

*Il controllo giudiziario nelle società di capitali **di **GIAN DOMENICO MOSCO, SALVATORE LOPREIATO**

SOMMARIO: 1. IL CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: IL RAPPORTO TRA L'ART. 2409 C.C. E GLI ARTICOLI 152 T.U.F. (RINVIO), 2454 C.C. E 2477 C.C. – 1.1. LA SOCIETÀ IN ACCOMANDITA PER AZIONI – 1.2. LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA. PRIME CONSIDERAZIONI – 2. IL RUOLO DELLA DENUNCIA AL TRIBUNALE NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA DEL SISTEMA DEI CONTROLLI SULLA GESTIONE SOCIETARIA – 2.1. DAL CODICE DI COMMERCIO DEL 1882 AL CODICE CIVILE DEL '42 – 2.2. IL TESTO UNICO DELLA FINANZA DEL 1998 – 2.3. LA RIFORMA SOCIETARIA DEL 2003 – 2.4. IL CODICE DELLA CRISI DEL 2019 – 3. I LEGITTIMATI ATTIVI ALLA DENUNCIA NELLE S.P.A. E NELLE S.R.L. – 3.1. IL PROBLEMA DEI LEGITTIMATI NELLE S.R.L. APERTE – 3.2. LA MINORANZA – 3.3. IL PUBBLICO MINISTERO – 3.4. L'ORGANO DI CONTROLLO – 3.5. LA CONSOB (RINVIO) – 4. I PRESUPPOSTI E I POSSIBILI ESITI DELLA DENUNCIA – 4.1. LE "GRAVI IRREGOLARITÀ" – 4.2. IL PROCEDIMENTO. IN PARTICOLARE, LA SOSTITUZIONE ASSEMBLEARE "PROVOCATA" DEGLI AMMINISTRATORI E DEI SINDACI E I PROVVEDIMENTI GRADUATI DEL TRIBUNALE – 4.3. L'IMPUTAZIONE SOGGETTIVA DELLE IRREGOLARITÀ: I DENUNCIATI – 4.4. L'IMPUTAZIONE OGGETTIVA DELLE GRAVI IRREGOLARITÀ: LA POSSIBILE EFFICACIA SELETTIVA DEL RIFERIMENTO ALLA "GESTIONE" – 4.5. LO STATO DI LIQUIDAZIONE – 4.6. GLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA – 5. IL DANNO POTENZIALE ALLA SOCIETÀ E ALLE SUE CONTROLLATE – 6. DENUNCIA AL TRIBUNALE E SISTEMI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO NELLA S.P.A. – 6.1. IL PROFILO SOGGETTIVO – 6.2. IL POTERE DI DENUNCIA E GLI ALTRI POTERI DEI DIVERSI ORGANI DI CONTROLLO – 7. LA DENUNCIA E LA COGESTIONE DELL'IMPRESA NEI MODELLI DI AMMINISTRAZIONE DELLA S.R.L. – 7.1. IL RAPPORTO CON LA REVOCA GIUDIZIALE DEGLI AMMINISTRATORI EX ART. 2476, COMMA 3, C.C. – 8. LE SPESE.

1. Il controllo giudiziario nelle società di capitali: il rapporto tra l'art. 2409 c.c. e gli articoli 152 t.u.f. (rinvio), 2454 c.c. e 2477 c.c. La "denuncia al tribunale" trova la sua disciplina normativa anzitutto nell'art. 2409 c.c.

L'articolo contiene disposizioni applicabili sia a tutte le società per azioni, sia alle sole s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (c.d. società aperte)¹, che ricomprendono le società con azioni diffuse tra il pubblico in misura

¹ Le società aperte si contrappongono a quelle chiuse, che sono – in negativo – tutte le altre s.p.a. Le società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante alle quali fa riferimento, dopo la riforma del 2003, l'art. 2325-*bis* c.c. sono ora definite nello stesso codice civile dal successivo art. 2325-*ter*, pur rubricato "Società emittenti strumenti finanziari diffusi", introdotto dalla l. 5 marzo 2024, n. 21 (c.d. "legge Capitali") che ha anche abrogato l'art. 116 t.u.f. il quale ne aveva anticipato l'introduzione nel codice civile. Per una critica ancora valida alla determinazione della «misura rilevante» v. G.D. Mosco, *Le società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante fra definizione, norme imperative e autonomia privata. Uno scalino sbeccato, da riparare in fretta*, in *Riv. società*, 2004, 869.

rilevante e quelle quotate in mercati regolamentati (art. 2325-*bis*, comma 1, c.c.)². Per queste ultime, la disciplina legale del controllo giudiziale, oltre a presentare delle peculiarità nell'ambito dello stesso art. 2409 c.c., si combina con le previsioni dell'art. 152 t.u.f., peraltro in modo non piano (v. *infra*, paragr. 3.2 e 3.3)³.

Quanto alle altre società di capitali, il codice si avvale, invece, del meccanismo del rinvio all'art. 2409, senza comunque evitare che sorga più di un problema di coordinamento⁴.

² L'art. 2325-*bis* c.c. parla di "società con azioni quotate in mercati regolamentati" senza aggiungere alcun riferimento territoriale, diversamente dall'art. 119 t.u.f. che prevede l'applicazione della disciplina contenuta nel capo II, titolo III, parte IV del testo unico alle "società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione europea (società con azioni quotate)". Si è così ingenerato il dubbio di una maggiore ampiezza della nozione dettata dal codice civile, le cui disposizioni potrebbero applicarsi anche a società quotate in mercati regolamentati extra UE. A sostegno della soluzione negativa, adducendo ragioni di coerenza sistematica, M. MAUGERI, *Lo statuto delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, in *Il testo unico finanziario*, a cura di M. Cera e G. Presti, II, Bologna, 2020, 1249; nonché P. MONTALENTI e S. BALZOLA, *La società per azioni quotata*, in *Le nuove s.p.a.*, a cura di O. Cagnasso e L. Panzani, II, Bologna, 2010, 1811-1812, i quali richiamano la previsione dell'art. 206 t.u.f. che continua a dichiarare "le disposizioni dettate dal codice civile per le società con azioni quotate in borsa" applicabili alle sole "società con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione europea". In senso contrario, con varietà di argomentazioni, G. MINERVINI, *Commento agli artt. 2325-bis e 111-bis disp. att. e trans.*, in *La riforma delle società. Società per azioni, società in accomandita per azioni*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2003, 17; A. ROSSI, *Commento all'art. 2325-bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 23; P. ABBADESSA ed E. GINEVRA, *Commento all'art. 2325-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 15, i quali ritengono tuttavia rilevanti solo i mercati riconosciuti dalla Consob ex art. 67 t.u.f.; opinione, quest'ultima, alla quale aderiscono anche F. D'ALESSANDRO, M. SCIUTO e P. SPADA, *Commento all'art. 2325-bis*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, II, I, Padova, 2010, 17-18. Per una sintesi del dibattito v. A. BLANDINI, *Società quotate e società diffuse*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, V, 10, Napoli, 2005, 31. L'art. 152, comma 3, t.u.f. contiene peraltro una deroga all'art. 119 poiché prevede che il potere di denuncia della Consob non possa essere esercitato nei confronti di società italiane le cui azioni siano quotate soltanto in mercati regolamentati di altri paesi dell'Unione Europea, e perciò soggetti alla vigilanza delle rispettive *authorities*.

³ Nella sostanza non diversamente da come, in generale, la disciplina del t.u.f. sulle società quotate si innesta, modificandola attraverso il gioco della disapplicazione di alcune regole e dell'applicazione di altre norme specifiche, su quella dettata dal codice civile per la società per azioni. Sul rapporto tra art. 2409 c.c. e art. 152 t.u.f. v. *amplius*, anche per ulteriori riferimenti, G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Commento all'art. 152 t.u.f.*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, II, Torino, 2063.

⁴ La mancanza nella disciplina delle società di persone di qualsiasi rinvio all'art. 2409 c.c. rende per converso sicuramente inutilizzabile la denuncia in quest'ambito (v., *ex plurimis*, V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 238; O. CAGNASSO, *I singoli contratti. La società semplice*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 6, Torino, 1998, 155), caratterizzato da una prevalenza del contratto sull'organizzazione, pur

presente e rilevante (su questi temi v., da ultimo, G.D. Mosco, L'amministrazione delle società di persone dopo il codice della crisi, in *Giur. comm.*, 2021, I, 605). Anche la giurisprudenza è contraria all'estensione analogica dell'istituto, osservando che i soci di società personali hanno a disposizione un rimedio sostanzialmente analogo sotto il profilo degli effetti, vale a dire la revoca giudiziale dell'amministratore "per giusta causa" dagli stessi attivabile individualmente ai sensi dell'art. 2259, comma 3, c.c., spesso considerato azionabile in via cautelare ex art. 700 c.p.c. proprio sul presupposto dell'inapplicabilità del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.: v., con dettagliata motivazione, Trib. Napoli, 17 giugno, 1992, in *Società*, 1992, 1386; Trib. Cassino, 28 ottobre 2000, *ivi*, 2001, 476; da ultimo, Trib. Torino, 7 giugno 2021, in *Giur. imprese*, disponibile all'indirizzo https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wp-content/uploads/2021/10/20210607_RG8320-2021-1.pdf e Trib. Torino, 4 giugno 2021, *ivi*, disponibile all'indirizzo <https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wp-content/uploads/2021/10/Ratti-8234-2021-1.pdf> per la riaffermazione del principio nonostante la reintroduzione del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l. a opera del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (c.c.i.i.: d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14). Per una rassegna C. CONFORTI, *Le società di persone. Amministrazione e controlli*, Milano, 2009, 468; M. SPADARO, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società ex art. 2409 c.c.: profili sostanziali*, in *Società*, 2021, 226.

Per tutte le cooperative è ora l'art. 2545-*quinquiesdecies* c.c. a sancire, ancora una volta attraverso uno specifico rinvio all'art. 2409, l'utilizzabilità del rimedio, con alcuni adattamenti in termini di legittimazione (riconosciuta ai "soci che siano titolari del decimo del capitale sociale ovvero da un decimo del numero complessivo dei soci e, nelle cooperative che hanno più di tremila soci, da un ventesimo dei soci") e il coordinamento con il controllo amministrativo al quale queste società sono sottoposte: v., anche per la ricostruzione del dibattito antecedente la riforma societaria del 2003 sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle cooperative, P. MARANO, *Vigilanza governativa e controllo giudiziario sulle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 27; G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, 423; C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. soc.*, 2004, 1153. Per le società consortili l'applicabilità dell'istituto reagisce alla forma societaria, personalistica o capitalistica, scelta in sede di costituzione ex art. 2615-*ter* c.c. (v. App. Salerno, 17 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 2650; App. Milano, 19 marzo 1997, in *Società*, 1997, 1047), pur dovendosi invece sicuramente escludere con riferimento ai consorzi tra imprenditori, anche per quelli aventi attività esterna (v. Trib. Cassino, 24 marzo 1997, in *Società*, 1997, 1045; Trib. Roma, 5 giugno 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3799; in argomento G.D. Mosco, *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, nel *Comm. cod. civ. e codici collegati* fondato da A. Scialoja e G. Branca e già diretto da F. Galgano, a cura di G. De Nova, Bologna, 2017, 111). L'unica applicazione dell'istituto al di fuori dell'ambito societario riguarda le associazioni e le fondazioni del c.d. terzo settore, nelle quali l'art. 29, comma 1, del d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (codice del terzo settore) legittima a proporre la denuncia ex art. 2409 c.c. "almeno un decimo degli associati, l'organo di controllo, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti ovvero il pubblico ministero" (v. S. LOPREIATO, *Il sistema dei controlli negli enti del terzo settore*, in *Luiss Law Review*, n. 2/2021, 115). Per una più ampia riflessione sul controllo giudiziario volta a coglierne possibili principi comuni alle società per azioni e agli altri enti collettivi non societari v. A. BENOCCI, **Controllo giudiziario sulla gestione e forme collettive di esercizio dell'impresa**, Milano, 2019, 447.

È peraltro controverso in giurisprudenza se la trasformazione regressiva di una società di capitali in una società di persone (ovvero in un ente collettivo per il quale non è contemplato il controllo giudiziario, attraverso la trasformazione eterogenea) determini la sopravvenuta improcedibilità della denuncia ex art. 2409 regolarmente proposta: in senso affermativo, App. Roma, 13 luglio 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1593, considerando l'appartenenza al tipo societario s.p.a. un requisito sostanziale della denuncia che deve permanere sino al momento della decisione; v. anche Trib. Lecce, 6 maggio 1993, in *Società*, 1993, 1088. Nel senso invece dell'irrelevanza della trasformazione deliberata in pendenza di un procedimento di controllo giudiziario già pendente, argomentata anche in ragione della elusione di una norma inderogabile, Trib. Ascoli Piceno, 1°

1.1 La società in accomandita per azioni. Con riguardo all'accomandita per azioni assume rilievo l'art. 2454 c.c., che estende a questo tipo societario l'intera disciplina della s.p.a. previo vaglio di compatibilità con le poche "norme speciali" sulla s.a.p.a. "rese necessarie dalla particolare posizione degli accomandatari amministratori"⁵. Posizione che potrebbe però, almeno astrattamente, giustificare adattamenti interpretativi di un istituto dichiaratamente volto a reagire proprio a gravi irregolarità dei gestori. In realtà, la necessaria coincidenza tra la qualifica di socio accomandatario e quella di amministratore sancita dall'art. 2455 c.c. non pone ostacoli all'integrale applicazione dell'art. 2409 c.c. (e, nel caso, dell'art. 152 t.u.f.) alla s.a.p.a.⁶ Di fronte a un dato normativo che fa rappresentare da azioni le quote di partecipazione tanto degli accomandanti quanto degli accomandatari (art. 2452, comma 2), partecipazioni che si connotano dunque in chiave comunque capitalistica⁷, l'iniezione

marzo 2013, in *Società*, 2013, 599; App. Ancona, 8 luglio 2013, in *Il caso.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9325.pdf>.

⁵ Così la *Relazione Grandi per l'approvazione del libro Del lavoro*, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Libro del Lavoro*, Roma, 1941, § 1001. Sulla valenza "sistematica" di questo rinvio generale e, in particolare, sulla possibilità di far operare il limite di incompatibilità non solo in relazione alle singole disposizioni sulla s.a.p.a. ma anche sul "piano generale" dei suoi tratti tipologici v. E. BARCELLONA, *Commento agli articoli 2452-2461*, in *Della società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, nel *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, III, Torino, 2015, 38; e già G. FERRI, **Accomandatari e accomandanti nelle società in accomandita per azioni**, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 2; propendono invece per assegnare "limiti più circoscritti" al giudizio di compatibilità F. GALGANO e R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*³, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, XXIX, t. 1, Padova, 2003, 772.

⁶ Definitivamente superata – grazie anzi tutto a R. COSTI, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969, *passim* – la tesi della struttura "mista" della s.a.p.a., connessa all'ipotetica combinazione delle partecipazioni capitalistiche degli accomandanti a quelle di tipo personalistico degli accomandatari, sostenuta dalla dottrina più risalente (v. E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, 414; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*⁵, Napoli, 1963, 402): per una ricostruzione del dibattito v. E. BARCELLONA, R. COSTI e F. GRANDE STEVENS, *Della società in accomandita per azioni*, nel *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 2005, 1 ss.

⁷ Con la conseguenza che, pur potendo accomandanti e accomandatari essere considerati due diverse "categorie di soci" (così, tra i tanti, F. CORSI, *Società in accomandita per azioni*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1997, 235: considera invece l'affermazione quanto equivoca E. BARCELLONA, *op. cit.*, 14, nt. 19), non sussistono due corrispondenti "categorie di azioni" dotate di "diritti diversi" ex art. 2348 c.c. (e segnatamente per gli accomandatari del diritto di gestione della società, come invece sostenuto da G. FERRI, *Accomandatari*, cit., 15): v. in questo senso O. CAGNASSO e M. IRRERA, *Società in accomandita per azioni*, in *Noviss. dig. it., App.*, VII, Torino, 1980-1987, 308 nonché E. BARCELLONA, *op. cit.*, 15, nt. 21, che sottolinea piuttosto le possibili

personalistica che caratterizza questo tipo societario rispetto alla s.p.a. si risolve: *i)* nell'imporre che gli amministratori siano scelti tra le persone dei soci, i quali con l'accettazione della carica di amministratore assumono la qualifica di accomandatari e *(ii)* nella conseguente responsabilità personale e illimitata per le obbligazioni sociali che si affianca alla responsabilità gestoria, divenendo di fatto preminente⁸. Non a caso, la cessazione dalla carica di amministratore – per qualunque causa, compresa la revoca – sottrae il socio accomandatario dal rispondere “per le obbligazioni della società sorte posteriormente all'iscrizione nel registro delle imprese della cessazione dall'ufficio” (art. 2461, comma 2, c.c.), dovendosene inferire che l'amministratore cessato perde la veste di accomandatario e assume quella di accomandante⁹.

analogie con la fattispecie delle azioni con prestazioni accessorie ex art. 2345 c.c. nelle quali “l'obbligo di prestazione accessoria non inerisce oggettivamente al titolo sociale, ma soggettivamente al vincolo sociale del socio sul quale grava quell'obbligo”; O. DE CICCIO, *Commento agli artt. 2452-2461*, in *Codice delle società*², a cura N. Abriani, Torino, 2016, 1735.

⁸ Responsabilità patrimoniale alla quale fa però da contraltare un vero e proprio potere di veto spettante agli accomandatari amministratori sia in relazione alla sostituzione di singoli amministratori cessati dalla carica, che va approvata dagli accomandatari superstiti ai sensi dell'art. 2457, comma 1, c.c., sia in relazione alle modificazioni dello statuto, le quali devono anch'esse “essere approvate da tutti i soci accomandatari” ai sensi dell'art. 2460 c.c. Sull'importanza del potere di veto v. E. BARCELLONA, *op. cit.*, 8 e già R. WEIGMANN, *L'accomandita per azioni come cassaforte familiare*, in AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, 2522.

