



Roma, 12 aprile 2010

Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.

Presupposti applicativi, modalità della procedura e dubbi applicativi



1. Premessa

La denuncia ed il possibile procedimento di ispezione giudiziaria che ne può conseguire ex art. 2409 del codice civile rappresentano, nell'insieme dell'istituto, uno fra i più efficaci rimedi contro la *mala gestio* degli amministratori a tutela degli interessi dei soci, anche di minoranza, dei creditori e dei terzi (responsabili del controllo interno inclusi) che direttamente o indirettamente possono essere danneggiati dall'eventuale depauperamento del patrimonio sociale.

Partendo dal testo dell'articolo citato, così modificato dal D.Lgs. n. 6/2003, si arriva ad alcune riflessioni preliminari.

L'art. 2409 così recita:

“Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale, possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione.

Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori ed i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione. Il provvedimento è reclamabile.

Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.



Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario determinandone i poteri e la durata.

L'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci. Si applica l'ultimo comma dell'art. 2393.

Prima della scadenza del suo incarico l'amministratore giudiziario rende conto al tribunale che lo ha nominato; convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci, o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione a una procedura concorsuale.

I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società".

In primissima istanza, appaiono oggetto di denuncia al Tribunale i fatti e gli atti dolosi o colposi degli amministratori, compiuti in violazione di obblighi e doveri tassativamente sanciti e previsti dalla normativa societaria, ivi compreso l'obbligo generale di diligenza nella gestione espressamente contemplato nell'art. 2392 c.c.¹; è invece sottratta all'autorità giudiziaria ordinaria, l'indagine sulla convenienza e sulla opportunità delle scelte sociali, che, se rispondenti al loro mandato, restano affidate al giudizio responsabile e discrezionale dell'organo amministrativo.

¹ Art. 2392 c.1: "Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società per i danni derivanti dalla inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori."



In altri termini, questa disposizione civilistica pone il controllo giudiziario come una sorta di punto di rottura dell'equilibrio² esistente nel sistema del bilanciamento tra le esigenze della proficua gestione e la tutela dei diritti dei soci e dei terzi.

Invero, tra gli intenti ascrivibili al legislatore, appare fin troppo evidente come trovino spazio, da un lato, il potenziamento dello strumento preesistente con la possibilità di denunciare anche irregolarità compiute, ad esempio, dagli amministratori nelle società controllate dalla società principale³ e dall'altro, la precisazione, quale ambito di applicazione della norma, delle sole irregolarità potenzialmente arrecanti danno alla società; in questo vi è l'evidente scopo di escludere alcune ipotesi applicative apparse in passato nella prassi giurisprudenziale, che spesso hanno posto ingiustificati limiti alla autonomia degli amministratori a tutela dei più evanescenti e paralleli interessi generali.

E' opportuno precisare, come il punto focale della riforma del 2003 (c.d. Riforma Vietti), che ha condotto alla attuale versione dell'articolo in parola, risulti far prevalere (come si evince dalla lettura della relazione di accompagnamento) gli interessi privatistici, riguardanti la tutela di soci e dei creditori, su quelli inerenti la salvaguardia dell'interesse generale alla corretta e legale amministrazione di una società di capitali.

Dalla relazione, in particolare, emerge l'intendimento di dare prevalenza ai rimedi endosocietari che, qualora assunti, permettano di sanare le irregolarità più rapidamente, pur senza privare al

² Modifiche al controllo giudiziale sulla gestione nel novellato art. 2409 c.c., Augusto Chizzini, Riv. Dir. Civ. 2004.

³ A riguardo va rilevato tuttavia come, successivamente alla riforma del diritto societario, in giurisprudenza sia stato affermato che "Nell'ambito di una procedura ex art. 2409 relativa a irregolarità nella gestione che arrechino pregiudizio alle società controllate il tribunale non può emanare provvedimenti direttamente incidenti su queste ultime (nella specie il tribunale aveva disposto la sospensiva di una delibera assembleare di una società controllata)". App. Milano 12 marzo 2004 in *Giur.it*, 2005, 2342.

contempo la società della possibilità di partecipare al procedimento ed impugnare ad esempio l'ordine di ispezione⁴.

Secondo una tesi più intermedia l'istituto si configura ora pubblicistico ora privatistico (o con entrambe le connotazioni allo stesso tempo) in funzione:

- del tipo e del grado di gravità delle irregolarità commesse;
- del soggetto che si rende portatore dell'istanza/denuncia.

Le società di capitali rispondono normalmente ad un interesse privato, ma esiste pur sempre un interesse generale per la collettività (quindi di stampo pubblicistico) a che tali società siano regolarmente amministrate e gestite, proprio perché, in quanto tali, godono dell'autonomia patrimoniale perfetta e rispondono ai terzi unicamente con il patrimonio sociale.

Si ritiene quindi assolutamente superabile la antinomia tra i due orientamenti.

Ciò premesso, benché si è convinti che la riforma abbia affievolito sensibilmente il fine pubblicistico della norma (si veda a proposito il ridimensionamento della legittimazione attiva del pubblico ministero e la graduazione della legittimazione stessa rispetto alle dimensioni della società), si ritiene di dover aderire alla tesi secondo la quale l'art. 2409 c.c. sia diretto a tutelare un unico gruppo di interessi tra loro collegati e difficilmente scindibili poiché la "protezione" della società si riflette allo stesso tempo sui soci, sui terzi portatori di interessi ed in generale sull'intero contesto sociale di riferimento⁵.

2. Presupposti, interessi tutelati e natura giuridica

L'assunto di partenza nell'ambito dei presupposti applicativi è rappresentato dalla condizione che le irregolarità per essere denunciabili siano effettivamente cagionevoli di danno alla società (e di

⁴ Si veda nota 2.

⁵ Salafia in *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005.



riflesso ai soci ed ai suoi creditori) o alle società da essa controllate. Questo danno potenziale dovrà, di volta in volta, essere opportunamente provato e si dovrà presentare con un certo grado di concretezza e gravità.

Il controllo giudiziario non risulta, quindi, esperibile quando l'illecito comportamento gestionale sia ad esempio finalizzato a ledere interessi esclusivamente "individuali" di taluni soci o di terzi, in assenza di un potenziale pregiudizio sociale.

Si sottolinea come la versione precedente della norma non contemplasse il requisito della dannosità; ciò implica che allo stato attuale deve essere escluso che siano rilevanti ai fini dell'art. 2409 c.c. quei comportamenti che non provochino danno, anche se posti in essere trasgredendo i doveri degli amministratori o addirittura compiendo attività illecite ma vantaggiose per gli interessi sociali. Tali comportamenti potranno determinare altre conseguenze per gli amministratori, sul piano civile e/o penale, in base a differenti disposizioni di legge, ma non potranno condurre al controllo gestorio dell'art. 2409 c.c.⁶.

Da quanto illustrato, le ipotesi costitutive ai fini del presupposto applicativo sembrano essere più restrittive e limitate. E' necessario, però, evidenziare che, secondo orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati, non occorre che il danno sia già stato prodotto, né che debba scaturire in maniera certa ed automatica, ma è sufficiente che vi sia la sola eventualità che possa emergere.

Certo è che dovranno risultare irrilevanti in futuro ai fini in parola tutte quelle irregolarità ad esempio, che si leghino alla violazione da parte degli amministratori del dovere di informazione verso i soci⁷ o di altro dovere senza che si cagioni danno patrimoniale alla società.

⁶ Modifiche al controllo giudiziale sulla gestione nel novellato art. 2409 c.c., Augusto Chizzini, op. cit.

⁷ Si veda nota 6.



Giova al proposito citare una recente pronuncia giurisprudenziale⁸ che stabilisce come sia sufficiente la sola sussistenza di “fondati sospetti” in ordine alla commissione di gravi irregolarità aventi rilevanza attuale e potenzialmente recanti danno alla società e non la certezza della esistenza di tali irregolarità.

Il fondato sospetto, peraltro espressamente enunciato nel comma 1 dell’articolo in commento, fa sì che i denunzianti non siano tenuti ad allegare al loro esposto le prove e le circostanze che dimostrino la grave irregolarità, ma sarà loro sufficiente riferire fatti o circostanze che forniscano gravi indizi sulla esistenza delle significative irregolarità⁹ dalle quali possano determinarsi potenziali danni patrimoniali per la società.

