

SERENELLA ROSSI

**AUTOTUTELA ED ETEROTUTELA
DELLE MINORANZE
NEL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 2409 C.C.**

Estratto da:

RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE
E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI
N. 2, 2010

PICCIN

AUTOTUTELA ED ETEROTUTELA DELLE MINORANZE NEL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 2409 C.C. (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'interpretazione dell'art. 2409 c.c. nel vigore del codice civile del '42. – 3. L'evoluzione della norma dal codice di commercio al codice civile. – 4. Le tesi che affidano al controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. la tutela dell'interesse pubblico all'affermazione del diritto oggettivo. – 5. La legittimazione del PM alla denuncia e la natura degli interessi tutelati dalla disciplina. – 6. La nuova formulazione della norma nella recente riforma del diritto societario. – 7. La struttura del procedimento e i suoi obiettivi. – 8. L'ispezione della società e la funzione informativa del procedimento. – 9. I casi diversi dai casi più gravi. – 10. La funzione informativa del procedimento e i rimedi di autotutela dei soci. – 11. I casi più gravi e le misure di eterotutela adottabili dal Tribunale. – 12. La verifica di adeguatezza dei rimedi alternativi di tutela dell'interesse sociale in caso di irregolarità idonee a produrre danno al patrimonio della società o delle sue controllate. – 13. Il nesso di causalità tra illecito e danno: i provvedimenti ex art. 2409 c.c. e la prevenzione del danno al patrimonio della società o delle sue controllate. – 14. Il danno all'interesse sociale in assenza di danno al patrimonio della società. – 15. Conclusioni.

1. *Premessa.* In uno scritto recente dedicato al procedimento ex art. 2409 c.c., nella versione successiva alla riforma del 2003, si è osservato come i contributi dottrinali e giurisprudenziali sul tema abbiano nel tempo progressivamente abbandonato una prospettiva d'indagine di tipo sistematico, ed una riflessione in chiave funzionale sulle misure previste dalla disciplina, per concentrarsi soprattutto sulla soluzione di specifiche questioni applicative, molto spesso risolte in base a valutazioni di tipo empirico, legate più ad esigenze di giustizia del caso concreto che ai principi desumibili da un preciso quadro interpretativo di riferimento¹.

L'istituto del controllo giudiziario sulla gestione delle società, in effetti, si è sempre mostrato sfuggente ad un chiaro inquadramento teorico, non solo per la vaghezza dei suoi presupposti applicativi, ma anche per il persistente sospetto di una sua intrinseca ambiguità fun-

(*) Scritto destinato agli *Studi per Franco Di Sabato*.

(1) Cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso* – dir. da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, vol. 3°, p. 107 ss.

zionale, dovuta sia alla presenza di un organo pubblico (il PM) tra i legittimati alla denuncia, sia al suo adattamento, nel passaggio dal codice di commercio al codice civile, all'ambito dell'ordinamento corporativo, con la conseguente esaltazione dei profili di controllo pubblicitario sulla gestione delle imprese che nel procedimento in esame parevano trovare uno specifico e congeniale momento di emersione.

L'interpretazione della norma è rimasta pertanto sempre in bilico tra una spiegazione in chiave privatistica della sua funzione, in termini di autotutela o di eterotutela degli interessi dei soci, ed una ricostruzione tesa ad affidare alla procedura (anche) il compito di affermare e proteggere interessi di carattere generale. Inoltre, la prolungata assenza di interventi riformatori sul suo testo originario (fatte salve le più recenti modifiche introdotte nel regime speciale delle società quotate) ha verosimilmente scoraggiato il tentativo di modernizzarne l'interpretazione, nonostante le significative innovazioni subentrate su altri versanti del diritto societario e la stessa evoluzione del pensiero degli interpreti sui temi cui il controllo giudiziario *ex art.* 2409 c.c. è stato sempre in qualche modo collegato, quali la nozione di interesse sociale, l'ambito e l'estensione dei doveri degli amministratori, la tutela delle minoranze e i temi del governo societario nel suo complesso.

Eppure proprio una disciplina come quella in esame che, nella definizione dei suoi presupposti (le "gravi" irregolarità e i casi "più gravi") e di alcuni dei rimedi previsti (ad es. gli "opportuni provvedimenti provvisori"), fa ricorso a formule generali e pertanto abbonda più nell'uso di *standard* che di nitide *rule*, pare imporre un'interpretazione basata non tanto e non solo su indici testuali intrinseci, talora assenti, incompleti o comunque poco significativi, quanto su argomenti di tipo sistematico, che permettano di individuarne la funzione e di ricostruirne la fisionomia².

Coglie quindi nel segno, a mio avviso, chi ritiene che la ricerca della funzione svolta dal procedimento *ex art.* 2409 c.c., ed in particolare l'individuazione dei suoi presupposti applicativi, risentano in modo particolare delle condizioni di contesto in cui la disciplina si trova ad operare al punto da renderla particolarmente sensibile al mutare dei principi espressi dall'ordinamento, quasi a rappresentare il punto di rilevazione dei valori in esso dominanti, ma anche il terreno di contatto e di coordinamento delle molteplici istanze presenti nel sistema³.

(2) Cfr. in tal senso N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le "gravi irregolarità" nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005, p. 4 ss.

(3) Cfr. in questo senso G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, tomo 16, Torino, 1985, p. 589 ss., *ivi* a p. 592. Sul punto cfr. anche R. RORDORF, *L'irregolare amministrazione*

Ciò non toglie che l'istituto sia dotato di una propria autonomia funzionale, ma non è un caso che la ricerca sul tema prenda spesso le mosse da un'analisi retrospettiva, che osserva la sua genesi e la sua successiva applicazione nelle diverse fasi evolutive del diritto societario in cui la norma ha per lungo tempo operato, nel tentativo di individuare le specifiche finalità nell'ambito dei condizionamenti di sistema al momento esistenti.

2. *L'interpretazione dell'art. 2409 c.c. nel vigore del codice civile del '42.* Nel dibattito sulla natura degli interessi tutelati dal procedimento ex art. 2409 c.c. sviluppatosi successivamente all'entrata in vigore del codice civile e, si può dire, fino alla recente riforma del diritto societario, all'orientamento che vedeva nell'istituto un rimedio volto a tutelare essenzialmente l'interesse dei soci, in particolare dei soci di minoranza, e tutt'al più dei creditori sociali⁴, si contrapponeva tradizionalmente la tesi che sosteneva la rilevanza, nel suo ambito, di più ampie finalità di tutela e lo concepiva come presidio posto a garanzia di interessi generali, segnatamente dell'interesse pubblico alla corretta gestione delle imprese⁵.

della società, in *Società*, 1990, p. 1200 ss. il quale correttamente afferma, in relazione al testo dell'art. 2409 c.c., che nessuna delle prescrizioni in esso contenute ha una diretta capacità di definire l'area delle irregolarità denunciabili e pertanto dell'intervento del Tribunale, confermando un'impostazione della disciplina all'insegna dell'atipicità. Ne consegue, secondo l'autore, che "la corretta soluzione dei singoli problemi deriva soprattutto dall'esatta individuazione delle linee di tendenza dell'istituto, degli interessi che con esso il legislatore ha voluto tutelare, nonché delle potenzialità e dei limiti che all'istituto medesimo derivano dal suo esser collocato all'interno di un complesso ed articolato sistema di norme costituenti l'intero diritto societario".

(4) Cfr. G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile* fondato da F. Vassalli, vol. 10°, Torino, 1987, p. 842, secondo il quale le gravi irregolarità si sarebbero potute individuare nelle violazioni dei principi cardine che ispirano la struttura organizzativa della società per azioni e che consentono il raggiungimento dell'interesse dei soci e delle disposizioni a tutela dell'integrità del capitale sociale che giustificano la limitazione di responsabilità; in sostanza, quindi, il procedimento sarebbe da considerare finalizzato a tutelare in via esclusiva l'interesse dei soci e quello dei creditori sociali. In senso analogo cfr. G. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, p. 335 e G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, cit., p. 591. Secondo F. FERRARA jr.-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999, p. 614, il procedimento in questione risultava invece finalizzato soltanto alla tutela delle minoranze azionarie, giustificandosi la legittimazione del PM con riferimento ai casi in cui la minoranza non raggiunga l'aliquota di capitale richiesta dalla legge per un'autonoma denuncia.

(5) In questo senso W. BIGIAMI, *Ancora sulla nomina, senza richiesta, di un amministratore giudiziario della società per azioni ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 210 ss., *ivi* a p. 214.; V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'art.*

Questa impostazione, fondata sia sull'ampiezza e l'intensità dei poteri d'intervento concessi all'autorità giudiziaria ⁶ sia, soprattutto,

2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 689 ss., limitatamente alle irregolarità più gravi; F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2001-2002, p. 300, s.; G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. V, Torino 1993, p. 205 ss.; più recentemente cfr. M.F. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità nella gestione sociale*, Padova, 1994, p. 82 ss. in base ad una lettura dell'art. 2409 c.c. nel quadro delle norme della Costituzione, segnatamente dell'art. 41 e dei controlli in esso previsti.

(6) I provvedimenti adottabili dal Tribunale a seguito dell'ispezione sono stati indicati in quelli funzionali all'obbiettivo di impedire il compimento delle irregolarità o la loro reiterazione, nonché di rimuoverne gli effetti eventualmente perduranti, e sono stati individuati nelle misure che vanno dai sequestri, alla inibitoria o sospensione di atti e delibere, alla sospensione parziale dei poteri di amministratori e sindaci, fino, nei casi più gravi, alla loro revoca e sostituzione con un amministratore giudiziario. Per una ampia ed approfondita disamina dei profili procedurali del controllo giudiziario sulle gravi irregolarità nel vigore della vecchia disciplina e sui provvedimenti adottabili in tale sede cfr. M.F. GHIRGA, *Il procedimento*, cit. p. 95 ss. Cfr. inoltre, A. MARCINKIEWICZ, *Il decreto di revoca di amministratori e sindaci*, in *Società*, 1990, p. 1200 ss., S. LANDOLFI, *I provvedimenti del Tribunale e i reclami*, *ivi* a p. 1209 ss. Più recentemente cfr. F. DI SABATO, *Provvedimenti cautelari di cui all'art. 2409*, Relazione al "II Incontro" sui Rapporti fra volontaria giurisdizione e autonomia privata, sul tema "La denuncia al Tribunale per gravi irregolarità (art. 2409 c.c.)", organizzato dal CERADI e svolto a Roma presso la Luiss-Guido Carli il 5 febbraio 1999. La casistica giurisprudenziale rivela peraltro un modesto ricorso da parte del Tribunale all'emanazione di provvedimenti intermedi di natura cautelare poiché la maggior parte dei procedimenti risultano definiti col rigetto del ricorso o direttamente con la revoca di amministratori e sindaci. Una spiegazione di questo orientamento viene individuata nel timore del giudice di adottare provvedimenti impropri o inopportuni per la società, stante l'impossibilità di conoscere appieno e di comprendere in modo approfondito la sostanza economica della realtà imprenditoriale esaminata (cfr. in tal senso A. RAPPAZZO-G. RAPPAZZO, *Le irregolarità degli amministratori nelle società per azioni*, Milano, 2001, p. 164 s.). Di questa preoccupazione del giudice nel procedimento ex art. 2409 c.c. vi è traccia in alcuni provvedimenti, come quello emesso da Trib. Verona, 31 gennaio 1991 (decr.), in *Società*, 1991, p. 1086 ss., in cui il Tribunale ammette che il giudice "nella valutazione dei provvedimenti da adottare deve tenere in considerazione anche la struttura societaria della società oggetto di ispezione e le reali prospettive offerte dal mercato nel quale opera, così da evitare misure che possano portare direttamente o indirettamente alla liquidazione, se la struttura economica della società sottoposta a controllo risulti nel complesso sana e vitale".

In teoria, peraltro, il testo della norma concederebbe al giudice una discrezionalità assai ampia nell'adozione di provvedimenti provvisori, consentendogli di configurare misure anche atipiche purché idonee a procurare il ripristino della legalità. L'unico limite pare rappresentato dal divieto di sostituirsi all'assemblea o di imporre alla stessa l'adozione di decisioni predeterminate. In tal senso Cass., 9 aprile 1994, n. 3341, in *Società*, 1994, p. 785 ss., che ha ritenuto illegittimo il provvedimento con cui il

sulla legittimazione del PM alla denuncia, è risultata addirittura dominante nell'interpretazione della norma in esame.

La giurisprudenza ha infatti più volte affermato l'assoluta prevalenza dell'interesse pubblico nel procedimento, la cui tutela finiva per assorbire la cura di interessi particolari e privati, quali quelli di soci, creditori, terzi in genere, con la conseguenza di riconoscere la legittimità dell'iniziativa del PM, e la procedibilità del ricorso, anche nel caso di compagine sociale totalitariamente consenziente con l'operato di amministratori e sindaci⁷.

Secondo questa ricostruzione, inoltre, la tutela di tutti gli interessi riconducibili all'area del generale interesse alla corretta gestione delle imprese sarebbe stata affidata in modo promiscuo a tutti i legittimati. In particolare, il PM avrebbe potuto agire anche per irregolarità idonee a ledere interessi meramente privati dei soci (soprattutto di coloro che non fossero titolari di una percentuale sufficiente per una iniziativa autonoma) e gli stessi soci avrebbero potuto denunciare fatti idonei a ledere interessi anche, o esclusivamente, di terzi⁸.

Coerente con questa impostazione risultava pertanto la tesi, per lungo tempo assolutamente prevalente presso gli interpreti, volta ad escludere la necessità di verificare l'eventuale interesse ad agire in capo

Tribunale aveva determinato la composizione del consiglio d'amministrazione, sostituendosi in tal modo all'assemblea (in senso contrario Trib. Pordenone, 29 gennaio 1996, in *Società*, 1986, p. 752 ss., in cui il Tribunale aveva ordinato la nomina da parte dell'assemblea di un consiglio di amministrazione composto da non soci in cui fosse presente un componente designato dai soci di minoranza).

(7) In questo senso cfr. Trib. Milano, 7 luglio 1995 (ord), in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 593 ss. per un caso di denuncia di gravi irregolarità ad opera del PM in società totalitariamente partecipata da altra società e nella quale le violazioni perpetrate da amministratori e sindaci andavano a vantaggio anche del socio unico e di altre società ad esso collegate. Si noti, peraltro, che la pronuncia citata chiarisce, in apertura della motivazione, che la connotazione pubblicistica del procedimento *ex art. 2409 c.c.* non va oltre l'estensione della tutela ai creditori, ai terzi e ai dipendenti della società, restando escluso che il rimedio possa ritenersi finalizzato alla tutela di interessi più generali quali quelli dell'economia e del mercato. In senso analogo v. Trib. Milano, 30 ottobre 1986 (decr.), in *Società*, 1987, p. 185 ss.

(8) Segnala la frequenza di ricorsi su iniziativa del PM in cui vengono denunciate violazioni di norme poste ad esclusiva tutela della minoranza, spesso a seguito di sollecitazione ad opera di minoranze non qualificate F. PLATANIA, *Il procedimento ex art. 2409*, in *La volontaria giurisdizione in materia di società*, Milano, 2000, p. 509; secondo G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 208, la minoranza può certamente ritenersi legittimata a denunciare irregolarità che ledano in via esclusiva l'interesse pubblico, pur segnalando che si tratta di ipotesi per lo più teorica giacché le violazioni oggetto di denuncia sono normalmente plurioffensive.

al ricorrente, con ciò perdendosi ogni nesso tra interesse del denunciante e interesse pregiudicato dalla grave irregolarità⁹.

In definitiva il sistema veniva ricostruito come mezzo per il ripristino della corretta amministrazione della società, con la funzione prevalente, se non esclusiva, di tutelare il diritto obbiettivo, messo in crisi da comportamenti irregolari di amministratori e sindaci.