⁹ La “correlazione biunivoca” (così N. ABRIANI, *La società in accomandita per azioni*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, 5a ed., Milano, 2012, 275) tra la qualità di socio accomandatario e l'ufficio di amministratore non solo in fase di nomina alla carica (espressamente sancita dall'art. 2455 c.c. con l'affermazione che “i soci accomandatari sono di diritto amministratori”), ma anche in fase di cessazione dalla stessa è ormai pressoché unanimemente riconosciuta dalla dottrina (e v. E. BARCELLONA, *op. cit.*, 86; F. GALGANO e R. GENGHINI, *op. cit.*, 761; S. PESCATORE, *La società in accomandita per azioni*, in *La riforma del diritto societario. Commento ai d.lgs. nn. 5-6 del 17 gennaio 2003*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, 242). È stata nondimeno recentemente proposta da G. FERRI JR, *La società in accomandita per azioni*, in *Trattato delle società* diretto da V. Donativi, III, Milano, 2022, 1, una diversa ricostruzione interpretativa che ravvisa il “contenuto normativo” indefettibile della posizione e delle prerogative dell'accomandatario nel “potere individuale di veto in ordine alle modifiche statutarie”, circoscrivendo al solo momento della nomina il collegamento con la carica di amministratore, la cui revoca ex art. 2461 c.c., non richiedendo il consenso unanime degli accomandatari, sarebbe deliberata dall'assemblea ordinaria con le sole maggioranze previste per la sede straordinaria, “risultando, per ciò solo, inidonea a modificare l'atto costitutivo, e, in particolare, a privare l'amministratore revocato della qualità di accomandatario, e del relativo potere di veto, del quale pertanto costui potrà continuare ad avvalersi anche dopo la cessazione del rapporto di amministrazione” (pp. 25-26: in passato, l'idea che l'accomandatario continui a essere tale anche dopo la revoca dalla carica di amministratore è stata sostenuta da L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, IV, Padova, 1953-1057, 608 e da P. GRECO, *Lezioni di diritto commerciale*, Torino, 1944, 254; nello stesso senso, più di recente, anche B. LIBONATI, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2005, 436). Per un'efficace critica v. O. DE CICCIO, *op. cit.*, 1372; D.

Alcune considerazioni vanno fatte con riguardo all'ipotesi di una denuncia ex art. 2409 c.c. indirizzata a tutti gli accomandatari amministratori. Anzitutto, questi possono essere revocati giudizialmente e sostituiti da un amministratore giudiziario (comma 4), che non assume né la qualifica di accomandatario né alcuna responsabilità personale nei confronti dei terzi. Nella s.a.p.a. è però l'assemblea straordinaria a essere competente per la nomina e per la revoca degli amministratori accomandatari nonché per la loro sostituzione, sicché se l'assemblea competente ad attivare il meccanismo sostitutivo dei denunziati previsto dall'art. 2409, comma 3 al fine di sospendere il procedimento giudiziario è in ogni caso quella straordinaria, questa è chiamata a selezionare nell'ipotesi in parola soggetti dotati della "adeguata professionalità e competenza" richiesta dalla norma tra i soci accomandanti (disponibili a divenire accomandatari) o tra terzi disponibili a entrare nella compagine sociale come accomandatari, in entrambi i casi con l'assenso degli (altri) accomandanti¹⁰. Infine, se nella s.a.p.a. è ancora l'assemblea straordinaria a dover essere convocata (e presieduta), ai sensi dell'art. 2409, comma 6, dall'amministratore giudiziario al termine del suo incarico, questi dovrà anche in questo caso, qualora non intenda proporre la messa in liquidazione o il ricorso a uno strumento di regolazione della crisi¹¹, verificare la disponibilità dei soci accomandanti a nominare almeno uno di loro accomandatario/amministratore o a far entrare nella compagine sociale almeno un nuovo accomandatario. Ferma l'applicazione della specifica causa di scioglimento prevista dall'art. 2458, c.c. nel caso di mancata nomina di un amministratore tra gli accomandanti esistenti o di mancato ingresso di un nuovo accomandatario/amministratore nel termine di 180 giorni, sempre che la società non si trasformi in un tipo societario diverso dall'accomandita.

1.2 La società a responsabilità limitata. Prime considerazioni. In

VATTERMOLI, *Le accomandite per azioni all'alba del nuovo millennio*, in *Riv. soc.*, 2007, 685, spec. nt. 19; F. CORSI, *Le società in accomandita per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 16***, Torino, 2011, 720-721.

¹⁰ Nella seconda ipotesi attraverso la cessione di azioni da parte di uno o più accomandanti o tramite un aumento di capitale senza diritto di opzione.

¹¹ Per il coordinamento tra l'art. 2409 c.c. e il nuovo art. 120-bis c.c.i.i. v. *infra* nt 117.

relazione alla società a responsabilità limitata, invece, è il nuovo sesto e ultimo comma dell'art. 2477, aggiunto in coda all'articolo 2477 dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (c.c.i.i.: d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che rimanda all'art. 2409 c.c. dichiarandone applicabili le disposizioni anche se la società è "priva di organo di controllo"¹².

Si riprende così, anche per quanto concerne quest'ultima precisazione, il disposto del previgente art. 2488, comma 4, c.c.¹³ Se, però, questo appariva in linea con l'originario disegno del legislatore del '42, nel quale il regime della s.p.a. rappresentava anche per la s.r.l. un riferimento importante e ingombrante, se non un vero e proprio prototipo normativo come per la s.a.p.a.¹⁴ Non è così con riguardo all'attuale comma 6 dell'art. 2477, posto che la riforma delle società di capitali ha fatto perdere alla s.r.l. la sua connotazione di piccola società per azioni, differenziandone il modello organizzativo attraverso il riconoscimento all'autonomia statutaria della possibilità di valorizzare "le persone dei soci"¹⁵.

¹² Sembra trattarsi comunque di un mero rinvio. La tecnica del rinvio (sulla quale si vedano A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966, *passim*; R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Digesto pubbl.*, IX, Torino, 1994, 164; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, 164) è frequentemente utilizzata dalla legislazione, soprattutto speciale, in quanto consente di "evitare, a un tempo, dimenticanze e appesantimenti degli articolati normativi": così V. CARIELLO, *La disciplina "per derivazione" del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, 51.

¹³ Che poneva però la precisazione in apertura e non in coda: "Anche quando manca il collegio sindacale, si applica l'art. 2409". Sulle possibili ragioni della (rinnovata) precisazione v. *infra*, note 19-20 e testo corrispondente.

¹⁴ Vi era, in effetti, solo una manciata di norme effettivamente originali nell'originaria regolamentazione predisposta dal legislatore del '42 per la s.r.l., regolamentazione che in massima parte riproduceva o richiamava numericamente gli articoli del codice dettati per la s.p.a., la cui restante disciplina finiva però per essere comunque applicata dalla giurisprudenza attraverso il meccanismo dell'analogia. Con il singolare risultato di un ulteriore appiattimento della s.r.l. sul modello della s.p.a., comprimendo i margini di modellabilità in senso personalistico che pure erano stati lasciati dal legislatore consentendo alla s.r.l. di ricorrere, in maniera tutto sommato ampia, all'autonomia statutaria: v., per tutti, G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, VIII, Padova, 1985; in argomento cfr. anche A. GAMBINO, *Brevi note sul progetto di legge delega di riforma delle società di capitali non quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 210; V. DI CATALDO, *La società a responsabilità limitata nel disegno di legge delega per la riforma del diritto societario. Prime riflessioni sul nuovo regime*, in *La corporate governance nelle società non quotate*, a cura di S. Rossi e G.M. Zamperetti, Milano, 2001, 31.

¹⁵ Ma v., con riferimento al rapporto tra carattere personale e organizzazione della s.r.l., G.D. Mosco, *Funzione amministrativa e sistemi d'amministrazione*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba e G. Marasà, II, Milano, 2020, 1642, ove ult. rif.

Tant'è che con riferimento al controllo giudiziario la riforma del 2003 aveva circoscritto il rimedio alle sole società azionarie, escludendolo per converso dalla s.r.l., in coerenza con la sostanziale privatizzazione del sistema dei controlli sulla gestione che caratterizza questo tipo societario. Controlli che l'art. 2476 c.c. continua ad accentrare nelle mani di ogni socio estraneo all'amministrazione, titolare di penetranti poteri istruttori esercitabili senza che rilevi l'entità della sua partecipazione (comma 2) e legittimato ad avviare altrettanto individualmente l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, con possibilità di chiederne in via cautelare la revoca in presenza di quelle "gravi irregolarità nella gestione della società" che per l'art. 2409 c.c. costituiscono il presupposto oggettivo della denuncia al tribunale (comma 3), finendo per consentire nella s.r.l. l'accesso a un doppio binario per arrivare alla revoca degli amministratori (v. *infra*, paragr. 7.1)¹⁶.

Nondimeno, forse anche in ragione della sempre più rilevante diffusione della nuova s.r.l.¹⁷, si è registrato un crescente dissenso nei confronti dell'estromissione legislativa della denuncia al tribunale, considerata un rimedio non succedaneo al controllo individuale del socio *ex art.* 2476 c.c., ma a questo complementare¹⁸. Al punto che per due volte è stata sollevata a riguardo una

¹⁶ Che l'omissione di qualsiasi riferimento all'art. 2409 c.c. nella riformata disciplina delle s.r.l. non fosse una dimenticanza era peraltro apertamente dichiarato dalla *Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 6/2003*, che nelle s.r.l. considerava "superflua ed in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle ora previste dall'art. 2409" in quanto "sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte di ogni socio e dalla possibilità di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori" (par. 11). Per dubbi sulla costituzionalità dell'assetto complessivo dei controlli nella s.r.l. così delineato v. L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 488; S. AMBROSINI, *Il problema di controllo giudiziario nella s.r.l., tra tentazioni «correttrici» degli interpreti e dubbi di incostituzionalità*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 375.

¹⁷ Dall'estrazione di dati dal registro delle imprese effettuata dall'Osservatorio delle società e delle imprese istituito presso la Camera di commercio di Milano Monzabrianza Lodi, aggiornata al 31 dicembre 2021 (disponibile all'indirizzo <https://www.milomb.camcom.it/database-societario>) emerge, con riferimento alla distribuzione e all'andamento nel tempo delle tipologie di società adottate, che a fronte di una riduzione delle società di persone del 25,48% dal 2005 al 2021 vi è stato un significativo aumento del medesimo periodo del 63,51% società di capitali. Aumento che è stato trainato con forza dalle s.r.l., passate da 1.046.139 al 30 giugno 2005 a 1.775.716 al 31 dicembre 2021 (+69,74%).

¹⁸ V., tra i primi commentatori, G.C. RIVOLTA, *Il controllo giudiziario sulla gestione nel nuovo diritto delle società*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 755; D. CORAPI, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Soc.*, 2003, 1572 ss.; F. MAINETTI, *Commento all'art. 2409*, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario diretto*

questione di legittimità costituzionale, non riconosciuta fondata dalla Consulta. Quest'ultima nel suo secondo pronunciamento è sembrata, tuttavia, aprirsi alla soluzione interpretativa volta a circoscrivere il recupero dell'art. 2409 almeno alle s.r.l. munite di un organo di controllo, giustificato in ragione dell'estensione a quest'ultimo da parte dell'art. 2477, comma 4, c.c. delle regole della s.p.a. sul collegio sindacale, tra le quali sarebbe rientrata l'attribuzione del potere di denuncia¹⁹.

In ogni caso, già nella legge delega di riforma della materia fallimentare 19 ottobre 2017, n. 155 era indicato un principio e criterio direttivo relativo alla “applicabilità delle disposizioni dell'articolo 2409 alle società a responsabilità limitata, anche prive di organo di controllo” (art. 13, lett. f). Previsione poi trasfusa dal c.c.i.i. nell'attuale art. 2477, comma 6, c.c.²⁰, dando però luogo a varie

da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2014, 930-931; L. NAZZICONE, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409 c.c.: le novità della riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1078; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008, 197.

¹⁹ Il primo intervento della Consulta (Corte cost. 14-29 dicembre 2005, n. 481, in *Giur. comm.*, 2006, II, 798) si esprime a favore della legittimità della scelta legislativa, mentre Corte cost., 7 maggio 2014, n. 116, in *Notariato*, 2014, 393, dichiara inammissibile la questione sollevata da Trib. Tivoli 29 marzo 2012, in *Società*, 2013, 149 osservando che il giudice rimettente non aveva tenuto in considerazione le modificazioni apportate all'art. 2477 c.c. dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, e segnatamente l'esplicita previsione di applicabilità all'organo di controllo della s.r.l. delle disposizioni sul collegio sindacale di s.p.a. In giurisprudenza, per la proponibilità della denuncia da parte dei sindaci di s.r.l. si erano espressi Trib. Roma, 1° dicembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 81; Trib. Napoli, 14 maggio 2008, in *Società*, 2009, 1015; Trib. Milano 26 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, 500; Trib. Bologna 4 febbraio 2015, in *Società*, 2015, 636; Trib. Torino 17 aprile 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 2511; Trib. Milano 12 aprile 2018, in *Società*, 2018, 1192. Sulla posizione dell'assoluta inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. si sono invece attestati Trib. Bologna, 21 ottobre 2004, in *Società*, 2005, 357; Trib. Firenze, 25 ottobre 2011, in *Società*, 2012, 5; Trib. Napoli, 31 luglio 2018, in *Società*, 2019, 691 ss.; nonché, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 13 gennaio 2010, n. 403, in *Giur. comm.*, 2011, II, 500. Per una dettagliata ricostruzione del dibattito v. oggi A. PRINCIPE, **Art. 2409 c.c. e s.r.l.: un necessario reinserimento**, in *La società a responsabilità limitata. Un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 891; S. MASTURZI, *Tanto tuonò che piovve: la reintroduzione del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. nella s.r.l.*, il *Nuovo dir. soc.*, 2019, 845; S. VANONI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.r.l. alla luce del d.lgs. 14/2019*, *ivi*, 897; A. BERLOTTI, *Società per azioni. Collegio sindacale. Revisori. Denuncia al tribunale*, Torino, 2015, 548; G. ROMANO, *Denuncia al tribunale*, in *Trattato delle società* diretto da V. Donativi, II, Milano, 2022, 2184.

²⁰ Per N. ABRIANI, *Il sistema dei controlli nella s.r.l. tra modifiche del codice civile e Codice della crisi*, in *La società a responsabilità limitata. Un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 868-869, con questa norma “si ripristina (...) la situazione anteriore alla riforma societaria del 2003, facendo *tabula rasa* di tre lustri di dibattiti che avevano condotto a conclusioni univoche soltanto per le società prive di organo di controllo, nelle quali era unanime l'esclusione di un residuo spazio applicativo

difficoltà di ricostruzione dell'istituto, in particolare con riguardo al quadro complessivo delle legittimazioni previste dall'art. 2409, che nella s.r.l. si presenta complesso sia sotto il profilo soggettivo (*infra*, par. 3), sia sotto quello dell'imputazione delle irregolarità denunciabili dai vari legittimati (*infra*, par. 7).

2. Il ruolo della denuncia al tribunale nell'evoluzione normativa del sistema dei controlli sulla gestione societaria. Il ricorso al tribunale rappresenta oggi un presidio fondamentale del sistema dei controlli. In questo necessariamente integrato, però da considerare sotto il profilo concettuale (e non giuridico) tendenzialmente di ultima istanza; come, nel diritto societario, ogni ricorso all'autorità giudiziaria e qui tanto più non intervenendo dall'esterno ed *ex post*, ma incidendo sulla vita sociale mentre le irregolarità sono in corso. Un rimedio, dunque, da attivare allorché tutti gli altri meccanismi d'autonomia si siano rivelati insufficienti a (o incapaci di) prevenire e (o) reprimere condotte abusive degli amministratori²¹. Non ne vanno però enfatizzate caratteristiche quali l'episodicità e l'estraneità non solo alla sfera privata, ma allo stesso mercato

all'istituto del controllo giudiziario su iniziativa di frazioni più o meno qualificate del capitale sociale, potendo i soci promuovere rimedi accordati, in una prospettiva di autotutela privatistica, ad ogni componente della compagine sociale (segnatamente dai commi 2 e 3 dell'art. 2476 c.c.)".
²¹ Cfr, tra gli altri, G. FERRI, *Le società*², in *Tratt. Vassalli*, X, Torino, 1971, 794, 790; A. PIRAS, *Controlli interni ed esterni*, in *Il diritto delle società per azioni. Problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadessa e A. Rojo, Milano, 1993, 321; V. ALLEGRI, *Gli amministratori*, in AA. VV., *Diritto commerciale*³, Bologna, 1993, 305, che parla di un rimedio che "complet[a] gli strumenti previsti al fine di assicurare la corretta gestione della società, quando gli altri [...] si rivelino preclusi o inadeguati"; ma già A. GRAZIANI, *Diritto*, cit., 402 che si riferisce a "un'attività di controllo sulla ordinata gestione della società, limitata ai casi di maggiore gravità". Il fatto che "siano anzitutto i soci a comporre i loro dissidi" è "priorità logica di un'economia di mercato" secondo l'avviso di R. WEIGMANN, *Controlli e rimedi*, in *La riforma delle società per azioni non quotate*, a cura di M. Porzio, M. Rispoli Farina e G. Rotondo, Milano, 2000, 93. Più in generale, sul rapporto tra strumenti di autotutela ed eterotutela nel diritto societario, A. MUNARI, *Le società tra mercato, controllo giurisdizionale e autonomia privata*, in *Il diritto delle società tra controllo giurisdizionale e autonomia privata*, a cura di A. Munari e G.M. Zamperetti, Milano, 1997, 11; R. RORDORF, *Le minoranze azionarie tra autotutela ed eterotutela*, in *Soc.*, 2002, 286; S. ROSSI, *Autotutela ed eterotutela delle minoranze nel controllo giudiziario ex art. 2409*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 529, alla quale si rinvia anche per un parallelismo tra la denuncia al tribunale e istituti simili previsti dagli ordinamenti stranieri, ma con una più ridotta funzione informativa nei confronti dei soci, quali l'*expertise de gestion* dell'ordinamento francese e la *Sonderprüfung* tedesca (sui quali cfr anche F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità (art. 2409 c.c.): profili di diritto comparato. Gli ordinamenti francese, tedesco e spagnolo*, in AA. VV., *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità (art. 2409 c.c.). Rapporti tra volontaria giurisdizione e autonomia privata - Incontro di studio, Roma 5 febbraio 1999*, Roma, 2000, 111; N. DE LUCA, *Nota sulla recente riforma della Sonderprüfung nell'ordinamento tedesco delle società per azioni*, *ivi*, 145).

in senso lato, che spesso sottendono un alone negativo di rottura ingiustificata della libertà delle imprese e dei mercati²².