Vista la genericità dell’espressione “danno alla società”, non occorre definire la “particolarità” dello stesso, ma è sufficiente un qualsiasi danno che possa essere cagionato alla società. A tal proposito, visto che l’attenzione viene posta sulla sola “potenzialità” del danno, si è scettici nel far rientrare nell’ambito di applicazione del primo comma dell’art. 2409 le violazioni di doveri da parte degli amministratori che abbiano momentaneamente cagionato un vantaggio alla società, e solo successivamente abbiano arrecato conseguenze pregiudizievoli alla stessa, non essendo previsto che tali conseguenze operino in via indiretta.

Occorre però evidenziare la rilevante differenza tra il fondato sospetto di gravi irregolarità amministrative (condizione di ammissibilità del procedimento e presupposto sufficiente all’avvio della procedura) e l’effettiva esistenza delle irregolarità denunziate, che costituiscono requisito

⁸ In tal senso, si legge in una recente pronuncia di merito: “Per poter disporre dell’ispezione dell’amministrazione ex art. 2409 c.c., è sufficiente la sussistenza di fondati sospetti in ordine alla commissione di gravi irregolarità, aventi rilevanza attuale, che possano arrecare danno alla società e non già la loro esistenza; tali sospetti devono trovare fondamento non nella mera prospettazione fornita dai ricorrenti ma in elementi desumibili dall’analisi della documentazione contabile dimessa ed avente natura sufficientemente dettagliata” Trib. Mantova 9 dicembre 2008.

⁹ De Angelis in “il fisco” n. 24 del 15/6/2009, pag. 4003 e segg.



imprescindibile per l'accoglimento della denuncia e per l'adozione dei provvedimenti conclusivi e (in linea di principio) sananti di cui al comma 4 dell'art. 2409 c.c. (fino a giungere alla nomina dell'amministratore giudiziario o addirittura alla liquidazione dell'ente ovvero al suo accesso a procedure concorsuali) secondo la ratio e le finalità della norma.

Quanto sopra esposto non preclude che eventi come violazioni poste a tutela degli interessi esterni della società, come ad esempio, violazioni fiscali, della concorrenza, della tutela dell'ambiente, non integrino i requisiti per legittimare il ricorso all'istituto in parola, a condizione che tali circostanze possano tradursi in un pregiudizio per gli interessi dei soci o dei creditori sociali richiamati dalla norma.¹⁰

Altro punto discriminante è quello della gravità del danno potenziale che, in quanto valutazione soggettiva, può apparire demandata al libero arbitrio. Sul punto si ritiene che le circostanze che possano legittimare l'utilizzo delle leve giudiziarie attraverso il ricorso all'articolo 2409 c.c., debbono essere situazioni passibili di danno potenziale che, non solo deve presentare una certa percentuale di realizzabilità, ma anche un valore in termini economici che sia significativo in relazione alla dimensione della società stessa.

La gravità delle conseguenze delle violazioni sono da valutare in base a criteri oggettivi ed al fine assumono rilevanza i comportamenti, i contegni e le scelte che gli amministratori avrebbero dovuto tenere nel rispetto dei generici doveri di fedeltà e diligenza derivanti dalla legge¹¹.

Sotto il profilo giuridico, sorge l'ulteriore dubbio interpretativo sulla controversa questione che attiene alla natura del controllo e del procedimento con cui questo si realizza, ovvero se trattasi di

¹⁰ Sul tema G. Verna "Reazioni del collegio sindacale ad inosservanze alla legge e allo statuto", in *Le società*, 2007, pag. 832 e segg.

¹¹ Paolucci, *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al D.Lgs. 6/2003*, Padova, 2005, 993 e ss. e Patroni Griffi, *Il controllo giudiziario nelle società per azioni*, Napoli, 1971.



volontaria giurisdizione – come è pensiero della giurisprudenza prevalente – o giurisdizione contenziosa in senso proprio. Permangono delle perplessità circa il convincimento, palesato da taluni autori, che le modifiche introdotte dalla riforma Vietti incidano sulla questione e sulle implicazioni pratiche del procedimento in esame.¹².

La teoria della volontaria giurisdizione si fonda su basi solide che richiamano:

- le finalità perseguite;
- l'oggetto e la struttura del procedimento;
- i provvedimenti adottabili.

Nello specifico si sottolinea come:

- i provvedimenti siano adottati nell'interesse di un soggetto che non si identifica con l'istante;
- egli stesso come denunziante non avrebbe alcun diritto da far valere nel processo;
- tale processo non sarebbe volto a dirimere un conflitto tra diritti soggettivi ed inoltre non sarebbero individuabili tecnicamente "parti contrapposte";
- a seguito della denuncia vi sarebbe l'intervento dell'autorità giudiziaria nella gestione, allo scopo di rimuovere le irregolarità riscontrate e di conseguire, tramite le procedure contemplate, il risanamento contabile ed amministrativo della società.

Giova ricordare che, sotto il profilo formale, il procedimento attivato su ricorso si svolge in camera di consiglio con la possibilità prevista normativamente che le decisioni del giudice possano essere in qualsiasi momento revocate o modificate¹³.

Questo elemento della decisione consiliare concettualmente mal si addice ad un procedimento

¹² Si veda nota 6.

¹³ Marcinkiewicz – Patelli, *Il controllo giudiziario nelle società di capitali*, Milano 1989.



di giurisdizione volontaria, ma non è sufficiente a far sì che il controllo giudiziario possa essere escluso dal suo alveo.

3. Soggettività attiva e passiva

3.1 La legittimazione attiva

Ai sensi del comma 1 dell'articolo in commento, la legittimazione attiva a proporre denuncia è riservata ai soci che rappresentano almeno il 10% del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2325-bis c.c.), il 5%. Quest'ultima previsione risulta di nuova introduzione ed appare coerente con l'art. 128 c.2 del D.Lgs. n. 58/1998 dettato per le società quotate.

Come anticipato in premessa, i presupposti applicativi della norma possono coinvolgere il gruppo; si precisa che, in caso di "*mala gestio*" degli amministratori che dovessero produrre effetti negativi anche sulle società controllate, i soci legittimati all'azione rimarrebbero solo ed esclusivamente quelli della società capogruppo; non si ritiene infatti che siano abilitati, a norma di legge, ad attivare la procedura in questione i soci delle società satelliti, pur se dette irregolarità fossero effettivamente pregiudizievoli per i loro interessi.

Il limite di quota è derogabile solo *in melius*, la riforma ha infatti introdotto il principio secondo cui lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione come previsto fino ad allora solo per le società quotate (art. 128 c.3 del D.Lggs 58/1998 cit.).

Secondo l'orientamento prevalente possono promuovere il procedimento non solo i soci di minoranza, che la norma sembra *in primis* voler tutelare, ma anche i soci di maggioranza; si ritiene pertanto che siano da includere tra i soggetti abilitati i detentori della totalità del capitale sociale oltre all'eventuale socio unico.



Il quorum di legittimazione attiva deve essere conteggiato con riferimento al capitale sociale. E' possibile conseguire la quota prevista anche mediante l'iniziativa congiunta dei soci che singolarmente considerati non raggiungerebbero il minimo previsto. Per le società i cui titoli rappresentativi sono rappresentati da azioni rilevano, per il raggiungimento del quorum previsto, tutte le tipologie di azioni (ordinarie, privilegiate, con voto limitato, con prestazioni accessorie, di risparmio) ad esclusione di quelle di godimento che, come è noto, non rappresentano giuridicamente alcuna frazione del capitale sociale.

La qualità di socio "abilitato" deve risultare dai libri sociali (cioè presso l'anagrafe all'uopo predisposta presso la Camera di Commercio). Pertanto non risulta ammissibile che possa essere attivamente legittimato il cessionario di quote/azioni non ancora risultante tale sul registro delle imprese.

In altri termini, esemplificando, la prova della qualità di socio e della consistenza della quota di partecipazione non sarebbero dimostrabili *sic et simpliciter* esibendo i titoli di partecipazione .

Nelle more di un procedimento ex art 2409, ci preme sottolineare, che eventuali operazioni sul capitale sociale che determinassero anche non contestualmente il venir meno della qualità di socio del denunciante o anche solo la riduzione della sua quota di partecipazione al di sotto del limite, , non dovrebbero influire sulla legittimazione attiva e quindi sulla (perdurante) procedibilità della denuncia [Nella versione originaria poteva indurre a dubitare della efficacia delle deliberazioni di aumento o riduzione del capitale, che invece sono comunque certamente valide ed efficaci]. E quindi, ad esempio una delibera di aumento di capitale, successiva rispetto alla data della denuncia, adottata "*ad arte*" dall'assemblea dei soci, seppur con le prescritte maggioranze, ma al



solo fine di modificare il quorum, non avrebbe effetto sullo stato di avanzamento della procedura e sulla sua tempestiva e regolare attivazione.