Individuata la finalità tipica dell'istituto nella mera riaffermazione della legge in sé, perdeva ovviamente importanza la necessità di selezionare tra le possibili violazioni dei doveri di amministratori e sindaci le irregolarità rilevanti nel procedimento. Ed in effetti la giurisprudenza finiva per individuare queste ultime con criterio prevalentemente casistico¹⁰, sulla base della tipizzazione offerta dalla prassi, mentre ogni tentativo di adottare criteri più specifici di riferimento su base qualitativa, richiamando ad esempio l'elemento psicologico (dolo o colpa grave¹¹) o la natura e tipologia delle norme violate¹², veniva

(9) In questo senso cfr. G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 207 ss.; G. DOMENICHINI, *Il controllo*, cit., p. 593; M.J. BONELL, *Intervento giudiziario ex art. 2409 c.c. e "gravi irregolarità"*, in questa *Rivista*, 1969, II, p. 235 ss. M. RUBINO DE RITIS, *Legittimazione dei soci ex art. 2409 c.c. e squeezeouts of minority*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 277 ss., *ivi* a p. 285; sul punto v. anche la giurisprudenza che ritiene legittimata alla denuncia la stessa maggioranza o i soci che abbiano approvato o prestato acquiescenza all'operato irregolare degli amministratori e dei sindaci. In particolare cfr. Trib. Milano, 10 ottobre 1985 (decr.), in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 459 ss. secondo il quale la legittimazione a proporre la denuncia ex art. 2409 c.c. non è circoscritta ai soci dissenzienti o che siano rimasti estranei ai fatti che possono considerarsi gravi irregolarità (nello stesso senso Trib. Pavia, 20 giugno 1977 (ord.), in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 400 ss.). Ha considerato legittimato alla denuncia anche il socio che fosse amministratore al momento in cui erano state deliberate le operazioni denunciate, tra le altre, Trib. Verona, 15 febbraio 1988 (decr.), in *Società*, 1988, p. 648 ss.; *contra* Trib. Monza, 21 febbraio 1989 (decr.), in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 222 ss.; Trib. Palermo, 20 maggio 1986 (decr.), in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 111 ss., Trib. Roma, 30 giugno 1984 (decr.), in *Società*, 1985, p. 518 ss.

(10) Per una ampia ed articolata casistica sulle gravi irregolarità cfr. G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 197, testo e nota 19.

(11) Cfr. in questo senso G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit. p. 192 ss. Secondo l'autore, per distinguere le irregolarità "gravi" da quelle che non lo sono occorrerebbe tenere conto dell'elemento psicologico, con la conseguenza che sarebbero irregolarità rilevanti, ai fini dell'applicazione del procedimento ex art. 2409 c.c., soltanto quelle commesse con dolo o colpa grave, restando escluse le irregolarità dovute a comportamenti adottati con un grado di diligenza lievemente difforme da quello dovuto, quindi i casi di colpa lieve.

(12) La limitazione delle gravi irregolarità alla violazione di norme in tema di doveri di amministratori e sindaci presidiate da sanzioni penali è stata sostenuta da V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'art. 2409 c.c.* cit., p. 719, mentre secondo

respinto perché giudicato inidoneo a suggerire un efficace discrimine tra le irregolarità rilevanti¹³.

Il mancato adempimento di ogni dovere imposto dall'ordinamento ad amministratori e sindaci poteva pertanto integrare un'irregolarità denunciabile ai sensi dell'art. 2409 c.c. laddove la violazione potesse dirsi grave. Quest'ultimo accertamento veniva inoltre operato non già secondo criteri di tipo qualitativo-funzionale, quanto secondo un criterio, piuttosto discrezionale, teso a valutare l'impatto concreto delle irregolarità sulla vita e sul patrimonio della società¹⁴.

V. CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, p. 53 ss. si potrebbe parlare di gravi irregolarità soltanto per le violazioni di norme poste a tutela dell'interesse generale alla corretta amministrazione o dell'interesse sociale, e non per le violazioni che rechino pregiudizio all'interesse dei singoli soci.

(13) Sul punto cfr. A. PATRONI GRIFFI, voce "Società (controllo giudiziario sulle)", in *Enc. del dir.*, Milano, 1990, p. 1 ss., *ivi* a p. 15 s., secondo il quale l'elemento psicologico in materia di gravi irregolarità deve ritenersi del tutto irrilevante per lasciare spazio ad una valutazione meramente oggettiva delle violazioni commesse da amministratori e sindaci. A sostegno di tale conclusione si dà rilievo anzitutto ad un argomento di tipo storico, tratto dai lavori preparatori del codice di commercio, dai quali si rende evidente come, al di là della formula adottata e del riferimento alla gravità delle violazioni, il legislatore dell'epoca intendesse le gravi irregolarità come comportamenti in sostanza coincidenti con quei fatti censurabili che legittimano la denuncia al collegio sindacale (anch'essa già prevista dal codice di commercio all'art. 152). L'autore rileva inoltre che, diversamente opinando, i fatti censurabili compiuti senza dolo o colpa grave, nei casi di inerzia del collegio sindacale, rimarrebbero del tutto sprovvisti di tutela. Si segnala, da ultimo, l'incapacità della tesi criticata di distinguere tra gravi e più gravi irregolarità che legittimano la revoca di amministratori e sindaci sulla base dell'elemento psicologico e la conseguenza che ne deriverebbe di rendere impossibile tale revoca per quelle irregolarità oggettivamente in grado di minare la fiducia nell'affidabilità degli organi sociali qualora commesse senza dolo o colpa grave.

(14) La genericità e il carattere tautologico delle formule adottate dalla giurisprudenza per indicare i parametri di misurazione della gravità delle irregolarità denunciate è evidente in quelle pronunce che giudicano gravi le violazioni idonee a provocare un "grave turbamento" o "guasti sensibili" dell'attività sociale (cfr. Cass., 19 maggio 1972, n. 1530, in *Foro it.*, 1973, I, c. 59 ss.; Trib. Bergamo, 13 marzo 1990 (decr.), in *Foro it.*, 1990, I, c. 2960 ss.; App. Napoli, 29 gennaio 1988 (decr.), in *Società*, 1988, p. 736 ss.) o ad arrecare un "concreto pregiudizio" al patrimonio della società (cfr. Trib. Milano, 15 ottobre 1985 (decr.), in *Società*, 1986, p. 305 ss.; Trib. Napoli, 2 novembre 1993 (decr.), in *Società*, 1994, p. 374 ss.; cfr. altresì Trib. Livorno, 1° dicembre 1992, in *Società*, 1993, p. 1354 ss. che fa peraltro riferimento all'"entità del pericolo che le scorrettezze amministrative abbiano oggettivamente arrecato ad interessi stimati degni di tutela"). Si registrano, inoltre, pronunce che negano il carattere di gravità delle violazioni denunciate in considerazione della struttura chiusa e

A sostegno di questa opzione interpretativa sembrava militare anche la finalità in senso lato preventiva e cautelare del procedimento, volta ad impedire il compimento o la reiterazione di atti pregiudizievoli per soci e terzi, come tale operante su un piano diverso da quello delle iniziative volte ad ottenere il risarcimento dei danni per atti illegittimi già perpetrati o già produttivi di effetti lesivi.

In questa prospettiva ciascuno dei legittimati poteva farsi portatore dell'istanza di riordino dell'amministrazione della società così rendendosi promotore della realizzazione dell'interesse pubblico alla regolarità dell'operato delle società di capitali.

3. L'evoluzione della norma dal codice di commercio al codice civile. L'emergere delle finalità di tutela di interessi di terzi o generali è peraltro legata all'evoluzione finale del testo della norma che approda al codice civile, mentre, già nella disciplina contenuta nel codice di commercio, l'istituto presentava una fisionomia in buona parte diversa da quella successivamente acquisita.

Secondo l'art. 153 del codice di commercio del 1882, infatti, legittimati a denunciare al Tribunale le gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci di cui vi fosse il fondato sospetto erano soltanto i soci titolari dell'ottava parte del capitale sociale. Il Tribunale, rilevatane la necessità e l'urgenza, poteva disporre l'ispezione dei libri sociali ad opera di commissari da esso nominati. Se i risultati dell'ispezione avessero confermato la sussistenza delle denunciate irregolarità, il Tribunale avrebbe potuto ordinare i provvedimenti urgenti e convocare l'assemblea generale.

Esulavano dalla disciplina sia il potere del Tribunale di revocare amministratori e sindaci, sia la legittimazione alla denuncia in capo a soggetti diversi dai soci. Il potere di iniziativa era quindi esclusivo appannaggio dei soci e le decisioni finali, conseguenti ai provvedimenti adottati dal Tribunale, erano comunque rimesse all'assemblea.

Questa formulazione era peraltro il risultato di un dibattito, sviluppatosi durante i lavori preparatori del codice di commercio del 1882, nell'ambito del quale era stata proposta una disciplina dell'istituto ancora diversa da quella poi adottata nel testo definitivo.

Nei progetti Finali e Vigliani, infatti, la denuncia al Tribunale dei fatti censurabili, concessa all'iniziativa di ciascun socio, si presentava come strumentale al successivo eventuale esercizio dell'azione di re-

del carattere familiare della società in cui esse sono state poste in essere (cfr. Trib. Pordenone, 29 gennaio 1986, cit.; App. Milano, 26 luglio 1994 (decr.), in *Società*, 1995, p. 197 ss.)

sponsabilità contro gli amministratori, azione che il Tribunale poteva autorizzare qualora, a seguito degli accertamenti svolti, i fatti denunciati fossero stati accertati.

L'istituto finiva per risultare una sorta di subprocedimento o comunque un procedimento preliminare rispetto all'azione di responsabilità e strumentale a quest'ultima, con finalità essenzialmente informativa e istruttoria. L'azione sociale di responsabilità contro amministratori e sindaci veniva sottratta alla volontà della maggioranza e trovava avvio nell'iniziativa del singolo socio, sebbene subordinata all'autorizzazione del Tribunale a seguito dell'accertamento delle irregolarità.

Questa soluzione fu peraltro successivamente abbandonata, nell'ottica di conservare alla maggioranza assembleare la decisione in merito all'azione di responsabilità e di configurare l'istituto del controllo giudiziario come rimedio del tutto autonomo, finalizzato a realizzare un controllo preventivo su irregolarità in atto e, in quanto tale, rivolto esclusivamente a prevenire il prodursi di un danno alla società.

La disciplina dell'azione di responsabilità veniva quindi scorporata da quella della denuncia di gravi irregolarità e regolata a parte.

Nei successivi progetti per la revisione del codice di commercio, tuttavia, il collegamento tra controllo giudiziario e responsabilità di amministratori e sindaci veniva indirettamente riproposto mediante la previsione di un *quorum* ridotto ad un quarto del capitale sociale per la delibera sull'azione sociale di responsabilità adottata dall'assemblea nell'ambito del procedimento che avesse accertato le gravi irregolarità (Progetto della Commissione Reale del 1925). Questa disposizione tuttavia non sarebbe passata nel testo definitivo della norma e le questioni relative all'esercizio dell'azione di responsabilità a seguito dell'accertamento di gravi irregolarità sarebbero state risolte con l'attribuzione all'amministratore giudiziario del relativo potere, definitivamente sottratto ai soci di minoranza ¹⁵.

Fin qui in realtà, il riconoscimento di tale potere ad un organo di nomina giudiziale poteva segnalare soltanto un'opzione favorevole a forme di tutela esterna dell'interesse sociale, giustificata verosimilmente dal timore di estendere troppo i poteri di controllo e di azione delle minoranze.

(15) Sull'origine e sull'evoluzione della disciplina dal codice di commercio al codice civile del '42 cfr. A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al Tribunale ex art. 2409. Gli interessi tutelati*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 145 ss. e, più recentemente, l'accurata ricostruzione storica di C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Padova, 2008, p. 1, ss.

È tuttavia la previsione del PM tra i soggetti legittimati alla denuncia, unitamente ai nuovi consistenti poteri in capo al Tribunale, autorizzato ad emanare ogni provvedimento utile per il ripristino di una corretta gestione fino alla revoca di amministratori e sindaci e al commissariamento della società, a suggerire a molti una lettura diversa, orientata a vedere nella riforma della disciplina un totale riassetto dei valori affermati dal sistema e un ritorno alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli delle minoranze ¹⁶.

La fisionomia della norma iniziava inoltre ad apparire più confusa, come emerge dalla stessa Relazione al Codice civile che espressamente motivava la legittimazione del PM alla denuncia con la finalità di predisporre un'adeguata tutela all'"interesse generale che è connesso alla corretta amministrazione della società", specificando tuttavia subito dopo che tale potere era stato riconosciuto al PM "per tutelare nei casi più gravi l'interesse sociale" ¹⁷. Ciò poneva anche ai più strenui difensori di una spiegazione in chiave privatistica dell'istituto il problema di individuare un ruolo e una finalità relativi all'iniziativa del PM ¹⁸ e li portava

(16) Cfr. V. CERAMI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 15 ss. Secondo M.F. GHIRGA, *Il procedimento*, cit., p. 44 ss., la riforma del controllo giudiziario nel codice civile subì indubbiamente l'influenza dell'ideologia corporativa, come è dimostrato dalla assimilazione che la relazione al codice opera tra gli obbiettivi del procedimento regolato dall'art. 2409 e quelli delle norme in tema di responsabilità dell'imprenditore, ma risentì anche del fenomeno del declino della sovranità assembleare e della concentrazione del potere decisionale in capo ai *manager* che tanto fu avvertito in quell'epoca da porre il problema della individuazione di più penetranti poteri di sorveglianza sui gestori, tra i quali poteva forse annoverarsi il procedimento *ex art.* 2409 c.c.

(17) In particolare si faceva notare la difficoltà di un chiaro inquadramento dei concetti di "interesse generale" e "interesse sociale" come espressi nella Relazione. Da un lato risultava dubbia la distinzione tra interesse delle minoranze, affidato ad un'iniziativa di autotutela, e interesse sociale, tutelato dal PM, poiché tra essi dovrebbe esservi coincidenza, dall'altro apparivano piuttosto incerti i contenuti e la sostanza dell'interesse pubblico o interesse generale evocato più volte nel testo della Relazione (Cfr. A. GRAZIANI, *L'art. 2409 c.c. è applicabile alle società cooperative?*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 85 ss.) e talora assimilato allo stesso interesse sociale (Cfr. W. BIGIAMI, *Interesse sociale e interesse pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 711 ss. e lo stesso A. GRAZIANI, *l'art. 2409 c.c.*, cit., p. 89 ss., che si interroga sui diversi contenuti che il concetto di interesse pubblico può assumere in relazione alle attività di una società). Sulla questione cfr. altresì C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli*, cit., p. 46, ss.

(18) Per W. BIGIAMI, *Ancora sulla nomina senza richiesta di un amministratore giudiziario*, cit., p. 210 ss., l'intervento del PM non poteva concepirsi se non in funzione sostitutiva delle minoranze non qualificate, mentre per V. PANUCCIO, *Il procedimento*, cit., p. 689 ss., l'interesse pubblico e l'interesse privato coesistevano nella disciplina e segnatamente la tutela del primo si ravvisava nelle irregolarità di maggiore gravità e ad esse si limitava.

(talora) ad ammettere la compresente tutela di interessi di matrice pubblicistica nella disciplina ¹⁹.

4. *Le tesi che affidano al controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. la tutela dell'interesse pubblico all'affermazione del diritto oggettivo.* Si può dire che in questo momento inizi a trovare consenso presso gli interpreti la tesi che assegna al controllo giudiziario la prevalente funzione di provvedere al ripristino della legalità violata, con ciò rendendo irrilevante ogni ulteriore indagine sugli interessi tutelati. Questa conclusione viene fondata, da un lato, su considerazioni di ordine processuale, relative alle caratteristiche del procedimento, di cui si predica la natura di giurisdizione oggettiva, di per sé finalizzata alla mera affermazione dell'ordinamento giuridico e non già di specifici diritti soggettivi, dall'altro sulle caratteristiche dell'azione del PM nel processo civile e sulla sua funzione di tutore dell'ordinamento in senso oggettivo, giammai di interessi privati.

La dottrina tuttavia segnalava, da un lato, l'incerta esistenza, nel procedimento ex art. 2409 c.c., dei caratteri tipizzanti e distintivi dei procedimenti a contenuto oggettivo (assenza di una vera e propria domanda di parte, disapplicazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato), dall'altro, la presenza nell'ordinamento di procedimenti camerale destinati a risolvere conflitti tra le parti o a ripristinare specifiche situazioni soggettive ²⁰.

Per ciò che riguarda il ruolo del PM nel procedimento, restava da verificare se la funzione di tutela del diritto obbiettivo, oltre a connotare l'azione dell'organo pubblico, potesse improntare l'intero procedimento di controllo giudiziario ed investire anche l'iniziativa affidata agli altri legittimati. In sostanza, sul piano sistematico, si trattava di capire se tale caratteristica dell'azione del PM fosse sufficiente a spiegare la *ratio* complessiva dell'istituto del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.

La recente riforma del diritto societario, che lascia sopravvivere la legittimazione del PM alla denuncia di gravi irregolarità gestorie soltanto nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di ri-

(19) V., ad es., A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al Tribunale.*, cit., p. 154 secondo il quale "la legittimazione del pubblico ministero sicuramente testimonia la presenza anche di un interesse pubblico", sebbene tale legittimazione lasci aperto comunque il problema di capire il contenuto di tale interesse.