Dall'integrazione della denuncia nel sistema dei controlli deriva la necessità di un collegamento tra il versante interno e quello giudiziario di questi presidi, assicurato dalla valorizzazione – e non colpevolizzazione – dell'organo di controllo interno, distinguendo le irregolarità dei controllori e quelle dei gestori e attribuendo anche ai primi il potere di denuncia delle condotte censurabili dei secondi. Opzioni che, in effetti, attraversano oggi trasversalmente tutte le società di capitali, quale che sia il modello di amministrazione e controllo adottato e il grado di apertura al mercato del capitale di rischio della società. E che, nondimeno, rappresentano acquisizioni relativamente recenti per il nostro ordinamento, collocabili solo alla fine degli anni '90 del secolo scorso.

2.1. Dal codice di commercio del 1882 al codice civile del '42. Se il codice di commercio del 1882 già prevedeva (art. 153) la denuncia da parte della minoranza al tribunale di commercio del sospetto di una “grave irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci”, l'ingresso a pieno titolo della denuncia nel sistema dei controlli sulla gestione societaria è certamente un merito del codice del '42, che ha significativamente rafforzato gli strumenti di reazione del tribunale affiancando al potere di convocazione dell'assemblea previsto dal codice di commercio quelli “più ampi e penetranti” di revoca e sostituzione degli organi sociali con un amministratore giudiziario²³.

²² Caratteri che lo distanziano profondamente dalle altre tipologie di controlli esterni, e segnatamente da quelli svolti da autorità amministrative indipendenti, i quali sono caratterizzati sia dalla sistematicità, sia dall'appartenenza al mercato, sia pure in posizione sovraordinata e pubblicistica: G. PRESTI, *Il sistema dei controlli esterni sull'attività sociale*, in *Società*, 2005, 302; A. PIRAS, *op. cit.*, 322.

²³ Così la *Relazione Grandi*, cit., § 176, sottolineando che “mentre il codice vigente, anche nel caso in cui la denuncia risulti fondata, si limita ingenuamente a disporre che l'autorità giudiziaria rimetta la situazione nelle mani dell'assemblea, il nuovo codice attribuisce all'autorità giudiziaria poteri ben più ampi e penetranti”. All'amministratore giudiziario viene inoltre attribuito il potere di esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli organi sociali revocati, eliminando un ulteriore ostacolo all'efficienza del rimedio all'interno del sistema previgente, nel quale “la tutela della minoranza, paradossalmente, era affidata alla maggioranza” anche in presenza di una denuncia fondata (così R. TETI, *Il controllo giudiziario*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 556; l'evoluzione dell'istituto nel passaggio dal codice di commercio al codice civile è ricostruita anche da A. PRINCIPE, *Il*

Passata in secondo piano l'originaria funzione di fornire ai soci, tramite l'ispezione dei libri della società ordinata dal tribunale, informazioni utili ai fini di un consapevole esercizio delle loro prerogative, la denuncia si è così trasformata a pieno titolo in un "intervento non già diretto a spostare le responsabilità, ma a prevenire i danni"²⁴. Con un significativo rafforzamento²⁵ della tutela delle minoranze, realizzato aprendo una breccia nell'insindacabilità degli *interna corporis* delle società per azioni per consentire al tribunale un controllo non più orientato esclusivamente al risarcimento del danno cagionato alla società – dunque *ex post*, nell'ambito dell'azione sociale di responsabilità che l'art. 2393 continuava a riservare all'assemblea²⁶ – ma anche alla prevenzione del danno²⁷.

controllo giudiziario, cit., 19; S. ROSSI, *op. cit.*, 510; A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. Gli interessi tutelati*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 145).

²⁴ In questi termini già si esprimono i *Lavori preparatori del codice di commercio*, I, Roma, 1883, 428, con riferimento all'istituto previsto dall'art. 153 cod. comm., ma è evidente che in quel sistema la denuncia al tribunale raggiunge, al più, lo stesso obiettivo della "denuncia ai sindaci (art. 152 cod. comm.) e cioè rendere edotta l'assemblea di quei comportamenti degli amministratori, denunciati dai soci", non conosciuti dall'assemblea e "sfuggiti al controllo dei sindaci": R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 556.

²⁵ Sottolineato dalla *Relazione Grandi*, cit., § 177.

²⁶ Nel sistema di tutela degli interessi patrimoniali pregiudicati dalla gestione degli amministratori predisposto dal codice civile, il procedimento *ex art. 2409 c.c.* si configura per le minoranze anche come un "sostituto" dell'azione sociale di responsabilità (così R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 562-563; S. ROSSI, *op. cit.*, 511) nell'ipotesi, certamente possibile, in cui il rimedio sia esperito *ex post*, quando le irregolarità hanno già prodotto un danno, ferma la diversità di presupposti tra i due istituti, posto che già "nell'intenzione del legislatore dell' 82 [...] si era voluto sganciare l'intervento del tribunale da ogni questione relativa alla responsabilità degli amministratori": così A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale*, cit. 151. Questa funzione si scolorisce, tuttavia, con la successiva evoluzione normativa, che ha attribuito anche alle minoranze la possibilità di esercitare l'azione sociale di responsabilità, dapprima nelle quotate (art. 129 t.u.f., abrogato dal d. lgs. n. 37/2004) e poi in tutte le società per azioni (art. 2393-bis c.c.). Peraltro, mentre in origine il testo unico richiede alle minoranze il raggiungimento della medesima aliquota di capitale (5%) sia per presentare la denuncia al tribunale, sia per proporre l'azione sociale di responsabilità, dopo la legge sul risparmio quest'ultima aliquota è dimezzata in tutte le società aperte (comprese le quotate), mentre nelle società chiuse si assiste alla soluzione opposta (per proporre la denuncia *ex art. 2409 c.c.* è sufficiente il raggiungimento del decimo del capitale sociale e per l'azione di responsabilità il quinto): su queste scelte di disciplina, e per un tentativo di razionalizzazione, v. R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 563-564; R. LENER, *Controlli esterni e protezione delle minoranze nelle società quotate*, in *I controlli esterni nelle società quotate. Ordinamenti ed esperienze a confronto – Atti del Convegno del 23 giugno 2003*, a cura di C. Amatucci, Milano, 2005, 170.

²⁷ Cfr G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a.*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 16, t. 2, Torino, 1985, 600; V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze*, in *Giur. comm.*, 1980, II, 755; A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo societario sulle)*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 16; V. CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, 38, 129; M.J. BONELL, *Intervento giudiziario ex art. 2409 c.c. e gravi irregolarità*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, 223; R. PROVINCIALI, *Natura giuridica, impugnabilità*

Tuttavia, si alimentava al tempo stesso una contraddizione interna ai controlli, poiché formalmente non si abbandonava la configurazione del procedimento ex art. 2409 come un *posterius* rispetto alla denuncia di fatti censurabili al collegio sindacale (art. 2408 c.c.), da esperirsi nell'ipotesi di inerzia o inefficienza dell'intervento di quest'organo²⁸. In questo senso deponeva, più che la sequenza delle relative norme nell'impianto codicistico²⁹, la scelta di mantenere ancorata la denuncia al tribunale al presupposto di gravi irregolarità riferibili congiuntamente agli amministratori e ai sindaci³⁰, come già nell'art. 153 cod. comm.

Non mancava però la consapevolezza che, soprattutto in un sistema nel quale la carenza di poteri reattivi rendeva istituzionalmente inefficiente il controllo sindacale³¹, avallare il carattere di rimedio privo di autonomia alla denuncia al

e intervento nel procedimento ex art. 2409 c.c., in *Dir. fall.*, 1956, II, 312. Nel sistema delineato dal codice del '42, un analogo risultato di prevenzione non può essere conseguito neppure attraverso i rimedi c.d. demolitori, posto che nel codice civile vi è inizialmente un'unica ipotesi espressa di impugnazione delle deliberazioni consiliari, concernente il conflitto d'interessi (art. 2391 c.c.). Per il (diverso) orientamento prevalso in giurisprudenza e sulle nuove ipotesi di invalidità delle delibere consiliari introdotte dalla riforma del 2003 v. G.D. MOSCO, *Commento agli artt. 2380-bis-2389*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 632, ove ult. rif.

²⁸ V. A. PIRAS, *op. cit.*, 321-322.

²⁹ V. S. LA CHINA, *Società (Ispezione)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1152.

³⁰ A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale*, cit., 151 ricorda come l'abbinamento fra irregolarità degli amministratori e irregolarità dei sindaci, ereditato dall'art. 153 cod. comm., sia frutto di una "decisione frettolosa ma niente affatto casuale, poiché poneva il suggello ad una precisa e più ampia scelta già effettuata dal legislatore. Consentire l'intervento dell'autorità giudiziaria dietro denuncia dei soci o del p.m., pure in presenza di un perfetto comportamento del collegio sindacale (vale a dire quando, già per ipotesi, l'assemblea era stata investita dei provvedimenti da prendere sui «fatti censurabili» degli amministratori), significava sottrarre, in quello stesso momento, al gruppo di comando della società il potere di controllo sulla buona gestione dell'impresa sociale; significava, insomma, condizionare rigorosamente il dominio della maggioranza assembleare, invertendo una prospettiva e abbracciandone altra estranea, anzi, addirittura in contrasto con l'intero sistema del codice di commercio". Da qui la tesi del carattere residuale o sussidiario del rimedio.

³¹ La mancanza di adeguati poteri di reazione alle violazioni gestorie è stata tradizionalmente indicata dalla dottrina come una delle principali inefficienze della funzione di vigilanza dei sindaci costruita dal codice civile: cfr in tal senso, *ex plurimis*, G. FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, in AA. VV., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni – Atti del Convegno di Como 1-3 ottobre 1971*, Milano, 1972, 13, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990 (da cui si cita), 1203, secondo il quale alla "complessa attività di vigilanza che si puntualizza sul collegio sindacale e che si concreta in una giustapposizione di funzioni, talune di natura tecnico contabile, altre di natura più squisitamente amministrativa, [...] non corrispondono in verità poteri decisionali. [...] Il loro potere consiste nel riferire i fatti all'assemblea o tutt'al più nel fare delle proposte, mentre a questa e soltanto a questa spettano i poteri decisionali"; F. VASSALLI, *Sindaci (collegio dei): b) Diritto commerciale*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 736, il quale si chiede se la carenza di poteri

tribunale, quanto meno nel senso di presupporre irregolarità imputabili anche all'organo di controllo interno, avrebbe significato decretarne il fallimento sotto il profilo dell'effettività³². Tanto che dottrina e giurisprudenza reagivano al "grave difetto" di una disciplina normativa che non sganciava "le irregolarità dei sindaci dalle contemporanee irregolarità degli amministratori"³³ considerando sufficienti ai fini della denuncia le sole irregolarità degli amministratori ovvero, più frequentemente, addebitando ai sindaci generiche violazioni del dovere di vigilanza sancito dall'art. 2403 c.c., ancorché relative a fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli imputati agli amministratori³⁴.

reattivi in capo al collegio sindacale fosse realmente una 'carezza' della legislazione all'epoca vigente o, piuttosto, fosse "ricollegabile alla funzione, altrettanto limitata e strumentale, dello stesso ufficio sindacale nel vigente ordinamento", incentrata prevalentemente su attività di riscontro contabile. Non è un caso, infatti, che le più autorevoli proposte di riforma del collegio sindacale formulate prima del d. lgs. n. 6/2003 suggerissero esplicitamente l'introduzione nel nostro ordinamento del sistema dualistico e, dunque, la sostituzione del collegio sindacale col consiglio di sorveglianza al fine di superare l'imbarazzo di attribuire ai sindaci incisivi poteri reattivi (da C. VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 309 ss.; passando per G. FERRI, *op. ult. cit.*, 1204, fino a ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Rapporto sulla società aperta. Cento tesi per la riforma del governo societario in Italia*, Bologna, 1997, 71 ss.).

³² Effettività da intendersi collegata "alla reale applicazione e (o) al rilievo operativo" dell'istituto: per questa e altre accezioni del termine cfr G.D. MOSCO, *Introduzione*, in *Studi sull'effettività delle regole societarie*, Roma, 2011, 10. L'idea che, ai fini della denuncia ex art. 2409 c.c., le irregolarità degli amministratori non potessero essere disgiunte da quelle dei sindaci, in un primo momento prevalente in dottrina e giurisprudenza (D. PETTITI, *Sul procedimento di denuncia al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 281; V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'art. 2409 c.c. nel sistema dei controlli sulla società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 708; G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 5, Torino, 1988, 196, e ID., *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padova, 1965, 100; G. FERRI, *Le società*, cit., 790; App. Catania, 20 dicembre 1969, in *Dir. fall.*, 1970, II, 512; App. Cagliari, 3 settembre 1976, in *Giur. comm.*, 1977, II, 509) è stata gradualmente superata: v. G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 595; e già G.E. COLOMBO, *Recensione a G.U. Tedeschi*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 238; G. COTTINO, *Società per azioni*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1970, 642, nt 4; Trib. Reggio Emilia, 1° settembre 1986, in *Società*, 1987, 179; Trib. Torino, 15 settembre 1989, *ivi*, 1990, 778; Trib. Cassino, 19 aprile 1991, *ivi*, 1991, 1520; Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103.

³³ A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo societario sulle)*, cit., 13, il quale considera tuttavia possibile "che a base della denuncia siano posti fatti che riguardano comportamenti irregolari dei sindaci, peraltro non direttamente collegati alle irregolarità contemporaneamente denunciate degli amministratori [...]. Motivo che appunto giustifica nella logica del legislatore – e sempre che quelle diverse irregolarità sussistano – l'inutilità del passaggio attraverso il controllo interno (ex art. 2408 c.c.), presupponendosi di già la sua inefficienza".

³⁴ Così, per esempio, Trib. Roma, 12 agosto 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, 37. In realtà, in un sistema in cui i sindaci sono sprovvisti di poteri di reazione è abbastanza agevole addebitare loro un'omessa vigilanza sulle irregolarità degli amministratori e, di conseguenza, associarli costantemente agli amministratori in un procedimento di denuncia ex art. 2409 c.c. Del resto, anche il tentativo di superare per via interpretativa il riferimento congiunto alle irregolarità di amministratori e sindaci contenuto nell'art. 2409 c.c. – proposto da G. DOMENICHINI, *Il controllo*

In definitiva, superato il presunto ostacolo rappresentato dall'art. 2408 c.c., le due forme di controllo sulla gestione – dell'organo a ciò deputato e giudiziario – hanno iniziato a rappresentare due sponde realmente diverse del sistema dei controlli societari: il che ha spianato la strada al predominio della denuncia al tribunale nel panorama dei controlli societari attivabili dalla minoranza³⁵.

2.2. Il testo unico della finanza del 1998. The State A livello normativo, invece, fino alla riforma del 2003 l'evoluzione del sistema dei controlli ha interessato nella sostanza solo le società quotate e quelle vigilate, in particolare banche e assicurazioni. E anche per queste solo marginalmente il controllo giudiziario³⁶ per concentrarsi, invece, sul versante endo-societario dei controlli – per la prima volta anche su quello dell'*internal control* – nel tentativo di colmarne il *gap* di efficienza ed effettività rispetto agli altri presidi³⁷.

In particolare, la nuova architettura dei controlli endosocietari disegnata con riferimento alle quotate dal t.u.f. del 1998 ha rivitalizzato il collegio sindacale sottraendogli le storiche competenze di riscontro contabile per incentrarne l'attività di controllo sui contenuti della gestione³⁸. Il mantenimento del controllo giudiziario³⁹ e l'attribuzione al collegio del potere di denuncia al tribunale operata

giudiziario, cit., 597 sull'assunto che "la regolarità della gestione è una finalità che il legislatore ha mostrato di voler perseguire anche contro la volontà della maggioranza", a tal fine consentendo al tribunale di adottare provvedimenti "che vanno ben oltre la semplice convocazione dell'assemblea (com'era invece nel codice di commercio)" – non è esente da critiche: e vedile riassunte in A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo societario sulle)*, cit., 13.

³⁵ Alla fine del secolo scorso, R. ALESSI, *Art. 2408 e dintorni: le iniziative dei sindaci*, in *Controlli societari e governo dell'impresa*, a cura di Predieri, Torino, 1999, 172 sottolineava che da una semplice ricerca giurisprudenziale si evinceva l'autonomia delle denunce ex artt. 2408 e 2409, concludendo che: "a) i sindaci agiscono e controllano poco, né i soci percepiscono le loro iniziative come rilevanti, ricorrendo poche volte alla denuncia ex art. 2408 c.c. e, b) quando vi è una verifica di fatti censurabili da parte dei sindaci, essa si svolge comunque in maniera non traumatica e *non sfocia quasi mai in un contenzioso*".

³⁶ Con l'estensione delle gravi irregolarità denunciabili a quelle della società di revisione operata dall'art. 2, comma 8, d.p.r. 31 marzo 1975, n. 136, poi abrogato dall'art. 214, comma 1, lett. t), t.u.f.

³⁷ G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Lo scudo e la lancia nella guerra dei "subprimes": ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli*, in *AGE*, 2009, 92.

³⁸ G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Lo scudo e la lancia*, cit., 94.

³⁹ Sulla cui opportunità si era discusso: v. ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *op. cit.*, 123. E anche dopo il t.u.f. cfr G. BISOGNI, *Il dibattito all'interno della commissione interministeriale per la riforma del diritto societario*, in AA. VV., *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità (art. 2409 c.c.)*.

dall'art. 152 sono state scelte rilevanti per dare forza effettiva a questa ridefinizione funzionale. I sindaci, infatti, si sono visti per la prima volta riconoscere un potere di reazione nei confronti degli abusi gestori indispensabile per svolgere in maniera efficiente i propri compiti di vigilanza e per avere la concreta possibilità di dissociare le proprie responsabilità da quelle dei soggetti controllati⁴⁰. Dissociazione che l'art. 152 t.u.f. delineava anche facendo conseguire alla denuncia di irregolarità degli amministratori da parte del collegio sindacale la facoltà per il tribunale di revocare solo questi ultimi⁴¹.