Ad avviso di chi scrive questo è consequenziale alla corretta applicazione del generale principio della *perpetuatio jurisdictionis*.

Ai sensi dell'ultimo comma del novellato art. 2409 c.c., sono altresì legittimati alla denuncia, il collegio sindacale, così come il consiglio di sorveglianza nelle società che adottano sistema dualistico e il comitato per il controllo di gestione (in quelle società nelle quali si è optato per il sistema monistico).

Sembra opportuno rilevare che anche nelle società quotate ai sensi del comma 1 dell'art. 152 del D.Lgs. n. 58/1998 il collegio sindacale può denunciare al tribunale le gravi irregolarità del consiglio di amministrazione a norma dell'art. 2409 c.c.; è altresì previsto al comma 2 del medesimo articolo che la Consob, a sua volta, può proporre denuncia al tribunale per gravi irregolarità dell'organo di controllo stesso nella sua attività di vigilanza da intendersi anche rispetto alla sua facoltà di accesso al 2409 c.c.

A proposito della legittimazione attiva del collegio sindacale, ci sono in dottrina pareri contrastanti con riferimento alla possibilità di agire in giudizio da parte di un solo membro del medesimo organo.

Da una parte, taluni assumono una posizione restrittiva secondo la quale il diritto/dovere spetta unicamente all'organo di controllo inteso come soggetto collegiale che agisce a seguito di delibera interna assunta a maggioranza dei membri¹⁴.

¹⁴ Mainetti, *Il nuovo diritto societario commentato da AA.VV.*, Bologna 2004 e inoltre *Il nuovo art. 2409 c.c.*, Guido Uberto Tedeschi, Contratto e Impr., 2005.



Un'altra parte della dottrina invece sostiene che la possibilità di ricorrere alla procedura di cui all'art. 2409 c.c. debba spettare ad ogni singolo membro del collegio in virtù di doveri specifici di vigilanza e quindi di profili di responsabilità individuali in capo a ciascuno di essi¹⁵.

Leggendo in chiave funzionale la norma e volendo garantire un ampio soddisfacimento degli interessi coinvolti, si ritiene che si debba attribuire un'interpretazione estensiva all'ultimo comma dell'art. 2409 c.c. e quindi riconoscere al singolo sindaco la facoltà di poter agire individualmente.

Si ritiene infatti che, anche secondo una visione sistematica dell'impianto codicistico, vi siano più d'un potere-dovere che la legge riconosce ai singoli sindaci (si veda ad esempio l'art. 2403 bis c.c., che stabilisce che i sindaci "individualmente" compiono atti di ispezione e controllo oppure l'art. 2407 c.c. secondo cui ogni sindaco risponde dell'adempimento dei propri doveri di sorveglianza e controllo) e che quindi sarebbe impensabile propendere per una interpretazione restrittiva della norma in esame. Sarebbe inoltre irragionevole che, a fronte di differenti doveri (sanzionati) posti a carico dell'organo di controllo, non vi siano adeguati e correlati poteri d'intervento e di adempimento agli obblighi stessi che consentano di procedere correttamente e non incorrere in sanzioni. Parimenti, per uniformità, dovrebbe prospettarsi la facoltà di agire in giudizio, a norma del 2409 c.c., anche per i singoli membri del Consiglio di sorveglianza o del Comitato di controllo sulla gestione.

Un'attenzione particolare merita la legittimazione attiva spettante al pubblico ministero.

In primis è importante evidenziare come risulta ridotta, rispetto alla precedente previsione normativa, la possibilità di denuncia da parte del p.m., essendo concessa ad oggi solo nell'ambito delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ex art. 2325 bis c.c..

¹⁵ Modifiche al controllo giudiziale sulla gestione nel novellato art. 2409 c.c., Augusto Chizzini, Riv. Dir. Civ., 2004 (cit.).



In questo modo, dobbiamo sottolineare, si è eliminata la possibilità anche alle più piccole minoranze, in ambito di società non quotate, di poter promuovere, sebbene in via indiretta, il controllo giudiziario, mediante una forma (atipica) di “sollecitazione” del p.m. stesso. La prassi preesistente, al riguardo, è infatti assai significativa tanto che, in molti hanno rilevato come il p.m. in passato si muovesse molto spesso proprio su richiesta dei soci che non raggiungevano il quorum di legge (si veda infra).

Sembra pertanto rafforzata quella tesi autorevole che già prima delle riforma evidenziava come il p.m. agisse non per la tutela di generici ed indistinti interessi pubblici, ma per la protezione di specifici interessi che di fatto risultavano già oggetto di tutela di legge, solo che ora si ricollegano, per scelta più o meno condivisibile del legislatore, alle sole società che si caratterizzano per un coinvolgimento molto più ampio di interessi come quelle quotate¹⁶.

In altri termini, se la relazione al codice civile del 1942 rilevava come vi fosse un interesse generale a che la società per azioni fosse regolarmente amministrata, tanto che la sua protezione veniva affidata al pubblico ministero nell'inerzia degli azionisti, oggi questa considerazione appare riferibile unicamente alla società di cui all'art. 2325-bis c.c.

Peraltro, giova sottolineare, a proposito della scelta del legislatore di decretare non esercitabile l'azione giudiziaria da parte del p.m. nelle società non aperte, come essa sia stata oggetto di molta critica da parte della dottrina, una parte della quale è giunta a prospettare addirittura una illegittimità per contrasto con l'art. 76 della Costituzione (eccesso di delega) per inosservanza delle direttive dettate dalla legge delega¹⁷.

¹⁶ Patroni Griffi opere varie e Chizzini operara cit.

¹⁷ Salafia e Mainetti opere citate.

E' pacifico che l'azione del p.m., ove consentita, sia sottoposta ai medesimi requisiti di quella spettante ai soci o all'organo di controllo, ovvero dovrà ricorrere quel "fondato sospetto" di cui al comma 1 dell'art. 2409 c.c. (si veda infra); taluni autori ritengono d'altro canto che il p.m. potrà intervenire in tutti i casi ove ravvisi un pubblico interesse¹⁸.

Va chiarito inoltre che la disciplina del procedimento non subisce alcuna modifica qualora l'istante sia il p.m., né ci sono differenze rispetto ai provvedimenti adottabili nel corso della procedura prevista dai vari commi del 2409 c.c.

A conclusione si rileva che, se la tutela di interessi generali mediante l'istituto dell'art. 2409 c.c. non può più riferirsi alle società per le quali è esclusa l'iniziativa del pubblico ministero, (non potendosi ritenere equiparata ad essa la facoltà di attivare l'art. 2409 da parte dell'organo di controllo); è possibile altresì affermare che la tutela di interessi generali si può riscontrare solo riguardo alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Sulla base di quanto affermato, quindi è condivisibile il pensiero espresso da numerosi autori circa il rafforzamento dell'interpretazione contrattualistica dell'interesse sociale, conformemente alle conclusioni che si ricavano da altri istituti introdotti o modificati dalla riforma del diritto societario¹⁹.

3. 2 *Legittimazione passiva*

Quello della legittimazione passiva è un tema dai risvolti se è possibile ancora più variegati e complessi di quelli già trattati.

Alcuni affermano che il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. è processualmente diretto contro la società che pertanto sarebbe da considerare soggetto dotato di legittimazione passiva. In realtà il

¹⁸ Salafia op. cit.

¹⁹ Guido Alberto Tedeschi op. cit.



pensiero più ricorrente è quello che la società sia l'ente nell'interesse del quale si procede al controllo giudiziario e che quindi le "parti²⁰ passivamente legittimate" siano più correttamente da considerare gli amministratori (in prima battuta) e i sindaci (in seconda) in quanto soggetti eventualmente coinvolti nelle successive azioni giudiziarie (o dell'assemblea che li revoca) e protagonisti, se del caso, di una attività processuale difensiva.

In questo ambito quel che interessa è l'eventuale ruolo di soggetto "passivo" spettante al collegio sindacale, che peraltro è al centro dei dibattiti interpretativi più accesi.