(20) Per una recente ricognizione sul tema cfr. A. RAPPAZZO-G. RAPPAZZO, *Le irregolarità degli amministratori*, cit., p. 22 ss. Sulle difficoltà di inquadrare il procedimento ex art. 2409 c.c. in una precisa categoria processuale e sui dubbi della dottrina in materia cfr. anche G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 274 ss.

schio, rende oggi quella tesi difficilmente sostenibile e insuscettibile di essere riproposta nemmeno limitatamente a tale modello, in cui gli interessi pubblici rilevanti sono pur sempre interessi qualificati, la cui tutela non potrebbe certo coincidere logicamente e funzionalmente con un generico e non selettivo supplemento di legalità.

Vale tuttavia la pena segnalare che quell'impostazione risultava dubbia anche nel vigore del regime precedente e quindi il generico riferimento alla tutela dell'interesse pubblico all'affermazione del diritto obbiettivo, intesa come tutela finalizzata al mero ripristino della legalità, appariva già insufficiente ad individuare l'esatta *ratio* della disciplina.

La spiegazione fondata sulla natura oggettiva del procedimento, che lo concepiva come strumento di mero ripristino della legalità, si esponeva, infatti, ad alcune evidenti obiezioni.

L'affermazione del diritto obbiettivo e della legalità dovrebbe infatti rappresentare un risultato che il legislatore persegue in tutte le vicende che coinvolgono le società di capitali e le attività poste in essere dai loro organi, soprattutto ove in grado di incidere su interessi di carattere generale, e non si spiegherebbe perché mai una simile tutela dovrebbe operare nei termini e nelle forme prima segnalate solo in caso di gravi irregolarità perpetrate da amministratori o sindaci ²¹.

(21) Ad esempio, anche nell'attività deliberativa dell'organo assembleare la società può incorrere in violazioni gravi, e non si può ritenere che le materie di competenza assembleare rivestano minore importanza per l'interesse generale da non porre con intensità il problema della rimozione delle illegalità. In questi casi, tuttavia, l'ordinamento predispone rimedi diversi, rimessi essenzialmente all'azione privata, quali le azioni di annullamento e nullità delle delibere, unitamente ad una tutela di tipo cautelare, i cui contenuti e modalità di tutela sono profondamente diversi da quelli che connotano il procedimento *ex art. 2409 c.c.*, né tale differenza pare strettamente necessitata dalla diversa tipologia degli atti soggetti al controllo. Di fronte all'adozione di deliberazioni assembleari invalide il rimedio è inoltre un procedimento contenzioso, nel quale i soggetti legittimati sono tenuti a dimostrare un proprio interesse al provvedimento e a fornire la prova delle violazioni allegate, né è prevista la legittimazione di un organo pubblico cui spetti istituzionalmente il compito di garantire la legalità degli atti societari (in tal senso cfr. A. PATRONI GRIFFI, voce "Società (controllo giudiziario sulle)", cit., p. 15; ID., *La denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.*, cit., p. 155. Per considerazioni analoghe cfr., già in epoca anteriore, W. BIGIAMI, *Ancora sulla nomina senza richiesta di un amministratore giudiziario della società per azioni*, cit., p. 212 ss.). In dottrina e, più recentemente, anche in giurisprudenza, prevale infatti l'orientamento secondo cui non è ammissibile l'azione civile del PM nemmeno nei casi in cui essa è dalla legge riconosciuta a "chiunque vi abbia interesse", come, ad esempio, per le delibere nulle di società di capitali. Osterebbe a tale legittimazione il principio di tassatività dell'azione civile del pubblico ministero ricavabile dagli artt. 69 e 70 c.p.c. che non gli consente di adottare iniziative nel processo civile allegando la mera

L'eccessiva astrazione di quella impostazione e una certa circolarità delle collegate argomentazioni non erano del resto sfuggite ad alcuni più attenti osservatori che segnalavano come l'interesse alla regolare amministrazione della società, evocato nella Relazione al codice civile in materia di controllo giudiziario, sia normalmente soddisfatto dallo Stato nella fissazione delle norme che disciplinano l'impresa le quali, pertanto, non sono che uno strumento per il soddisfacimento di quell'interesse "ed essendo strumento non possono rappresentare la canonizzazione di quei fini, altrimenti l'impresa diventerebbe pubblica" ²².

C'è allora da chiedersi perché una spiegazione della norma così opinabile abbia avuto una tale diffusione presso gli interpreti.

Come acutamente è stato osservato, è assai probabile che, nell'interpretazione della disciplina, l'interesse pubblico alla corretta gestione dell'impresa si sia in realtà surrogato, per necessità, ad altro interesse pubblico, più qualificato, che verosimilmente era stato affidato alla norma al momento del varo del codice civile ²³.

sussistenza di un interesse pubblico laddove un potere in tal senso non gli sia stato espressamente riconosciuto (in questo senso v. Cass., 16 marzo 1994, n. 2515, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce "Filiazione", n. 43 a proposito dell'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per la quale l'art. 263 c.c. riconosce la legittimazione a chiunque vi abbia interesse; la Corte ha ritenuto inammissibile l'azione del PM potendo tale organo soltanto intervenire nelle cause in materia di stato come previsto dall'art. 70 c.p.c.; analogamente Cass., 18 ottobre 1989, n. 4201, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce "Filiazione", n. 41; App. Bari, in *Foro it.*, 1972, I, c. 659 ss.; in dottrina cfr. V. COLESANTI, *Arbitrarie estensioni del potere di azione del pubblico ministero in materia societaria*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 359 ss. ed in particolare p. 371, relativamente alla possibilità di riconoscere il potere di azione al PM per l'accertamento della nullità del contratto di società per azioni; secondo l'autore, la soluzione drasticamente negativa si impone, oltre che per il richiamato principio di tassatività dei casi di azione del PM in sede civile, anche in base all'esame più ristretto delle norme in materia societaria ove è evidente che l'iniziativa del PM risulta ammessa in due soli casi – denuncia di gravi irregolarità di amministratori e sindaci e revoca giudiziale dei liquidatori – e pertanto con evidente carattere di eccezionalità, senza che se ne possa ricavare un'interpretazione nel senso di una generalizzata legittimazione del PM ad agire in materia societaria per la tutela dell'interesse pubblico; *contra*, a favore della legittimazione del PM all'accertamento della nullità di società per azioni cfr. Trib. Milano, 18 luglio 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 122 ss.).

(22) Così V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, p. 54 s.

(23) Cfr. in questo senso G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario*, cit., p. 117, che giustamente sottolinea come l'interesse alla legalità dell'agire amministrativo risultasse, al venir meno dell'ordinamento corporativo, l'unico interesse pubblico che poteva dirsi affidato ad una norma pensata all'origine come funzionale alla tutela dell'interesse dello Stato nel controllo delle attività economiche.

In quel momento, infatti, la norma acquisiva caratteristiche fino ad allora inedite, contrastanti con quelle proprie della disciplina contenuta nel codice di commercio nonché con alcuni degli orientamenti emersi nel corso dei lavori preparatori del codice, ma assai coerenti con il contesto in cui l'istituto avrebbe dovuto operare, cioè l'ordinamento corporativo che vedeva l'interesse dell'impresa come parte dell'interesse pubblico alla produzione e lo Stato, attraverso i suoi organi, nel ruolo di superiore e legittimo controllore degli indirizzi produttivi degli operatori economici.

Con l'abolizione del sistema corporativo occorreva tuttavia trovare un diverso fondamento ad una disposizione che, nel disciplinare un'attività privata come quella imprenditoriale, conservava al suo interno elementi che parevano ispirati alla tutela di interessi esterni e superiori²⁴.

5. La legittimazione del PM alla denuncia e la natura degli interessi tutelati dalla disciplina. Il carattere oggettivo delle funzioni ascrivibili al procedimento è stato pure sostenuto sulla base della prevista legittimazione del PM alla denuncia di gravi irregolarità.

Se si riflette, tuttavia, sulla funzione del PM nel processo civile ci si accorge che la tesi che individua l'interesse tutelato dalla sua azione nell'interesse pubblico all'affermazione del diritto obbiettivo poggia in realtà su un evidente equivoco.

In generale, la dottrina ha messo in evidenza che, nell'ambito di quelle che sono le attribuzioni generali del PM come definite dall'art. 73 dell'ordinamento giudiziario e consistenti nella vigilanza "alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci", la sua azione nel processo civile viene prevista laddove "è particolarmente intenso l'interesse pubblico alla situazione sostanziale e alla sua tutela (...) per l'ipotesi che il titolare del diritto resti inerte, o manchi un titolare del diritto o la persona in grado di farlo valere". In questo caso la legge "attribuisce al PM un potere autonomo di agire per far valere quel diritto in sostituzione o in vece di chi non può o non vuole farlo valere (e qualche volta addirittura in via esclusiva)"²⁵.

A riguardo si è anche discusso se si tratti di un'ipotesi di sostituzione processuale, pure in senso improprio, in quanto l'iniziativa del

(24) Per queste osservazioni cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario*, cit., p. 116 ss. Sul punto cfr. altresì C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli*, cit. p. 48, s.

(25) C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1998, I° vol., p. 369.

PM andrebbe a vantaggio dei titolari del diritto sostanziale per il quale è concessa l'azione, o se invece essa rientri nella categoria delle mere azioni, che sono indipendenti dall'affermazione di uno specifico diritto o dalla tutela di un particolare interesse.²⁶

In ogni caso, anche chi accoglie un'impostazione che svaluta il ruolo di parte del PM per accentuarne la funzione giurisdizionale e pertanto la funzione di mera attuazione della legge, ammette l'esistenza di numerose ipotesi in cui il PM agisce per la tutela di interessi privati in sostituzione dei titolari, ai quali può residuare o meno il potere di iniziativa a seconda che l'azione al PM sia concessa in via concorrente, sussidiaria od esclusiva²⁷.

L'azione risulta in tal caso concessa al PM (o anche al PM) perché con riguardo alla fattispecie considerata esiste un interesse pubblico alla tutela di situazioni soggettive private, di singoli o di categorie. In questi casi, è interesse dello Stato sottrarre all'assoluta disponibilità delle parti le decisioni circa l'osservanza di talune disposizioni e quindi, risalendo agli interessi tutelati da quelle norme che si vuole siano comunque rispettate, si può capire quali siano gli interessi che l'ordinamento intende comunque realizzare e per i quali esiste un in-

(26) Sul punto cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 370 (testo e note); per la configurazione del potere di azione del PM come sostituzione processuale sebbene "ufficiosa" cfr. E.T. LIEBMANN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2002, p. 127 s.

(27) Cfr. S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 90 s. Gli autori distinguono i casi di azione civile del PM in due gruppi: nel primo rientrerebbero le ipotesi in cui la legittimazione ad agire al PM è concessa per ottenere un provvedimento favorevole ad un determinato soggetto; nel secondo vi sarebbero invece i casi in cui l'interesse pubblico coinvolto nella fattispecie verrebbe a limitare la libertà negoziale e l'autonomia privata con la conseguenza che l'azione del PM avrebbe gli stessi effetti di un provvedimento disposto *ex officio* dal giudice. Nel senso che il potere di azione del PM nel processo civile possa essere concesso a tale organo in via concorrente, sussidiaria od esclusiva rispetto ad analogo potere concesso ai privati cfr. V. VIGORITI, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 296 ss., *ivi* a p. 306. Questi rilievi sul rapporto tra l'azione del PM e i poteri concessi ai privati per la tutela degli stessi interessi trovano conferma nell'esame dei casi di legittimazione del pubblico ministero nel processo civile. Tra questi si segnalano ad esempio le questioni in materia di stato e capacità delle persone, come l'opposizione al matrimonio (art. 102 c.c.), la sua impugnazione (artt. 117, 119 c.c.), l'istanza di interdizione o di inabilitazione (art. 417 c.c.) ed in ciascuno di essi, indipendentemente dalla circostanza che sia o no concessa analoga azione a talune delle parti private interessate, è del tutto evidente che l'iniziativa del PM realizza l'interesse pubblico attraverso la tutela di uno o più soggetti privati (il minore, l'interdetto, il coniuge, i parenti).

teresse pubblico che ne giustifichi l'affidamento (anche) ad un soggetto diverso dal titolare.

Pertanto, non sempre e non necessariamente l'interesse sostanziale che specificamente ed immediatamente si avvantaggia dell'iniziativa del PM attore nel processo civile ha natura pubblicistica, ben potendo appartenere a soggetti privati, e verosimilmente in questa prospettiva poteva e può tuttora essere spiegato il suo ruolo nel procedimento *ex art.* 2409 c.c. in cui, a seguito della riforma, sopravvive limitatamente all'ambito delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Del resto, che gli illeciti idonei a ledere interessi esterni a quelli della compagine sociale potessero dirsi estranei al controllo giudiziario *ex art.* 2409 c.c. si rendeva evidente, già nel vigore della vecchia disciplina, dall'esame delle caratteristiche di struttura del procedimento nonché dei poteri concessi in quella sede all'autorità giudiziaria.

La procedura in esame, infatti, non necessariamente è destinata a concludersi con la rimozione d'imperio delle irregolarità accertate.

In particolare, nei casi di cui al comma 4 dell'art. 2409 c.c., al di fuori, cioè, dei casi "più gravi", il Tribunale, anche in esito ad un'ispezione che abbia riscontrato l'effettiva sussistenza delle irregolarità denunciate, può solo disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. La convocazione dell'assemblea, secondo l'interpretazione prevalente in dottrina e giurisprudenza, conclude il procedimento senza possibilità di ulteriore autonomo monitoraggio da parte dell'autorità giudiziaria sull'adozione di decisioni effettivamente in grado di eliminare le irregolarità o di confermare e consolidare il ripristino della corretta gestione sociale che sia stato anticipato a mezzo dei provvedimenti provvisori adottati dal giudice ²⁸.

In tali casi, data la possibile adesione dei soci di controllo agli illeciti degli amministratori, si può facilmente ipotizzare che l'assemblea così convocata non adotti una decisione realmente orientata al-

(28) Cfr. App. Milano, 22 marzo 1963, in questa *Rivista*, 1964, p. 219 ss., con nota conforme di D. CORAPI, *In tema di denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.*; Trib. Terni, 16 maggio 1955, in *Dir. fall.*, 1955, II, p. 383 ss. Per la definitività del provvedimento di convocazione dell'assemblea con la conseguenza che essa "va reputata al di fuori del procedimento di controllo, per cui potrà essere presa qualsiasi deliberazione anche se in contrasto o praticamente incompatibile con l'emergenza degli accertamenti compiuti mediante il procedimento *ex art.* 2409" cfr. G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit. p. 237 s.

l'effettivo ripristino di una corretta gestione e nessun soggetto terzo, nè tantomeno un organo pubblico, avrebbero a disposizione alcun mezzo per ottenere un diverso risultato. Addirittura, se l'assemblea volesse confermare l'operato illecito degli amministratori, e disattendere i rimedi proposti dal Tribunale, potrebbe limitarsi a non adottare alcuna deliberazione "conseguente"²⁹.

Se così è, risulta difficile ritenere che il sistema, almeno al di fuori dei "casi più gravi", abbia potuto affidare ad una procedura il cui esito finale è comunque rimesso a decisioni private, la tutela di interessi di natura pubblicistica o riferibili a soggetti comunque estranei alla compagine sociale, dal momento che a decidere in via definitiva sui comportamenti denunciati è soltanto l'assemblea dei soci³⁰. Inte-

(29) Il procedimento in tal caso si concluderà verosimilmente con una delibera a contenuto negativo (cioè una non approvazione) per la quale difficilmente potrebbe essere promosso un giudizio di invalidità. Negano la possibilità di impugnare delibere di rigetto in caso di conflitto d'interessi Trib. Palermo, 18 maggio 2001, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 835 ss., con nota conforme di M. C. CORRADI, *Conflitto d'interessi, azione sociale di responsabilità e impugnazione di deliberazioni negative*, ivi a p. 840 ss.; E. RICCI ARMANI, *Le delibere di rigetto adottate dalla maggioranza assembleare in conflitto d'interessi*, in questa *Rivista*, 1997, I, p. 81 ss.; a favore della possibilità di impugnativa v. invece D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto d'interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, dir. da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1993, vol. 3°, tomo II, p. 3 ss., ivi a p. 122 ss., secondo il quale una tutela effettiva alle minoranze immuni da conflitto d'interessi potrebbe essere garantita solo consentendo all'impugnante di richiedere al giudice una pronuncia di accertamento dell'avvenuta approvazione di una delibera di segno opposto, adottata con i voti della minoranza. Analogamente, con riguardo alla decisione dei soci riuniti nell'assemblea convocata a seguito dell'ispezione ex art. 2409 c.c. v. R. MISITI, *La convocazione dell'assemblea ex art. 2409 c.c.*, in *Relazione al "II Incontro"*, cit., p. 59 ss. che, di fronte all'inerzia dell'assemblea nel provvedere all'eliminazione delle irregolarità accertate, ritiene possibile configurare una delibera implicita di conferma dell'operato degli amministratori, impugnabile dai soci per abuso di potere della maggioranza. Questa prospettazione, al di là di qualche perplessità sul piano ricostruttivo, non consentirebbe tuttavia alcuna tutela ai soggetti terzi, trattandosi di un vizio di mera annullabilità.