L'attribuzione al collegio sindacale del potere di avviare il procedimento di controllo giudiziario operata dall'art. 152 t.u.f. ha dunque portato a compimento quella "proficua combinazione tra controllo esterno e controllo interno"⁴² che già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice del '42 la dottrina più attenta considerava fondamentale per la tutela degli investitori.

Rapporti tra volontaria giurisdizione e autonomia privata - Incontro di studio, Roma 5 febbraio 1999, Roma, 2000, 106.

⁴⁰ Cfr P. MAGNANI, *Commento all'art. 152*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Commentario*, a cura di P. Marchetti e L.A. Bianchi, II, Milano, 1999, 1775; C. RABITTI BEDOGNI, *Commento all'art. 152*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria. Commentario al d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di C. Rabitti Bedogni, Milano, 1998, 808; G. CAVALLI, *Commento all'art. 152*, in *Testo unico della Finanza. Commentario*, diretto da G.F. Campobasso, II, Torino, 2002, 1269, che parla di completamento del "momento sanzionatorio del controllo sindacale [...] in termini decisamente innovativi; diversamente G. MUSCOLO, *La legittimazione dei sindaci delle s.p.a. quotate alla denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *Società*, 1998, 757, che attribuisce alla disposizione contenuta nell'art. 152, comma 1, t.u.f. valenza ricognitiva di un orientamento giurisprudenziale che già sanzionava la mancata sollecitazione del potere di denuncia del p.m. da parte del collegio (su cui v. *infra*, nt 85). Per S. AMBROSINI, *Commento all'art. 152*, in *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, a cura di G. Cottino, Torino, 1999, 300, la legittimazione alla denuncia del collegio sindacale confermerebbe il rilievo di interessi esterni alla società nel procedimento ex art. 2409 c.c.; ma v., in senso contrario, per la neutralità della legittimazione dell'organo di controllo nel dibattito sugli interessi tutelati dalla denuncia, G. CAVALLI, *Commento all'art. 152*, cit., 1270; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 783784.

⁴¹ G. CAVALLI, *Commento all'art. 152*, cit., 1269-1270; M. BUSSOLETTI, *Procedimento ex art. 2409 c.c.: nuove legittimazioni nel quadro dei controlli sulle società quotate*, in *Giur. comm*, 2000, I, 342, parla di "importantissima innovazione" che avrebbe realizzato una "rottura del fronte comune amministratori-sindaci nell'organizzazione delle società quotate".

⁴² In questi termini G. COTTINO, *Legge di programmazione e società per azioni: riforma anno primo?*, in *Arch. giur.*, 1968, 141, osservando che a tal fine sarebbe stato opportuno "un rinvigorimento dell'organo sindacale"; considera il giudizio frutto di una "eccessiva fiducia nel sistema" dei controlli all'epoca vigente C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, 2008, 245.

2.3 La riforma societaria del 2003. La riforma del diritto societario del 2003 ha esteso a tutte le s.p.a. l'imputazione ai soli amministratori delle "gravi irregolarità", apportando inoltre all'istituto una serie di novità volta a salvaguardare per quanto possibile l'autonomia della società che, però, ai più è sembrata andare nella direzione di un depotenziamento del rimedio, in controtendenza rispetto al processo di rafforzamento del sistema dei controlli societari che ha caratterizzato l'evoluzione del nostro ordinamento societario e con almeno il rischio di un *vulnus* delle minoranze⁴³.

La riforma, che sul versante dei controlli interni si è limitata a estendere a tutte le società per azioni le scelte compiute dal t.u.f., con riferimento al controllo giudiziario è infatti intervenuta direttamente sui presupposti della denuncia e sullo svolgimento del procedimento, nonostante la mancanza nella legge delega di indicazioni in tal senso⁴⁴ e la buona prova data dall'istituto nei sessant'anni di vigenza del codice civile. Le "gravi irregolarità" sono state connotate con dei requisiti ulteriori, dalla necessaria inerenza alla "gestione", fino, soprattutto, all'idoneità ad "arrecare danno alla società o ad una o più società controllate".

⁴³ V., con specifico riferimento al requisito del danno, *infra*, paragr. 5, anche per i riferimenti alle diverse posizioni degli interpreti, non tutti convinti dell'effettiva portata negativa, in termini di rilievo del controllo giudiziario, delle novità legislative. Sul depotenziamento del controllo giudiziario e sull'inversione di rotta del legislatore v. per es. S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 818. In argomento anche G.C. RIVOLTA, *op. cit.*, 755, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le "gravi irregolarità" nell'amministrazione della società per azioni*, Milano, 2005, 2 e G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 134.

⁴⁴ La legge delega per la riforma del diritto societario n. 366/2001 si occupa del controllo giudiziario soltanto: (i) all'art. 4, comma 2, n. 4, per richiedere l'introduzione della legittimazione alla denuncia del collegio sindacale e dei corrispondenti organi di controllo dei sistemi alternativi di *governance* nelle sole società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e senza dunque menzionare alcuna modifica ai presupposti dell'istituto; (ii) all'art. 5, comma 2, lett. g), per l'estensione della denuncia alle cooperative diverse da quelle costituzionalmente riconosciute. Si è perciò dubitato della legittimità costituzionale delle modifiche introdotte all'art. 2409 c.c. dal d. lgs. n. 6/2003 sotto il profilo dell'eccesso di delega: v. E. DALMOTTO, *Commento all'art. 2409*, in *Il nuovo processo societario*², diretto da S. Chiarloni, II, Bologna, 2008, 1494; C. MONTAGNANI, *Il controllo cit.*, 1112, secondo cui "l'impressione che si traeva dalla delega e che, in corso d'opera, fu confermata da incolte quanto insincere dichiarazioni di chi la stava attuando [...], era che la riforma non avrebbe inciso sull'art. 2409 c.c., se non, nelle società azionarie, per legittimare, direi *espressamente*, i componenti dell'organo di controllo"; V. SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, in *Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari. Collegio sindacale – Controllo contabile*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, 305, e ID., *La riforma del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Società*, 2002, 1329.

Inoltre, è stato previsto il blocco temporaneo del procedimento se, dopo la denuncia, è la stessa società a intervenire per accertare la sussistenza delle violazioni e per porvi rimedio.

Non si può escludere che la volontà del legislatore del 2003 fosse proprio quella di addivenire a un “risultato di «deflazione» del controllo giudiziario sulla gestione della società”. Non è però certo che si sia voluto puntare a una riduzione non solo quantitativa ma anche qualitativa⁴⁵ e, comunque, si può dubitare che l'intenzione sia effettivamente riuscita a trovare un riscontro normativo oggettivo tale da obbligare gli interpreti a prenderne semplicemente atto e a comportare, in ogni caso, un effettivo ridimensionamento dell'istituto, che la pratica sembra in effetti smentire⁴⁶.

2.4 Il Codice della crisi del 2019. A ogni buon conto, a rinvigorire a livello normativo l'istituto ha provveduto, a distanza di quindici anni dalla riscrittura dell'art. 2409 da parte della riforma del diritto societario, il codice della crisi del 2019, che ha nuovamente mutato il delicato equilibrio che si era venuto a creare nella regolamentazione.

Sebbene l'unica modifica direttamente apportata all'istituto dal d. lgs. n. 14/2019 sia consistita nel suo reinserimento nella disciplina delle s.r.l., già nella legge delega di riforma della materia fallimentare questo reinserimento veniva collegato al dovere – oggi sancito dal comma 2 dell'art. 2086 c.c. e introdotto dall'art. 375, comma 2, del c.c.i.i. a carico di qualsiasi imprenditore “che operi in forma societaria o collettiva – “di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità

⁴⁵ S. ROSSI, *op. cit.*, 547; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario*, cit., 120, ricostruendo la storia della riforma, giudica il mutamento di rotta del legislatore con riferimento all'art. 2409 c.c. come “frutto di un compromesso”, affermando che “controverso non è stato il riconoscimento della presenza di interessi collettivi nella corretta gestione societaria ma lo strumento per tutelare questi interessi: se cioè potessero essere garantiti dal gioco del mercato o, invece, dovesse essere mantenuto lo stesso assetto costruito dal legislatore del '42”.

⁴⁶ La norma, del resto, risente “in modo particolare delle condizioni di contesto in cui [...] si trova ad operare, [...] quasi a rappresentare il punto di rilevazione dei valori in esso dominanti”: S. ROSSI *op. cit.*, 504. Per l'imprescindibilità di un'interpretazione sistematica dell'istituto già G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 592.

aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale". E, con un tormentato percorso di revisione normativa nella regolamentazione dell'incidenza della previsione sui diversi tipi societari, in tutti è stato stabilito che "l'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori"⁴⁷.

Per tale via ha assunto rilievo onnicomprensivo per le società, e in genere per le imprese entificate, la scelta compiuta dalla riforma del 2003 con riguardo alla s.p.a. (art. 2381 c.c.) di fare degli assetti il primo campo d'attuazione, sotto il profilo logico e temporale, dei doveri degli amministratori – anche, ma non solo, in funzione di una possibile crisi e della perdita del *going concern* – indicando nella loro adeguatezza una specificazione dei criteri di condotta ai quali gli amministratori devono attenersi allorché li configurano, attuano e verificano nel loro concreto funzionamento⁴⁸.

In questa prospettiva, nelle società di capitali la denuncia al tribunale costituisce oggi anche uno strumento di controllo sull'adeguatezza degli assetti e, pure grazie al requisito della potenzialità del danno fortemente criticato dopo la riforma del 2003 (ma comunque meno stringente del danno effettivo rilevante nelle azioni di responsabilità), riacquista una funzione generale di natura

⁴⁷ Il successivo art. 377 c.c.i.i. prevedeva con una norma sostanzialmente identica per tutti i tipi societari – e dirompente per società di persone e s.r.l. – la sostituzione del primo comma degli artt. 2257, 2380-*bis*, 2409-*novies*, 2475 del codice civile per affermare che "la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale". Fortunatamente il decreto correttivo 26 ottobre 2020, n. 147 con l'art. 40 ha diversamente articolato l'incidenza della previsione sui vari tipi societari, ora sostituendo (per tutti i tipi, salvo la s.p.a.), ora integrando (per la s.p.a.) il primo comma degli articoli sopra indicati, con conseguenze diverse pur sempre disponendo che "l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori". È venuta dunque meno l'incomprensibile attribuzione in via esclusiva della gestione agli amministratori nelle società di persone (e nella s.r.l.), ben difficilmente conciliabile con la ripartizione dei poteri di gestione in queste società: in argomento v., anche per ult. rif. G.D. MOSCO, *Il riparto delle competenze gestionali nelle s.r.l. dopo il codice della crisi*, in *Riv. soc.*, 2019, 1032; ID., *Funzione amministrativa*, cit., 1625 e ID., *L'amministrazione delle società di persone*, cit., 607.

⁴⁸ V. G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019, 130, e con specifico riferimento all'orientamento degli assetti in funzione della crisi ID., *Gli amministratori, il tribunale e il convitato di pietra* negli artt. 120-bis e 120-quinquies del codice della crisi, in AGE, 2023, 187, spec. 192.

preventiva volta anche “all’orientamento delle condotte e alla loro disciplina dall’esterno”⁴⁹.

Se oggi l’art. 2409 c.c. si inserisce indubbiamente in un quadro normativo caratterizzato dalla moltiplicazione dei meccanismi di protezione della società dalle condotte abusive degli amministratori e dal forte rafforzarsi dei poteri di controllo⁵⁰, non sembra dunque tramontata l’esigenza che il controllo giudiziario rappresenti il meccanismo di vivificante chiusura degli strumenti di controllo societario⁵¹.

3. I legittimati attivi alla denuncia nelle s.p.a. e nelle s.r.l. 3.1. Il problema dei legittimati nelle s.r.l. aperte. Il raffronto tra s.p.a. e s.r.l. reso necessario dal ripristino del rimedio in quest’ultimo tipo societario suggerisce di sciogliere anzi tutto il nodo interpretativo della legittimazione attiva, connesso da un canto allo scalino normativo tra s.p.a. chiuse e aperte presente nell’art. 2409 c.c. con riferimento alle “società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio”, dall’altro canto alla possibilità (extra-codicistica) che oggi ha la s.r.l. di ricorrere al mercato del capitale di rischio.

Sotto il primo profilo, solo il potere di denuncia attribuito dal comma 7 dell’art. 2409 all’organo di controllo resta indifferente al ricorso al mercato del capitale di rischio da parte della società. Mentre lo diventa, anzitutto, per gli azionisti di minoranza, poiché la loro legittimazione è collegata dal primo comma al raggiungimento di una quota di partecipazione al capitale che nelle società

⁴⁹ Così A. BENOCCI, *op. cit.*, 466. L’espressione è stata poi ripresa da A. PRINCIPE, Art. 2409 c.c. e s.r.l., cit., 894 e da G. ROMANO, *op. cit.*, 2182.

⁵⁰ Non mancano peraltro sovrapposizioni e sovrapposizioni che fanno apparire il sistema dei controlli sulla gestione interni alla società “alla stregua di un grande ma dissestato mosaico, con tasselli mancanti, altri che si sovrappongono tra loro e tutti, o quasi, impossibilitati a combaciare perfettamente” (G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Lo scudo e la lancia*, cit., 99). La recente legge “Capitali” n. 21/2024 ha inserito tra i principi e i criteri direttivi della legge delega per la riforma del t.u.f. prevista dal suo art. 19 quello (lett. h) di “assicurare un sistema coerente e integrato dei controlli interni, eliminando sovrapposizioni o duplicazioni nelle funzioni e strutture di controllo”. Vanno comunque considerati anche i nuovi e importanti strumenti di tutela giudiziaria che si affiancano alla denuncia al tribunale, dall’azione sociale di responsabilità, che non è più prerogativa della maggioranza azionaria, ma può essere esercitata sia dalla minoranza, sia dal collegio sindacale a maggioranza di due terzi dei suoi componenti (art. 2393, comma 3, c.c.), alle ipotesi di impugnazione delle deliberazioni consiliari contenute all’art. 2388 c.c.

⁵¹ *Retro*, all’inizio di questo paragr.

aperte è dimezzata rispetto a quelle chiuse (un ventesimo anziché un decimo).

Inoltre, l'apertura al mercato della s.p.a. determina la legittimazione anche del pubblico ministero, esclusa per le società chiuse dal comma 7 dell'art. 2409 (per le società quotate v. *infra*, par. 3.2 e 3.3).

Sotto il secondo profilo, oggi ogni s.r.l. può astrattamente offrire al pubblico le proprie quote di partecipazione, pur se rimane una prerogativa delle s.r.l.-PMI la creazione di categorie di quote fornite di diritti diversi⁵², suscettibili di circolare sia attraverso il regime di scritturazione contabile per il tramite di intermediari abilitati alla prestazione di servizi di *crowdfunding* già previsto dall'art. 100-ter t.u.f., sia attraverso il nuovo, vero e proprio regime di dematerializzazione in gestione accentrata ex art. 83-bis t.u.f.⁵³

Ne inferisce che occorre domandarsi se vanno estese alle s.r.l. aperte le legittimazioni attive contemplate dall'art. 2409 per le s.p.a. che fanno ricorso al

⁵² La chiusura del tipo s.r.l. è stata progressivamente scardinata da una serie di interventi legislativi (adottati a partire dal 2012 nella discutibile forma della decretazione d'urgenza) che ha creato nuove figure di s.r.l. presentandole formalmente come eccezioni allo *standard* codicistico di società impossibilitata a interagire col mercato del capitale di rischio. Ha cominciato il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 prevedendo a favore delle *start-up* innovative contestualmente introdotte nel nostro ordinamento alcune vistose deroghe al diritto societario comune, tra le quali spiccava per quelle costituite in forma di s.r.l. la possibilità che le loro quote di partecipazione fossero oggetto di offerta al pubblico sul mercato dei capitali, in particolare tramite portali di *crowdfunding*. Possibilità che il successivo d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 ha esteso, insieme al restante regime societario di favore originariamente riservato alle sole *start-up* innovative, alla nuova figura di P.M.I. innovativa costituita in forma di s.r.l., che è stata così autorizzata – oltre che a raccogliere capitali attraverso portali online – a prevedere categorie di quote con contenuto e diritti diversi, a compiere operazioni sulle proprie partecipazioni se connesse all'attuazione di piani di incentivazione a favore di dipendenti e collaboratori nonché emettere strumenti finanziari. Due anni dopo il d.l. 24 aprile 2017, n. 50, sostituendo con l'acronimo "PMI" i riferimenti alle *start-up* innovative contenuti nelle norme derogatorie del diritto societario comune dettate dai commi 2, 5 e 6 dell'art. 26, d.l. n. 179/2012, le ha rese generalmente applicabili a tutte le PMI costituite sotto forma di s.r.l. indipendentemente dal carattere innovativo. Un ulteriore avanzamento nel processo di apertura della s.r.l. è stato compiuto in sede di attuazione interna del Regolamento (UE) 2020/1503 sui servizi di *crowdfunding* da parte del d. lgs. 10 marzo 2023, n. 30, il cui art. 1, comma 1, lett. d) ha sostituito integralmente il primo comma dell'art. 100-ter t.u.f. prevedendo in via generale – dunque, senza più alcun riferimento alle sole PMI – che le quote di partecipazione delle s.r.l. possano costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari anche attraverso le piattaforme di *crowdfunding*, in deroga all'art. 2468, comma 1, c.c., ma senza estendere a tutte le s.r.l. le sopra indicate deroghe codicistiche. Su questa evoluzione v. da ultimo, anche per ult. rif., P.P. PIRANI, *Verso la s.r.l. aperta: ultimo atto?*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2024, par. 3, consultato per cortesia dell'A.

⁵³ Sull'alternatività tra i due regimi v. oggi F. ANNUNZIATA, *Commento all'art. 3*, in *Commentario alla legge capitali. Legge 5 marzo 2024, n. 21*, a cura di P. Marchetti e M. Ventoruzzo, Pisa, 2024, 6; ASSONIME, *Circolare n. 6 del 13 marzo 2024 – Legge 5 marzo 2024, n. 21: interventi a sostegno della competitività del mercato dei capitali*, 19.

mercato del capitale di rischio, vale a dire quella spettante alla minoranza rappresentante il 5% del capitale sociale e quella del pubblico ministero⁵⁴.