Innanzitutto, per quanto attiene al ruolo del collegio sindacale o di altro organo di controllo, evidenziamo che si possono prospettare diverse ipotesi:

a) nel caso di denuncia al tribunale presentata dal collegio sindacale, i problemi della comparizione o della audizione dei sindaci come convenuti e dell'esercizio del loro diritto di difesa non sussistono essendo essi parte ricorrente e, pertanto, sarebbe non confacente riferire di una sua forma di legittimazione passiva;

b) nel caso la denuncia fosse presentata dalla minoranza qualificata o dal pubblico ministero nei confronti degli amministratori e il tribunale disponesse la comparizione in camera di consiglio per l'istruzione del procedimento, ai sensi dell'art. 2409, comma 2 dovrebbero essere convocati anche i sindaci, non come "resistenti" e nella situazione di dover esercitare il loro diritto di difesa, ma solo affinché forniscano informazioni, non essendo parte passiva del procedimento; esemplificando, è riferibile il caso in cui gli amministratori ed i sindaci vengono ascoltati ex art. 2378 c.c., comma 4 nell'ambito del procedimento di impugnazione di una qualsiasi deliberazione assembleare;

²⁰ Si ritiene che nel procedimento ex art. 2409 c.c. non sarebbero rinvenibili "parti" in senso tecnico non costituendosi un vero e proprio rapporto giuridico processuale.



c) non può però escludersi, e questo rappresenta il caso più delicato, che la denuncia ex art. 2409 c.c. possa essere proposta anche nei confronti dei sindaci dalla minoranza qualificata e/o dal pubblico ministero. Infatti, ai sensi dell'ultima parte del comma 4 dell'articolo in commento viene previsto che "nei casi più gravi" il tribunale può revocare "eventualmente anche i sindaci".

Non è ammissibile che i sindaci possano essere revocati in mancanza di gravi irregolarità, pur se ad essi addebitabili, poiché in via generale possono esserlo solo per giusta causa (art. 2400, comma 2, c.c.). Pertanto la revoca a norma dell'art. 2409 degli organi sociali di amministrazione e di controllo può essere disposta dal tribunale soltanto nell'ipotesi di più gravi irregolarità non solo degli amministratori, ma anche dei sindaci, con la conseguenza che questi ultimi, nel momento in cui sia disposta anche la loro comparizione in camera di consiglio a norma del secondo comma dell'art. 2409, devono avere la facoltà di difendersi, seppure nei limiti di un procedimento camerale.

Tali sembrano essere le diverse posizioni del collegio sindacale nel procedimento qui considerato, per cui la situazione dei sindaci può differire notevolmente a seconda delle circostanze.

Legittimati passivi sono in ogni caso e comunque gli amministratori.

Invero, con i limiti concettuali accennati, "parte passiva" del procedimento in esame sembrerebbe poter essere anche la società, poiché nel primo comma dell'art. 2409 è stabilito che la denuncia al tribunale si propone "con ricorso notificato anche alla società".

In precedenza non era prevista la partecipazione della società e l'interpretazione preferibile ne escludeva la presenza in giudizio. Stabilendo la partecipazione al procedimento di controllo giudiziario della società, il legislatore ha eliminato l'incongruenza di una eventuale condanna alle



spese della società stessa che non fosse parte del giudizio, ma ha fatto sorgere altri problemi sia interpretativi sia applicativi.

La società è portatrice del medesimo interesse di ripristino della corretta gestione, per il quale è prevista la denuncia. E' necessario però osservare che la notifica degli atti alla società la rende parte un po' "ricorrente" e un po' "resistente". La posizione della società sembra essere affine per natura a quella del ricorrente ma d'altro canto, ad avviso di chi scrive, lo è più marcatamente rispetto a quella dei resistenti.

Si ritiene pertanto opportuno, per possibile conflitto potenziale di interessi con i resistenti, che sia disposta la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78, comma 2°, e dagli artt. 79 e 80 del codice di procedura civile. La società infatti non potrebbe essere rappresentata da coloro che stanno in giudizio per difendersi dalle accuse di aver violato i doveri propri della carica di nomina assembleare.

4. Procedura

Il procedimento a norma di legge si svolge secondo le seguenti fasi:

- a seguito della denuncia (per ricorso ex art. 737 c.p.c. e 25 D.Lgs. 5/2003) sollevata da un soggetto legittimato, il tribunale, qualora ravveda la propria competenza e la sussistenza dei presupposti di legge, provvede alla convocazione degli amministratori e dei sindaci. Sia chiaro che quella del tribunale è una competenza *territoriale* (sede legale della società) e soprattutto *per materia* (poiché per i provvedimenti camerale in ambito societario, tale competenza prescinde da discriminanti di valore). Per "giudice" si intende un collegio di tre votanti. Ai sensi dell'art. 28 c.p.c. la competenza territoriale citata è assoluta, funzionale e inderogabile;



- è necessario evidenziare – per chiarezza – che ai sensi dell’art. 1 c.4 del D.Lgs. n. 5 cit. “per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili”. Ai sensi dell’art. 739 c.p.c. ad esempio è possibile proporre reclamo²¹ contro i decreti emessi dal Tribunale in primo grado entro 10 giorni dalla comunicazione del provvedimento, mediante ricorso alla corte di appello. La camera di consiglio d’appello, convocate le parti e assunte le necessarie informazioni, provvede con decreto non impugnabile a confermare, modificare o revocare il provvedimento reclamato. Il ricorso non sospende l’esecuzione del provvedimento reclamato salvo gravi motivi avallati dal collegio di secondo grado (art. 27 c. 4 D.Lgs. 5 cit.);
- in caso di particolare urgenza legata a questioni pregiudizievoli, il giudice decide in tempi brevi circa l’ammissibilità della istanza mediante decreto emesso *inaudita altera parte*, ed in tal caso fissa entro massimo 15 giorni l’udienza per la comparizione delle parti, la costituzione delle stesse e i termini per la notificazione del ricorso;
- a seguito dell’audizione il giudice può ordinare l’ispezione della società sull’operato dell’organo competente a spese dei soci richiedenti (si tratta di un’indagine conoscitiva e non solo valutativa volta alla ricerca di prove a sostegno dei presupposti di legge per l’attivazione del procedimento) subordinandola, eventualmente, al versamento di una cauzione; tale ispezione può anche risultare superflua nel caso in cui venga accertata sia

²¹ Ai sensi dell’art. 27 del D.lgs n. 5/2003 “...il decreto del Tribunale anche di modifica o revoca di precedenti provvedimenti è reclamabile, su istanza dei soggetti interessati, nel termine perentorio di dieci giorni dalla sua comunicazione”. I soggetti interessati saranno i soci, gli stessi sindaci (se proponenti della denuncia) o il Pubblico ministero laddove intervenuto nel caso in cui la domanda non sia stata accolta. Nel caso in cui, invece, siano state accertate responsabilità degli amministratori o degli organi di controllo al reclamo potrebbero essere interessati i componenti gli organi in commento. Ovviamente fra i soggetti legittimati rientra anche la società, che potrà agire attraverso il curatore speciale ...”(si veda infra).



la grave irregolarità sia il danno. Anche l'ispezione è reclamabile avendolo il legislatore previsto esplicitamente (c. 2 ultima parte art. 2409 c.c.) così risolvendo una diatriba giurisprudenziale piuttosto accesa. L'ordine di ispezione sembrerebbe essere immediatamente esecutivo trattandosi di un provvedimento interlocutorio e prodromico all'intero iter e pertanto estraneo alla disciplina dell'art 741 c. 1 c.p.c.²²;

- l'ispezione della società può essere evitata, con conseguente sospensione del procedimento, nel caso in cui l'assemblea provveda a sostituire per tempo i componenti dei propri organi gestionali e di controllo, con soggetti di adeguata professionalità che si adoperino per accertare e rimuovere le irregolarità riscontrate, riferendo al riguardo in tribunale. Questa rappresenta una importante novità normativa rispetto alla precedente versione dell'art. 2409 c.c. e risulta peraltro in linea con la prassi giurisprudenziale che permette il superamento dell'empasse qualora le irregolarità non si dimostrino più attuali ovvero siano superabili endogenamente. Troverebbe così conferma anche il convincimento che il procedimento non sia di carattere sanzionatorio (peraltro revocabile) e che l'indagine giudiziaria sia di carattere privatistico²³;
- quando le gravi irregolarità appaiono più che presumibili o la sostituzione degli organi amministrativi e di controllo non abbia generato gli effetti sperati, il Tribunale potrà disporre ulteriori provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità ed a ripristinare l'ordine gestionale. Detti provvedimenti sono finalizzati ad impedire una ulteriore involuzione della gestione, sotto l'influenza della irregolarità denunciata, e saranno

²² Quatraro e Tosi.

²³ Mainetti e Salafia opere citate.



evidentemente rimossi non appena quest'ultima risulti eliminata o neutralizzata.

