ipotesi della cessazione dell'incarico sindacale per scadenza del suo termine, ipotesi, questa, nella quale non ricorre alcuna espressa manifestazione di volontà del sindaco di non voler proseguire nell'incarico. Non è applicabile al collegio sindacale l'art. 2385 c.c. che prevede la *prorogatio* degli amministratori cessati anche nel caso di rinuncia degli stessi, in quanto le esigenze di continuità di funzionamento dei due organi appaiono di per sé differenti. Se non è ipotizzabile una *vacatio*, anche breve, dell'organo amministrativo, titolare dei poteri di gestione e quindi della vita operativa della società, è invece ammissibile una *vacatio* dell'organo di controllo, che non è chiamato ad un impegno quotidiano e ad una costante presenza fisica». Nel medesimo senso cfr. anche Trib. Napoli 15 ottobre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 1965.

(19) Cfr. le massime H.E.1 (in tema di società per azioni) e I.D.3 (in tema di società a responsabilità limitata) del Comitato Notarile Triveneto secondo le quali, avendo effetto immediato la cessazione dall'incarico sindacale in tutti i casi diversi dalla scadenza del termine, la soluzione per il caso in cui l'organo di controllo divenga incompleto e non sia possibile ricostruirlo integralmente (vuoi per incapacità dell'assemblea, vuoi per l'irreperibilità di sindaci disposti ad accettare l'incarico) non sarebbe la *prorogatio* ma, appunto, lo scioglimento della società.

(20) Cfr. D. Iorio, *La rinuncia dei sindaci: tra applicabilità della prorogatio e limiti temporali di responsabilità*, in *Notariato*, 2012, 33, il quale, considerando l'unificazione della disciplina della rinuncia con quella della morte, rileva come sia «chiaro, dunque, che si è accettato il rischio di contemplare una *vacatio* del collegio, anche perché non si potrebbe ipotizzare una successione dell'erede del sindaco defunto».

(21) Cfr. G. Bianchi, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 1998, 184, il quale rileva che «Una società senza amministratori non può agire, concludere legittimamente contratti, adempiere agli obblighi sociali, essere rappresentata nei confronti dei terzi. La mancanza dell'organo amministrativo la priva di vitalità giuridica».

(22) Cfr. in tal senso S. Ambrosini, cit., 729.

invece tollerabile quanto alle funzioni di controllo, che sarebbero espletabili non continuativamente, ma secondo un sistematico loro scaglionamento nel tempo, a scadenze pressoché predefinite e in relazione a determinati e specifici eventi societari: al riguardo, si fa notare come la verifica sindacale sia normalmente successiva a una produzione documentale di competenza dell'organo gestorio e come essa consista in un'attività che consente ai sindaci un «avvicendamento anche non simultaneo» (23), non essendo loro richiesto un quotidiano impegno nell'impresa, tanto che l'art. 2404 c.c. impone la loro adunanza con intervallo massimo trimestrale (24) (ciò che, di fatto, determina la cadenza trimestrale con la quale i sindaci, nelle situazioni ordinarie, svolgono il loro compito di controllo).

Anche dalla struttura stessa dell'atto che reca le dimissioni dall'incarico sindacale si trarrebbero argomenti probanti: dal rilievo che la rinuncia sarebbe da qualificare come un atto recettizio (25), non revocabile (una volta ricevuto dal destinatario della comunicazione) né suscettibile di essere respinto dagli amministratori (26) (che sono i destinatari dell'atto recante la rinuncia) (27) e pertanto dotato di un effetto immediato (28), si deriverebbero sia l'incompatibilità della cessazione dall'incarico per rinuncia con qualsivoglia meccanismo di proroga della funzione rinunciata, sia, di conseguenza, la considerazione per la quale il sindaco dimissionario non potrebbe essere costretto a permanere nell'incarico contro la sua volontà, ciò di cui il legislatore sarebbe stato ben consapevole, prevedendo la *prorogatio* della funzione sindacale per la sola ipotesi di scadenza del termine, e cioè per una fattispecie nella quale non vi è contrasto tra il protrarsi *ex lege* della carica e la volontà del singolo di permanervi.