Pur se il generico riferimento dell'art. 2325-*bis* alle “società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio”, per di più ai fini dell'applicazione dell'intero Titolo V (“Delle società”) e non del solo Capo V appositamente dedicato alla s.p.a., potrebbe orientare verso una risposta positiva, è lo stesso combinato disposto dell'art. 2325-*bis* e del nuovo art. 2325-*ter* a indicare in termini puntuali quali siano le società da considerarsi tali. Società che, oltre a quelle quotate su mercati regolamentati, sono solo le “società per azioni” (come prevede lo stesso art. 2325-*bis*) che rientrano nella definizione ora contenuta nell'art. 2325-*ter*, anch'essa incentrata su azioni e azionisti. Società, dunque, tra le quali non sembra possano rientrare le società con “quote” – e non azioni – diffuse. S.r.l. che del resto dovrebbero rispettare tutti i requisiti indicati da quest'ultimo articolo⁵⁵, sempre che si giudichino compatibili con il tipo societario

⁵⁴ In un quadro normativo che nel complesso appare frammentato e privo di logica e organicità, sono state avanzate proposte volte a ricostruire in via ermeneutica uno statuto normativo della s.r.l. aperta: ora attraverso l'interpretazione adeguatrice, se non addirittura la disapplicazione, di alcune regole organizzative dettate dal codice per la s.r.l., per esempio quelle relative alle prerogative individuali di controllo spettanti al socio ex art. 2476, comma 2, valorizzando nei limiti del possibile il ruolo dell'autonomia statutaria in questa delicata attività di adattamento; ora attraverso l'applicazione, estensiva o analogica, di altre regole organizzative proprie della s.p.a., e in particolare di quelle applicabili alle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio, considerate espressione di principi trasversali e trans-tipici connessi alla raccolta di tali capitali. In argomento cfr M. CIAN, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.*, 2018, 819 ss.; ID., *Dalla s.r.l. a base personalistica alle quote “finanziarie” e alla destinazione ai mercati: tante s.r.l.?*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 28; P. BENAZZO, *Categorie di quote, diritti di voto e governance della “nuovissima” s.r.l.: quale ruolo e quale spazio per la disciplina azionaria nella s.r.l. P.M.I. aperta?*, in *Riv. soc.*, 2018, 1459; Cagnasso, *S.r.l. aperta*, in **Digesto Disc. Priv. – sezione comm.**, Aggiornamento IX diretto da R. Sacco, Torino, 2022, 315. Si tratta di proposte condivisibili in una prospettiva *de iure condendo*, che cercano di dare soluzione a lacune e incongruenze regolatorie che minano la concreta fruibilità dell'apertura al mercato della s.r.l. Proposte, però, che allo stato devono fare i conti con l'imperatività di molte delle disposizioni il cui ambito di applicazione dovrebbe essere ridotto o per converso esteso per comporre in via interpretativa lo statuto proprio della s.r.l. aperta, oltre a portare a un dettato normativo a geometria variabile anch'esso e assai più in contrasto con le esigenze di certezza delle regole applicabili: cfr. A. CETRA, *Le s.r.l.-P.M.I.: disciplina legale e autonomia statutaria*, in *Banca borsa*, 2020, 830; P.P. PIRANI, *op. cit.*, paragr. 5.

⁵⁵ Ormai, d'altra parte, non più tali da individuare società che facciano in effetti ricorso al mercato del capitale di rischio, considerato che l'art. 2325-*ter* non riporta più le c.d. condizioni qualitative che dimostrano il ricorso (volontario) a questo mercato, in passato previste dal comma 2 dell'articolo 2-*bis* del Regolamento Emittenti (adottato con delibera Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modificazioni, di seguito Reg. Emittenti): v. ASSONIME, *Circolare n. 6*,

in questione⁵⁶. E che sarebbero pertanto da contare sulle dita di una mano, già essendo ridottissime le s.p.a. che li integrano⁵⁷.

3.2. La minoranza. Il primo potere di denuncia a essere menzionato nella norma è quello della minoranza. Una legittimazione “storica”, come detto l’unica prevista nell’originaria regolamentazione dell’istituto da parte del codice di commercio e che oggi sopravvive, pur ancorata al raggiungimento di soglie di capitale differenti, in tutte le società di capitali, a prescindere dal tipo e dalla stessa quotazione.

In relazione a quest’ultima precisazione, va subito sgombrato il campo da un possibile equivoco ingenerato dalla singolare tecnica di innesto normativo utilizzata dall’art. 152 t.u.f., la cui attuale formulazione (i) ripropone in maniera sovrabbondante la legittimazione del collegio sindacale, e degli organi corrispondenti nei sistemi alternativi di *governance*, già prevista per tutte le società per azioni dal comma 7 dell’art. 2409 c.c. (comma 1) e (ii) regola una legittimazione alla denuncia ulteriore rispetto alle ipotesi contemplate dall’art. 2409 c.c., che è quella della Consob nel caso sospetti gravi irregolarità dell’organo di controllo.

L’art. 152 omette invece di menzionare le altre due legittimazioni disposte dall’art. 2409 c.c., quella del pubblico ministero e quella dei soci di minoranza⁵⁸, col singolare risultato di suscitare il dubbio che la Consob non integri il novero dei legittimati attivi in base all’art. 2409 c.c., ma sostituisca nelle società quotate

cit., 43-44; nonché, in diversa prospettiva, E. LA MARCA, *Commento all’art. 4*, in *Commentario alla legge capitali. Legge 5 marzo 2024, n. 21*, a cura di P. Marchetti e M. Ventoruzzo, Pisa, 2024, 10.

⁵⁶ Compatibilità esclusa da S. VANONI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.r.l.*, cit., 915 e N. ABRIANI, *Il sistema dei controlli*, op. cit., 870.

⁵⁷ V. ancora G.D. MOSCO, *Le società con azioni diffuse*, cit., 871. Ancora a febbraio 2024 per la Consob le s.p.a. con capitale diffuso erano in tutto 58 (a fronte di circa 35.000 s.p.a.), delle quali solo 27 non appartenenti al settore finanziario.

⁵⁸ Nell’art. 2409 la legittimazione del p.m. e degli organi di controllo è individuata attraverso una formula diversa da quella relativa ai soci (e alla Consob nell’art. 152 t.u.f.): possono richiedere l’adozione dei provvedimenti previsti dall’art. 2409, non denunciare i fatti al tribunale. La diversità della formula probabilmente rifletteva in origine il diverso ruolo del p.m., che è parte dell’ordinamento giudiziario, ma la sua applicazione a opera della riforma societaria (diversamente dall’art. 152 t.u.f.) anche per individuare la legittimazione degli organi di controllo ha svilito questa giustificazione. V. in argomento anche la nt 121.

la legittimazione della minoranza o del p.m. o di entrambi, espungendo le quotate dal riferimento alle società aperte operato a questi fini dall'art. 2409 c.c.⁵⁹

Per quanto riguarda i soci, il dubbio va sicuramente sciolto negativamente.

La loro esclusione dal novero dei legittimati è, anzi tutto, priva di una convincente giustificazione dal punto di vista logico e sistematico, anche considerato che con riguardo alle società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante (alle quali non si applica l'art. 152 t.u.f.) sussiste la legittimazione degli azionisti di minoranza. Pur non essendo prevista per queste società la legittimazione della Consob, risulterebbe comunque contraddittorio che i due scalini normativi tra società chiuse e società aperte e, nell'ambito di questa seconda categoria, tra società con azioni diffuse e società quotate si caratterizzassero per l'esclusione dei soci dai legittimati alla denuncia proprio nello scalino più alto, anziché per un progressivo ampliamento della legittimazione nei vari scalini strumentale a una sempre maggiore incisività del controllo giudiziario⁶⁰.

L'infelice formulazione dell'art. 152 trova spiegazione nella successione degli interventi legislativi in materia. La finalità originaria dell'art. 152 t.u.f. era di certo quella di allargare nelle quotate l'ambito soggettivo dei legittimati alla

⁵⁹ Già nella precedente formulazione dell'art. 152 t.u.f. mancava qualsiasi riferimento alla legittimazione del pubblico ministero, che invece l'art. 2409 c.c. prevedeva come generale in tutte le società per azioni. Proprio questa circostanza aveva spinto parte della dottrina a sostenere che "nelle società con azioni quotate sarebbe stata trasferita alla Consob quella legittimazione ad introdurre il procedimento ex art. 2409 c.c., che nelle società non quotate è assegnata al Pubblico Ministero", sul presupposto "della derogabilità della norma generale [...] da parte di norme speciali, per di più posteriori, che nelle società quotate prevedono nuove legittimazioni e, in particolare, un diverso e *speciale* intervento residuale, della Consob": così M. BUSSOLETTI, *Procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 339; nello stesso senso R. DABORMIDA, *La denuncia al tribunale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Draghi*, in AA. VV., *La riforma delle società quotate – Atti del convegno di studio Santa Margherita Ligure (13-14 giugno 1998)*, Milano, 1998, 370. La tesi è rimasta minoritaria in dottrina: si vedano G. CAVALLI, *Commento all'art. 152*, cit., 1272; C. RABITTI BEDOGNI, *op. cit.*, 809, che sottolinea come le nuove legittimazioni introdotte dall'art. 152 non siano qualificate come esclusive; A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale*, cit., 161, nt 36. V. anche F. D'ALESSANDRO, M. SCIUTO e P. SPADA, *op. cit.*, 17.

⁶⁰ Com'è noto, ai sensi della legge n. 366/2001, recante delega per la riforma del diritto societario, gli scalini normativi derivano dal progressivo incremento delle "regole caratterizzate da un maggior grado di imperatività" (art. 4, comma 1): in argomento, G.D. MOSCO, *Le società con azioni diffuse*, cit., 871; per un esplicito collegamento tra legittimazione alla denuncia ex art. 2409 c.c. e scalini normativi, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario*, cit., 163.

denuncia, includendovi la Consob e il collegio sindacale⁶¹, senza toccare quella dei soci di minoranza e del pubblico ministero. All'art. 152, inserito nella V sezione del capo II del t.u.f. appositamente dedicata al "collegio sindacale", faceva infatti da contraltare un'altra disposizione anch'essa relativa alla denuncia al tribunale, ma contenuta nella sezione II del medesimo capo, rubricata "tutela delle minoranze", vale a dire l'art. 128, comma 2. Questa norma manteneva ferma la possibilità per le minoranze di presentare "la denuncia al tribunale prevista dall'articolo 2409, primo comma, del codice civile", per poi ridurre l'ordinaria soglia di legittimazione dal 10% al 5% e autorizzare l'autonomia statutaria ad abbatterla ulteriormente⁶².

Con la riforma del diritto societario le innovazioni del t.u.f. in punto di legittimazione alla denuncia sono state inserite nell'art. 2409 c.c., prevedendo la legittimazione attiva dell'organo di controllo anche nelle società chiuse (comma 7) e la riduzione al 5% della soglia in tutte le società aperte (comma 1). Il successivo decreto di coordinamento della riforma con il testo unico della finanza ha, tuttavia, rotto la simmetria tra le due discipline normative della legittimazione alla denuncia, aggiornando la vecchia formulazione dell'art. 152, comma 1, t.u.f. per affiancare al collegio sindacale i corrispondenti organi di controllo dei sistemi

⁶¹ Il legislatore del '42 non aveva inteso attribuire ai sindaci alcun potere di denuncia, probabilmente per il dichiarato timore che il controllo sindacale "esorbitasse dai suoi ambiti per invadere quelli dell'amministrazione" generando, così, "una insanabile antitesi fra amministratore e controllore" (*Relazione Grandi*, cit., § 175). Sulle originarie scelte codicistiche in materia di controlli societari e sulla successiva evoluzione legislativa cfr G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Lo scudo e la lancia*, cit., 90. Che quella indicata nel testo fosse la finalità della norma era sostanzialmente pacifico tra i primi commentatori dell'art. 152 t.u.f.: e v., oltre agli autori citati alla nota 59, P. MAGNANI, *Commento all'art. 152*, cit., 1771; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 152*, cit., 295; G. MEO, *Le società di capitali. Le società con azioni quotate in borsa*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XVII, Torino, 2002, 276.

⁶² Nel tentativo di creare "le condizioni di un effettivo sindacato della maggioranza dei piccoli azionisti sull'operato dei gruppi minoritari che governano le grandi società per azioni" (T. ASCARELLI, *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica*, in ID., *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, 879; ID., *I problemi delle società anonime per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 13), come non ha mancato di notare la dottrina: V. BUONOCORE, *La riforma delle società quotate*, in AA. VV., *La riforma delle società quotate – Atti del convegno di studio Santa Margherita Ligure (13-14 giugno 1998)*, Milano, 1998, 5; A. GAMBINO, *Tutela delle minoranze*, ivi, 135; V. SANTORO, *Profili della disciplina della tutela delle minoranze*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di A. Patroni Griffi, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 1999, 841; C. ANGELICI, *Le "minoranze" nel decreto 58/1998: "tutela" e "poteri"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 207.

alternativi, ma abrogando *tout court* il previgente art. 128 t.u.f.⁶³ Ne è conseguito, nel testo unico, un sistema che né nell'art. 152 né altrove si occupa della legittimazione dei soci.

Nondimeno, l'art. 152 va letto – lo si è accennato – come un insieme di disposizioni che si affianca all'art. 2409 c.c., il quale resta il fulcro della disciplina normativa della denuncia al tribunale. Per il legislatore del testo unico, dunque, è più che sufficiente, per attribuire la legittimazione agli azionisti, l'esplicito riferirsi dell'art. 2409 a tutte le società che fanno ricorso al capitale di rischio, comprese le quotate, con riguardo allo specifico *quorum* di legittimazione⁶⁴.

Anche il contenuto letterale delle disposizioni del testo unico conferma la legittimazione delle minoranze. L'art. 145, comma 6, t.u.f., nell'escludere "la parte di capitale sociale rappresentata da azioni di risparmio" dal calcolo delle aliquote previste da una serie di disposizioni (prima contenuta nel t.u.f., ora nel codice) attributiva di diritti alle minoranze, nella quale è espressamente ricompreso l'art. 2409 c.c., presuppone infatti la perdurante legittimazione degli altri soci delle quotate a presentare la denuncia al tribunale.

Se il potere di denuncia dei soci accomuna tutte le società di capitali, comprese le quotate, è invece, come si è visto, la soglia di capitale sociale al cui

⁶³ Insieme all'intera sezione del testo unico dedicata alla tutela delle minoranze, resa inutile dalla "*Wiedervereinigung* tra disciplina delle società con azioni quotate e delle società con azioni diffuse [...] operata con riferimento alla determinazione dei *quorum*" dalla riforma del diritto societario: A. BLANDINI, *op. cit.*, 234.

⁶⁴ Del resto, se è vero che lo statuto speciale delle quotate "non appare legato da un'unica ispirazione «politica» (consentire/impedire al socio maggioritario un controllo più o meno saldo) ma da una più «neutra» idea di adattamento e modulazione della disciplina generale in considerazione della particolare condizione in cui si trovano i titoli soggetti a quotazione" (così P. ABBADESSA ed E. GINEVRA, *op. cit.*, 11), la negoziabilità delle partecipazioni azionarie quotate sembra circostanza del tutto inidonea a fondare l'esclusione dei relativi titolari dal novero dei legittimati alla denuncia *ex art.* 2409 c.c. Quand'anche, infatti, si possa ipotizzare che "il comportamento razionale di un azionista di minoranza, nell'ipotesi in cui nutra il fondato sospetto di gravi irregolarità (...), non è quello di promuovere un procedimento (...) il cui solo annuncio avrebbe gravi effetti sulle quotazioni in borsa del titolo (...), ma piuttosto quello di vendere la propria partecipazione, prima che il danno subito diventi di enormi dimensioni", il disinvestimento dell'azionista presuppone l'efficienza del mercato dei capitali, sicché "il controllo del Tribunale rappresenta un importante strumento di tutela delle minoranze quando non funziona il controllo del mercato sull'operato degli amministratori, in un contesto, cioè, nel quale gli amministratori sono di fatto inamovibili e le maggioranze che li esprimono stabilmente insediate nel controllo della società" (così R. TETI, *Tutela delle minoranze e controllo giudiziario*, in *La tutela delle minoranze nelle società quotate. Studi in memoria di Alessandro Cerrai*, a cura di A. Piras, Pisa, 2005, 159-160).

raggiungimento è ancorata questa legittimazione a porsi quale tratto differenziale tra le stesse, essendo pari a un decimo nelle s.r.l. e nelle s.p.a. chiuse, per poi ridursi a un ventesimo nelle s.p.a. aperte, siano esse emittenti azioni diffuse o quotate, ferma la possibilità per le società di prevedere percentuali minori di partecipazione, come precisato dal comma 1 dell'art. 2409 c.c. La deroga statutaria sembra potersi spingere fino al punto di attribuire natura individuale al potere di denuncia del socio⁶⁵.

Al suo raggiungimento possono concorrere tutte le azioni o, nelle società chiuse anche quote di s.r.l., in ragione solo del loro essere rappresentative di una frazione del capitale sociale, dunque con la sola esclusione delle azioni di godimento previste nella disciplina della s.p.a.⁶⁶ Va correlativamente esclusa la possibilità di attribuzione statutaria del potere di denuncia ai titolari di strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346, comma 6, c.c. – la cui emissione è oggi possibile anche da parte delle s.r.l. innovative⁶⁷ – in considerazione del fatto che

⁶⁵ Così anche R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 569, nt 66. Il collegamento dell'aliquota legislativa alla finalità di "assicurare la serietà dell'iniziativa, in considerazione dell'impatto che essa è suscettibile di produrre sulla vita sociale" (così S. VANONI, *Denuncia al tribunale. Art. 2409*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2017, 88; e già G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione*, cit., 210) è ancora comune in dottrina (v., da ultimo, G. ROMANO, *op. cit.*, 2230, per il quale "il legislatore si è premurato di evitare che i soci che non detengono una aliquota significativa di partecipazione al capitale sociale possano instaurare procedure di disturbo con finalità di ricatto o puramente emulative"), anche se questa finalità veniva tradizionalmente addotta dalla dottrina a sostegno dell'inderogabilità anche verso il basso della soglia prima che tale possibilità venisse legislativamente sancita, prima nell'art. 128 t.u.f. per le quotate e poi per tutte le s.p.a. dall'art. 2409 (lo ricorda R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 569, ove ult. rif.).