Contestualmente, qualora il Tribunale dovesse valutarne l'opportunità, potrà convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni;

- nei casi più gravi, il Tribunale provvederà alla revoca degli amministratori ed eventualmente dei sindaci (la revoca dei primi, come sopra evidenziato, può non essere seguita da quella dei secondi) ed alla contestuale nomina di un amministratore giudiziario, determinandone poteri e durata. È da evidenziare, peraltro, che le soluzioni previste hanno come unica finalità quella di assicurare l'ordinata e regolare amministrazione della società, con riferimento alla correttezza della suagestione, considerata di interesse anche pubblicistico. Il procedimento, quindi, non ha la finalità di determinare colpe o responsabilità, ma solo la funzione di ripristinare la regolare amministrazione societaria. Ne deriva che la revoca finisce per travolgere l'intero organo amministrativo e non selettivamente i singoli componenti dello stesso eventualmente responsabili delle irregolarità;
- l'ufficio di amministratore giudiziario è temporaneo ed eccezionale; esso ha carattere impersonale ed oggettivo e rappresenta un organo di collegamento tra l'ufficio e la società, a tutela degli interessi di quest'ultima. In questa sede riteniamo utile riaffermare quanto riportato da autorevole dottrina riguardo la prevedibile difficoltà dei rapporti e delle intese nell'ambito della eventuale coesistenza tra organo di controllo preesistente e amministratore giudiziario inteso quale "ufficio pubblico di gestione coattiva



dell'impresa"²⁴, difficoltà che l'amministratore giudiziario può superare grazie ai poteri conferitigli dalla legge;

- l'amministratore giudiziario infatti gestisce e amministra la società correggendo le irregolarità poste in essere dall'amministratore revocato, fermo restando le prerogative tipiche dell'esercizio del mandato ordinario, come, ad esempio, l'approvazione del progetto di bilancio. L'assemblea, per effetto del provvedimento del tribunale, subisce una limitazione nella sua attività: essa può essere convocata solo dall'amministratore giudiziario e rimane priva del potere di decisione nelle materie attribuite dal Tribunale all'amministratore. A quest'ultimo infatti possono essere demandati atti di amministrazione straordinaria tipicamente delegati all'assemblea che tuttavia non sono efficaci senza l'approvazione del Tribunale stesso (art. 92 c.4 delle disposizioni di attuazione);
- nei casi in cui il collegio sindacale o altro organo di controllo resti in carica, conserva tutti i poteri che la legge gli conferisce. A riguardo i sindaci avranno la possibilità di rilevare ed eventualmente denunciare le irregolarità riscontrate nella condotta dell'amministratore giudiziario nonché chiederne la revoca, sulla base di quanto espressamente previsto dal comma 1 dell'art. 94 delle disposizioni di attuazione e transitorie del codice civile. Ovviamente, la revoca da parte del Tribunale, dell'amministratore giudiziario sarà subordinata all'accertamento della negligenza riscontrata nell'assolvimento da parte di quest'ultimo del compito affidatogli;
- l'amministratore giudiziario, di contro, avrà la possibilità, espressamente prevista dal

²⁴ Salafia op. cit.



- comma 4° dell'art. 2409 c.c. di proporre l'azione di responsabilità contro i sindaci senza dover chiedere al riguardo una specifica autorizzazione al Tribunale, poiché tale potere gli è espressamente conferito dalla legge né tanto meno necessita di delibera assembleare;
- se è vero che, nel contesto della procedura, l'amministratore giudiziario può sollevare azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci anche avverso la volontà assembleare è altresì previsto che nel caso di specie si applichi l'art. 2393 c.c. Ciò comporta che cessato il provvedimento, l'assemblea possa rinunciare all'azione o transigerla con conseguente perdita di efficacia dell'azione sollevata dall'amministratore giudiziario;
 - l'amministrazione giudiziaria può concludersi nei casi in cui:
 1. sussistano le condizioni per la ripresa della vita normale della società; in tal caso l'amministratore giudiziario, prima della scadenza del suo incarico, convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori ed eventualmente dei sindaci;
 2. non ci siano le condizioni per proseguire nella ordinaria gestione della società, l'amministratore giudiziario propone all'assemblea la messa in liquidazione dell'ente;
 3. qualora, infine, i creditori non possano essere soddisfatti col patrimonio residuo ed i soci non intendano conferire nuovi capitali. Sarà necessario allora, sempre su istanza dell'amministratore giudiziario, ricorrere ad una procedura concorsuale.
 - al termine del suo mandato l'amministratore giudiziario dovrà presentare il rendiconto del suo operato alla società nella persona del nuovo legale rappresentante, qualora ve ne



fosse corso. Ulteriore rendiconto dovrà essere presentato al Tribunale in merito alle attività compiute nell'espletamento dell'incarico. Riguardo il rendiconto citato, si applicano le disposizioni degli artt. 263 e ss. del c.p.c. (e art. 94 c.4 delle disposizioni attuative).

5. Le disposizioni della legge delega

Nell'analisi del novellato 2409 c.c. non ci si può esimere dal giudicare il suo grado di aderenza rispetto ai dettami della legge delega (L. n.366/2001) in quanto il legislatore, si ritiene da più parti, potrebbe solo parzialmente averne rispettato le prescrizioni.

Il principale riferimento all'art. 2409 c.c. presente nella legge delega era contenuto nell'art. 5, comma 2 lett. g), ove si prevedeva la possibilità di estendere anche alle società cooperative il controllo giudiziario, chiudendo definitivamente un annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Sul punto la delega è stata certamente rispettata, nel senso che il D.Lgs. n.6/2003 ha introdotto l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. anche alle cooperative in virtù del richiamo operato dall'art. 2545 quinquiesdecies c.c.

Per quanto concerne le società di capitali, invece, l'art. 4, comma 2 n. 4 della legge delega prevedeva, solo riguardo alle S.p.a., l'attribuzione anche ai sindaci o agli organi di controllo del potere di denuncia al tribunale di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori, senza alcuna indicazione specifica circa ulteriori modifiche da apportare al testo dell'art. 2409 c.c. La legge delega, dunque, si poneva solo l'obiettivo di estendere la legittimazione a proporre la denuncia al tribunale (legittimazione attiva) a favore di altri soggetti. In sostanza, non figurava alcun principio guida o criterio direttivo che legittimasse il legislatore delegato a modificare così marcatamente l'art. 2409 c.c. come poi di fatto accaduto.



L'ipotesi di un teorico eccesso di delega in cui sarebbe eventualmente incorso il legislatore delegato è abbastanza diffusa in dottrina e si percepirebbe in particolare proprio nella eliminazione della disposizione, rappresentata dall'art. 2488 ultimo comma del c.c. secondo cui anche quando non fosse istituito il collegio sindacale, l'art. 2409 c.c. dovrebbe comunque trovare pacificamente applicazione, sicché il controllo giudiziario avrebbe interessato in passato tutte le società di capitali²⁵ [] .

Dottrina più favorevole al legislatore delegato, ha ritenuto , pur ammettendo che la disposizione normativa assunta da quest'ultimo non fosse prevista dalla legge delega, che la norma inopinatamente abrogata risulti sostanzialmente sostituita con altro disposto normativo di analoga efficacia in altra parte del codice civile.

Il riferimento evidentemente è all'art. 2476 c.c. che, a seguito della riforma, stabilisce che è attribuito a tutti i soci, a prescindere dall'entità della loro partecipazione sociale, la legittimazione a proporre l'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori. Nell'ambito di tale azione di responsabilità, agli stessi soci è stato attribuito il potere di chiedere al Tribunale, in via cautelare, la revoca dell'amministratore convenuto in giudizio.

Invero taluni autori²⁶, ad avviso di chi scrive correttamente, hanno rilevato che il legislatore avrebbe di fatto confuso due rimedi aventi diversa funzione. Infatti, attraverso il controllo giudiziario i provvedimenti che possono essere emessi dal tribunale sono diversi e mirano a garantire, con immediatezza ed in concreto, il perseguimento dell'interesse generale alla correttezza della gestione sociale. Ad esempio, potrebbe essere disposta l'ispezione giudiziaria ovvero, nei casi più gravi, la nomina dell'amministratore giudiziario ovvero, ancora, potrebbero

²⁵ C. Montagnani, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Piccin, Padova, 2008, p. 117 ss.