(30) Questa conclusione appare ancor più evidente se si confronta il procedimento in esame con quelle procedure di controllo sulle gravi irregolarità previste per le imprese bancarie ed assicurative dai rispettivi ordinamenti di settore e condotte sotto la direzione delle autorità di vigilanza competenti. L'autorità di vigilanza ha, in tali procedure, poteri di intervento assai più incisivi e può arrivare ad imporre (o disporre), nei casi più gravi, la liquidazione dell'impresa. Tali poteri trovano verosimilmente giustificazione proprio nella circostanza che le procedure in esame sono specificamente destinate ad assicurare la tutela diretta di interessi pubblici qualificati, in settori in cui le irregolarità gestionali delle imprese che vi operano possono mettere a rischio l'intero sistema economico. Per il diverso impatto che le procedure ammini-

ressi diversi, come l'interesse pubblico o di soggetti terzi, compresi i creditori sociali, non potrebbero in tal caso trovare tutela nemmeno sul piano dell'informazione, dal momento che, nonostante l'assoggettamento della società al controllo giudiziario abbia pur sempre una qualche risonanza esterna e segnali al pubblico una situazione di sospetta illegalità, formalmente i risultati dell'ispezione non sono destinati ad essere acquisiti da soggetti diversi dai soci ³¹.

Lo stesso PM, sebbene obbligatoriamente presente nel procedimento, non deve certo servirsi dell'ispezione allo scopo di raccogliere prove idonee all'esercizio dell'azione penale, poiché a tal fine esso è dotato di diversi ad autonomi poteri inquisitori.

Non solo, ma la rimessione di ogni decisione all'assemblea dimostra che l'interesse protetto appartiene alla collettività dei soci nel suo complesso, con esclusione quindi di interessi pertinenti non solo a soggetti terzi, ma anche agli stessi soci *uti singuli*.

Questo interesse è stato affidato all'iniziativa delle minoranze, ma anche al potere di denuncia del PM già nel vigore della vecchia disciplina e, in quella attuale, limitatamente alle società aperte al mercato, come la stessa relazione accompagnatoria al d.lgs. 6/2003 pare confermare quando spiega che la legittimazione è stata riconosciuta al PM soltanto nelle società che fanno appello al mercato del capitale di rischio perché in tale modello "il notevole numero dei soci può giustificare un'iniziativa di tale organo pubblico" e, si può aggiungere, l'interesse dei soci attuali si identifica in gran parte con l'interesse degli investitori e quindi del pubblico risparmio.

Sembra quindi che la valenza pubblicistica del procedimento emerga non tanto sul piano sostanziale, con l'effetto di comprendere tra le irregolarità rilevanti le violazioni di norme poste a tutela dell'interesse pubblico, quanto sul fronte processuale, mediante la previsione di misure di eterotutela di un interesse privato, appartenente ai soci, che lo Stato intende garantire pur nell'inerzia dei suoi titolari.

strative di controllo sulle gravi irregolarità previste dall'ordinamento bancario e assicurativo hanno sulla vita dell'ente, cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario*, cit. p. 109 ss.

(31) Cfr. in questo senso App. Milano, 24 maggio 1996 (decr.), in *Società*, 1996, p. 1161 ss., *ivi* a p. 1163, secondo la quale "non è prevista alcuna pubblicità finale della relazione ispettiva a vantaggio di terzi". Ne deriva che i creditori e i terzi in genere potrebbero tutt'al più conoscere l'esistenza di un provvedimento che ordina l'ispezione, laddove si dovesse ritenere applicabile ad esso l'art. 103 disp. att. c.c., ma non certo le risultanze dell'attività ispettiva.

Ed in effetti tutto il procedimento *ex art.* 2409 c.c. si presenta come un *mix* di misure di autotutela e di eterotutela di interessi privati, quest'ultima in tempi recenti ulteriormente articolata mediante l'attribuzione del potere di denuncia anche all'organo di controllo e, nelle società quotate, alla Consob per le irregolarità ascrivibili all'organo di controllo stesso³². Nell'ambito della stessa procedura le misure di eterotutela sono inoltre diversamente dosate in funzione della "gravità" delle irregolarità accertate, consentendo al Tribunale, "nei casi più gravi", di disporre direttamente la revoca degli amministratori (ed eventualmente dei componenti dell'organo di controllo) e la nomina di un amministratore giudiziario.

In definitiva si può ritenere che gli specifici poteri concessi al PM e alla stessa autorità giudiziaria in materia di controllo sulla gestione delle società dall'art. 2409 c.c. possano oggi essere legittimamente concepiti in termini di tutela ufficiosa degli interessi dei soci, essendo ormai venuti meno i condizionamenti derivanti da quei principi e da quella impostazione di sistema che in passato ne avevano giustificato una spiegazione incentrata sulla tutela di interessi esterni e generali.

6. *La nuova formulazione della norma nella recente riforma del diritto societario.* Se già nel vigore della vecchia disciplina le caratteristiche della procedura e dei poteri concessi al Tribunale giustificavano una conclusione che limitava ai soci il beneficio della tutela offerta, restava il problema di individuare la natura e le caratteristiche del loro interesse comune rilevante in quella sede.

(32) Quanto alla legittimazione della Consob alla denuncia *ex art.* 2409 c.c. prevista dall'art. 152 TUF, è da escludere che essa segnali un'espansione delle finalità pubblicistiche della procedura nelle società quotate (come invece sostenuto da C. RABITI BEOGNI, *Il Testo Unico dell'Intermediazione finanziaria. Commentario al d.lgs. 24 febbraio 1998*, n. 58, Milano, 1998, p. 808 e da F. CAMILLETI, *La disciplina della denuncia al Tribunale secondo il Testo unico dell'intermediazione finanziaria*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1419 ss., *ivi* a p. 1421). Indubbiamente il compito di "tutela degli investitori" che l'art. 91 TUF affida alla Consob ha valenza pubblicistica, ma tale interesse è tutelato in via mediata, giacché il potere di iniziativa della Consob, limitato alla denuncia delle irregolarità perpetrate dall'organo di controllo interno, ha come finalità immediata la tutela del corretto funzionamento del sistema di *governance* della società nello specifico considerata (sul punto mi sia consentito rinviare a S. ROSSI, *Il controllo giudiziario ai sensi dell'art. 2409 cod. civ. nelle società di capitali*, Milano, 2002, ed. provv., p. 195 ss.); *contra*, peraltro, anche successivamente alla riforma del 2003, M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1212 ss., *ivi* a p. 1217, sulla base peraltro di un'interpretazione dell'art. 152 TUF che ritiene legittimata la Consob a denunciare anche le irregolarità compiute dagli amministratori.

La recente riforma del diritto societario, con la parziale riformulazione della norma, pare offrire nuovi contributi testuali alla soluzione del problema poiché provvede ad una più puntuale definizione dei presupposti di attivazione del procedimento, ora indicati nelle gravi irregolarità compiute dagli amministratori “in violazione dei loro doveri” e “nella gestione della società” “che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate”.

Il richiamo esplicito alla potenzialità lesiva delle irregolarità accertate appare, a prima vista, il più qualificante. Non si tratta, tuttavia, di una novità assoluta poiché già in passato la giurisprudenza aveva più volte considerato l'idoneità ad arrecare danno alla società un requisito implicito nella nozione di grave irregolarità, il cui accertamento risultava necessario e dirimente per potersi affermare la rilevanza delle irregolarità denunciate, con ciò portando alle dovute conseguenze una soluzione interpretativa che già alcune caratteristiche della disciplina, come osservato, parevano suggerire³³.

L'emersione dei nuovi dati testuali inoltre, chiarisce solo in parte i connotati funzionali del procedimento. Consente, infatti, con sicurezza, soltanto di ritenere estranee al novero delle irregolarità denun-

(33) Tale orientamento della giurisprudenza precedente alla riforma del 2003 è ricordato da molti commentatori; cfr., tra gli altri F. MAINETTI, *Commento all'art. 2409 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, dir. da G. Cottino, Bologna, 2004, p. 926 ss. *ivi* a p. 937. La giurisprudenza ha sottolineato spesso come il procedimento *ex art. 2409 c.c.* sia finalizzato alla prevenzione anche dei danni futuri, intendendo questi ultimi in senso ampio, non solo quindi con riferimento allo specifico pregiudizio che potrebbe derivare dalla irregolarità denunciata, quanto alle situazioni di irregolarità e di pregiudizio futuri che nelle violazioni denunciate possano trovare la propria genesi. In questo senso cfr. App. Brescia, 22 febbraio 1991, cit. Cfr. anche Trib. Napoli, 2 novembre 1993, cit.; Trib. Vicenza, 22 aprile 1983 (decr.), in *Società*, 1983, p. 1399 ss. che ritiene il procedimento preordinato a scongiurare che in futuro possa prodursi un danno “ulteriore”; considerano rilevante il possibile verificarsi di danni futuri Trib. Milano, 21 dicembre 1988 (decr.), in *Società*, 1989, p. 610 ss.; Trib. Milano, 21 dicembre 1987 (decr.), in *Società*, 1988, p. 410 ss. Più recentemente cfr. Trib. Venezia, 30 novembre 2001, in *Società*, 2002, p. 346 ss. Sulla necessità che il giudice accerti la potenziale dannosità delle irregolarità denunciate, pur non essendo richiesto l'accertamento di un danno già verificatosi, cfr., ancora nel vigore della vecchia disciplina, R. RORDORF, *L'irregolare amministrazione della società*, cit., p. 1202. A sostegno di questa conclusione l'autore sottolinea che il potere del giudice di disporre gli opportuni provvedimenti cautelari come previsto dalla disciplina non avrebbe senso di fronte a situazioni di per sé inidonee a produrre un danno. Precisa inoltre che esulerebbe addirittura il carattere della gravità in caso di irregolarità che non siano in grado di mettere realmente in pericolo gli interessi protetti dalla disciplina. In senso analogo v. G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 601.

ciabili quelle violazioni idonee a recare danno in via esclusiva a soggetti terzi o ad interessi di carattere generale, così come verosimilmente espunge dalle finalità dell'istituto la protezione dell'interesse dei soci individualmente considerati. Per il resto, apre una serie di interrogativi sulla ricostruzione della nozione di danno alla società e di selezione delle irregolarità rilevanti nell'ambito delle attività compiute dagli amministratori nell'adempimento dei loro doveri.

Il richiamo al danno per la società evoca, infatti, in primo luogo una lesione di tipo patrimoniale, segnatamente la lesione che possa essere procurata al patrimonio della società, in termini di danno emergente e di lucro cessante³⁴, ma una conclusione che escluda altri profili di tutela non è scontata se solo si consideri che la nozione di danno, in assenza di una esplicita qualificazione, può essere riferita tanto alla lesione di beni, quanto alla lesione di interessi³⁵. In quest'ultima accezione il danno alla società dovrebbe essere individuato nel danno all'interesse sociale, in analogia a quanto già sostenuto da una parte della dottrina nell'interpretazione dell'art. 2373 c.c. e del requisito del danno potenziale alla società quale elemento determinante per l'applicazione della disciplina del conflitto d'interessi del socio³⁶.

(34) Per la tesi che ritiene rilevante nella procedura *ex art.* 2409 c.c. solo il pregiudizio che possa essere procurato al patrimonio sociale, v. tra gli altri, S. DE VITIS, *Commento all'art. 2409 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 606 ss.; F. ACCETTELLA, *Il "nuovo" controllo giudiziario: presupposti oggettivi ed interessi tutelati*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 955 ss., *ivi* a p. 958.

(35) Cfr. sul punto S. PATTI, voce "Danno patrimoniale", in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2002, p. 90 ss, *ivi* a p. 97. Considera il requisito del danno potenziale di cui all'art. 2409 c.c. suscettibile di interpretazioni estensive e riferibili altresì alla lesione di interessi G.C.M. RIVOLTA, *Il controllo giudiziario sulla gestione nel nuovo diritto delle società*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 749 ss., *ivi* a p. 751. In senso analogo pare che C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1104, *ivi* a p. 1143. Con riferimento al danno di cui all'art. 2409 c.c., E. DALMOTTO, *Commento all'art. 2409*, in *AA.VV.*, *Il nuovo processo societario*, dir. da S. Chiarloni, Bologna, 2004, p. 1209 ss., *ivi* a p. 1236, ritiene invece possibile configurare una sorta di danno *in re ipsa*, ove si dimostri che le violazioni accertate abbiano provocato "un possibile turbamento dell'ordinato funzionamento, secondo le norme di legge e di statuto, dei meccanismi di gestione, la cui compromissione rappresenterebbe, per definizione, un danno, di carattere non necessariamente patrimoniale, per la società". Per l'irrilevanza del requisito del danno potenziale al fine di determinare la natura degli interessi protetti dalla procedura cfr. G. DOMENICHINI *Commento all'art. 2409, c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 779 ss., *ivi* a p. 784 ss.

(36) Cfr. sul punto D. PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., p. 132 ss. che identifica tale danno "non solo col danno al patrimonio sociale, ma anche con tutti i possibili

Se si accogliesse questa prospettazione, la selezione delle irregolarità rilevanti andrebbe operata alla luce della nozione di interesse sociale che si ritenga di adottare. E sul punto, come è noto, il dibattito è tuttora aperto.

Da un lato, infatti, l'approccio tradizionalmente definito contrattualista, nelle sue versioni più recenti ed evolute, individua l'interesse sociale, e pertanto l'obiettivo affidato agli amministratori, nella massimizzazione del valore (economico) per l'azionista, ma si assiste altresì alla diffusione, in tempi più recenti, di nuove teorie, definite talora neo-istituzionaliste, e spesso legate ad istanze di responsabilità sociale dell'impresa, che considerano l'impresa un *team* di cooperatori e che postulano la necessità che i suoi *manager* gestiscano la società nella prospettiva c.d. *multistakeholder*, capace di bilanciare il vantaggio per i suoi proprietari con quello di tutti coloro che apportino il proprio contributo all'iniziativa imprenditoriale e ne garantiscano il successo (lavoratori, fornitori, comunità locale ecc.). In una simile prospettiva la tutela di interessi di terzi o generali potrebbe riemergere nella nozione di interesse sociale e in quanto tale tornare, secondo una nuova e diversa modalità, ad impegnare le funzioni del diritto societario e di alcuni suoi istituti, risultando addirittura coerente con l'impostazione contrattualistica laddove la si reputi funzionale al perseguimento del valore *a lungo termine* per l'azionista³⁷.

Non solo, ma nella stessa concezione contrattualistica, l'interesse sociale è stato talora inquadrato in un fascio di interessi appartenenti ai soci in quanto tali e riferibile sia ad elementi di tipo patrimoniale (interesse alla percezione degli utili, alla valorizzazione della partecipazione), sia ad elementi di natura amministrativa (interesse all'esercizio del potere di influenzare le decisioni sociali e alla sua conservazione, interesse al controllo sulla gestione e interesse al mantenimento del grado di rischio inizialmente assunto)³⁸.

danni che colpiscono gli interessi dei soci in quanto tali e che che possano essere risarciti con un pagamento alla società" (*ivi* a p. 134).

(37) Simili concezioni dell'interesse sociale, sebbene attualmente oggetto di grande attenzione, non mancano di sollevare notevoli e complessi problemi di compatibilità con l'attuale disciplina dei doveri degli amministratori vigente nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei. Per l'osservazione e il vaglio di queste tematiche v., tra gli altri, F. DENOZZA, *L'interesse della società e la responsabilità sociale dell'impresa*, in *Bancaria*, 2005, p. 18 ss.; S. ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 23 ss., *ivi* a p. 27 ss.

(38) Così D. PREITE, *Abuso di maggioranza*, cit., p. 3 ss.