⁶⁶ Nel senso del testo G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 213-214; V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari*, cit., 238 e, più di recente, R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 569; S. VANONI, *Denuncia al tribunale*, cit., 94; A. BERLOTTI, *op. cit.*, 573; G. ROMANO, *op. cit.*, 2232; A. BENOCCI, *op. cit.*, 172; ammette invece la legittimazione dei possessori di azioni di godimento, i quali avrebbero diritto all'assegnazione gratuita di azioni ordinarie nell'ipotesi di aumento gratuito del capitale L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, 143; dubitativo M. LIBERTINI, *Commento all'art. 2409*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, II, II, Padova, 2011, 284, rilevando la "necessità di aggiustamenti per calcolare la "rappresentatività" del capitale sociale in capo ai titolari di queste azioni".

⁶⁷ L'art. 26, comma 7, d.l. n. 179/2012 autorizza le s.r.l. innovative (start up e PMI) a introdurre statutariamente la possibilità di emettere strumenti finanziari "forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nelle decisioni dei soci ai sensi degli articoli 2479 e 2479-bis del codice civile" a seguito dell'apporto di soci o di terzi "anche di opera o servizi". Il comma 7 non è tuttavia richiamato dal successivo d.l. n. 50/2017 nell'*incipit* dell'art. 57, che fa espresso riferimento «all'articolo 26, commi 2, 5 e 6» per estendere a tutte le s.r.l. PMI le deroghe al diritto societario originariamente previste dal d.l. n. 179/2012 in favore delle sole s.r.l. innovative (v.

non sono sicuramente riconducibili al *genus* della partecipazione rappresentativa di una frazione del capitale sociale⁶⁸.

Ai fini della proposizione della denuncia è dunque irrilevante che le azioni o quote siano dotate di “diritti diversi” e – salva l’espressa eccezione legislativa contemplata per le azioni di risparmio dall’art. 145, comma 6, t.u.f.⁶⁹ – sono sostanzialmente ininfluenti eventuali meccanismi di potenziamento o di depotenziamento del diritto di voto introdotti, oltre che attraverso creazione di categorie di azioni o quote, con altre tecniche statutarie idonee a valorizzare in misura più o meno ampia la persona del socio. È il caso dei diritti particolari attribuibili al socio di s.r.l. ai sensi dell’art. 2468, comma 3, c.c. come pure, nelle quotate, della maggiorazione del voto *ex art. 127-quinquies*, il cui comma 10 esclude espressamente che essa abbia “effetto sui diritti, diversi dal voto, spettanti in forza del possesso di determinate aliquote di capitale”, impedendo

retro, nt 52). Sebbene il mancato richiamo del comma 7 sia da qualcuno considerato un mero rifiuto – connesso all’impossibilità per il legislatore del 2017 di utilizzare la tecnica legislativa della sostituzione delle parole “start up” e “start up innovative” con il termine “PMI” all’interno del d.l. 179/2012, posto che il comma 7 dell’art. 26 richiama le società di cui all’art. 25 (commi 2 e 5) e non espressamente la start up innovativa – l’argomento letterale sembra in effetti un “ostacolo insormontabile all’estensione della possibilità di emettere gli strumenti finanziari a tutte le società a responsabilità limitata P.M.I.” (così A. R. ADIUTORI, *Strumenti finanziari nelle start up e P.M.I. innovative*, in *Start up e P.M.I. innovative*, a cura di O. Cagnasso e A. Mambriani, Bologna, 2020, 802), non superabile in via interpretativa in quanto sintomatico della volontà del legislatore di estendere alla s.r.l. PMI soltanto le deroghe al diritto societario espressamente indicate (per una sintesi del dibattito v. da ultimo E. FREGONARA, *Strumenti finanziari partecipativi, imprese innovative e PMI s.r.l.: questioni aperte*, in *ODC – Orizzonti dir. comm.*, 2021, 219).

⁶⁸ In questi termini G. RACUGNO, *I nuovi strumenti finanziari*, in *Banca borsa*, 2004, I, 582; M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1221, pur giudicando “assordante il silenzio della norma sull’assenza di legittimazione dei titolari di strumenti finanziari”; A. BERTOLOTI, *op. cit.*, 573; possibiliste, invece, L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 147; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario*, cit., 167.

⁶⁹ Così L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit. 139; M. NOTARI, *Commento all’art. 145*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Commentario*, a cura di P. Marchetti e L.A. Bianchi, II, Milano, 1999, 1593: più in generale, sul rapporto tra le azioni di risparmio e le altre categorie di azioni dotate di “diritti diversi” cfr C.F. GIAMPAOLINO, *Le azioni speciali*, Milano, 2004, 163. Vi è, tuttavia, chi pensa che l’esclusione operata dall’art. 145, comma 6, t.u.f. sia limitata al computo delle azioni di risparmio ai fini del raggiungimento dei *quorum* ivi previsti, ma non escluda la legittimazione sostanziale di tali azionisti all’esercizio dei relativi diritti: in questi termini, M. SEPE, *Commento all’art. 145*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria. Commentario al d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di C. Rabitti Bedogni, Milano, 1998, 764; con maggiore cautela, R. SANTAGATA, *Commento all’art. 145*, in *Testo unico della Finanza. Commentario*, diretto da G.F. Campobasso, II, Torino, 2002, 1182; per una critica A. BLANDINI, *op. cit.*, 123-124; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario*, cit., 166-167.

anche all'autonomia statutaria di intervenire per correggere questa naturale irrilevanza della maggiorazione⁷⁰.

L'ancoraggio della legittimazione dei soci al solo dato formale del raggiungimento, anche congiunto⁷¹, di una determinata soglia di capitale, rende peraltro illegittima l'introduzione di ulteriori requisiti volti a colorare sul piano sostanziale l'interesse ad agire del socio denunziante, che si tradurrebbero in altrettanti limiti di operatività dell'istituto. Può quindi denunciare anche il socio di maggioranza e perfino l'unico socio, non privato di interesse ad agire dall'astratta disponibilità di altri (e più agevoli) strumenti di reazione alle

⁷⁰ In argomento v., anche per ult. rif., G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Società quotate e disciplina speciale dei diritti dei soci*, in *Il Testo Unico finanziario*, diretto da M. Cera e G. Presti, II, Bologna, 2020, 1695.

⁷¹ Sa quasi di ovvietà sottolineare che ai fini del raggiungimento dell'aliquota prevista dall'art. 2409 c.c. più soci possano agire congiuntamente (Trib. Napoli, 14 luglio 1993, in *Società*, 1993, 1499), e si segnala in giurisprudenza un isolato precedente nel quale si è affermato che "anche due distinte denunce, presentate contestualmente o in successione da parte di due diversi soci o gruppi di soci che solo complessivamente considerati rappresentino almeno un decimo del capitale sociale, sono idonee ad attivare i poteri decisionali del tribunale" (così App. Napoli, 23 novembre 2003, in *Giur. Merito*, 2004, 2212). Giustamente critico nei confronti della pronuncia A. BERTOLOTTI, *op. cit.*, 573, in quanto a rigore "ciascuna delle due denunce (...) avrebbe dovuto essere dichiarata irricevibile, od improcedibile, *in limine*, a maggior ragione se il deposito non fosse stato contestuale", ipotizzando allora "che esse, presentate a breve distanza di tempo l'una dall'altra, siano giunte contemporaneamente sul tavolo del Presidente del tribunale e che questi abbia inteso «salvarle», disponendone una sostanziale riunione". In caso di azioni in comproprietà è pacifico in giurisprudenza che la legittimazione a proporre la denuncia ex art. 2409 spetti esclusivamente al rappresentante comune nominato ai sensi dell'art. 2347 c.c. con conseguente inammissibilità del ricorso proposto dai singoli comunisti (v. Trib. Milano, 6 ottobre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 1825; T. Milano, 30 settembre 2011, in *Società*, 2012, 636; App. Ancona, 9 marzo 2005, in *Società*, 2007, 492; Trib. Macerata, 11 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 887) e la medesima soluzione vale per l'ipotesi di comproprietà di quote di s.r.l., atteso che l'art. 2468, comma 5, c.c. riproduce a riguardo la medesima formula utilizzata dall'art. 2347. Infine, la legittimazione attiva in caso di pegno, usufrutto o sequestro di azioni segue la regola generale dettata dall'ultimo comma dell'art. 2352 c.c. per i "diritti amministrativi diversi" (dal voto e dall'opzione disciplinati nei commi precedenti), richiamata dall'art. 2471-bis per le s.r.l., sicché – salva la diversa regolamentazione pattizia o giudiziale – in caso di pegno e usufrutto sono legittimati sia il socio, sia il creditore pignoratorio e l'usufruttuario, mentre in caso di pignoramento la legittimazione è del custode. Sul dibattito antecedente l'introduzione dell'art. 2352 c.c. da parte della riforma societaria del 2003 v. A. BERTOLOTTI, *op. cit.*, 577. Va ricordato che con riferimento alle società a partecipazione pubblica l'art. 13 del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (t.u.s.p.) deroga al requisito dell'ordinaria soglia di partecipazione, legittimando "ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare (...) a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale": considera la previsione discriminatoria nei confronti dei soci privati di società a controllo pubblico I. DEMURO, *La governance*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di C. Ibbà e I. Demuro, Bologna, 2018, 161; per l'applicabilità della disposizione anche alle società c.d. *in house providing* v. Trib. Napoli 14 ottobre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, II, 1124, con nota di E. CODAZZI, *Società in house e gravi irregolarità gestionali: alcuni spunti sulla disciplina applicabile*.

irregolarità degli amministratori, quali la revoca o l'esercizio dell'azione di responsabilità⁷².

Definitivamente superato dall'evoluzione legislativa l'orientamento giurisprudenziale che imponeva di far esclusivo riferimento alle risultanze del libro soci ai fini della verifica della legittimazione dei denunzianti – i quali devono oggi considerarsi abilitati a provare con ogni mezzo la loro qualità di soci detentori di una data partecipazione⁷³ – è ancora controverso se tale qualità debba permanere sino alla conclusione del procedimento giudiziario, con sopravvenuta inammissibilità dell'iniziativa qualora il socio perda nelle more il *quorum* richiesto

⁷² La giurisprudenza ha talvolta negato la legittimazione ad agire *ex art.* 2409 c.c. al socio di maggioranza assumendo che, in quanto tale, egli sarebbe già da solo in grado di “adottare le decisioni necessarie al ripristino della regolarità amministrativa e di gestione” (così Trib. Roma, 9 ottobre 1998, in *Giur. it.*, 1999, 1886), ma l'opinione prevalente è che non si possa compiere un simile giudizio di residualità del rimedio rispetto a prerogative insite nella partecipazione sociale maggioritaria: in questo senso v. App. Roma, 15 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2003, 497; Trib. Milano, 19 febbraio 1999, in *Società*, 1999, 972; Trib. Genova, 24 marzo 1989, in *Società*, 1989, 861, nonché in dottrina A. BERLOTTI, *op. cit.*, 575, che sembrerebbe però escludere la legittimazione del socio unico; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 569-570, ricordando che gli stessi poteri reattivi alle irregolarità del socio di maggioranza (revoca e azione di responsabilità) spettano nel sistema dualistico al consiglio di sorveglianza, che però è espressamente legittimato alla denuncia (v. anche *infra*, paragr. 6.2); G. ROMANO, *op. cit.*, 2231, che trae un ulteriore argomento dalla reintroduzione della denuncia nell'ambito delle s.r.l., nelle quali “il potere di gestire la società potrebbe essere oggetto di un diritto particolare attribuito ad un socio (eventualmente minoritario) ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., con la conseguenza che il socio non dotato di quel diritto, sebbene titolare di una partecipazione maggioritaria, potrebbe avere certamente interesse ad ottenere l'ispezione della società e gli altri provvedimenti, provvisori e conclusivi, previsti dall'art. 2409 c.c.”. È sempre l'impossibilità di introdurre per via interpretativa vincoli che rendano più gravosa la proposizione della denuncia *ex art.* 2409 c.c. da parte dei soci l'argomento utilizzato in dottrina e in giurisprudenza per considerare circostanze neutre ai fini legittimatori sia l'estraneità del socio rispetto alle irregolarità denunciate (v. Trib. Milano, 10 ottobre 1985, in *Giur. comm.*, 1986, II, 459; G. ROMANO, *op. cit.*, 2231; A. BERLOTTI, *op. cit.*, 575; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409 c.c.*, cit., 792, il quale ammette anche la denuncia proveniente da soci che abbiano “prestato acquiescenza alle irregolarità denunciate”: ma v. oggi, per un possibile coinvolgimento sul versante passivo dei soci di s.r.l. che abbiano preso parte alle irregolarità v. *infra*, paragr. 7), sia la carica di amministratore contemporaneamente ricoperta dal socio al momento della denuncia (App. Milano, 22 novembre 1989, in *Società*, 1990, 371; Trib. Napoli, 25 febbraio 1991, in *Dir. e giur.*, 1991, 611; Trib. Livorno, 1° dicembre 1992, in *Società*, 1993, 1354, con nota contraria di G.U. TEDESCHI; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 821; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 570). Per quest'ultima ipotesi, alla base della giurisprudenza che esclude la legittimazione alla denuncia in capo al socio che sia al contempo amministratore, sembra però esservi la condivisibile constatazione dell'impossibilità di dissociare nel procedimento *ex art.* 2409 c.c. la posizione degli altri amministratori della società da quella del socio-amministratore ricorrente, che finirebbe così per auto-denunziarsi: v. Trib. Palermo, 20 maggio 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 111; Trib. Como, 19 marzo 1999, in *Giur. it.*, 2000, 125; v. anche *infra*, paragr. 6.1.

⁷³ Cfr S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 819; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409 c.c.*, cit., 792; G. ROMANO, *op. cit.*, 2231; A. BERLOTTI, *op. cit.*, 574-575.

per l'esercizio del potere di denuncia.

La soluzione negativa, che configura il *quorum* come presupposto processuale da verificare solo ai fini della valida instaurazione del procedimento, si lascia preferire non per ragioni ideologiche di ossequio a una concezione pubblicistica dell'istituto che oggi appare obiettivamente anacronistica (v. *infra*, paragr. 3.3), quanto perché l'unico dato normativo che sostiene l'opposta ricostruzione in termini di condizione dell'azione esercitata dai soci con la denuncia è rappresentato dall'art. 2378, comma 2, c.c. che nell'ambito dell'impugnazione delle delibere assembleari effettivamente preclude al giudice di pronunciare l'annullamento "qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimenti per atto tra vivi il richiesto numero delle azioni"⁷⁴.

Una sua applicazione analogica al controllo giudiziario appare però discutibile in considerazione delle peculiari caratteristiche di questo "procedimento di amministrazione di interessi privati"⁷⁵, che rendono insostenibile una sostanziale intrasferibilità delle partecipazioni detenute dai soci denunciati⁷⁶.

⁷⁴ La tesi del necessario mantenimento dell'aliquota di capitale richiesta dall'art. 2409 c.c. fino alla fine del procedimento, prospettata negli anni '50 del secolo scorso da D. PETTITI, *Sul procedimento*, cit., 278 e poi rimasta sostanzialmente isolata, è stata negli ultimi anni oggetto di una riscoperta giurisprudenziale (v. App. Milano, 24 luglio 1990, in *Società*, 1990, 1645; App. Milano, 25 novembre 1998, in *Giur. it.*, 1999, 780; Trib. Napoli, 25 maggio 1999, in *Foro napoletano*, 1999, 358; Trib. Verona, 10 gennaio 2001, in *Vita notarile*, 2001, 1389; App. Napoli, 23 novembre 2003, cit.; Trib. Roma, 25 luglio 2014, in *Giur. imprese*, disponibile all'indirizzo https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wp-content/uploads/2015/02/20140724_RG1857-2014.pdf) e dottrina: v. G. ROMANO, *op. cit.*, 2233; F. DE SANTIS, *Diritti di difesa e diritti di impugnazione nel "giusto processo" ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 48. La configurazione in termini di presupposto processuale sembra nondimeno riscuotere maggiori consensi in dottrina (E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1534; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 820; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409 c.c.*, cit., 792; F. MAINETTI, *op. cit.*, 939, nt. 51; e già V. Panuccio, *op. cit.*, 708; S. VANONI, *Denuncia al tribunale*, cit., 94; A. BERTELOTTI, *op. cit.*, 579), come in giurisprudenza (Trib. Como, 3 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 669; App. Venezia 19 dicembre 1991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, 898; App. Milano, 22 novembre 1989, in *Società*, 1990, 371; App. Bari, 5 maggio 1989, *ivi*, 1989, 1073; App. Torino, 17 giugno 1987, in *Giur. piemontese*, 1987, 765; Trib. Napoli, 19 dicembre 1983, in *Società*, 1984, 1349).

⁷⁵ Così G. ROMANO, *op. cit.*, 2180, secondo il quale comporta lo svolgimento da parte del tribunale di "un'attività oggettivamente amministrativa, connotata dalla modificabilità e revocabilità dei provvedimenti i quali, se pure incidenti sui diritti di terzi come gli amministratori, cui, dunque, è consentita la partecipazione al procedimento a tutela del loro interesse legittimo, non decidono in ordine ad alcun rapporto di diritto sostanziale fra i soci denunciati ed i terzi".

⁷⁶ Escludono l'applicazione al controllo giudiziario della regola contenuta nell'art. 2378 c.c., considerando la sua mancata riproduzione all'interno dell'art. 2409 c.c. indicativa della volontà

Anzitutto con la circostanza che l'interesse all'accertamento e alla eventuale rimozione delle irregolarità "amministrato" dal tribunale nel procedimento ex art. 2409, pur essendo sicuramente un interesse privato, non fa capo esclusivamente ai soci denunzianti, ma anche alla società alla quale partecipano, non a caso espressamente inclusa tra i destinatari nella notifica del ricorso introduttivo e, quindi, tra le parti necessarie del procedimento. Inoltre, la sua strutturazione per fasi rende obiettivamente incerto se il termine per l'intrasferibilità delle azioni sia costituito dall'ispezione della società eventualmente disposta ai sensi del comma 2 (o dalla sostituzione dei denunciati operata dall'assemblea ai sensi del comma 3); ovvero dall'adozione da parte del tribunale degli opportuni "provvedimenti provvisori" ai sensi del comma 4; ovvero ancora, in caso di nomina di un amministratore giudiziario in sostituzione dei denunciati, dalla conclusione dell'incarico prevista dal comma 6.