Ulteriore suffragio alla tesi della inammissibilità della *prorogatio* deriverebbe poi dalle norme di cui agli artt. 2404, comma 2, e 2405, comma 2, c.c. (ove si sanciscono fattispecie di decadenza causate da inattività dei sindaci) le quali testimonierebbero che, se l'ordinamento non tollera la permanenza in carica di un sindaco che abbia manifestato disinteresse per le sue funzioni, tanto meno si può ritenere la permanenza in carica di un sindaco che abbia rinunciato al suo incarico (29).

Ancora, l'esistenza di un generale principio di *prorogatio* sarebbe negata dalla norma di cui all'art. 2409 *duodecies*, c.c., il quale dispone, per i membri del consiglio di sorveglianza del sistema dualistico, un regime di *prorogatio* solo per scadenza del termine, mentre, per tutte le altre ipotesi, è previsto soltanto l'obbligo dell'assemblea di provvedere, senza

indugio, alla loro sostituzione (30); nonché (31) dalla norma di cui all'art. 13, comma 6, D.Lgs. 27

Note:

(23) G. Bianchi, *Dimissioni dei sindaci e decorrenza degli effetti*, in questa *Rivista*, 2001, 1233.

(24) Cfr. Trib. Napoli 15 ottobre 2009, cit., secondo cui «la diversità di disciplina è del resto razionale, giacché se non è ipotizzabile una *vacatio*, anche breve, dell'organo amministrativo, titolare dei poteri di gestione e quindi della vita operativa della società, è invece ammissibile una *vacatio* dell'organo di controllo, che non è chiamato ad un impegno quotidiano e ad una costante presenza fisica, sino al momento della convocazione dell'assemblea che provveda alla sostituzione».

(25) Non vi è nel codice civile una prescrizione di forma per l'atto di rinuncia all'incarico da parte del sindaco e pertanto può dubitarsi che si possa applicare analogicamente quanto disposto dall'art. 2385, comma 1, c.c., che, per la rinuncia dell'amministratore, richiede la forma scritta (sul dubbio che si tratti di una forma *ad substantiam* cfr. Minervini, *Gli amministratori delle società per azioni*, Milano, 1956, 467). Per un caso di prova della rinuncia all'incarico mediante produzione della lettera raccomandata con ricevuta di ritorno recante le dimissioni, cfr. Trib. Milano 15 luglio 1982, in *Riv. dott. comm.*, 1983, 1010. Sul tema della recettività della dichiarazione di dimissioni cfr. F. Platania, *Costanza ed effettività del controllo contabile e momento di efficacia delle dimissioni del sindaco*, in questa *Rivista*, 2012, 1269.

(26) Cfr. sul punto G. Cavalli, cit., 44, il quale, sul tema di stabilire se «la comunicazione vada eseguita al Presidente del Consiglio di Amministrazione, all'organo amministrativo impersonalmente, ovvero a ciascuno dei suoi componenti» afferma che «Poiché la dichiarazione di rinuncia tende, fra le altre cose, a provocare l'iscrizione e la pubblicazione della causa di cessazione dall'ufficio, non vi è dubbio che la terza ipotesi è la più prudente; sarebbe eccessivo, tuttavia, considerare inefficaci le dimissioni indirizzate agli amministratori nelle prime due forme».

(27) Sul tema dell'individuazione dei soggetti destinatari della comunicazione delle dimissioni e della necessità dell'effettiva conoscenza, in capo al sindaco supplente, della rinuncia all'incarico da parte del sindaco effettivo, cfr. Trib. Mantova 25 luglio 2009, in questa *Rivista*, 2010, 841, con nota di M.M. Gaeta, *Gli effetti delle dimissioni dei sindaci e la loro decorrenza; sul rapporto fra l'effetto automatico della sostituzione del sindaco dimissionario con il supplente e l'effettiva conoscenza della rinuncia formale all'incarico*.