L'area delle irregolarità denunciabili si presenta pertanto sensibile alle opzioni interpretative sul tema generale dell'interesse sociale e lo scenario si complica ulteriormente considerando che ai fini dell'applicazione della procedura rileva anche il danno meramente potenziale, con ciò ponendosi il problema di individuare il limite della prevedibile concatenazione causale di eventi al fine di stabilire se i fatti denunciati possano annoverarsi tra le possibili cause efficienti del danno.

Nemmeno l'ulteriore riferimento testuale che richiede la pertinenza delle irregolarità denunciate agli atti compiuti dagli amministratori "nella gestione" della società mostra un'immediata capacità selettiva. Il tenore letterale dell'inciso, infatti, non necessariamente impone di circoscrivere i fatti denunciabili agli atti di gestione in senso stretto, potendo legittimamente includere anche atti organizzativi compiuti nel complesso dell'attività gestoria e ad essa funzionali che siano in grado di recare danno all'interesse della società o di sue controllate³⁹. Si è del resto giustamente sconsigliato di sopravvalutare tali modifiche letterali poiché non è da escludere che esse siano dovute alla necessità di armonizzare il testo della disciplina con altre innovazioni pure introdotte dalla riforma, in particolare con la previsione di una pluralità di sistemi di amministrazione e controllo, ciò che potrebbe aver reso preferibile adottare un'espressione di sintesi in luogo della vecchia formula basata sull'esclusivo riferimento alle "gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori"⁴⁰.

In conclusione, non sembra che le modifiche apportate al testo dell'art. 2409 c.c. dalla riforma del 2003 siano in grado di fornire un contributo decisivo per chiarire la *ratio* della disciplina, né sono di per sé risolutive dei principali problemi interpretativi che la norma ha storicamente posto, tra cui, *in primis*, il problema di individuare nello specifico i presupposti di attivazione della procedura anche in relazione alle diverse possibili misure che il Tribunale può adottare in funzione della maggiore o minore gravità del caso⁴¹.

(39) Sul punto cfr. G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 144, s., il quale correttamente osserva come il significato del termine gestione possa legittimamente riferirsi anche al rapporto tra amministratori e soci laddove "intrattenere il rapporto con i soci e predisporre il progetto di bilancio significa 'gestire' il più importante rapporto finanziario della società, quello con il capitale di rischio".

(40) Cfr. E. DALMOTTO, *Commento all'art. 2409*, cit., p. 1232.

(41) L'opinione che ritiene le modifiche introdotte dalla riforma del diritto societario all'art. 2409 c.c. scarsamente innovative rispetto a quanto poteva già essere affermato in via interpretativa ha una certa diffusione presso gli interpreti. Si veda, tra

Non resta che tornare a soffermarsi sulle caratteristiche di struttura del procedimento, così come sul contenuto e sui limiti dei poteri riconosciuti all'autorità giudiziaria in questa sede, pertanto su quella parte della disciplina che ha subito in minor misura l'intervento riformatore, ma che pare tuttora offrire alcuni spunti utili alla ricostruzione delle funzioni dell'istituto.

7. *La struttura del procedimento e i suoi obiettivi.* Se si osserva la struttura del procedimento, si può notare come esso si componga in realtà di due moduli distinti, con caratteristiche parzialmente diverse, sia con riguardo ai rispettivi presupposti (le "gravi irregolarità" e i "casi più gravi"), sia quanto agli specifici provvedimenti adottabili: l'ispezione della società e gli eventuali provvedimenti provvisori nel primo caso, la revoca degli amministratori (ed eventualmente dei sindaci), con la nomina dell'amministratore giudiziario, nel secondo. Tra questi provvedimenti sarà il Tribunale a scegliere in funzione della migliore tutela dell'interesse protetto, senza subire il condizionamento delle specifiche richieste dei denunciati poiché, in un procedimento di volontaria giurisdizione come quello *ex art.* 2409 c.c., il principio della domanda e, soprattutto, il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato risultano di dubbia applicazione⁴².

Ciò non di meno va verificato se le stesse norme che regolano il procedimento *ex art.* 2409 c.c. non pongano qualche limite o qualche vincolo alla libertà del giudice nella selezione delle misure da adottare.

gli altri, ad es. L. NAZZICONE, *La denuncia al Tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409: le novità della riforma societaria*, in *Società*, 2003, p.1078 ss. Per N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, p. 25 ss., nonostante il richiamo al danno potenziale non risulti particolarmente innovativo, la modifica testuale avrebbe pur sempre l'effetto di restringere l'ambito delle irregolarità denunciabili a quelle potenzialmente dannose, con esclusione delle irregolarità, che pure integrando una violazione dei doveri degli amministratori, risultino innocue per l'interesse sociale. La pertinenza del danno all'interesse sociale porterebbe inoltre a negare rilievo a quelle irregolarità degli amministratori che, pur dannose per la società, siano state approvate dai soci all'unanimità.

(42) In tal senso cfr. F. DI SABATO, *Provvedimenti cautelari*, cit., p. 43; A. MARCINKIEWICZ - A. PATELLI, *Il controllo giudiziario delle società di capitali*, Milano, 1989, p. 213 ss., ed i riferimenti di dottrina e giurisprudenza segnalati dagli autori. Più recentemente esclude l'operatività del principio della domanda nel procedimento *ex art.* 2409 c.c. Trib. Como, 30 ottobre 1998, in *Giur.it.* 1999, p. 1890 ss. La natura officiosa del procedimento, generalmente affermata in dottrina e in giurisprudenza, non pare peraltro incidere sulla rinunciabilità del ricorso, ampiamente ammessa dagli interpreti (sul punto cfr. i riferimenti contenuti in G. DESIDERIO, *Rassegna di diritto societario - Collegio sindacale e controllo giudiziario*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 954 ss., ivi a p. 990).

Ed in effetti, a prima vista la disciplina sembra orientata a modulare i poteri di intervento giudiziale in funzione del diverso grado di illiceità delle violazioni riscontrate. È tuttavia evidente come un simile criterio di selezione, basato su una generica valutazione di gravità dei fatti, rischi di risultare del tutto inadeguato ad una spiegazione efficace e razionale della disciplina e capace di produrre decisioni connotate da una discrezionalità eccessiva ed incompatibile con le minime esigenze di certezza del diritto. Ne sono conferma gli esiti assai discutibili e talora arbitrari delle pronunce giurisprudenziali che ne hanno fatto, in passato, applicazione.

C'è invece da chiedersi se proprio la conformazione della procedura, considerando in particolare l'assetto e la tipologia dei rimedi ivi previsti, non possa suggerire un diverso criterio di selezione, su base qualitativa, delle irregolarità rilevanti e della loro idoneità a condurre all'uno o all'altro dei diversi esiti previsti dalla disciplina⁴³.

Inoltre, se si accoglie l'impostazione che limita alla tutela dell'interesse sociale l'obbiettivo affidato al procedimento, la sua funzione va ricercata nel confronto e nella combinazione con le altre misure che l'ordinamento pure predispone a protezione di quello stesso interesse, con le quali la tutela di cui all'art. 2409 c.c. va necessariamente coordinata.

Una riflessione di questo tipo è stata in verità già condotta in passato da dottrina e giurisprudenza allo scopo di accertare se il procedimento avesse natura autonoma o residuale rispetto agli altri strumenti di controllo sull'operato degli amministratori contemplati dal diritto delle società⁴⁴.

Le valutazioni sul punto sono state tuttavia molto spesso influenzate sia dalla ritenuta compresenza di interessi pubblicistici tra quelli presidiati dal procedimento, che portava a sostenerne l'autonomia rispetto ai rimedi di autotutela degli interessi dei soci⁴⁵, sia dall'ampiezza

(43) Sull'opportunità di un'interpretazione che tenti di ricostruire la fattispecie sulla base dell'esame della disciplina, ed in particolare traendo spunto dall'apparato sanzionatorio ivi previsto, cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le "gravi irregolarità"*, cit., p. 4, ss.

(44) Cfr. sul punto R. RORDORF, *L'irregolare amministrazione della società*, cit., p. 1204 ss. V. CERAMI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 54; in giurisprudenza, tra le altre, Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it.* 2000, c. 2103 ss.; Trib. Milano, 15 ottobre 1985, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 459 ss.; App. Bologna, 16 ottobre 1975, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 751 ss.; App. Lecce, 10 luglio 1974, in *Giur. comm.* 1976, II, p. 415 ss.

(45) Cfr., tra le tante, App. Venezia, 10 ottobre 1995 (decr.), in *Società*, 1996, p. 179 ss.

za dei poteri d'intervento concessi al Tribunale nella gestione della società, che viceversa ne consigliava un'applicazione genericamente prudente in presenza di altre specifiche misure di controllo sull'operato degli amministratori che risultassero comunque disponibili. Quest'ultimo accertamento veniva inoltre condotto secondo un criterio piuttosto formale, escludendo la procedibilità del ricorso ogni volta che gli illeciti denunciati si prestassero in astratto ad essere contestati in altra sede⁴⁶, ad esempio attraverso la denuncia al collegio sindacale *ex art. 2408 c.c.*, l'azione di responsabilità contro gli amministratori (in passato peraltro subordinata sempre all'approvazione della maggioranza) ove il fatto si fosse già verificato e il danno già prodotto, o attraverso le azioni di impugnativa, ove i fatti denunciati si collegassero comunque ad attività assembleari (come per la violazione degli obblighi di informazione preassembleare, di informazione contabile, o in generale degli obblighi attinenti all'organizzazione delle assemblee)⁴⁷.

L'analisi sui profili funzionali del procedimento così come emergono dalla sua specifica disciplina pare tuttavia più complessa. Ad esempio, i modi e i tempi dell'intervento giudiziale di tipo preventivo e cautelare sono variamente dosati dalla disciplina che autorizza il giudice ad adottare misure diverse a seconda della "gravità" dei fatti accertati. Non solo, ma per le violazioni che esulino dai "casi più gravi", la norma sembra soltanto facultizzare il Tribunale ad emanare i provvedimenti provvisori che si rivelino opportuni, ciò che fa ipotizzare una possibile applicazione del procedimento, almeno nel suo modulo per così dire "di base" (che si esaurisce nell'ispezione e nella successiva convocazione dell'assemblea) anche nei casi in cui non vi sia una specifica esigenza di una tutela di tipo cautelare, e cioè quando si tratti di violazioni già compiute e che abbiano già esaurito i loro effetti.

Se così fosse andrebbe verificato se, accanto alla tutela di tipo preventivo e cautelare, il procedimento di controllo giudiziario non risulti idoneo ad offrire un contributo diverso ed ulteriore alla protezione dell'interesse sociale.

(46) Cfr., ad es., S. TAURINI, Commento a Trib. Milano, 21 dicembre 1987, in *Società*, 1988, p. 413 ss.

(47) Sul punto cfr. Trib. Mantova, 6 febbraio 1997 (decr.), in *Giur. comm.*, 1889, II, p. 653, ss. con nota di D. PORRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di applicazione dell'art. 2409 c.c.*, ove v. gli ampi riferimenti bibliografici sul tema. In senso contrario v. tuttavia Trib. Milano, 21 dicembre 1987 (decr.), in *Società*, 1988, p. 410 ss. Più recentemente v. G. DOMENICHINI *Commento all'art. 2409, c.c.*, cit., p. 784 ss.

8. *L'ispezione della società e la funzione informativa del procedimento.* Si è molto spesso osservato come il procedimento di controllo giudiziario, nonostante l'ampiezza dei poteri di intervento riconosciuti al Tribunale, garantisca un recupero della legalità alquanto precario poiché la procedura ha comunque una durata limitata.

Ed in effetti, quand'anche sia stato nominato un amministratore giudiziario, e a maggior ragione nel caso in cui il Tribunale si sia limitato a disporre l'ispezione emanando gli opportuni provvedimenti provvisori, il procedimento si conclude con la convocazione dell'assemblea e con la rimessione ai soci (di maggioranza) di ogni decisione. Ne deriva che la gestione della società potrebbe essere facilmente ricondotta all'illegalità nel caso (frequente) di collusione tra soci di controllo ed amministratori.

Non si potrebbero tuttavia immaginare poteri diversi per l'autorità giudiziaria, a meno di abilitarla a disporre la cessazione (e conseguente liquidazione) di attività economiche private solo per aver riscontrato illegittimità gestionali potenzialmente dannose per i soggetti che vi partecipano, ma simili poteri sono normalmente riservati dall'ordinamento soltanto alle autorità preposte al controllo di quelle attività economiche che vedono implicati interessi pubblici qualificati.

Nel diritto comune dell'impresa, invece, l'eterotutela degli interessi privati coinvolti opera in limiti più circoscritti, normalmente in funzione complementare rispetto ai rimedi di autotutela, e solo tenendo conto di questo rapporto pare possibile individuare i rispettivi ruoli delle diverse tecniche di protezione degli stessi interessi⁴⁸.

In questa prospettiva si può osservare come la procedura offra ai soci, in particolare ai soci di minoranza, un contributo non trascurabile sul piano della conoscenza, raccogliendo, attraverso l'attività ispettiva, quelle informazioni sui fatti di gestione sospettati di essere irregolari che i soci estranei al controllo difficilmente potrebbero procurarsi autonomamente. E si tratta di un risultato che, per sua natura, è destinato ad essere definitivamente acquisito dai suoi beneficiari, essendo intrinsecamente insuscettibile di essere vanificato da even-

(48) Sulla compresenza di rimedi di autotutela e di eterotutela delle minoranze nel diritto delle società e sul loro rapporto di complementarità e non già di reciproca esclusione cfr. R. RORDORF, *Le minoranze azionarie tra autotutela ed eterotutela*, in *Società*, 2002, p. 286 ss. L'A. sottolinea altresì come le misure di eterotutela non necessariamente si giustifichino con la presenza di norme imperative, ma possano operare anche in collegamento con forme di autoregolamentazione e con la stessa autonomia statutaria.

tuali iniziative di contrasto che i soci di maggioranza volessero adottare⁴⁹.

Questo contributo è tanto più importante ove il sistema conceda alle minoranze specifici poteri di autotutela che possano essere più efficacemente esercitati ove ci si possa giovare dei riscontri effettuati dalle indagini ordinate dal Tribunale.

Si evidenzia così un'autonoma e specifica funzione di tipo informativo del procedimento di controllo giudiziario che da un lato rimanda al passato, evocando temi e proposte emersi durante i lavori preparatori del codice civile e dello stesso codice di commercio, dall'altro si sintonizza con le più recenti istanze di implementazione del diritto dell'impresa.

La valorizzazione della funzione informativa della procedura pare infatti coerente con le indicazioni contenute nelle proposte elaborate dall'*High Level Group of Company Law Experts* nominato dalla Commissione Europea per elaborare le linee guida di modernizzazione del diritto societario, che, nel documento di consultazione presentato a conclusione dei lavori, raccomanda di introdurre ed incentivare "*special investigation procedures*", idonee a consentire ai soci di acquisire, tramite l'intervento dell'autorità giudiziaria, le informazioni necessarie per l'esercizio dei loro diritti⁵⁰.

Il ricorso all'intervento giudiziario sulla gestione sociale in funzione prevalentemente investigativa, a vantaggio dei soci estranei al controllo, è inoltre già previsto da alcuni ordinamenti stranieri.

Nel diritto francese, ad esempio, l'*expertise de gestion* è essenzialmente uno strumento di informazione che mira alla nomina da parte dell'autorità giudiziaria di uno o più esperti indipendenti, incaricati di redigere una relazione su una o più operazioni di gestione sulle quali i soci abbiano precedentemente formulato una specifica richiesta di informazioni agli amministratori che sia rimasta totalmente o parzialmente insoddisfatta (il codice prevede la possibilità di chiedere l'*exper-*

(49) In questo senso cfr. G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 128 ss.; S. ROSSI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 82 ss. Conforme anche D. CORAPI, *In tema di denuncia al Tribunale*, cit., p. 223. In giurisprudenza cfr. Trib. Trieste, 29 marzo 1995 (decr.), in *Foro it.*, 1995, I, c. 2263 ss.

(50) V. il Rapporto redatto dall'*High Level Group of Company Law Experts* in http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf. La proposta si basa sull'osservazione del dato empirico che segnala come il mancato esercizio di molti dei poteri concessi alle minoranze dai diversi ordinamenti, *in primis* il diritto di voto, derivi molto spesso dalla mancata conoscenza dei profili di criticità o, in alcuni casi, di vera e propria illegalità, dell'agire degli organi sociali.

tise in caso di diniego dell'informazione, di ritardo nella risposta superiore ad un mese o di risposta insoddisfacente). La legittimazione alla richiesta dell'*expertise* è concessa ad associazioni di azionisti o agli azionisti titolari di una partecipazione almeno pari al 5% del capitale sociale, al *comité d'entreprise*, al Pubblico ministero e, nelle società che fanno appello al pubblico risparmio, anche all'*Autorité des marchés financiers* (art., L225-231, *code de commerce*)⁵¹.