3.3 Il pubblico ministero. Anche con riguardo al potere di denuncia del pubblico ministero, oggi previsto dall'art. 2409 per le sole s.p.a. aperte⁷⁷, che pure può annoverarsi ormai tra le legittimazioni storiche (sebbene di circa sessant'anni più giovane), va sciolto negativamente il dubbio relativo alla sua sostituzione nelle società quotate con quello della Consob – non solo alla luce delle considerazioni sulla progressività degli scalini normativi formulate con riferimento

legislativa di distinguere le due fattispecie, E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1535; M. RUBINO DE RITIS, *Legittimazione dei soci ex art. 2409 c.c. e squeezeouts of minority*, in *Giur. comm.*, 1996, II, 277.

⁷⁷ La scelta della riforma del diritto societario di circoscrivere alle sole società aperte la legittimazione alla denuncia del p.m. è stata fortemente criticata da C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1136, che parla di "un ardito passo indietro", rovesciando il brano della *Relazione Grandi*, cit., § 177 che configurava l'iniziativa del p.m. come un "ardito passo innanzi (...) a maggior tutela non solo delle minoranze, ma dell'interesse generale, che è connesso alla corretta amministrazione delle società". Pongono in evidenza una minore tutela delle minoranze anche M. CERA, *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 375; V. SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, cit., 310; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 823. Di diverso avviso G. TERRANOVA, *op. cit.*, 116, sul presupposto che la legittimazione del p.m. prevista dal codice civile del '42 abbia determinato una «rottura» della nostra tradizione giuridica: rottura che si giustificava solo nel sistema di concetti e di rimedi previsti dall'ordinamento corporativo". Giudica questa affermazione eccessiva, pur ritenendo che l'istituto sia stato restituito dalla riforma "alla sua originaria funzione snaturata da una scelta poco ponderata ed assunta all'ultimo momento dal codice del '42", R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 562. Per una diversa ricostruzione del significato della legittimazione del p.m., anche alla luce del dato storico, cfr C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa*, cit., 255.

ai soci nel precedente paragr. 3.1.

Va ricordato che la legittimazione del p.m. è la più controversa tra quelle previste dall'art. 2409 c.c., posto che la sua introduzione da parte del codice del '42 ha innescato un dibattito sugli interessi presidiati dal p.m. che, intersecatosi con quello sulla nozione di interesse sociale, è stato immediatamente traslato sul piano più generale delle finalità dell'istituto in sé. Per circa un quarto di secolo dall'entrata in vigore del codice si sono infatti contrapposte, con varietà di posizioni intermedie talvolta anche efficacemente combinate, una concezione privatistica che vedeva (nel p.m. e) nella denuncia strumenti di protezione di interessi esclusivamente privati – essenzialmente quello delle minoranze non autonomamente legittimate, ma anche quelli dei creditori e degli obbligazionisti – e un'altra pubblicistica che poneva al centro della tutela l'interesse alla corretta gestione societaria assumendone l'elevazione a interesse della collettività proprio per il tramite dell'art. 2409. E quando la *querelle* sembrava ormai stemperata dalla consapevolezza che la soluzione ai problemi applicativi dell'istituto andava risolta sul piano strettamente normativo anziché su quello ideologico, è stata inaspettatamente ravvivata dalla scelta della riforma del 2003 di circoscrivere la legittimazione del p.m. alle sole società aperte, dai più considerata indicativa di una definitiva virata privatistica del legislatore.

Pur senza poter giungere ad attribuire rilievo all'"interesse generale che è connesso alla corretta amministrazione delle società"⁷⁸, neppure la tesi che

⁷⁸ Secondo l'indicazione della *Relazione Grandi*, cit., § 177. Sulla tesi dell'irrelevanza dell'interesse pubblico (che al più sarebbe tutelato soltanto in via indiretta) tra quelli protetti dall'art. 2409, da individuarsi esclusivamente in quelli attuali dei soci (di minoranza) e dei creditori, v. in particolare A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle s.p.a.*, Napoli, 1971, 355; ma in precedenza già A. GRAZIANI, *L'art. 2409 c.c. è applicabile alle società cooperative?*, in *Riv. soc.*, 1956, 91; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, ivi, 1958, 754; F. FERRARA JR, *La riforma delle società per azioni*, ivi, 1962, p. 187). Nello stesso senso, pur con varietà di posizioni, V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari*, cit., 78; S. LA CHINA, *op. cit.*, 1155; V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità*, cit., 754; in giurisprudenza cfr per es. App. Venezia, 19 marzo 1992, in *Società*, 1992, 372, con nota di A. PATELLI. Sul versante opposto si colloca la dottrina che considera la denuncia "strumento di tutela dell'interesse pubblico e di quello della società in via principale, e degli interessi della minoranza in via indiretta" (così V. CERAMI, *op. cit.*, 38; D. PETTITI, *Sul procedimento*, cit., 278, e con posizioni più sfumate in ID., *Ancora sul procedimento dell'art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 54; F. MARTORANO, *Ispezione della società e consulenza tecnica*, in *Foro it.*, 1953, I, 692; in giurisprudenza, dichiara apertamente che la finalità perseguita attraverso il procedimento promosso a norma dell'art. 2409 c.c. è tutelare l'interesse generale, di natura pubblicistica, a una corretta amministrazione delle società di capitali, Trib. Milano, 20

circoscrive gli interessi presidiati dal p.m. a quelli dei soci di minoranza – e di riflesso dei creditori sociali⁷⁹ – convince appieno. Occorre infatti riconoscere che

gennaio 1994, in *Giur. comm.* 1995, II, 237, con nota di A. DACCÒ; App. Venezia, 10 ottobre 1995, in *Società*, 1996, 179, con nota di DABORMIDA; Trib. Milano, 7 luglio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 593; Trib. Milano, 12 maggio 1994, in *Società*, 1994, 1389). Per una rassegna dei diversi orientamenti giurisprudenziali, anche mettendo in luce le posizioni intermedie, cfr B. QUATRARO ed E. TOSI, *Il controllo giudiziario delle società ex art. 2409 c.c. Rassegna critica di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1994, 3; G. DESIDERIO, *Rassegna di diritto societario (1992-1998). Collegio sindacale e controllo giudiziario*, in *Riv. soc.*, 2000, 954, ove rif. alle precedenti rassegne della rivista sul medesimo argomento. La questione degli interessi tutelati dall'art. 2409 c.c. è parte del più ampio dibattito sulla nozione di interesse sociale tra teoria contrattualistica e istituzionalistica, come sottolinea G. TERRANOVA, *op. cit.*, 108.

⁷⁹ Tesi contraddetta anche dalla moltiplicazione delle legittimazioni speciali, passive e attive, della denuncia ex art. 2409 c.c. introdotte da norme settoriali e preordinate alla tutela di interessi esterni e specifici, come nota G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 592. Ha fatto da apripista l'art. 2, comma 8, d.p.r. 31 marzo 1975, n. 136, abrogato dal t.u.f. (art. 214, comma 1, lett. t), prevedendo la possibilità di denunciare gravi irregolarità compiute dalla società di revisione, al fine di tutelare l'interesse pubblico all'informazione dei risparmiatori; seguito dall'art. 3, comma 5, l. 3 aprile 1979, n. 95 (legge Prodi), poi sostituito e ampliato dall'art. 89 del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (legge Prodi-bis), che nell'ambito dell'amministrazione straordinaria attribuisce il potere di denunciare gravi irregolarità nella gestione di società facenti parte di un gruppo al commissario giudiziario, al commissario straordinario e al curatore dell'impresa dichiarata insolvente; nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa di società fiduciarie e di revisione e di enti di gestione fiduciaria il successivo art. 2, comma 6, del d.l. 5 giugno 1986, convertito nella l. 1° agosto 1986, n. 430, abilita il commissario a proporre la denuncia ex art. 2409 c.c. contro gli amministratori e i sindaci della società controllante, di quelle controllate o sottoposte alla stessa direzione della società in liquidazione coatta amministrativa, e delle società finanziate in via continuativa o in misura prevalente da quest'ultima, potendo essere nominato amministratore giudiziario in sostituzione dei denunciati. Sul significato di questa evoluzione normativa v. A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale*, cit., 149, e cfr anche A. BERTELOTTI, *op. cit.*, 586 e G. ROMANO, *op. cit.*, 2184, per una panoramica di altre singolari legittimazioni speciali, quale quella prevista (e a quanto consta rimasta inutilizzata) per le società editrici di quotidiani dall'art. 48, l. 5 agosto 1981, n. 416 che – seppur con riferimento a una grave irregolarità puntualmente individuata nel mancato adeguamento alle disposizioni contenute nei primi sei commi dell'art. 1 della medesima legge nel termine di due anni dalla sua entrata in vigore – consente, trascorso il suddetto termine, al P.M., al Garante per l'editoria e addirittura a “qualsiasi cittadino” di sollecitare l'intervento del tribunale affinché “revoc[hi] gli amministratori della società e nomin[+] un amministratore giudiziario, come previsto dall'art. 2409 del codice civile”. Maggior successo ha avuto la legittimazione speciale delle federazioni sportive nazionali a denunciare gravi irregolarità degli amministratori di società sportive prevista dall'art. 13 della l. 23 marzo 1981, n. 91, scomparsa con la recentissima riforma dell'organizzazione degli enti sportivi professionistici e dilettantistici operata dal d. lgs. 28 febbraio 2021, n. 36. In realtà, l'originaria versione della norma si limitava a consentire alle federazioni di chiedere la messa in liquidazione delle società sportive “per gravi irregolarità di gestione”, generando un problema di concorrenza con il rimedio generale della denuncia ex art. 2409 (v. App. Campobasso, 12 maggio 1990, in *Società*, 1990, 1113, con nota di G. Vidiri; Trib. Frosinone, 21 giugno 1990, in *Riv. dir. sportivo*, 1991, 355) che è stato risolto con la sua riformulazione a opera dell'art. 4, comma 3, d.l. 20 settembre 1996, n. 485, esplicitando la legittimazione delle federazioni a “procedere (...) alla denuncia di cui all'articolo 2409 del codice civile”. L'ultima riscrittura della disposizione, prima della sua recente abrogazione, è stata operata dal correttivo alla riforma societaria d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, per chiarire che “il procedimento di cui all'articolo 2409 del codice civile si applica” a tutte le società sportive (comprese quelle costituite in forma di s.r.l., tipo societario dal quale il rimedio era stato espunto nel 2003) e che il potere di denuncia delle federazioni è una legittimazione

l'art. 2409, se ha al centro l'interesse dei soci, tutela nondimeno anche gli interessi degli *stakeholders* riconosciuti dall'ordinamento che si traducono in puntuali obblighi di protezione a carico degli amministratori⁸⁰, i quali si configurano come altrettanti vincoli aventi la funzione di delimitare l'azione dei gestori⁸¹.

La legittimazione del P.M. può dunque coesistere con il potere di denuncia dell'organo di controllo interno in tutte le s.p.a. aperte, comprese le quotate, pur

aggiuntiva e non sostitutiva di quelle ordinarie. Per una fattispecie di denuncia sporta dalla FIGC nei confronti di società calcistica v. Trib. Torino, 14 giugno 2019, in *Giur. imprese*, disponibile all'indirizzo <https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wp-content/uploads/2020/10/20190614-RG12411-2019-2.pdf>; v. anche Trib. Firenze, 5 giugno 2002, in *Giur. Merito*, 2002, 1250; Trib. Roma, 6 luglio 2004, in *Soc.*, 2005, 359. Per l'esperibilità del rimedio negli enti del terzo settore v. *retro*, nt 4.

⁸⁰ Tanto più oggi con il sempre maggior rilievo dello "sviluppo sostenibile" pure sotto il profilo dei doveri degli amministratori: v. G.D. MOSCO e R. FELICETTI, **Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence**, in *AGE*, 2022, 185, anche per ulteriori riferimenti.

⁸¹ È dunque possibile denunciare al tribunale anche irregolarità derivanti dalla violazione di regole che tutelano interessi fiscali, ambientali, ecc. Secondo alcuni, a condizione che "si traducano in un potenziale pregiudizio per gli interessi dei soci e dei creditori sociali" (così G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*, cit., 783, e già Id., *Il controllo giudiziario*, cit., 593, che v. anche per la qualificazione dell'art. 2409 come "norma aperta" in ragione della concreta possibilità di essere utilizzata anche per tutelare "interessi diversi da quello sociale (dei soci) e dei creditori sociali"); secondo altri (v. G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 205), anche in mancanza di un potenziale pregiudizio per la società (almeno in termini di diretto e immediato danno economico). Quest'ultima tesi ha avuto largo seguito in giurisprudenza e v., tra le tante, Trib. Milano, 11 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 2227; Cass., 15 gennaio 1985, n. 60, in *Società*, 1985, 488. Sembra in ogni caso superato, seguendo la linea di pensiero tratteggiata nel testo, il principale limite delle concezioni pubblicistiche del controllo giudiziario, che è quello di non delimitare in alcun modo gli interessi esterni rilevanti e di considerarli quali "limiti funzionali", con la conseguenza che gli amministratori sarebbero "obbligati ad una gestione dell'impresa sociale che soddisfi altresì l'interesse pubblico, dell'economia generale, dei risparmiatori, dei consumatori, dei creditori sociali, delle minoranze e via dicendo. Il che condurrebbe al risultato di una *funzionalizzazione* dell'intera amministrazione della società, aprendo la via ad un controllo del tribunale [...] sull'effettivo perseguimento di tali interessi" (così A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo societario sulle)*, cit., 15; v. anche V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari*, cit., 78). Dopo la riforma del diritto societario sembra peraltro tornata a prevalere una concezione schiettamente privatistica della denuncia al tribunale: cfr G. TERRANOVA, *op. cit.*, 136-140; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 562; S. ROSSI, *op. cit.*, 521; M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1216; N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 22; ma v. quanto appena osservato nel testo e, *infra*, alla fine del paragr. 5, parte corrispondente alle note 174 e 175, nonché i rilievi di C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1139; A. *Il controllo giudiziario*, cit., 117; G.C. RIVOLTA, *op. cit.*, 755; M. LIBERTINI, *op. cit.*, 271; R. VIGO, *L'art. 2409 c.c. dopo la riforma societaria: la denuncia del collegio sindacale e l'attribuzione dei poteri dell'assemblea*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 1126, gli ultimi due anche per una rilettura della funzione dell'istituto nel quadro della *corporate social responsibility*. In giurisprudenza si continuano a considerare tutelabili, in linea di principio, anche interessi esterni alla società: v. Trib. Venezia, 17 gennaio 2004, in *Giur. comm.*, 2004, II, 540; App. Salerno, 19 luglio 2005, in *Giur. Merito*, 2007, 729.

se in queste ultime va registrata una possibile sovrapposizione con la legittimazione della Consob⁸². Tuttavia, parziale e non decisiva.

La legittimazione della Consob ai sensi dell'art. 152 t.u.f. si giustifica infatti in funzione dell'interesse di mercato, la cui tutela compete alla Commissione in via generale (art. 91 t.u.f.). Un interesse che è certamente presente tra quelli salvaguardati dal pubblico ministero. Tuttavia, la cerchia degli interessi protetti dal p.m. è più ampia⁸³, poiché l'interesse tutelato dalla Consob è comunque un interesse specifico e di settore che non può assumere rilievo esaustivo rispetto agli interessi, come detto anche esterni, presidiati dal P.M.

Del resto, si è detto che l'intervento del p.m. è volto a denunciare violazioni dei doveri di gestione, mentre ai sensi dell'art. 152 t.u.f. la Consob sottopone al tribunale quelle dei doveri di vigilanza riferibili all'organo di controllo (v. *infra*, paragr. 4.3). Pur in presenza della legittimazione di quest'ultimo, il pubblico ministero resta dunque il più naturale riferimento⁸⁴, con riguardo alla violazione degli amministratori, delle minoranze non qualificate, dei singoli soci e degli stessi componenti minoritari dell'organo di controllo – oggi, perfino della Consob – tutti soggetti sprovvisti di un autonomo potere di denuncia in via diretta delle violazioni degli amministratori⁸⁵. Peraltro, la segnalazione delle sospette, gravi irregolarità

⁸² Rilevata, già all'indomani dell'entrata in vigore del t.u.f., da M. BUSSOLETTI, *Procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 346.

⁸³ In senso contrario M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1217, ribadendo la validità delle argomentazioni svolte ante riforma in ID., *Procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 346-347. Per questo A. “non ha più senso che nelle società quotate il p.m. sia legittimato a proporre il ricorso ex art. 2409 c.c.” partendo dalla constatazione che alla Consob viene “affidata ormai la tutela di una serie di interessi non più (come nel sistema della legge 216 del 1974) semplicemente privati, riconducibili alla verità e completezza dell'informazione societaria”, ma anche pubblicistici. Secondo l'A. dovrebbe però escludersi la possibilità di tutelare con il procedimento ex art. 2409 c.c., “oltre agli interessi protetti dalla Consob, anche ulteriori interessi generali”, con la conseguenza che “la legittimazione della Consob «scaccia» la legittimazione del pubblico ministero, dal momento che la Consob può svolgere molto meglio di quanto faccia il pubblico ministero le attività istruttorie e valutative preliminari alla presentazione di un ricorso ex art. 2409 c.c.”

⁸⁴ Il pubblico ministero offre infatti la massima garanzia di terzietà e indipendenza rispetto all'organo interno di controllo nella valutazione del rilievo delle irregolarità gestorie e nella scelta di ricorrere al tribunale.

⁸⁵ V., peraltro, quanto osservato sul punto nel paragr. 4.3 e, per un possibile, ulteriore ampliamento dei soggetti che possono sollecitare l'intervento del p.m., *infra*, nt 180. Nella concezione privatistica della denuncia al tribunale la funzione di supplenza delle minoranze non qualificate (o di quelle che non vogliono sostenere i costi dell'iniziativa giudiziaria) costituisce la stessa *ratio legis* della legittimazione del p.m., messa in risalto da G. FERRI, *Le società*, cit., 794,

al pubblico ministero rende sì possibile una tutela giudiziaria altrimenti preclusa o rarefatta nei tempi⁸⁶, ma sottopone l'iniziativa di questi soggetti anche a un filtro in grado d'evitare denunce estemporanee o di mero disturbo.