(28) La conseguente iscrizione pubblicitaria, il cui obbligo incombe sugli amministratori ai sensi dell'art. 2400, comma 3, c.c., ha pertanto solo l'effetto di rendere opponibile ai terzi l'estraneità dei sindaci dimissionari agli atti compiuti dalla società in epoca successiva alla pubblicazione della loro rinuncia, ma è priva di efficacia costitutiva. Argomenta dalla natura dell'atto di rinuncia la non applicabilità alla fattispecie della *prorogatio*, W. Saglietto, *Sub art. 2401*, in G. Fauceglia - G. Schiano di Pepe (diretto da), *Codice Commentato delle SpA*, Torino, 2006, 869, ove sostiene che «per quanto riguarda la decorrenza della rinuncia non si ritiene applicabile il principio della *prorogatio* [...] essendo la rinuncia un atto recettizio, non revocabile, né suscettibile di essere respinto dagli amministratori e con effetto immediato. Inoltre, accogliere una proroga forzata del sindaco dimissionario, cioè di colui che non vuole o non può esercitare le proprie funzioni, significa mantenere in carica un sindaco che potrebbe non adempiere in modo corretto ai propri doveri».

(29) Cfr. in tal senso P. Talice, cit., 29.

(30) Cfr. in tal senso D. Iorio, cit., 33.

(31) Cfr. in tal senso le massime H.E.1 (in tema di società per azioni) e I.D.3 (in tema di società a responsabilità limitata) del Comitato Notarile Triveneto.

gennaio 2010, n. 39 (disciplinante la revisione legale dei conti), ove si prevede bensì un regime di *prorogatio* dei revisori dimissionari, ma non oltre il sesto mese dalla data delle loro dimissioni.

Altro argomento (32) rilevante sarebbe poi quello secondo il quale la mancata previsione, da parte del legislatore della riforma, di un regime di *prorogatio* a seguito delle dimissioni dei sindaci troverebbe ragione nell'intento del legislatore stesso di non prevedere un obbligo di permanenza in carica dei sindaci contro la loro volontà, in ossequio al principio generale dell'ordinamento secondo il quale le prestazioni di lavoro o d'opera non sono coercibili (principio che trova espressione, ad esempio, nelle norme che riconoscono a tutti i mandatari, prestatori d'opera e lavoratori in genere, il diritto inalienabile di recedere dagli obblighi contrattuali assunti nei confronti dei loro mandanti, committenti o datori di lavoro: artt. 1727, 2237 e 2118 c.c.): conferma se ne avrebbe anche per la già più volte riferita considerazione che la *prorogatio* è stata prevista, dal legislatore delle società di capitali, nel solo caso di scadenza del termine dell'incarico, e cioè in una fattispecie nella quale (a differenza di quanto accade nel caso di dimissioni) non ricorre alcuna manifestazione di volontà contraria alla prosecuzione dell'incarico e, quindi, nella quale la permanenza in carica non comporta coercizione alcuna.

A tutte queste argomentazioni, formulate in merito punto di diritto, non mancano poi di aggiungersi (ciò di cui si fa carico, in particolare, la "dottrina di categoria") (33) considerazioni che, seppur influenzate da dati di fatto, tuttavia non sono comunque prive di notevole rilevanza: invero, non c'è dubbio che, quando si parla di dimissioni del collegio sindacale, si verte principalmente in situazioni nelle quali i sindaci, non condividendo l'operato degli amministratori, intendono evitare la responsabilità che potrebbe loro derivare per un ritenuto non diligente svolgimento dei loro compiti; e nelle quali, pertanto, vi è il massimo interesse del sindaco alla cessazione del suo incarico in coincidenza con il momento di rilascio della sua dichiarazione di dimissioni, senza essere coinvolto in un regime di *prorogatio* nel corso del quale evidentemente potrebbe non più essere possibile lo svolgimento delle funzioni di controllo con gli occorrenti requisiti di serenità e professionalità. In altri termini, si considera degno di rilievo il fatto che l'esercizio del diritto alle dimissioni con immediata efficacia permette al sindaco di tutelarsi nei confronti di situazioni societarie nelle quali egli non ritiene l'organo ammi-

nistrativo operare ordinatamente, con appropriatezza e in un clima di correttezza e gli evita di subire (altrimenti concretizzandosi «in fatto una disapplicazione del diritto di dimettersi») (34) un forzoso mantenimento della carica nel (in ipotesi, non breve) periodo di agonia che inevitabilmente deriva da situazioni in cui le tensioni societarie possono

Note:

(32) Cfr. in tal senso le massime H.E.1 (in tema di società per azioni) e I.D.3 (in tema di società a responsabilità limitata) del Comitato Notarile Triveneto.