Dottrina e giurisprudenza hanno peraltro ritenuto assoggettabili all'*expertise* non solo atti di gestione in senso stretto, ma anche operazioni approvate successivamente dall'assemblea che abbiano tuttavia natura intrinsecamente gestoria, o il cui contenuto sia stato comunque determinato unilateralmente dall'organo amministrativo⁵², con prevalente attenzione alla provenienza sostanziale della decisione piuttosto che alla sua veste formale.

La finalità del procedimento si esaurisce nel reperimento e nella messa a disposizione dei ricorrenti e degli altri legittimati di informazioni relative alle operazioni contestate, restando preclusa all'esperto nominato ogni valutazione sulla loro legalità ed opportunità ed escluso ogni potere in capo al giudice di disporre ulteriori provvedimenti in merito.

L'istituto risulta in sostanza funzionale alla successiva attivazione di specifici rimedi a tutela degli interessi eventualmente pregiudicati dalle irregolarità accertate nel procedimento, tra cui, in particolare, l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori che, nell'ordinamento francese, può essere esercitata anche dai soci individual-

(51) Non si può escludere che la legittimazione del PM e dell'*Autorité des marchés financiers* alla richiesta di *expertise* possa trovare, in tale contesto, una spiegazione in termini di protezione di interessi esterni a quelli della compagine sociale per via della connotazione più marcatamente pubblicistica della concezione dell'interesse sociale diffusa presso gli interpreti nel sistema francese che, nonostante le recenti aperture ad impostazioni di segno contrattualista, tradizionalmente individua nell'interesse dell'impresa l'obbiettivo e la missione dei suoi amministratori. La legittimazione del *comité d'entreprise* pare invece una manifestazione delle funzioni di controllo sull'azione degli amministratori affidate ai rappresentanti dei dipendenti e trova corrispondenza nella presenza di delegati dei lavoratori nel comitato di sorveglianza. Per una ricognizione sulla storia del modello di sviluppo economico del sistema francese e delle sue più recenti evoluzioni cfr. G.M. GROS-PIETRO-E. REVIGLIO-A. TORRISI, *Aspetti proprietari e mercati finanziari europei*, Bologna, 2001, p. 153 ss.

(52) Cfr. Cass. com., 12 janvier 1993, in *Rev. soc.*, 1993, p. 426 ss.; in dottrina D. GIBIRLA, *L'atteinte à l'intérêt social, critère de recevabilité d'une demande d'expertise de gestion*, nota a Cass. com., 10 février 1998, in *Sem. Jur.*, (ed. *entreprise*), 1999, p. 771 ss., *ivi* a p. 773.

mente o da associazioni di azionisti, con la finalità di conservare o reintegrare il patrimonio sociale pregiudicato dagli atti degli amministratori (art. L225-252 *code de commerce*).

Nell'ordinamento tedesco svolge funzione analoga la *sonderprufung*, istituto volto ad ottenere la revisione di operazioni di gestione sospettate di essere gravemente irregolari.

La *sonderprufung* può essere richiesta dall'assemblea degli azionisti, ma la stessa minoranza può chiedere al Tribunale la nomina dei revisori nel caso in cui l'assemblea abbia respinto la richiesta avanzata dalla minoranza stessa⁵³.

Non è prevista la legittimazione di soggetti esterni alla società, pertanto la richiesta di revisione si configura come tipico strumento di tutela delle minoranze e tradizionalmente concepito come funzionale al successivo esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori⁵⁴.

Se si confrontano i caratteri degli istituti di diritto straniero appena richiamati con la disciplina del controllo giudiziario *ex art. 2409*

(53) Sulla *sonderprufung* cfr. F. PERNAZZA, *La denuncia al Tribunale*, cit., p. 100 ss., N. DE LUCA, *Nota sulla recente riforma della sonderprufung nell'ordinamento tedesco delle società per azioni*, Relazione al "II Incontro" sui Rapporti tra volontaria giurisdizione e autonomia privata, cit., p. 123 ss.; G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario, gli altri controlli*, cit., p. 1175 ss. Più recentemente, v. A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008, p. 225 ss.

(54) La finalità essenzialmente istruttoria della *sonderprufung* e il suo legame funzionale con la successiva azione di responsabilità erano già evidenti nella previgente disciplina societaria. Con la riforma introdotta dalla KonTraG questo profilo è stato del tutto istituzionalizzato consentendo al rappresentante speciale nominato per l'esercizio dell'azione di responsabilità di esaminare la contabilità sociale per verificare la possibilità di successo dell'azione, quindi, in sostanza, di operare come revisore in vista della successiva azione di responsabilità. Per questi rilievi cfr. N. DE LUCA, *Note sulla recente riforma*, cit., p. 125. Anche le leggi di alcuni stati americani riconoscono ai soci il diritto di richiedere l'ispezione di documenti sociali ("*State Inspection Statutes*") nei casi in cui vi sia il sospetto di comportamenti degli amministratori che possano pregiudicare il valore della partecipazione sociale (*securities frauds*). La funzione del procedimento è in questo caso esclusivamente informativa, finalizzata alla raccolta di elementi di prova per esercitare successive azioni laddove il ricorrente non disponga di una prova piena degli illeciti sospettati. L'autorità giudiziaria si limita tuttavia ad ordinare alla società di consentire l'ispezione dei "*books and records*" nell'ambito del procedimento laddove la domanda si basi su un sospetto qualificato di irregolarità ("*credible possibility*"), abbia una finalità legittima ("*proper purpose*") e vi sia stata una precedente richiesta di informazioni dai soci agli amministratori rimasta inevasa. Cfr. sul punto R.S. THOMAS – K.J. MARTIN, *Using State Inspection Statutes for Discovery in Federal Securities Fraud Actions*, (77:69) *Boston Univ. Law Rev.*, 1997, p. 69 ss.

c.c. ci si accorge che quest'ultimo presenta con i primi significative affinità poiché anche al suo interno può essere facilmente isolata una specifica funzione informativa operante attraverso un modulo di tutela incentrato sull'attività ispettiva e sulla comunicazione dei suoi risultati all'assemblea e che è dotata di una propria autonomia.

Le disposizioni di cui all'art. 2409 c.c. configurano, infatti, la fase del procedimento finalizzata alla raccolta e trasmissione ai soci delle informazioni sulla gestione, assunte durante l'ispezione, come destinata tipicamente ad esaurire la tutela richiesta in quelle ipotesi di gravi irregolarità che non rientrino tra i casi più gravi⁵⁵.

Per alcune delle irregolarità denunciabili, pertanto, la procedura potrebbe arrestarsi a questo primo risultato e limitarsi a fornire ai soci un contributo di mera conoscenza relativamente agli atti degli amministratori sospettati di illegittimità.

9. *I casi diversi dai casi più gravi.* C'è allora da chiedersi quali siano le ipotesi di gravi irregolarità di fronte alle quali il giudice può legittimamente concludere il procedimento senza adottare i provvedimenti più gravi di revoca e sostituzione degli amministratori.

A tal fine, il collegamento funzionale delle informazioni fornite dal procedimento con le iniziative di autotutela dei soci, osservato nelle omologhe disposizioni presenti nei richiamati ordinamenti stranieri, nonché nelle proposte elaborate sul tema in ambito europeo⁵⁶, porta a ritenere che proprio la disponibilità di rimedi alternativi rimessi al-

(55) Che il procedimento *ex art.* 2409 c.c. sia destinato a svolgere una specifica funzione informativa pare confermato dalla sua eliminazione nella disciplina della s.r.l. operata dalla riforma del 2003. In tale modello, infatti, si può supporre un maggiore contatto dei soci con i gestori tipico delle società a compagine ristretta e a struttura familiare e pertanto una maggiore conoscenza dei fatti di gestione da parte degli stessi soci di minoranza. Sembra quindi coerente con le caratteristiche del modello la sola previsione in capo all'autorità giudiziaria del potere di revocare gli amministratori nell'ambito del giudizio di responsabilità degli amministratori ove siano denunciate gravi irregolarità di gestione.

(56) Sul collegamento funzionale dell'attività ispettiva che si realizza nell'ambito delle "*investigation procedures*" con le azioni di autotutela che i soci possano esercitare basandosi sulle prove raccolte in quella sede, cfr. K. HOPT, *Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron* (2007), in *www.ecgi.org.*, p. 465 ss. Nello stesso senso ed in termini molto espliciti si pronuncia anche il Rapporto del *Forum Europeum Corporate Group Law*, in *European Bus. Org. Law Rev.*, 2000, p. 210 in cui si legge "The special investigation is then part of the legal process together with a compensation claim against the members of the organs of the company or with any other remedy which may be sought by a minority shareholder".

l'iniziativa dei soci e la possibilità di utilizzare proficuamente in tale ambito l'informazione acquisita rappresentino il discrimine tra i diversi esiti verso cui il Tribunale può condurre la procedura, e pertanto tra i casi più o meno gravi di irregolarità.

La procedura in questo caso poggerebbe su presupposti specifici. Le gravi irregolarità per le quali la tutela dei soci potrebbe essere efficacemente realizzata tramite la comunicazione in assemblea dei dati raccolti nel corso dell'ispezione consisterebbero in quei fatti illeciti per i quali sussista una precisa esigenza di conoscenza da parte dell'azionariato (in particolare di quello estraneo al controllo) che possa tuttavia essere utilmente impiegata nell'esercizio dei poteri di autotutela.

Dovrebbero pertanto ricorrere due condizioni: da un lato l'esigenza di informazione, dall'altro l'esistenza di specifici rimedi di autotutela in grado di prevenire o eliminare il danno all'interesse sociale nel cui ambito l'informazione acquisita possa essere opportunamente utilizzata. Laddove una delle due condizioni faccia difetto, la tutela operante sul piano meramente informativo non potrebbe trovare applicazione. In particolare, ove sussistano adeguati ed efficaci rimedi di autotutela, ma manchi l'esigenza di informazione, come di fronte a fatti noti perché già conosciuti od oggettivamente osservabili, il ricorso dovrà considerarsi del tutto improcedibile, verosimilmente per mancanza di interesse ad agire⁵⁷. Ove invece la denuncia riguardi illeciti, più o meno noti, nei confronti dei quali l'autotutela non possa efficacemente operare, per l'assenza di specifici rimedi o per la loro oggettiva inidoneità a prevenire od eliminare il danno, la procedura non potrà utilmente esaurirsi nell'attività ispettiva e chiudersi con la convocazione di assemblea, ma, verosimilmente dovrà orientarsi verso l'adozione di provvedimenti diversi.

(57) Sulla necessità di accertare l'interesse ad agire in sede di ricorso *ex art.* 2409 c.c. cfr. Trib. Roma, 9 ottobre 1998 (decr.), in *Foro it.*, 1999, I, c. 2102 ss. che respinge il ricorso presentato dai soci di maggioranza allegando la possibilità, per essi alternativa, di tutelare i propri interessi tramite la delibera di revoca e sostituzione degli amministratori. In dottrina, a favore della necessità di accertare l'interesse ad agire nel procedimento *ex art.* 2409 c.c. cfr. M. PORZIO, *Interessi pubblici e interessi privati nella disciplina del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, I, p. 13 ss.; V. CERAMI, *Il controllo giudiziario*, cit., p. 63, che ha sostenuto l'assenza di interesse ad agire in capo a chi ha il potere di revocare direttamente amministratori e sindaci. In tal senso anche V. VITRÒ, *Controllo giudiziario*, cit., p. 230; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 323. *Contra*, invece, pur dopo la riforma del 2003, G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409 c.c.*, cit., p. 783. Per le opinioni contrarie nel vigore della precedente disciplina v. invece la giurisprudenza e la dottrina citate alla nota 9.

10. *La funzione informativa del procedimento e i rimedi di autotutela dei soci.* Per quali rimedi di autotutela andrà stimata l'utilità dell'informazione che potrà essere acquisita nel procedimento? La soluzione dipende in primo luogo dall'interpretazione che si dà dei restanti elementi della fattispecie, cioè l'inerenza delle violazioni denunciate all'attività di gestione e la loro idoneità a recare danno alla società o alle sue controllate.

Quanto al primo si è osservato che il dato testuale non impone un'interpretazione restrittiva, riferibile agli atti di gestione in senso stretto, ben potendo autorizzare un'opzione interpretativa che vi annoveri tutti gli atti compiuti dagli amministratori nello svolgimento della loro attività tipica, tra cui gli atti propedeutici, strumentali, o conseguenti agli atti di gestione e pertanto anche le attività organizzative o informative che la gestione dell'impresa può implicare.

In particolare, oltre alle irregolarità perpetrate nel compimento di atti di gestione in senso stretto che, se dannosi per il patrimonio sociale, troverebbero sanzione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori, potrebbero risultare legittimamente ricompresi tra le irregolarità che giustificano l'ispezione quelle inerenti alla gestione della società intesa in senso *sostanziale*, che come tali implicano un'attività autonoma degli amministratori per la quale può sussistere una specifica esigenza di informazione dei soci a fini di autotutela.

Ciò potrebbe, ad esempio, portare ad includere in tale novero anche le irregolarità relative alla predisposizione delle proposte su operazioni di natura intrinsecamente gestoria che per legge debbano comunque essere approvate dall'assemblea, come ad esempio quelle in materia di fusione, di assistenza finanziaria, ad operazioni sul capitale o sulle proprie azioni. In questi casi il rimedio di autotutela suscettibile di essere azionato sulla base delle informazioni acquisite consisterebbe verosimilmente nell'impugnativa della delibera assembleare che approvi la proposta lesiva dell'interesse sociale.

Quanto al requisito dell'idoneità delle irregolarità denunciate a recare danno alla società o alle sue controllate, un'opzione favorevole ad una impostazione che valorizzi la funzione informativa del procedimento ne giustifica un'interpretazione orientata a ritenere che l'idoneità lesiva dell'irregolarità accertata rinvii ad una nozione di danno che senz'altro si espande al danno potenziale, cioè al danno meramente eventuale, ma non esclude né il danno futuro, cioè il danno non ancora prodotto sebbene sufficientemente certo, né tantomeno il danno attuale.

L'esigenza di conoscenza dei soci sugli illeciti degli amministratori si avverte infatti anche per quelle irregolarità già realizzate e già

produttive di effetti, di fronte alle quali i soci possono efficacemente esercitare le proprie iniziative di autotutela solo se dotati delle informazioni idonee a fondare corrette valutazioni e/o a supportare le opportune azioni giudiziarie.

Inoltre, le stesse considerazioni esposte sopra portano a scartare un'interpretazione del danno limitata al danno patrimoniale che la società possa subire. Le prospettive di modernizzazione del diritto societario, che in sede europea assegnano alle procedure giudiziarie di investigazione sulla gestione l'obiettivo di agevolare i soci nell'esercizio consapevole dei loro diritti, a partire dal diritto di voto, giustificano infatti un'interpretazione incentrata sull'interesse sociale inteso nella dimensione più ampia di interesse tipico della collettività dei soci, pertanto riferibile alla massimizzazione del valore della partecipazione sociale, ma anche alla realizzazione di quelle condizioni che, da un lato inducano i gestori a perseguire effettivamente il vantaggio degli azionisti, dall'altro consentano a questi ultimi di esercitare i loro diritti e di decidere consapevolmente in merito al loro investimento⁵⁸.

In questa prospettiva potrebbero essere legittimamente annoverate tra le violazioni denunciabili le stesse irregolarità di tipo contabile, così come le violazioni di quei doveri di tipo organizzativo specificamente preordinati ad assicurare una gestione funzionale alla realizzazione dell'interesse sociale che la stessa riforma del diritto societario ha decisamente amplificato, quali gli obblighi di informazione all'interno dell'organo amministrativo di cui all'art. 2381, ult. comma, c.c., in particolare ove rivolti agli amministratori non esecutivi istituzionalmente deputati al controllo sull'operato dei *manager*, l'informazione interorganica, gli obblighi inerenti alla predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, di cui all'art. 2381 commi 3 e 4 c.c.⁵⁹. Trattandosi, infatti, di obblighi che il legislatore appositamente prevede per garantire che la gestione sia corretta e conforme all'interesse sociale, la loro violazione pone per definizione la società in una condizione di pericolo che tipicamente coincide con l'esposizione ad un danno potenziale.

(58) Per una nozione di interesse sociale che vi annoveri non solo l'interesse di tipo patrimoniale alla massimizzazione del valore dell'investimento effettuato, ma anche tutti gli interessi, anche di tipo amministrativo, che tipicamente appartengono ai soci in quanto tali cfr. D. PRETTE, *Abuso di maggioranza*, cit., p. 24, ss.