²⁶ Pizzorusso, *La riforma del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. nel nuovo diritto societario*, Macerata, 2003.



essere adottati i più idonei provvedimenti cautelari per ripristinare la regolare gestione della società. L'intervento del Tribunale avrebbe, dunque, sulla base dell'art. 2409 c.c., un raggio di azione più ampio ed efficace. Non altrettanto potrebbe dirsi, invece, quanto alla previsione dell'azione di responsabilità a favore di tutti i soci, poiché essa si collocherebbe all'interno di un rapporto conflittuale tra società ed amministratori. Una simile tutela sarebbe infatti estranea a qualsiasi finalità di carattere pubblicistico, in quanto finalizzata esclusivamente ad ottenere, da parte dei soci, il risarcimento dei danni che sono una conseguenza diretta ed immediata dell'operato maldicevole degli amministratori. In definitiva, la tutela prevista dall'art. 2409 c.c. avrebbe un contenuto più esteso e, soprattutto, sarebbe più incisiva.

Ancora una volta è rilevabile come il legislatore delegato abbia voluto imprimere all'intera riforma del diritto societario, che ricordiamo ha interessato in primis le S.r.l., la netta distinzione giuridica anche a livello di ambiti applicativi delle regole di funzionamento.

6. Ambito di applicazione: estendibilità alle S.r.l.

6.1 Le differenti posizioni

Per le S.r.l. "minori", ad eccezione di quelle sportive²⁷, la riforma del diritto societario ha escluso la possibilità di ricorrere al controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.; partendo da tale assunto incontestabile, un fervido dibattito giurisprudenziale e dottrinario ha caratterizzato l'epoca post-riforma in merito alla possibilità di assoggettare alla procedura in parola le S.r.l. in cui il collegio sindacale venga nominato per obbligo a norma di legge.

Il problema nasce per rimando dalla corretta interpretazione dell'art. 2477, c.c., ultimo comma, ai sensi del quale, quando nelle S.r.l. il collegio sindacale esiste per obbligo di legge (e non quindi per

²⁷ Per le quali il controllo giudiziario è espressamente previsto dall'art. 8, comma 1, lett e) del d.lgs 6 febbraio 2004 n.37.



volontaria previsione dell'atto costitutivo) si applicano le disposizioni proprie delle società per azioni, senza alcuna esplicita indicazione di eccezione.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, infatti, tale richiamo implicherebbe l'applicabilità al sindaco di società a responsabilità limitata "grandi" (che eccedono i limiti indicati in nota) di tutti i poteri di azione e di reazione propri dei sindaci che operano nelle società per azioni ed in generale l'applicazione dell'intero disciplinare normativo di riferimento. Ciò anche in virtù delle dimensioni di tali società che per capitale, investimenti, fatturato e/o numero di dipendenti, connotano realtà imprenditoriali, secondo l'interpretazione comune, meritevoli di pubbliche attenzioni.

La Corte Costituzionale invece con la sentenza 481 del 29.12.2005 ha condiviso l'ormai diffusa (ma anche contrastata) opinione secondo cui la S.r.l. "grande" non sarebbe comunque soggetta al controllo giudiziario, previsto per le S.p.a. dal riscritto art. 2409 c.c. e (e per le società cooperative dall'art. 2545 *quindiciesdecies*), dal momento che, a parere dei giudici, l'applicazione della norma risulterebbe superflua dall'accentuato controllo sull'amministrazione reso possibile ai soci non amministratori così come raccomandato dalla legge delega e recepito dal legislatore a livello di disposizioni codicistiche introdotte dalla riforma del diritto societario (nello specifico dall'art. 2476 commi 2 e 3²⁸).

La Corte nello specifico ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 2409 c.c. 1° e 7° comma, 2477 c.c. 4° comma e 2476 c.c. 3° comma, nei cui ambiti si esclude

²⁸ "I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione. L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione.

l'ammissibilità del ricorso alla procedura del controllo giudiziario sulla gestione della società costituite sotto forma giuridica di S.r.l.²⁹.

Per di più, una recente sentenza del Tribunale di Roma dell'11 marzo 2008, si è allineata alla posizione della Corte Costituzionale, per giustificare l'inammissibilità di un ricorso ex art. 2409 c.c da parte del collegio sindacale di una s.r.l. a fronte di paventate irregolarità di cui sarebbero stati artefici gli amministratori nella stessa società.

A ben vedere anche precedentemente al giudizio della Consulta, un Tribunale civile (quello di Bari)³⁰ aveva interpretato le disposizione del 2409 c.c. in chiave restrittiva con riguardo alle società a responsabilità limitata adducendo a fondamento ancora il contenuto dell'art. 2476 c.c. che già di per sé garantirebbe al socio di minoranza, senza il raggiungimento di alcun quorum, il diritto di ispezione e di promozione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, in via diretta e più immediata rispetto ai dettami ed alla procedura di cui al 2409 c.c. in commento; tuttavia – giova ricordarlo – mentre per l'azione ex art. 2476 c.c. vi è la necessità di un pregiudizio al patrimonio sociale, la denuncia ex art. 2409 c.c. può proporsi in presenza di una danno anche solo potenziale.

Anche altra dottrina³¹ e giurisprudenza³², ritengono invero che l'art. 2409 c.c. non possa essere applicato alle S.r.l. (pur se "grandi"), con motivazioni basate in particolar modo sulla netta distinzione che la riforma del diritto societario ha voluto porre relativamente alle due tipologie societarie e sugli specifici poteri di indagine che nelle S.r.l., come rilevato, vengono già riconosciute

²⁹ La questione di legittimità era stata sollevata dal tribunale di Cagliari, sentenza del 4 febbraio 2005 e dalla Corte di appello di Trieste del 5 novembre 2004.

³⁰ Decreto Tribunale di Bari del 27 settembre 2004.

³¹ Tra gli altri Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova 2004; Trabucchi *Commentario breve al Codice* 7^a edizione, Padova 2004.

³² Tribunale di Lecce, decreto 16 luglio 2004 e Tribunale di Palermo 16 aprile 2004.

ai soci dall'art. 2476 c.c.³³.

In particolare la tesi si fonda su alcuni assunti di base:

- il D.Lgs. 6/2003, che introdusse nell'ordinamento la riforma delle società, avrebbe omesso di richiamare espressamente – tra le norme applicabili per analogia alle società a responsabilità limitata – l'art. 2409 c.c. con l'intento specifico di “privatizzare” il controllo delle società in favore del singolo socio o dell'organo di controllo con l'eliminazione dell'ispezione e della gestione giudiziaria;
- questa scelta legislativa sembra confermata dalla abrogazione promossa dal D.Lgs. 6/2003 dell'art. 2488 ultimo comma c.c.;
- la possibilità di reazione e di autotutela del socio singolo dinanzi alla *mala gestio* di cui all'art. 2476 c.c. appare addirittura più favorevole per le minoranze proprio perché concessa al singolo ed estendibile a ogni configurazione societaria in presenza di gravi irregolarità degli amministratori;
- questo appare in linea con la connotazione personalistica che la riforma ha voluto attribuire alla S.r.l. tanto da far coniare in dottrina l'espressione dicotomica di “società di persone a responsabilità limitata”.

Alla posizione della Suprema Corte (sembra doveroso sottolineare che trattasi di una sentenza di rigetto) ed alle pronunce dei merito di alcuni Tribunali tra cui quelli citati, si contrappone d'altro canto altra parte della giurisprudenza corrente³⁴ ed altra parte di autorevole dottrina che hanno più volte riaffermato invece il principio secondo il quale per le S.r.l. sottoposte al controllo

³³ In senso contrario: Fondazione Aristeia Documento n.77 giugno 2007; Trib. Lecce 16 luglio 2004; Trib. Milano 12 maggio 2005; Trib. Bari 27 novembre 2004; Corte d'Appello di Roma 7-13 aprile 2005; Trib. di Roma 11 marzo 2008.

³⁴ Trib. Roma, 6 luglio 2004; Trib. Udine, 1° luglio 2004; Trib. Treviso, 28 settembre 2004.



giudiziario, nello specifico caso in cui le stesse siano provviste di collegio sindacale per legge.

In tal senso, il Tribunale di Napoli Sez VII nella sentenza del 14 maggio 2008, riprendendo in buona parte le motivazioni espresse dal Tribunale di Milano nella sentenza 8 luglio 2005, ha affermato infatti la possibilità in una società a responsabilità limitata che i sindaci nominati per legge richiedano al tribunale il controllo giudiziario ex art.2409 c.c. a fronte di gravi irregolarità commesse dall'organo amministrativo. La tesi si fonda sul contenuto del già citato art. 2477 c.c. e più precisamente sul 4° comma il quale prevede che, nei casi in cui il collegio sindacale si renda obbligatorio per legge, trovino applicazione le disposizioni in tema di S.p.a.