(33) Cfr. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, Norme di Comportamento del Collegio Sindacale, Norma 1.6 - Cessazione dall'ufficio, ove si sottolinea la necessità di preservare la libertà individuale del sindaco a rassegnare le dimissioni, quale baluardo difensivo atto ad impedire che il controllore si trovi ostaggio o "prigioniero" della società: «La rinuncia del sindaco ha effetto immediato. Nel caso in cui le dimissioni riguardino più membri del collegio, per stabilirne l'ordine di efficacia, farà fede il momento nel quale esse sono state ricevute dalla società. [...] La regola della c.d. *prorogatio* è contemplata per la sola ipotesi di cessazione "programmata" dall'ufficio, rappresentata appunto dalla scadenza dell'incarico. Viceversa, le ipotesi di cessazione connessa a eventi non prevedibili quali la decadenza e la rinuncia all'incarico hanno efficacia immediata e comportano la necessità di sostituire immediatamente il componente del collegio. [...] L'istituto della *prorogatio* assume, pertanto, carattere eccezionale e non suscettibile di estensione a ipotesi diverse da quella contemplata dalla legge, e segnatamente alla rinuncia, con riferimento alle quali la forzata permanenza in carica in regime di proroga del sindaco rinunziante rappresenterebbe una compressione del proprio diritto alle dimissioni. Ne consegue che, innanzi alle dimissioni del sindaco, è dovere dell'organo gestorio attivarsi affinché l'assemblea provveda all'immediata sostituzione dello stesso, dovendo dichiarare lo scioglimento della società, ai sensi dell'art. 2484 c.c., qualora i soci non provvedano al riguardo». Cfr. pure, per spunti operativi, V. Artina, *La nuova disciplina dell'organo di controllo e il sindaco unico*, in *Prat. fisc. e prof.*, 2012, 46, 37.

(34) Cfr. P. Talice, cit., 28, il quale osserva anche che, ammettendo l'operatività della *prorogatio* per il caso di rinuncia, non potrebbe, poi, ritenersi legittimo operare distinzioni, sul piano dell'efficacia della rinuncia, tra i sindaci rinunzianti per giusta causa e quelli rinunzianti senza giusta causa, non essendo tale distinzione operata dalla norma che si pretende di applicare per analogia (l'art. 2385 c.c.) e non potendosi comunque ammettere una *prorogatio* subordinata a valutazioni di merito; in senso parzialmente difforme cfr., ante riforma, M. Franzoni, in G.G. Corno - M. Franzoni (a cura di), *Il Sindaco nelle società di capitali*, Milano, 1995, 67, il quale, premesso come, normalmente, in caso di dimissioni per giusta causa, queste debbano considerarsi immediatamente efficaci, alla stregua della cessazione del rapporto per morte o decadenza, sicché nessuna *prorogatio* potrebbe trovare applicazione, ritiene tuttavia che, stante lo stretta connessione con le mutevoli circostanze fattuali del requisito della giusta causa, in questa ipotesi sia opportuno bilanciare, con valutazione condotta caso per caso, le esigenze dei sindaci di interrompere immediatamente il loro rapporto con le esigenze della società. In guisa che solo quando la *prorogatio* sia in grado di comportare un effettivo aggravio di responsabilità dei sindaci si debba ritenere prevalente il loro interesse allo scioglimento immediato del vincolo. Per una distinzione articolata fra ipotesi fisiologiche e patologiche di dimissioni, cfr. anche P. Divizia, *L'istituto della prorogatio applicato al collegio sindacale fra norme imperative e autonomia statutaria*, cit., 4.

pregiudicare il buon esito della ricerca di sostituti dei sindaci dimissionari (35).