(59) In questo senso cfr. A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario*, cit., p.133 ss.

C'è tuttavia da notare che non per tutte le irregolarità suscettibili di danneggiare gli interessi dei soci come sopra individuati sussistono rimedi di autotutela di pronta efficacia. In particolare ove si tratti di rimedi di tipo meramente endosocietario, gli unici immediatamente esperibili nel caso di violazioni di regole attinenti all'organizzazione e al funzionamento degli organi amministrativi e di controllo idonee a porre in pericolo l'interesse sociale (richiesta di convocazione di assemblea, o denuncia al collegio sindacale), la naturale adesione della maggioranza alle scelte degli amministratori potrebbe far fallire qualunque iniziativa che le minoranze possano attivare e il contributo informativo offerto dall'ispezione giudiziale risulterebbe del tutto improduttivo. Ne deriva che il procedimento potrebbe utilmente esaurirsi nell'attività ispettiva, e concludersi con la successiva convocazione dell'assemblea, soltanto ove risultino attualmente disponibili per i soci estranei al controllo specifici poteri di *azione giudiziale* in grado di prevenire o eliminare il danno all'interesse sociale che gli illeciti degli amministratori possano procurare o abbiano già procurato⁶⁰.

11. *I casi più gravi e le misure di eterotutela adottabili dal Tribunale.* La disciplina del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., consente al Tribunale di adottare, nei "casi più gravi", provvedimenti diversi e più incisivi di quelli indicati dalla prima parte del comma 4, segnatamente la revoca degli amministratori ed eventualmente dei componenti l'organo di controllo, con la nomina di un amministratore giudiziario cui affidare il compito di eliminare le irregolarità accertate.

Quali i presupposti di queste diverse e più gravi misure? In sostanza, quali sono "i casi più gravi" di fronte ai quali il Tribunale può rimuovere d'imperio gli amministratori dalla loro carica e sostituirli con un organo di nomina giudiziale?

La "maggiore gravità" dei fatti deve essere verosimilmente apprezzata osservando il rapporto che la disciplina chiaramente delinea tra i diversi possibili provvedimenti, rapporto che appare basato non

(60) Questa conclusione pare del resto confermata dalla possibilità, ora concessa alla società, di ottenere la sospensione dell'ispezione ove deliberi la sostituzione degli amministratori e dei componenti l'organo di controllo con soggetti che provvedano all'accertamento e alla rimozione delle irregolarità, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria (art. 2409, commi 3 e 4, c.c.). Sembra, in sostanza, che il legislatore abbia ritenuto realisticamente possibile la collaborazione dei soci di controllo solo a procedura ancora aperta, quando la società ha un evidente incentivo ad ottenerne una conclusione rapida e indolore, con ciò mostrando scarsa fiducia in rimedi endosocietari suscettibili di essere attivati in momenti successivi.

solo e non tanto su un criterio di gradualità, quanto su un più specifico principio di *sussidiarietà*.

Le misure che il Tribunale può adottare realizzano infatti forme di tutela eterogenee, che nei casi meno gravi risultano essenzialmente strumentali all'esercizio di poteri di autotutela, mentre nei casi più gravi realizzano una tutela diretta ed officiosa degli interessi a rischio, finalizzata a prevenire, a limitare (ed anche ad eliminare) il danno che le irregolarità amministrative accertate possano produrre alla società.

Proprio la diversa natura della tutela prevista nei casi più gravi porta a concepire i provvedimenti di revoca e sostituzione degli amministratori come misure residuali rispetto a quelle previste e regolate dalle disposizioni precedenti ed applicabili ove queste ultime appaiono insufficienti ad un'adeguata protezione degli interessi a rischio.

I casi più gravi dovrebbero pertanto corrispondere a quegli illeciti degli amministratori per i quali *oggettivamente*⁶¹ i rimedi di autotutela a disposizione dei soci, anche se supportati dalla piena informazione sull'esistenza e sulle caratteristiche dei fatti denunciati, non siano in grado di proteggere la società dal danno che le possa derivare ed andranno

(61) Non credo cioè che il Tribunale debba valutare le concrete possibilità di attivazione delle iniziative altrimenti esperibili dai soci, né l'effettiva esistenza di minoranze "attive" e la loro titolarità delle percentuali di capitale richieste per l'esercizio dei rimedi di autotutela diversi dal ricorso *ex art.* 2409 c.c., allo scopo di decidere se disporre i più gravi provvedimenti di revoca degli amministratori. Il problema in effetti si pone perché le aliquote di capitale richieste dalla legge per il ricorso *ex art.* 2409 c.c. sono inferiori a quelle previste per l'azione sociale di responsabilità esercitabile dalle minoranze nonché per l'esercizio dell'azione di annullamento delle delibere assembleari ed è possibile che, ove i ricorrenti non ne dispongano e la loro iniziativa non raccolga il consenso di altre componenti dell'azionariato, i rimedi di autotutela disponibili non possano in concreto essere esercitati. Non penso tuttavia che l'iniziativa dell'autorità giudiziaria sia in questo caso chiamata a colmare il *deficit* di autotutela riservato ai soci sotto soglia. Questa conclusione avrebbe infatti l'effetto paradossale di assicurare una protezione assai più radicale proprio laddove la legge ha inteso privare i soci minori di ogni diritto. Sarebbe forse auspicabile, sul piano della giustizia sostanziale, ma andrebbe evidentemente contro lo spirito della disciplina che non ha inteso operare la perequazione dei quozienti richiesti nelle diverse azioni. Questa conclusione trova del resto conferma nella disciplina dell'azione di responsabilità contro gli amministratori che sia promossa dall'amministratore giudiziario. Anche ammettendo, infatti, che l'organo di nomina giudiziale possa direttamente esercitare tale azione, la stessa potrebbe essere comunque rinunciata o transatta dalla società ai sensi dell'art. 2393, ult. comma, c.c. (ora espressamente richiamato dal comma 5 dell'art. 2409 c.c.), pertanto con il voto favorevole della maggioranza, salvo il voto contrario di tanti soci che siano nel complesso titolari di una percentuale di capitale pari a quella richiesta (dalla legge o dallo statuto) per l'esercizio dell'azione di responsabilità *ex art.* 2393-bis, c.c.

accertati valutando la specifica effettività dei rimedi alternativi azionabili dai soci sulla base dei dati acquisiti attraverso l'attività ispettiva.

12. *La verifica di adeguatezza dei rimedi alternativi di tutela dell'interesse sociale in caso di irregolarità idonee a produrre danno al patrimonio della società o delle sue controllate.* Nella prospettiva appena enunciata, ove gli illeciti accertati risultino in grado di procurare un danno al patrimonio della società, andrà verificato se, considerate le caratteristiche dei fatti, gli strumenti di autotutela di cui i soci dispongono siano in grado di operare in modo efficace.

Indubbiamente, per quelle decisioni degli amministratori che siano di natura sostanzialmente gestoria, ma destinate ad essere sottoposte all'approvazione dell'assemblea, sarà sufficiente una tutela di tipo essenzialmente informativo-istruttorio, fornita dall'attività ispettiva ordinata dal Tribunale, dal momento che i soci possono comunque giovare di forme di tutela, anche di tipo reale, quali le azioni di invalidità, idonee a proteggere i loro interessi.

Diverso è invece il caso in cui il danno al patrimonio sociale sia prodotto da decisioni di esclusiva competenza degli amministratori di fronte alle quali i soci dispongono soltanto di un rimedio di tipo risarcitorio, quale l'azione sociale di responsabilità, ora esercitabile anche dalle minoranze.

L'azione risarcitoria garantisce infatti un pieno ristoro al danneggiato ed un adeguato *enforcement* delle norme poste a protezione del suo interesse solo in presenza di certe condizioni.

In particolare, l'azione risarcitoria può mancare il suo obiettivo di compensazione del patrimonio del danneggiato quando il danno inferto sia talmente elevato per le capacità economiche del danneggiante da rendere alquanto improbabile il suo pieno risarcimento, così come gli effetti di deterrenza della responsabilità civile risulteranno assai modesti quando il danno risarcibile sia comunque inferiore al vantaggio che il danneggiante possa ricavare dall'atto illecito (eventualmente avendo moltiplicato il danno per le possibilità di accertamento del fatto) da rendere conveniente per il soggetto agente accettare il rischio di una futura condanna ⁶².

(62) Sulla pluralità di funzioni della responsabilità civile e sui motivi del loro possibile fallimento cfr., tra gli altri, P.G. MONATERI, voce "Responsabilità civile in diritto comparato", in *Dig. Disc. Priv.*, sez. Civile, XVII, Torino, 2002, p. 23 ss., G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Bari, 2003, p. 289 ss.; F. DENOZZA-L. TOFFOLETTI, *Compensation Function and Deterrence Effects of Private Actions for Damages: The Case of Antitrust Suits* (2008), in *www.ssrn.com*, S. SHAVELL, *Liability for Harm Versus Regulation of Safety* (1983) in *www.ssrn.com*.

Soprattutto, però, l'efficacia dell'azione risarcitoria ai fini sopra segnalati è spesso pesantemente compromessa dai rigidi limiti di applicazione in cui il diritto la costringe laddove consente il risarcimento solo per il danno che rappresenti una conseguenza immediata e diretta della violazione accertata e, trattandosi di responsabilità contrattuale, che rientri tra i danni prevedibili.

Se si considera il rapporto tra il controllo giudiziario e l'azione sociale di responsabilità, si può osservare come vi siano casi nei quali quest'ultima, pur essendo astrattamente esperibile dalle stesse minoranze azionarie ove supportate dalle informazioni che la stessa procedura può fornire, ciò non di meno possa mancare i suoi obiettivi, segnatamente l'obiettivo di compensare la società danneggiata e l'obiettivo di disincentivare gli amministratori dal compimento dell'atto lesivo.

Cò accade, in particolare, non solo quando il danno risarcibile sia particolarmente elevato e verosimilmente esuberante rispetto alle normali capacità patrimoniali del danneggiante, o quando il vantaggio che il danneggiante possa conseguire dall'illecito sia nettamente superiore al danno che possa essere condannato a risarcire, ma anche e soprattutto quando tra l'illecito e il danno non si possa configurare quel nesso di diretta ed immediata derivazione causale che l'azione di responsabilità richiede, quando cioè l'illecito degli amministratori si ponga non già come esclusiva causa efficiente, ma come mera condizione, sebbene tipica, del prodursi di un danno alla società.

13. *Il nesso di causalità tra illecito e danno: i provvedimenti ex art. 2409 c.c. e la prevenzione del danno al patrimonio della società o delle sue controllate.* La situazione appena descritta pare specificamente considerata dalla disciplina del controllo giudiziario laddove dà rilievo non già (e, direi, non solo) al danno attuale, ma anche al danno meramente potenziale, se così deve intendersi il riferimento all'idoneità dell'illecito a produrre un danno alla società o alle sue controllate.

Tipica del danno potenziale è infatti l'incertezza del nesso di derivazione causale rispetto al fatto illecito al momento in cui viene osservato⁶³. L'illecito, in questi casi, pone il bene protetto in una situazione di pericolo e crea le condizioni per un danno futuro. Ciò non di meno, l'insorgere di tale danno resta incerto e il rapporto di derivazione causale dall'illecito accertato potrebbe essere intermedio da eventi diversi ed ulteriori, in grado di interromperne la rela-

(63) Cfr. sul punto M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, p. 63 ss.

zione diretta con il fatto lesivo che sola rende il danno inferto risarcibile⁶⁴.

Ne deriva che le più gravi misure di revoca degli amministratori dovrebbero anzitutto trovare applicazione proprio di fronte a quei comportamenti che violino od eludano quelle regole di tipo organizzativo *tipicamente* poste dall'ordinamento a garanzia di una gestione corretta ed adeguata alla realizzazione dell'obbiettivo che ai gestori della società è per legge affidato, cioè il miglior perseguimento dell'interesse sociale. La violazione di quelle norme crea per definizione una situazione di pericolo per l'interesse della società, insuscettibile di essere contrastata dall'effetto deterrente di una futura azione di responsabilità, data la verosimile incertezza del rapporto di causalità, o da un risarcimento del c.d. danno da pericolo, in mancanza di un pregiudizio attuale al patrimonio sociale⁶⁵.

Più in generale i problemi legati alla sussistenza del nesso causale richiesto dalla legge per l'azione di responsabilità potrebbero condurre a ricomprendere nei casi più gravi e ai conseguenti provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c. anche quegli illeciti degli amministratori che si esprimono non tanto e non solo in un unico atto lesivo, quanto in una attività complessa, o comunque in singole violazioni il cui effetto sulla produzione del danno non possa essere facilmente isolato da altre concause dovute ad eventi diversi ed ulteriori.

In questi casi è normalmente assai difficile individuare il danno causalmente collegabile alla condotta illecita degli amministratori e quantificarlo in misura coerente alla loro effettiva responsabilità perché molto spesso il nesso causale è interrotto da altre concause, magari dovute a fattori esterni o anche ad eventi fortuiti. Trattandosi inol-

(64) Sull'incapacità della disciplina della responsabilità civile, come regolata negli ordinamenti contemporanei, di contrastare quelle attività specificamente creatrici di rischio, e pertanto capaci di esporre beni protetti dall'ordinamento ad un possibile danno futuro, che non possano tuttavia rappresentare la diretta ed esclusiva causa efficiente dell'eventuale danno cfr. G. FREZZA – F. PARISI, *Responsabilità civile e analisi economica*, Milano, 2006, p. 329 ss. Nello scritto si valuta la possibilità di configurare una "responsabilità per rischio incrementale", che consenta il risarcimento del danno derivante dalla mera esposizione al rischio. La fattispecie evoca il c.d. "danno da pericolo", considerato peraltro risarcibile solo ove l'esposizione al rischio produca un pregiudizio attuale al bene protetto.

(65) Per "danno da pericolo" la dottrina intende il danno che un bene subisce già solo per la sua esposizione a pericolo. Si tratta pertanto di un danno attuale, che, presenti certe condizioni, può essere considerato immediatamente risarcibile. Sul danno da pericolo come danno attuale e per la sua distinzione dal danno potenziale cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 64 s.

tre di responsabilità contrattuale, il risarcimento dovrebbe anche essere limitato al danno prevedibile, ciò che comporta ulteriori complicazioni nella sua determinazione ⁶⁶.

La giurisprudenza ha tentato di risolvere in vario modo questi problemi, espandendo la nozione di danno risarcibile fino a comprendere in alcuni casi anche i danni mediati, o semplificando il metodo di liquidazione del danno su base essenzialmente equitativa.

Se tuttavia ci poniamo sul piano della funzionalità del complessivo assetto sanzionatorio, notiamo come queste soluzioni non sempre conducano a risultati accettabili. In particolare, ove nella quantificazione del danno risarcibile non possano essere annoverati quei danni causati da fattori estranei al comportamento degli amministratori, ma per i quali gli atti di gestione illegittimi abbiano procurato un incremento del rischio, sia la funzione compensativa, che la funzione deterrente dell'azione di danni rischiano di fallire. Con riguardo alla prima, il danno subito (e comunque agevolato dal comportamento degli amministratori) non potrà essere integralmente recuperato dalla società, mentre con riguardo alla seconda, la soluzione conduce a risultati di *underdeterrence*, potendo indurre gli amministratori a compiere scelte connotate da azzardo e sottovalutazione del rischio.

Per altro verso, ove nella determinazione del danno risarcibile si tentino soluzioni interpretative più favorevoli al danneggiato, tese ad ampliare, anche con tecniche di semplificazione, la sua tutela, gli effetti possono essere altrettanto inadeguati. Penso ad esempio ai criteri per la determinazione del danno adottati spesso dalla giurisprudenza nei casi di prosecuzione dell'attività sociale oltre la perdita del capitale sociale, in cui il danno risarcibile è stato calcolato nella differenza tra il patrimonio netto esistente al momento del giudizio sulla responsabilità e quello esistente al momento in cui potesse dirsi maturata la perdita del capitale. Sul piano della deterrenza, in particolare, una simile soluzione potrebbe avere effetti addirittura opposti a quelli sopra segnalati (*overdeterrence*). Dovendo rispondere delle intere perdite

(66) Sulla difficoltà dell'accertamento del rapporto di causalità tra illeciti perpetrati dagli amministratori nella gestione della società e danno cfr. L. PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno: Lo stato della giurisprudenza*, in *Fallimento*, 1989, p. 973 ss. Sul tema cfr. altresì R. RORDORF, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Società*, 1993, p. 617 ss.; G. CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, 156 ss.; E. GABRIELLI, *La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci di società fallita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 7 ss.

maturate dopo il subentrare della causa di scioglimento della società, gli amministratori potrebbero, infatti, adottare comportamenti ispirati ad una eccessiva avversione al rischio e perdere qualsiasi incentivo a tentare un recupero della redditività quando la società abbia accumulato perdite potenzialmente in grado di azzerare il capitale sociale.