Il Tribunale di Napoli riesamina anche la pronuncia dei giudici della "Consulta" rilevando che è indubitabile che questa *"...ha riconosciuto la legittimità costituzionale della scelta del legislatore di non riconoscere ai soci di srl il rimedio ex art. 2409 c.c., ma è anche vero che la stessa non ha proceduto ad alcuna disamina dell'art .2477 c.c"*.

Ne deriva che nella sentenza della Corte in nessun passaggio si ravvisa la preclusione per i sindaci di denunciare le gravi irregolarità degli amministratori ex art. 2409 c.c. e pertanto il Tribunale di Napoli ritiene non esaustiva la pronuncia della Corte con riferimento agli ambiti di applicabilità del citato art. 2409 c.c. per lo meno per quanto attiene l'azione esperibile da parte dell'organo di controllo.

I giudici di Napoli, facendo proprie le motivazioni espresse dai giudici di Milano nel 2005³⁵, argomentano le ragioni del dissenso rispetto alla posizione della Corte costituzionale con motivazioni di ordine giuridico-letterale basate sull'unitarietà del sistema di controllo sindacale e sulle diverse finalità del controllo giudiziario rispetto a quello attribuito ai soci.

³⁵ Decreto del Tribunale di Milano dell'8 luglio 2006.



Sul punto, i giudici napoletani affermano che il richiamo all'istituto dei poteri doveri del collegio sindacale di cui all'art. 2477 c.c. non mette in discussione che le norme sul controllo siano diverse tra S.p.a. e S.r.l., ma consente in determinate circostanze, e cioè quando nelle S.r.l. il collegio è nominato per legge, di ricorrere alle norme disposte in tema di S.p.a. e quindi anche quello di attivare il controllo giudiziario laddove ritenuto indispensabile per la tutela dei terzi e nello specifico quando ricorrente fosse il collegio sindacale.

In secondo ordine le motivazioni dei giudici di Napoli partono dal principio che il collegio sindacale quale organo di controllo univoco, non può avere una diversa operatività a seconda delle tipologie societarie cui è riferito.

Da ultimo va evidenziata una prima pronuncia, che a dire il vero lascia notevoli perplessità, della Corte di Cassazione³⁶, che ha escluso la richiesta del controllo giudiziario ex art.2409 c.c., per gravi irregolarità poste in essere dagli amministratori di Srl nell'ambito del loro mandato. La pronuncia della Suprema Corte nasce da un contenzioso che vede protagonisti i sindaci di una società di costruzioni a responsabilità limitata che avevano presentato dinanzi al Tribunale di Lecce istanza per chiedere il controllo giudiziario della stessa. Il tribunale con ordinanza del 27.10.2008 aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso ritenendo che la disciplina di cui all'art.2409-bis c.c. è applicabile alle sole Spa. Il collegio sindacale della Srl ricorreva in Cassazione.

I giudici di legittimità a sostegno della loro tesi precisavano che la genericità del richiamo alle norme in tema di spa ex art. 2477, le argomentazioni a sostegno dell'opzione che non prevede il ricorso al controllo giudiziario nelle srl effettuata nella relazione al testo normativo (ma non riferita a srl chiamate per obbligo alla nomina dei sindaci), la differente struttura giuridica delle due

³⁶ Corte di Cassazione Sent. n.403 depositata il 13 gennaio 2010.



società, sarebbero motivazioni idonee a precludere nelle srl il controllo giudiziario³⁷.

Ed inoltre, sempre secondo la Cassazione, l'intento del legislatore è stato proprio quello di "privatizzare" il controllo delle Srl, attribuendo ai soci delle stesse un potere di controllo e di reazione più incisivo rispetto a quelli di spa e conseguentemente di escludere le srl dall'ambito di applicazione dell'art.2409 c.c..

A sostegno di tale tesi andrebbe, tra l'altro, l'art. 8 del dlgs 37/2004 che prevede espressamente il controllo giudiziario nelle società sportive comprese le srl, disposizione che trova il suo fondamento e presupposto esclusivamente nel convincimento che diversamente il controllo giudiziario non sarebbe stato applicabile alle società sportive a responsabilità limitata.

In altre parole, secondo la Cassazione l'espresso rinvio alle norme in tema di spa, contemplato nell'art. 2477 c.c. va riferito esclusivamente ai requisiti professionali, alle cause di ineleggibilità, incompatibilità e decadenza dei sindaci, nonché da quanto previsto dall'art. 2403 e 2403 bis del c.c. ma non anche alla possibilità di richiedere il controllo giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c..

Se il pensiero espresso dai giudici della Suprema Corte -venisse a consolidarsi ci troveremmo di fronte ad un potenziale deterioramento della tutela dei creditori e dei terzi finanziatori che si vedrebbero esposti ad un maggior rischio patrimoniale, in relazione a comportamenti di *mala gestio* degli amministratori, rispetto a quelli di Spa.

E' ragionevole ritenere, contrariamente a quanto affermato dalla Suprema Corte, che ai sindaci di Srl non spettino solo compiti incentrati sui controlli contabili ma anche quelli basati sulla corretta gestione della società in quanto, i primi sono sempre di ausilio a quelli di carattere amministrativo - gestionale che l'articolo 2477 c.c. delega comunque ai sindaci.

³⁷ Sul punto L. De Angelis in Italia Oggi del 22 febbraio 2010 "I sindaci su un terreno vischioso".

I controlli contabili nelle srl possono essere affidati, come d'altronde nelle spa, anche a revisori esterni mentre ciò non è possibile per quanto riguarda quelli gestionali, che sono obbligatoriamente ed inderogabilmente affidati al collegio sindacale.

Non appaiono inoltre, del tutto convincenti le motivazioni dei giudici in merito, al diritto dei soci di ottenere notizie dagli amministratori circa l'andamento della gestione sociale con riferimento alla possibilità di procedere all'ispezione dei libri sociali e dei documenti, di proporre l'azione sociale di responsabilità e di ottenere in tale sede provvedimenti cautelari.

A dire il vero il socio per promuovere l'azione di responsabilità, ai sensi dell'articolo 2476 c.c. , nei confronti degli amministratori deve dimostrare la sussistenza di gravi irregolarità nella gestione e di danni attuali, e non solo potenziali (previsti per l'esperimento del procedimento ex art. 2409 c.c.), già subiti dalla società³⁸.

Detto questo l'assoluta diversità tra le due azioni appare evidente ed inoltre il potere di nomina di un amministratore giudiziario non è certamente attribuito al giudice ai ex art.2476, comma 3 c.c., il quale dispone unicamente del potere di revoca degli amministratori.

L'ambito applicativo dell'art. 2476 c.c. è innegabilmente più ristretto rispetto a quello dell'art. 2409 c.c. , basti pensare che il comma 4 dell'art. 2409 prevede, a differenza dell'art. 2476, la nomina di un amministratore giudiziario per il ripristino della regolarità amministrativa³⁹.

Ne deriva che la dichiarata equivalenza, tanto dibattuta in dottrina e giurisprudenza, sull'equivalenza dell'efficacia delle due norme non appare proprio convincente.

Tanto premesso appare del tutto illogico privare i sindaci di Srl del loro incisivo potere di controllo giudiziario a fronte di comportamenti illeciti dell'organo amministrativo

³⁸ Sul punto M. Zappalà in "Le società" 2/2010 pag. 209.

³⁹ Sul punto M. Zappalà op. cit.

Basti pensare alle srl di piccole dimensioni , dove molto spesso i soci e gli amministratori sono le stesse persone e quindi potrebbe crearsi un intreccio di interessi unidirezionali esclusivamente a danno dei terzi, che le paventate richieste ai soci/amministratori non scongiurerebbero di certo. Ragioni di ordine logico , letterale e sistematico, inducono quindi a ritenere auspicabile che anche nelle srl i sindaci possano provvedere a denunciare al tribunale le gravi irregolarità degli amministratori, di cui essi abbiano ragionevole contezza in relazione ai controlli insiti nel loro ufficio. Non convince quindi, quella posizione giurisprudenziale, avallata dalla pronuncia di legittimità dianzi citata orienta in senso difforme.

6.2 Considerazioni conclusive

A parere di chi scrive è impossibile pensare, da un lato, di diversificare i controlli amministrativi e dall'altro di differenziare la tutela nei confronti dei terzi e le responsabilità del collegio sindacale a fronte di irregolarità commesse dall'organo amministrativo, nell'ambito del medesimo alveo delle società di capitali di grandi dimensioni, dove il collegio sindacale è obbligatorio per legge e nelle quali si possono generare gravi danni non solo ai soci ma anche ai terzi finanziatori, ai creditori e più in generale a tutti gli *stakeholders*.