La tesi favorevole alla prorogatio del collegio sindacale dimissionario dopo la riforma

Pur se la legislazione riformata pare, in effetti, aver dato ampio credito alle posizioni negazioniste della *prorogatio* del collegio sindacale dimissionario, formulate ante riforma, la questione è comunque lungi dall'essersi sopita (ne è prova, ad esempio, il tentennamento interpretativo mostrato da un'auto-revole fonte di orientamento della prassi professionale) (36) o considerarsi risolta. In sede di giurisprudenza di legittimità (oltre che nella giurisprudenza di merito) (37) la tesi della *prorogatio* in caso di dimissioni è stata di recente ribadita (38); e pure una consistente parte della dottrina continua, anche successivamente alla riforma, a mostrarsi favorevole alla applicazione della regola della *prorogatio* nel caso di rinuncia dei sindaci alla loro carica, ritenendosi che, anche post riforma, sia nel caso di dimissioni dall'incarico che nel caso della scadenza del termine, debbano considerarsi in carica, sino alla ricostituzione del collegio, gli ultimi sindaci dimissionari in ordine di tempo, qualora non si abbia un'entrata in carica di membri supplenti in un numero sufficiente a garantire il funzionamento dell'organo sindacale. Infatti, nonostante che la lettera dell'art. 2401 c.c. (ove non si distingue tra le ipotesi di morte e decadenza e quella della rinuncia all'incarico) possa indurre a ritenere immediatamente efficaci le dimissioni dei sindaci, indipendentemente dall'esistenza o meno di supplenti che subentrino al loro posto, l'esame del complesso delle norme concernenti l'organo di controllo, con particolare riguardo alla *ratio* che le ispira (39), pare condurre alla ammissibilità della *prorogatio* (40), e ciò, in

Note:

(35) Cfr., sul punto, anche le massime H.E.1 (in tema di società per azioni) e I.D.3 (in tema di società a responsabilità limitata) del Comitato Notarile Triveneto: «i sindaci ultimi dimissionari rimarrebbero in carica a tempo indeterminato, contro la loro volontà, e indipendentemente dal fatto che ricorra una giusta causa di dimissioni, quale ad esempio una malattia, l'età avanzata, il trasferimento in luogo distante, la mancata corresponsione dei compensi, il legittimo desiderio di non essere coinvolti in una cattiva gestione pur adempiendo ai propri obblighi di vigilanza».

(36) Cfr. le risposte a quesiti dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, nelle quali dapprima (cfr. Quesito CNN n. 194-2010/I) si è ritenuto preferibile propendere per l'operatività dell'istituto della *prorogatio*, mentre successivamente si è affermata la sostenibilità di entrambe le soluzioni (cfr. Quesito CNN n. 229-2011), sottolineandosi peraltro il rischio dello scioglimen-

to della società per mancata nomina di un nuovo collegio sindacale e il pericolo conseguente alla prosecuzione dell'attività aziendale in una condizione di irregolarità strutturale conseguente alla mancanza dell'organo di controllo.

(37) Cfr. Trib. Mantova 25 luglio 2009, cit.

(38) Cfr. Cass. 4 maggio 2012, n. 6788, in questa *Rivista*, 2012, 1269, con nota di F. Platania, *Costanza ed effettività del controllo contabile e momento di efficacia delle dimissioni del sindaco*, ove si afferma che «In tema di società di capitali, l'efficacia delle dimissioni di un componente del collegio sindacale non consegue immediatamente a tale atto, ma è operativa, ai sensi dell'art. 2401 c.c., con la comunicazione al sindaco supplente del suo subingresso nella carica, tale essendo la regola in ragione del trasferimento degli obblighi, implicato dalle dimissioni stesse». L'Autore (F. Platania, *Costanza*, cit.) della predetta nota di commento propone di conciliare la necessità di comunicazione delle dimissioni, giustificata sulla scorta di elementari esigenze di tutela del subentrante, con la riconosciuta natura unilaterale recettizia dell'atto con cui le dimissioni vengono rassegnate, considerando destinatari della comunicazione, a pari titolo, la società e il supplente. L'indicato Autore, in quest'ottica, osserva che il sistema delineato dall'art. 1334 c.c., applicabile agli atti unilaterali recettizi, quali le dimissioni, non esclude che i soggetti destinatari della comunicazione possano essere più d'uno e che, pertanto, solo con la comunicazione a tutti i destinatari si perfezioni l'atto di dimissioni. Così interpretando il sistema, risulterebbe inutile far ricorso al principio della *prorogatio* per giustificare la permanenza in carica del sindaco dimissionario, rimanendo inefficaci le dimissioni fino a quando non si sia perfezionato l'iter della comunicazione delle stesse. Questa argomentazione, che ha il pregio del rimando ai principi generali, non resiste però all'obiezione di parzialità: se in tal modo infatti essa pone in secondo piano l'esigenza di chiamare in causa la *prorogatio* per il caso di subentro del supplente, risulta nondimeno inapplicabile al caso di dimissioni di tutto il collegio, rimanendo sempre per l'interprete, in tale ipotesi, la necessità di scegliere se sostenere o meno l'utilizzabilità della *prorogatio* al fine di colmare il periodo di vacanza dell'organo sindacale.