In casi come questi penso che soluzioni di prevenzione diretta o di tutela reale della società, come i provvedimenti adottabili dal Tribunale nel caso delle più gravi irregolarità, possano verosimilmente risultare più idonei alla protezione degli interessi a rischio e svolgere esse stesse una specifica funzione di deterrenza.

Per verificare la presenza di un danno potenziale collegabile ai comportamenti accertati, il giudice dovrà valutare l'attuale situazione di rischio cui gli illeciti degli amministratori espongono la società. Non credo tuttavia che il giudice debba stimare nello specifico il grado di probabilità che il verificarsi del danno futuro manifesta. Il danno potenziale pare infatti coincidere con il danno soltanto possibile o eventuale, quindi, in sostanza, con un danno che risulti semplicemente verosimile, considerate le caratteristiche delle violazioni perpetrate.

A tal fine ci si potrà basare anzitutto sulla *ratio* delle norme violate. Ove infatti esse siano preordinate a garantire una gestione funzionale alla conservazione e alla crescita del patrimonio della società, la loro violazione pone indubbiamente a rischio il segnalato interesse. Ove invece la violazione riguardi norme che non sono direttamente ispirate a tale finalità (come, ad esempio, alcuni doveri organizzativi delle attività assembleari o gli obblighi di informazione preassembleare o, ancora gli obblighi di informazione contabile), occorrerà accertare se gli illeciti perpetrati appaiano, sulla scorta dell'indagine svolta nel corso dell'ispezione, in concreto suscettibili di porre in pericolo quello stesso interesse.

Il rischio accertato dovrà avere una qualche *materiality*, e il danno potenziale che vi si collega dovrà risultare quantomeno superiore ai costi che la società possa subire a seguito dell'assoggettamento ad amministrazione giudiziaria.

Pare tuttavia da escludere che il giudice possa effettuare altresì una valutazione comparativa tra eventuali vantaggi attuali per la società e possibili danni futuri allo scopo di escludere ogni sanzione laddove i primi si rivelino superiori ai secondi.

È frequente infatti che, a difesa del comportamento degli amministratori, si alleggi il vantaggio che la società possa immediatamente conseguire dalle irregolarità accertate. Tipico è il caso delle violazioni di obblighi fiscali o contributivi, capaci di esporre la società a sanzioni

future, ma in grado di avvantaggiare, al momento, il suo patrimonio. Tuttavia, la *compensatio lucri cum damno* è notoriamente ritenuta praticabile in dottrina e in giurisprudenza solo quando i diversi effetti derivino da un unico titolo e pertanto risulta inapplicabile con riguardo a danni eventuali, che per definizione possono essere determinati da concause dovute a fatti ulteriori e successivi al comportamento illecito degli amministratori ⁶⁷.

14. *Il danno all'interesse sociale in assenza di danno al patrimonio della società.* Si è osservato che il tenore della disciplina non impone di limitare il danno rilevante ai fini della procedura a quello che il patrimonio sociale possa subire a seguito delle irregolarità gestorie, ma possa essere legittimamente riferito più in generale al danno procurato all'interesse sociale, pertanto a taluno degli interessi tipicamente appartenenti alla collettività degli azionisti.

Per questo tipo di danno, tuttavia, i rimedi di autotutela di cui i soci possono disporre sono davvero minimi.

Solo ove il danno ad uno degli interessi sociali tipici (ad es. l'interesse al valore della partecipazione sociale) derivi da illeciti compiuti dagli amministratori in attività propedeutiche alle attività assembleari (ad. es. nella redazione di un progetto di fusione con rapporto di cambio sfavorevole ai soci di una delle società partecipanti o di un progetto di bilancio contenente sottovalutazioni dell'attivo finalizzate alla creazione di riserve occulte) i soci potranno disporre di rimedi di tipo reale, quali le azioni di invalidità, destinati peraltro a produrre un modesto risultato in tutti i casi in cui l'effettiva eliminazione del danno richieda un ulteriore contributo attivo degli amministratori (ad es., nel caso di annullamento di un bilancio contenente illegittime sottovalutazioni finalizzate ad occultare gli utili conseguiti, ove la tutela effettiva si realizza solo con la redazione di un bilancio corretto).

Sul piano risarcitorio, poi, le possibilità di autotutela dei soci danneggiati sembrano, in questi casi, del tutto assenti.

Quando, infatti, gli amministratori abbiano violato quelle regole organizzative inerenti al funzionamento degli organi di amministrazione e controllo tipicamente poste a garanzia di una corretta gestione sociale, o quando abbiano omesso del tutto quegli atti dovuti e necessari per consentire ai soci il controllo sul loro operato (es. mancata redazione del bilancio, omessa convocazione dell'assemblea) viene in-

(67) Sul tema v. P. G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, p. 212 ss., M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 37 ss.

dubbiamente leso l'interesse sociale nella sua dimensione di interesse tipico dei soci alla corretta gestione dell'impresa, all'informazione e al controllo sull'operato degli amministratori, che si realizza anche attraverso l'esercizio dei diritti di partecipazione alle decisioni sociali, ma è già difficile considerare tale danno risarcibile, trattandosi di danno non patrimoniale.

Non solo, ma anche ove ciò fosse possibile (ad esempio ove sia dimostrato che il disordine amministrativo e la sistematica oppressione dei soci di minoranza si siano tradotti in un pregiudizio al valore della loro partecipazione sociale), così come in tutti i casi di danno patrimoniale indiretto subito dai soci, è comunque difficile ritenere questi ultimi dotati di un'azione risarcitoria esercitabile nei confronti degli amministratori (o del socio di controllo).

Il diritto di chiedere un simile risarcimento è infatti riconosciuto ai soci in modo espresso dall'attuale disciplina soltanto nell'ambito dei rapporti di gruppo, ove è sancita la responsabilità diretta delle società o gli enti che, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società, abbiano violato corretti principi di gestione societaria e imprenditoriale, per il pregiudizio causato alla redditività e al valore della partecipazione sociale dei soci delle società controllate (art. 2497 c.c.)⁶⁸.

È dubbio, tuttavia, che la disposizione appena citata possa essere generalizzata, consacrando un diritto del socio al risarcimento del danno al valore della partecipazione esercitabile anche in altra sede, come nelle azioni di risarcimento per vizi delle deliberazioni assembleari⁶⁹ o in eventuali azioni di responsabilità contro gli amministratori⁷⁰.

Ne deriva che nei casi segnalati il contributo informativo che il procedimento potrebbe offrire ai soci a fini di autotutela sarebbe in-

(68) Si noti, peraltro, che la disciplina in tema di risarcimento del danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale di cui all'art. 2497 c.c. non ha diretta applicazione in sede di controllo giudiziario. Infatti, sebbene per la norma di cui all'art. 2409 c.c. renda rilevante anche il danno potenziale per le società controllate, i soci di queste ultime non sono legittimati alla denuncia delle gravi irregolarità compiute dagli amministratori della controllante. La disciplina del controllo giudiziario tutela verosimilmente soltanto i soci della controllante dal possibile pregiudizio che possa loro derivare da un danno prodotto al patrimonio della controllata. In senso conforme, cfr. F. MAINETTI, *Commento all'art. 2409 c.c.*, cit., p. 938, s.

(69) Sul punto cfr. R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 2, p. 135 ss., *ivi* a p. 154.

(70) In tal caso, per giunta, non si potrebbe ipotizzare un'azione diversa da quella di cui all'art. 2395 c.c., che, peraltro, si riferisce espressamente al danno *direttamente* derivato ai soci dall'illecito compiuto dagli amministratori.

suscettibile di essere impiegato in una sede alternativa in cui far valere i propri diritti. Ciò renderebbe indicato, anche in questi casi, l'intervento del Tribunale in funzione di eterotutela, e pertanto l'adozione dei provvedimenti di revoca e sostituzione degli amministratori in carica con un organo di nomina giudiziale che possa non solo eliminare le irregolarità, ma anche adottare quei provvedimenti positivi in grado di ripristinare la possibilità per i soci di minoranza di esercitare i propri diritti inerenti alla *governance* della società.

15. *Conclusioni.* L'interpretazione della disciplina sopra tratteggiata propone di concepire il procedimento di controllo giudiziario come strumento di tutela dell'interesse sociale che persegue il medesimo obiettivo attraverso due distinte modalità di intervento, basate su presupposti parzialmente diversi e legate, come si è osservato, da un rapporto di sussidiarietà.

A certe condizioni, e cioè in presenza di efficaci rimedi alternativi di autotutela dei soci, si limita ad offrire un contributo di tipo meramente informativo all'intera platea degli azionisti perché gli interessati possano farne uso nell'esercizio dei loro diritti. È peraltro evidente che, in questi casi, la funzione in senso lato cautelare che la procedura può comunque svolgere, mediante l'esercizio del potere riconosciuto al Tribunale di adottare gli opportuni provvedimenti provvisori, non è essenziale, né tantomeno dirimente nella selezione dei presupposti della procedura che non possono pertanto essere limitati alle irregolarità in atto e non ancora produttive di effetti, come, viceversa, l'interpretazione tradizionale della norma ha frequentemente sostenuto.

L'esigenza di informazione dei soci sulla *mala gestio* degli amministratori a fini di autotutela può infatti sussistere anche di fronte ad attività già portate a compimento e già produttive di effetti. Questa conclusione è peraltro del tutto compatibile con il tenore della disciplina che attribuisce al Tribunale soltanto la *facoltà* di disporre provvedimenti provvisori in grado salvaguardare gli interessi a rischio con la necessaria tempestività. Si consideri inoltre, come già osservato in dottrina⁷¹, che la cautela è in tal caso, davvero *sui generis*, dal momento che non prelude ad un successivo provvedimento giudiziale che pronunci sul merito in via definitiva, ma soltanto ad una decisione adottata dall'assemblea sociale, quindi dagli stessi soci che, in molti

(71) F. DI SABATO, *Provvedimenti cautelari*, cit., p. 36.

casi, hanno condiviso le decisioni gestorie illecite con gli amministratori.

Ove, invece, le irregolarità denunciate non si prestino ad essere censurate mediante idonei rimedi alternativi di autotutela, la funzione informativa passa in secondo piano. L'ispezione avrà essenzialmente una funzione di tipo istruttorio e inquisitorio e sarà soprattutto finalizzata a consentire al Tribunale di avere un riscontro dei fatti denunciati in base al solo fondato sospetto dei soci ricorrenti.

Ne deriva che il procedimento in questi casi potrà essere attivato anche di fronte ad irregolarità già sufficientemente certe per le quali esista tuttavia una rilevante esigenza di impedire o di arginare la produzione del danno che ne possa derivare per l'interesse sociale. In tal caso la procedura svolgerebbe principalmente una funzione cautelare, intesa peraltro nuovamente in senso atecnico, in termini di prevenzione diretta delle possibili conseguenze dannose collegabili al comportamento degli amministratori.

Se, quindi, la nomina dell'ispettore e l'adozione degli eventuali provvedimenti provvisori possono essere disposti dal Tribunale anche quando le conseguenze degli illeciti si siano già verificate, i più gravi provvedimenti di revoca e sostituzione degli amministratori si giustificano essenzialmente nei casi in cui le attività illecite non siano state ancora poste in essere o portate a termine, o quando, pure essendo stati gli atti già compiuti, non abbiano prodotto, o cessato di produrre, i loro effetti dannosi.

Questa impostazione, che senza dubbio dilata l'area delle irregolarità denunciabili e valorizza il potere del Tribunale di adottare provvedimenti anche incisivi sulla gestione della società allo scopo di prevenire o eliminare il danno che possa essere inferto all'interesse comune dei soci dagli illeciti degli amministratori, potrebbe apparire poco in linea con la volontà del legislatore "storico" di perseguire, anche attraverso la puntualizzazione dei presupposti applicativi della procedura, un risultato di "deflazione" del controllo giudiziario sulla gestione della società.

Tale obiettivo pareva trovare fondamento soprattutto nell'esigenza di limitare l'uso strumentale della denuncia *ex art. 2409 c.c.*, in passato ampiamente praticato, soprattutto nelle società a ristretta compagine sociale, dai soci minori in dissidio con i soci di controllo, allo scopo di negoziare qualche forma di buonuscita dalla società.

Non penso, tuttavia, che questa possibile intenzione del riformatore possa essere eccessivamente enfatizzata, e tradotta in un preciso vincolo per l'interprete, non foss'altro per il rischio di pregiudicare in

modo sensibile l'effettività della tutela dei soci estranei al controllo di fronte ad illeciti realmente lesivi dell'interesse sociale.

Come è stato giustamente osservato, infatti, la denuncia *ex art.* 2409 c.c. è un rimedio che acquista senso non tanto nel rapporto tra soci e amministratori, quanto nel rapporto tra minoranze e gruppo di controllo (che normalmente orienta e supporta l'operato dell'organo di gestione) e, proprio per questo, i rimedi di carattere collettivo di natura endosocietaria rischiano di rimanere senza esiti concreti. Non solo, ma anche le iniziative di autotutela di tipo giudiziario attivabili sulla scorta delle risultanze ispettive e, addirittura, gli stessi provvedimenti di revoca degli amministratori che il Tribunale può adottare nei casi più gravi rischiano di rimanere senza esiti duraturi per la possibile reiterazione delle irregolarità dopo la conclusione della procedura ⁷².

La recente riforma del diritto societario ha peraltro mancato di prevedere e disciplinare in termini generali quei rimedi di tipo individuale che soli paiono in grado di garantire in modo definitivo la tutela degli interessi delle minoranze di fronte ad illeciti degli amministratori che siano avallati dal gruppo di controllo ⁷³.

Non solo l'azione risarcitoria per il danno procurato al valore della partecipazione sociale, eventualmente esperibile verso il socio di controllo, non è oggetto di una generale previsione, ma la soluzione di concedere ai soci una qualche possibilità di *exit* per i casi di abuso o irregolarità gestorie, pure prospettata dalla dottrina nel corso dei lavori preparatori alla riforma ⁷⁴, non è stata presa in considerazione dal legislatore, verosimilmente in base alla legittima preoccupazione di evitare pericoli per l'integrità e la conservazione del patrimonio sociale.

Poiché, tuttavia, il procedimento *ex art.* 2409 c.c. non pare aver perduto la sua capacità di adattamento al contesto normativo e la sua funzione vicaria di quelle forme di tutela altrimenti assenti, una soluzione interpretativa che riconosca ampi margini di applicazione ai provvedimenti giudiziali di controllo sulle gravi irregolarità, e allo stesso potere del giudice di disporre la revoca e sostituzione degli amministratori in carica, appare coerente con l'esigenza di perseguire con

(72) Cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario*, cit., p. 142 ss.

(73) Cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario*, cit., p. 130 ss.

(74) Cfr. M. RESCIGNO, *La corporate governance nelle società non quotate: le regole e la sanzione. Tipologia della realtà ed effettività della tutela*, in AA.VV., *La corporate governance nelle società non quotate*, a cura di S. Rossi e G. M. Zamperetti, Milano, 2001, p. 71 ss., *ivi* a p. 81.

maggior determinazione un effetto di prevenzione e deterrenza dei comportamenti illeciti degli amministratori che le misure di tutela alternativa con fatica riescono ad ottenere.

Risulta altresì in grado di porre i soci di minoranza in condizioni maggiormente adatte ad attivare, con qualche possibilità di successo, una trattativa con i soci di controllo che possa soddisfare le loro legittime istanze anche attraverso una concordata soluzione di *exit*.

Riportato il controllo giudiziario ad una dimensione essenzialmente privatistica, infatti, la rinuncia al ricorso a seguito di eventuale "transazione" tra ricorrenti e società (o soci di controllo), che si instauri a seguito dell'accertamento giudiziale delle irregolarità, non pare trovare particolari preclusioni sul piano della legittimità giuridica, né penso meriti ostracismo sul piano morale di fronte alle recenti opzioni della riforma, incline a riconoscere maggiore libertà agli accordi interni tra soci soprattutto nelle società non aperte al mercato, e a consentire un'attività negoziale che dovrebbe essere a maggior ragione valorizzata ove possa risultare funzionale alla tutela di interessi riconosciuti e protetti dall'ordinamento, la cui lesione sia stata effettivamente accertata nell'ambito di una procedura e sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

SERENELLA ROSSI