Tanto premesso non appare condivisibile – da questo punto di vista – privare i sindaci delle S.r.l. “grandi” di uno dei loro poteri più incisivi nei confronti della *mala gestio* degli amministratori, appunto quello dell'art.2409 c.c.

Diversamente non si potrebbe ipotizzare la specifica responsabilità dei sindaci delle S.r.l., nel caso in cui non fosse bilanciata da specifici poteri di reazione dell'organo di controllo stesso. Nel caso in cui il collegio fosse privato del potere del controllo giudiziario, potrebbe rimanere inerme di fronte a gravi irregolarità contabili e gestionali commesse dagli amministratori. È bene ricordare peraltro



che i membri del collegio sindacale, aldilà della forma giuridica della società di riferimento, assumono le medesime responsabilità civili e penali.

In sintesi se la responsabilità dei sindaci appare unica sia per le S.p.a. sia per le S.r.l., unica dovrebbe essere anche la possibilità di reagire di fronte a gravi irregolarità dell'organo amministrativo.

Rifacendoci poi alla sentenza della Consulta, è rilevabile come la Corte non si pronunci in merito all'inesperibilità della denuncia al Tribunale da parte dei sindaci evidenziando semplicemente l'inconsistenza di una censura " *...la cui fondatezza presupporrebbe la sostanziale ammissibilità fra soci e sindaci*".⁴⁰

La posizione del Foro Partenopeo d'altro canto appare su questo aspetto più condivisibile laddove precisa come il controllo esercitabile dal socio ex art. 2476 c.c. sarebbe finalizzato alla tutela di un proprio interesse, mentre quello giudiziario dovrebbe tendere all'interesse generale dei terzi, senza contare che la terzietà su cui si basa il controllo endosocietario verrebbe meno quando tutti i soci fossero anche amministratori.

Giova anche sottolineare come dopo la riforma del diritto societario ci sono S.r.l. che risultano *ope legis*⁴¹ espressamente soggette a tale controllo come quelle sportive, al preciso scopo di mantenere su tali società, indipendentemente dalla forma giuridica assunta, il controllo ex art. 2409 c.c. e confermare la legittimazione delle federazioni sportive a procedere. Questo dimostrerebbe che il legislatore non fa preclusioni in ordine al tipo di società ma piuttosto con riferimento a questioni dimensionali, di rilevanza del contesto di riferimento e di interessi diffusi su larga scala.

In sintesi, volendo approfondire queste ultime considerazioni, il richiamo al 4° comma dell'art.

⁴⁰ Cfr: De Angelis L. op.cit.

⁴¹ art. 10 e 13 della l. 23 marzo 1981, n.91, modificati dall'art.8 del D.lgs 37/2004.



2477 c.c. renderebbe ammissibile al collegio sindacale delle S.r.l., nominato per raggiunti limiti dimensionali, il ricorso al controllo giudiziario nel caso di gravi irregolarità degli amministratori. Oltre certi limiti dimensionali, si ritiene infatti che il controllo del Tribunale resti l'unica forma di tutela che assicuri i terzi contro dispersioni del patrimonio sociale, tutela che certo non può ravvisarsi nei poteri di ispezione di cui all'art.2476, comma 2 c.c.

Da ultimo si rileva una discrasia concettuale nell'eventualità prevalesse la tesi restrittiva, nella circostanza in cui vi fosse una società a responsabilità limitata capogruppo o semplicemente controllante di una o più società per azioni poiché, in presenza delle circostanze di legge, la denuncia ex art. 2409 sarebbe esperibile solo sulle controllate, benché, a tutta evidenza, le irregolarità di gestione impatterebbero anche sul patrimonio della S.r.l. madre/controlante che – secondo questa corrente di pensiero – non potrebbe ricorrere a tale procedura.

Venendo alla tesi contraria, è opinione di chi scrive che non siano prive di fondamento anche tutta una serie di altre considerazioni.

Sul piano sistematico, essendo l'art. 2409 c.c. inserito nell'ambito del capo V relativo alle società per azioni e non essendo stata introdotta alcuna disposizione analoga nel capo VII relativo alle società a responsabilità limitata, né espressamente prevista la applicabilità delle disposizioni compatibili, deve sostenersi, che si sia voluto escludere tale controllo in relazione a tale ultimi tipo di società. Basti pensare, al riguardo, che l'art. 2454, in materia di S.a.p.a., richiama in genere le norme compatibili e, dunque, anche il 2409, e pertanto la mancata indicazione dell'art. 2409 nella parte del codice riferita alle S.r.l. non dovrebbe essere considerata una mera omissione sanabile "per analogia" con i criteri interpretativi ordinari.

Sul tema dell'art. 2476 c.c. citato anche a favore dell'altra tesi, non può essere tuttavia tralasciata la

circostanza che l'azione di responsabilità, sia diretta all'accertamento di violazioni che comportano il venir meno della fiducia dei soci nell'organo amministrativo, mentre il controllo disciplinato dall'art. 2409 c.c. riguarda, come è noto, irregolarità della gestione che determinano con ragionevole probabilità danno alla società. In quest'ottica non appare immediato il collegamento tra l'azione giudiziaria e l'eventuale provvedimento cautelare. D'altra parte, l'azione di responsabilità può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società (ex art. 2476 c. 5), anche se risulti espresso il voto contrario del socio precedente, con la conseguenza che la cautela eventualmente richiesta può anche immediatamente essere dichiarata inefficace⁴².

Se questa interpretazione restrittiva fosse quella corretta, il legislatore risulterebbe anche coerente con il generale principio ispiratore della riforma in tema S.r.l., da individuarsi nella *voluntas legis* di riconoscere ampia autonomia statutaria a tali enti, ai procedimenti decisionali interni ed agli strumenti di tutela dei soci, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità ed alla struttura dei controlli interni. L'obiettivo era probabilmente anche quello di contenere l'eccessiva conflittualità tra i soci e di evitare azioni meramente emulative che potrebbero paralizzare di fatto l'attività societaria⁴³.

E' altrettanto innegabile, concludendo, che un'interpretazione restrittiva ovvero, in sintesi, quella a favore della non applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle S.r.l. provviste di collegio sindacale (*ope legis*) priverebbe i suoi membri del corretto esercizio del diritto-dovere di sorveglianza previsto dalla legge.

In altri termini se, come ribadito dalla relazione governativa al decreto, nelle S.r.l. – aldilà delle

⁴² La questione dell'applicabilità dell'art. 2409 cod. civ. alle società a responsabilità limitata (Andrea Penta).

⁴³ Quatraro-Tosi, *Il controllo giudiziario delle società ex art. 2409 cod. civ.*, Milano, 1994.



dimensioni – si è voluto offrire ai soci la possibilità di risolvere i conflitti interni in via endogena, è innegabile che il prezzo lo paghi, quando costituito, l'organo di controllo cui risulterebbe in parte precluso il potere di intervento e limitata la capacità di difesa del suo operato di vigilante. In virtù di ciò appare non ragionevole ritenere i sindaci delle srl privati di uno dei loro più incisivi poteri di reazione a fronte di illeciti comportamenti dell'organo gestorio. Diversamente opinando, si finirebbe, peraltro per attribuire una specifica responsabilità ai sindaci delle srl (assimilata ai sindaci delle spa) senza che la stessa risulti bilanciata da specifici poteri di reazione dell'istituto sindacale, che privato del potere di richiedere il controllo giudiziario, rimarrebbe sostanzialmente inerme a fronte di gravi irregolarità contabili e/o gestionali degli amministratori.⁴⁴

Appare contrario ad ogni ratio ipotizzare profili di responsabilità del collegio sindacale laddove non sia ammessa la possibilità da parte dei suoi membri di esperire efficaci rimedi a fronte di irregolarità gestionali e/o contabili degli amministratori garantiti dalle procedure di cui all'art 2409 c.c.

⁴⁴ Sul tema L. De Angelis, in *Le società*, 2009, pag.1024 e ss.



Delega “Revisione e Collegio Sindacale”

Commissione Revisione

Delegato

Corrado Baldini

Componenti

Gianluca Alparone (Presidente)

Nicla Corvacchiola (Segretario)

Nicoletta Bruni

Simone Caprari

Giorgio Gentili

Renzo Fantini

Daniele Riganello

Tommaso Longo

Clemente Serpico

Michelangelo Stola

Andrea Costantini

Gianleo Moncalvo