(39) Appare pertanto ancora attuale e condivisibile quanto rilevato da G.U. Tedeschi, cit., 79, secondo il quale «A norma del primo comma dell'art. 2397, al momento della nomina del collegio sindacale, insieme ai sindaci effettivi devono essere nominati i supplenti. Lo scopo consiste nell'assicurare il costante funzionamento dell'organo; ciò risponde ad elementari esigenze di garanzia implicita nelle società di capitali, ove le persone concretamente preposte al perseguimento dell'interesse comune non si identificano, normalmente, con il diretto titolare del medesimo. Il collegio sindacale, per la funzione di controllo che istituzionalmente gli è affidata, al pari dell'organo amministrativo, è organo obbligatorio ed essenziale nella struttura stessa della società di capitali [...] Come, nell'interesse della società, viene posticipato l'effetto della rinuncia dell'amministratore quando con la sua mancanza viene meno la maggioranza del consiglio di amministrazione, parimenti le dimissioni non hanno effetto immediato quando rinunzi un sindaco, le cui dimissioni determinino l'impossibilità di funzionamento dell'organo di controllo. Quindi, anche per questo organo occorre distinguere l'ipotesi di rinuncia da quella di decadenza o morte del sindaco, applicando analogicamente alla prima la disposizione dell'art. 2385 c.c.».

(40) Cfr. in tal senso AA.VV., Sub. art. 2401, Comm. Alpa - Mariconda, 2009, Milano, 1607, ove si nota che, qualora con un sindaco supplente possa completarsi il collegio, le dimissioni hanno effetto immediato, mentre nel caso in cui con i supplenti l'organo non sia completato o nel caso di dimissioni corali dei sindaci, opera la *prorogatio* dei rinuncianti sino a che l'assemblea non abbia nominato i successori e questi abbiano accettato; così anche P. Magnani, Comm. Marchetti, Sub. art. 2401, Milano, 2005, 147, che reputa quale esigenza essenziale della società il consentire che il collegio sindacale possa continuare ad operare senza soluzione di continuità; analogamente A. Perrone, Sub. (segue)

quanto, se la regola della *prorogatio* vale quando la sostituzione sia un fatto programmato (vale a dire la cessazione del collegio per scadenza del termine triennale), a maggior ragione essa dovrebbe valere nel caso di rinuncia del sindaco prima della scadenza del termine di durata del suo incarico, che è circostanza nella quale il rischio di un vuoto è maggiore (41); vi sarebbe perciò una piena giustificazione per l'applicazione analogica dell'art. 2385 c.c. (42).

Osservata la problematica in quest'ottica più generale, le articolate argomentazioni della tesi contraria paiono perdere, invero, parte della propria pregnanza. Anzitutto, senz'altro scema l'argomento, utilizzato a sostegno della tesi negativa (43), secondo cui l'inapplicabilità, per analogia, dell'art. 2385 c.c. al collegio sindacale sarebbe il riflesso della differenza strutturale e funzionale intercorrente tra il consiglio di amministrazione e l'organo di controllo, presupponendo quest'ultimo argomento, a differenza di quanto accade per l'organo gestorio, un'attività soltanto sporadica e saltuaria dei membri del collegio sindacale, poiché si tratterebbe di un'affermazione che non troverebbe alcun riscontro testuale e che, d'altro canto, impoverirebbe l'essenza stessa della funzione sindacale (quasi a volerla considerare un ufficio d'incombenze sporadiche o comunque non coesenziali all'attività gestoria), in manifesta antitesi con una visione sistematica delle norme che regolano il sistema dei controlli societari, il quale invece costituisce «l'architrave su cui si regge un modello efficace ed efficiente di tutela dell'investimento in società che ricorrono al mercato di capitali» (44).

Inoltre, è sottoponibile ad osservazioni critiche anche l'argomento secondo cui l'interesse del sindaco allo scioglimento del rapporto dovrebbe sempre prevalere rispetto all'interesse della società (e del sistema in generale) alla completezza dell'organo (45): si fa leva, in questo caso, sull'intenzione del legislatore, il quale, osservando la complessiva disciplina dedicata alla struttura degli organi sociali, sembra avere, al contrario, considerato l'interesse alla completezza del collegio di grado prevalente rispetto all'interesse del singolo componente a cessare immediatamente dalla carica, e ciò anche per la considerazione che una prolungata inattività dell'assemblea nell'attività di sostituzione renderebbe, per il tempo corrispondente, la società priva di un organo fondamentale (46).

Quanto poi all'argomento derivante dal rilievo secondo il quale la previsione della *prorogatio* nell'un caso (quello di cui all'art. 2400) e non nell'al-

tro (e cioè nella fattispecie di cui all'art. 2401), sarebbe la dimostrazione di una scelta esplicita del legislatore nel senso negazionista della *prorogatio*, si tratterebbe di un rilievo che, essendo appunto fondato su una considerazione meramente letterale, avrebbe il respiro corto proprio delle argomentazioni eccessivamente incardinate sul dato testuale, senza godere di quell'ossigenazione derivante invece da una lettura che, al di là delle parole utilizzate dal legislatore, colga il loro più ampio senso sistematico.

Anche l'argomentazione circa la irrilevanza della *vacatio* delle funzioni sindacali (richiamata, dal decreto in commento, fra le ragioni giustificative dell'esclusione della *prorogatio*, ritenendola frutto di eccessivo pragmatismo e scarsamente compatibile con un'analisi di sistema del dato codicistico) non appare soddisfacente: non solo mancano indici normativi del fatto che l'attività dell'organo gestorio debba essere necessariamente più costante e frequente di quella dell'organo di controllo, o dai quali possa derivarsi l'irrilevanza della *vacatio* di quest'ultimo, ovvero ancora che le funzioni di controllo non siano coesenziali a quelle gestorie; sembra, anzi, che dal sistema possa trarsi più d'un indice per

Note:

(segue nota 40)

art. 2401, Comm. Cian Trabucchi, Padova, 2011, 2874; AA.VV., Sub art. 2401, in *Codice Comm. delle Società*, Milano, 2011, 977.

(41) Cfr. in tal senso L. Benatti, Sub. art. 2401, in *Comm. Maffei Alberti*, Padova, 2008, 576; L. Quagliotti, Sub art. 2401, in Abriani - Stella Richter (a cura di), *Commentario Società Bonilini - Confortini*, Torino, 2010, 1200.

(42) Cfr. in tal senso C. Simone, Sub art. 2401, in G. Grippo (a cura di), *Comm. delle Società*, Torino, 2006, 547; e anche A. Bertolotti, in O. Cagnasso - L. Panzani (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, 893.

(43) Il riferimento è a Trib. Milano 2 agosto 2010, cit.

(44) P. Montalenti, *Il sistema dei controlli: profili generali*, in Abriani - Ambrosini - Cagnasso - Montalenti, *Le Società per Azioni*, Trattato di Diritto Commerciale diretto da Gastone Cottino, Padova, 2010, 691.

(45) Cfr. L. Giorgio, *Applicabilità dell'art. 2385, secondo comma, c.c. al recesso del sindaco di s.p.a.*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 531; cfr. anche G. De Ferra, *Sulla responsabilità dei sindaci dimissionari*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, Padova, 1997, 734, il quale esprime parere negativo circa l'estensione della *prorogatio* anche perché, altrimenti, si verificherebbe la paradossale conseguenza che, ove i sindaci cessino di svolgere le loro mansioni e gli amministratori non si attivino per la loro sostituzione, la società opererebbe con un collegio sindacale «tale soltanto sulla carta», in contrasto con la regola che «senza Collegio sindacale la s.p.a. non può funzionare».

(46) Cfr. in tal senso S. Ambrosini, *Il collegio sindacale*, in P. Rescigno, *Trattato di Diritto privato* (diretto da), Torino, 2013, 16, IV, 223.

interpretare le norme in questione secondo una chiave di lettura finalizzata a garantire la regolare e continuativa attività dell'organo di controllo, non fosse altro per le funzioni d'impulso che gli sono demandate e che, di certo, non sono secondarie nel sistema dei controlli interni delle società di capitali (47).

Conclusioni

Le argomentazioni e le conclusioni del Tribunale di Bari (e della dottrina negazionista di cui sopra s'è riferito), non sembrano convincenti, per non pochi motivi. Anzitutto, non paiono trarsi, dal contesto normativo, indici sufficienti a legittimare la tesi dell'eccezionalità della previsione di cui all'art. 2385 c.c., la quale, anzi, pare esprimere un principio generale, esplicitato bensì solo nell'ambito delle norme che regolano l'organo amministrativo, ma non per questo confinabile in quest'unico ambito, poiché invero tale espressione normativa ben può essere assunta non quale specifico particolarismo ma quale esempio paradigmatico valevole per tutti gli organi societari.

Pare, in secondo luogo, che l'interpretazione letterale delle norme di cui agli artt. 2400 e 2401 c.c., fatta dal decreto in commento (sfruttando l'incompletezza del costruito legislativo), non dia rilievo alla considerazione che, in realtà, tali norme sono avvinse da un nesso di complementarietà funzionale, essendo finalizzate entrambe a regolare le conseguenze che l'interruzione del mandato sindacale ha sull'assetto dell'organo di controllo. Così leggendo il testo degli articoli indicati, si può probabilmente individuare già in essi, grazie alla forza interpretativa che la lettera della prima norma riflette sulla seconda, la possibilità di far luogo alla *prorogatio*, non soltanto per il caso di scadenza del mandato dei componenti del collegio sindacale, ma anche per la *vacatio* conseguente alle loro dimissioni.

Infine, con riguardo ai timori che originano dalle categorie professionali, l'idea che la *prorogatio* dei sindaci rinuncianti possa comportare la disapplicazione del loro legittimo diritto alle dimissioni è un'immagine indubbiamente suggestiva e di grande forza comunicativa (per il suo indubbio rilievo pratico), ma che non pare poter essere considerata di rilevanza dirimente. Invero, se vi siano situazioni economicamente o finanziariamente "bollenti" o di malgoverno della società o di attrito tra l'organo amministrativo e quello di controllo o altri casi di analogo "malessere", più che sforzarsi di argomentare ragioni di immediato *run away* pare più opportu-

no focalizzarsi sull'esercizio di un compito di controllo svolto con la maggiore diligenza possibile, di certo superiore a quella dovuta in casi di situazioni "ordinarie", poiché appropriata alle criticità del caso concreto: accettare incarichi sindacali significa dover considerare anche il prospettarsi dell'eventualità di queste situazioni che, lungi dall'essere interpretate come casi di "prigionia", devono essere intese in termini di massimizzazione dell'impegno occorrente nello svolgimento dei compiti di controllo.

Aderendo, pertanto, alla tesi più tradizionale, la cui attualità appare a tutt'oggi confermata, pare di doversi discostare dunque dalle conclusioni del provvedimento in commento e ritenere ancora preminenti quelle indicate invece dai giudici di legittimità.

Nota:

(47) Cfr. I. Russo, *Sulla prorogatio dei sindaci rinuncianti*, in *Giur. comm.*, 2012, 1, 173.