La funzione in parola si rivela anzi particolarmente utile nelle società quotate per via della dispersione dell'azionariato, che rende oggettivamente difficile alle minoranze il raggiungimento della soglia di capitale del 5% richiesta per la presentazione della denuncia. Una soglia assai elevata se posta in rapporto con le dimensioni dei pacchetti azionari di minoranza, almeno nelle nostre maggiori società quotate, e che è dunque tale da precludere l'impiego concreto del rimedio da parte dei risparmiatori e da non renderlo agevolmente fruibile neanche da parte dei grandi investitori, in genere istituzionali, e delle organizzazioni di azionisti, gli unici comunque che possono aspirare a utilizzarlo⁸⁷.

pur nell'ambito di una ricostruzione il cui *incipit* dichiara priva di utilità la ricerca degli interessi tutelati dal procedimento (*ivi*, 790). Cfr anche M.J. BONELL, *op. cit.*, 234, e oggi G. TERRANOVA, *op. cit.*, 136; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 562. Peraltro, prima che al collegio sindacale venisse riconosciuta dal legislatore un'autonoma legittimazione attiva alla denuncia era pacifico che il carattere sostitutivo del p.m. potesse esplicitarsi anche nei confronti dell'organo di controllo, in capo al quale si riteneva anzi sussistesse un vero e proprio onere di denuncia sanzionabile con la responsabilità *ex art.* 2407 c.c.: v. Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, in *Foro it.*, 2000, I, 243, nonché in *Società*, 1998, 1025, con nota di G. DOMENICHINI, *In tema di doveri e responsabilità dei sindaci*, A. che già si era espresso favorevolmente in *Id.*, *Il controllo giudiziario*, cit., 568, nt 42; Trib. Messina, 12 novembre 1999, in *Società*, 2000, 983; Trib. Rimini, 23 luglio 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 187, con nota di G. CESARONI, *La responsabilità dei sindaci per omessa denuncia al p.m. ai sensi dell'art. 2409 c.c.*; Trib. Milano, 5 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2778; Trib. Tortona, 10 marzo 2008, in *Corr. merito*, 2008, 816; Cass., 10 novembre 2010, n. 22911, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1780. In dottrina, in questo senso anche C. MONTAGNANI, *Revoca del collegio sindacale, poteri deliberativi dell'amministratore giudiziario e controllo interno*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 560; E. BERTACCHINI, *Iniziativa del collegio sindacale nella proposizione della denuncia ex art. 2409 c.c.*, in *Liuc Papers n. 29 - Serie Impresa e Istituzioni (8 aprile 1996)*, disponibile all'indirizzo <http://www.biblio.liuc.it/liucpap/pdf/29.pdf>; G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 5, Torino, 1988, 102. In senso contrario G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 238, che, considerando le irregolarità dei sindaci presupposto indefettibile della denuncia, riteneva che l'obbligo di segnalazione gravasse sul sindaco dissenziente rispetto al collegio.

⁸⁶ Nel caso della Consob, la legittimazione richiede, infatti, la mancata reazione dell'organo di controllo alle irregolarità di gestione in violazione dei doveri di vigilanza e dunque non consente alla Commissione un'iniziativa immediata: v. *infra*, paragr. 4.3, soprattutto nt 118 e testo corrispondente.

⁸⁷ Risultato coerente con l'originaria scelta del testo unico di riservare i diritti di *voce* racchiusi nella sezione rubricata "Tutela delle minoranze" non a qualsiasi minoranza intesa come moltitudine disorganizzata di azionisti contrapposta al gruppo di comando (alla quale faceva riferimento T. ASCARELLI, *I problemi*, cit., 13 nel porre in evidenza i problemi del controllo minoritario quale fisiologica "conseguenza della stessa costituzione della società e poi della grande impresa");

3.4 L'organo di controllo. Si è detto del rilievo sistematico che ha assunto nel nostro ordinamento il riconoscimento della legittimazione attiva in capo all'organo di controllo, cominciato nel 1998 con il collegio sindacale delle quotate, esteso nel 2003 a tutte le altre s.p.a. e agli organi di controllo dei sistemi dualistico e monistico dalla riforma societaria, confermato nel 2019 in occasione dell'estensione alle s.r.l. della denuncia ex art. 2409 da parte del Codice della crisi.

Per quanto concerne le s.p.a., la formulazione dell'art. 2409, comma 7, c.c. e dell'art. 152, comma 1, t.u.f. non lascia dubbi in merito al carattere collegiale del potere di denuncia nei tre modelli di *governance*, estendendo ai sistemi diversi dal tradizionale la soluzione adottata dal precedente testo della norma in relazione al collegio sindacale⁸⁸.

G.L. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 117; cfr anche A. CERRAI e A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, 10), ma a minoranze qualificate e tendenzialmente stabili, in una prospettiva volta a proporre al "piccolo azionista disorganizzato e inesperto (...) una gestione professionale del suo patrimonio mobiliare", anziché indurlo a "controllare personalmente la gestione della sua proprietà" (così A. GAMBINO, *Tutela delle minoranze*, cit., 137). V. SANTORO, *op. cit.*, 842 considera la riduzione del *quorum* previsto dall'art. 2409 c.c. per la denuncia al tribunale l'emblema della differenza tra l'impostazione ascarelliana (tradottasi nel *Progetto Ascarelli del 1956*, in *La riforma delle società di capitali in Italia. Progetti e documenti*, a cura di S. Scotti Camuzzi, Milano, 1966, 257) e quella adottata dal t.u.f., osservando che, con la legittimazione alla denuncia ai soci che avessero investito in azioni della società quaranta milioni di lire, l'art. 10 del *Progetto Ascarelli* "era già attento a non concedere un'impropria arma di ricatto ad azionisti irrilevanti, ma allo stesso tempo dava peso a quanti, anche individualmente, avessero investito una somma cospicua, ma pur sempre alla portata di uno o più facoltosi risparmiatori", considerato che alla luce dell'inflazione 40 milioni del '56 corrispondevano a meno di un miliardo di lire del 1998 e, oggi, a circa 600.000 euro. Non sembra, del resto, che la successiva evoluzione legislativa si sia discostata dall'originaria impostazione del t.u.f., considerato che anche la legge sul risparmio n. 262/2005 ha introdotto nelle società quotate la figura dell'amministratore di minoranza, eletto attraverso la tecnica del voto per liste, consentendo tuttavia allo statuto sia di determinare la quota minima di partecipazione richiesta per la presentazione delle liste in misura non superiore a un quarantesimo del capitale (o alla diversa soglia, anche più elevata, stabilita dalla Consob), sia di prevedere che "ai fini del riparto degli amministratori da eleggere, non si tenga conto delle liste che hanno conseguito una percentuale di voti almeno pari alla metà di quella richiesta dallo statuto per la presentazione delle stesse". Può conseguentemente verificarsi l'ipotesi che non venga eletto l'amministratore di minoranza: G.D. MOSCO, *Le regole di governance per le quotate. Una risorsa o un peso?*, in *Imprese e investitori. Crescita, tutele, interessi*, a cura di G.D. Mosco e F. Vella, Milano, 2008, 46-47.

⁸⁸ Il punto è pacifico in dottrina: v. F. CAMILLETI, *La disciplina della denuncia al tribunale secondo il testo unico dell'intermediazione finanziaria*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1428; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 822; E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1248; C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1138. Sembra invece ammettere la legittimazione individuale alla denuncia A. CHIZZINI, *Modifiche*

È stata così confermata la scelta di non attribuire con riguardo alle stesse quotate un potere individuale di denuncia ai componenti dell'organo di controllo, scelta che avrebbe rafforzato il ruolo di quello eletto dalla minoranza⁸⁹, oggi necessariamente presente (148 t.u.f.) in tutti e tre i sistemi organizzativi. La soluzione si spiega, forse, con la considerazione che la denuncia è un potere di reazione (di ultimo grado)⁹⁰ e che l'intera fase reattiva della vigilanza è connotata in senso collegiale, almeno quando si risolve in iniziative giudiziarie che portano all'esterno della società il conflitto tra gestori e controllori⁹¹. Ai singoli componenti

al controllo giudiziale sulla gestione nel novellato art. 2409 c.c., in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 741. V., in ogni caso, quanto osservato *retro*, nt 85 e testo corrispondente. Per un'applicazione giurisprudenziale del principio di collegialità della denuncia proveniente dal collegio sindacale cfr App. Firenze, in *Giur. it.*, 2018, 1441, con nota di A. BERTOLOTTI, che in una fattispecie caratterizzata dalla rinuncia all'incarico da parte di un sindaco effettivo, della quale il supplente non era stato ancora informato, ha considerato "inammissibile per carenza di legittimazione" il ricorso deliberato dai sindaci non dimissionari in una riunione alla quale non erano stati convocati né il rinunciante né il supplente. In giurisprudenza è stato altresì affermato che non sarebbe necessaria "una previa specifica delibera" del collegio sindacale ai fini della proposizione della denuncia (così Trib. Milano, 14 maggio 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 2660, con nota di C. MERONI, affermazione alla quale mostrano adesione G. CANALE, *L'art. 2409 c.c.: i procedimenti in camera di consiglio*, in *Diritto processuale civile* diretto da L. Dittrich, IV, Milano, 2019, 4715; G. ROMANO, *op. cit.*, 2235), il che sembra però in contrasto con lo stesso carattere collegiale della legittimazione, il quale impone che anche in questo caso il collegio sindacale si esprima attraverso una deliberazione.

⁸⁹ Come già notato in G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Commento all'art. 152 t.u.f.*, cit., 2092. Nello stesso senso già E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1533 e oggi S. VANONI, *Denuncia al tribunale*, cit., 107.

⁹⁰ *Retro*, nt 21 e testo corrispondente. V. anche G. CAVALLI, *Commento all'art. 152*, cit., 1272; P. MAGNANI, *Commento all'art. 152*, cit., 1775; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 572.

⁹¹ Anche per l'esercizio dell'azione di responsabilità, l'altro fondamentale potere di reazione attribuito al collegio sindacale dalla legge sul risparmio n. 262/2005, è richiesta infatti (art. 2393, comma 3, c.c.) una deliberazione del collegio, "assunta con la maggioranza di due terzi dei suoi componenti". Nel sistema dualistico, invece, l'azione di responsabilità nei confronti dei consiglieri di gestione può essere promossa dal consiglio di sorveglianza, sempre collegialmente, ma a maggioranza semplice: il raggiungimento della maggioranza qualificata di 2/3 comporta tuttavia la revoca automatica dei consiglieri di gestione, contestualmente sostituiti dallo stesso consiglio di sorveglianza. Quanto al potere di convocazione dell'assemblea dei soci, il t.u.f. lo riconosce sia al collegio sindacale (art. 151, comma 2), sia al consiglio di sorveglianza (art. 151-bis, comma 2); la convocazione, qualora abbia per oggetto irregolarità dei gestori, è evidentemente finalizzata a sollecitare una reazione dei soci (nel sistema tradizionale attraverso la revoca e l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, mentre nel dualistico soltanto attraverso questo secondo rimedio, poiché la revoca dei consiglieri di gestione è di competenza dello stesso consiglio di sorveglianza: v. quanto osservato più avanti nel testo). Tuttavia, il legislatore consente l'esercizio del potere di convocazione dell'assemblea anche da parte di almeno due componenti dell'organo di controllo, derogando così alla regola della collegialità in ragione del fatto che la reazione dell'organo di controllo si limita a una funzione meramente referente nei confronti dell'assemblea. Per una critica al meccanismo del "filtro" rappresentato dall'iniziativa congiunta di due componenti dell'organo di controllo, che blocca l'effettiva trasformazione del potere di convocazione da collegiale in individuale, R. ALESSI, *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi,

dell'organo è però attribuito un ruolo incisivo nella fase istruttoria della vigilanza⁹², nella quale i componenti (e così quello di minoranza) hanno comunque modo d'assumere iniziative autonome. Il carattere collegiale del momento reattivo consente poi di coinvolgere, e soprattutto di responsabilizzare in ordine all'esito delle verifiche individuali, anche coloro che non vi avessero preso parte attivamente⁹³.

Nelle s.r.l., l'art. 2477 c.c. lascia piena autonomia alla società in punto di configurazione pluripersonale o monocratica dell'organo e quest'ultima costituisce anzi la soluzione di *default* in mancanza di una diversa opzione statutaria (comma 1), così che la denuncia, pur sempre dell'organo come tale, può derivare da una scelta individuale. Qualora, invece, venga prevista la costituzione di un organo collegiale, il rinvio alle norme sul collegio sindacale della s.p.a. operato dall'art. 2477, comma 4, c.c. vale anche a confermare il carattere collegiale del potere di denuncia.

Va nondimeno ricordato che l'autonomia lasciata dall'art. 2477 c.c. alle s.r.l. non riguarda la sola strutturazione (monocratica o collegiale) dell'organo di controllo, ma anche la sua alternatività rispetto al revisore, nonostante l'obiettivo diversità della tipologia e dell'oggetto dei controlli (controllo sulla gestione vs. controllo contabile) che le due figure sono chiamate a svolgere nel nostro ordinamento. Alternatività che – stando al dato letterale, caratterizzato dall'utilizzo della disgiuntiva sia al comma 1, sia al comma 3 dell'art. 2477 c.c. – non è messa in discussione neppure nel caso in cui la società superi i parametri

N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007, 15. In argomento anche S. AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, ivi, 242.

⁹² L'art. 151, comma 1, t.u.f., attribuisce a ciascun sindaco il potere di "procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione e controllo", e i successivi artt. 151-*bis*, comma 4, e 151-*ter*, comma 4, pur configurando come collegiali i poteri ispettivi del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione, ne consentono la delegabilità a singoli componenti: v. S. AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, cit., 227; G.D. MOSCO, *Cognosco, ergo sum. L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007, 318.

⁹³ In ragione della funzione ponderatoria che viene tradizionalmente riconosciuta al metodo collegiale in contesti diversi da quello assembleare (dove ha invece una preminente funzione di composizione di interessi configgenti): sul punto, P.M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nella società per azioni*, Torino, 2000, 96; P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1976, (rist. an. 1993), 187, nt 169.

qualitativi e quantitativi che, in base al comma 3 della disposizione, rendono obbligatoria l'attivazione della funzione di controllo⁹⁴.

Non è perciò revocabile in dubbio che la volontà legislativa – pur discutibile, e forse da rimeditare interpretativamente almeno nelle s.r.l. di maggiori dimensioni alla luce del dovere di adeguatezza degli assetti – sia stata quella di un sistema dei controlli “destrutturato”⁹⁵, nel quale sussiste sempre una piena libertà di scelta da parte dei soci tra l’inserimento nell’organizzazione di un organo di controllo sulla falsariga del modello sindacale – incaricato della vigilanza gestoria nonché (necessariamente, è da intendersi) della revisione dei conti⁹⁶ – ovvero di un revisore esterno (persona fisica o società) incaricato della sola funzione di revisione legale dei conti ex d.lgs. 39/2010. Ne consegue che qualora venga statutariamente esercitata l’opzione per la figura del revisore in luogo dell’organo di controllo, al revisore non potrà essere riconosciuto alcun potere di denuncia delle gravi irregolarità degli amministratori ex art. 2409⁹⁷, con un pesante impatto sull’assetto corporativo della società, peraltro non diverso da quello che caratterizza altri strumenti di valutazione della correttezza gestoria, quali “una ridotta capacità in ordine alle impugnative assembleari, alla competenza circa l’interpretazione delle scelte del consiglio di amministrazione e agli eventuali profili di responsabilità, alla valutazione dei conflitti di interesse, alla possibilità di convocare l’assemblea in caso di situazioni di particolare urgenza e gravità; ma, soprattutto, una generale rinuncia al controllo di legalità e sul rispetto

⁹⁴ In argomento v. da ultimo E. PEDERZINI, *La funzione di controllo interno nelle società a responsabilità limitata e la scelta imperfetta tra sindaco e revisore*, in *Riv. soc.*, 2023, 415; I. DEMURO e A. MONTANARI, *L'organo di controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato delle società* diretto da V. Donativi, III, Milano, 2022, 681; F. INNOCENTI, *Composizione e nuovi poteri/doveri dell'organo di controllo e del revisore nelle s.r.l., tra vecchi e nuovi interrogativi*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 145; N. ABRIANI, *Il sistema dei controlli*, op. cit., 878; G.M. BUTA, *I controlli nella s.r.l.*, in *Digesto Disc. Priv. – sezione comm., Aggiornamento IX* diretto da R. Sacco, Torino, 2015, 158; O. CAGNASSO, *I controlli nella s.r.l.*, in *Giur. it.*, 2013, 2438; P. BUTTURINI, *L'ultima versione dell'art. 2477 c.c. tra dubbi ermeneutici e interpretazioni "ortopediche": note a prima lettura*, in *Studium iuris*, 2013, 412.

⁹⁵ Così N. ABRIANI, *Il sistema dei controlli*, op. cit., 878; parla di un vero e proprio “arbitraggio normativo” P. BENAZZO, *I controlli interni nella s.r.l. dal 1942 al 2012*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, I, 35; F. INNOCENTI, op. cit., 157; per una recente indagine sui limiti, espliciti o impliciti e di sistema, all'autonomia statutaria in materia di controlli nelle s.r.l. E. PEDERZINI, op. cit., 430.

⁹⁶ Salvo che non si opti per l'istituzione congiunta di un organo di controllo e di un revisore.

⁹⁷ Nello stesso senso, esplicitamente, I. DEMURO e A. MONTANARI, op. cit., 698.

dei principi di corretta amministrazione”⁹⁸.

3.5 La Consob (rinvio). Per quanto concerne, infine, la legittimazione della Consob, le ragioni della sua previsione a opera dell’art. 152, comma 2, T.u.f. sono state già spiegate nell’indicare i rapporti e le possibili sovrapposizioni con quella del pubblico ministero.

Rimane nondimeno da chiarire il significato del vero tratto peculiare di questa legittimazione attiva rispetto alle altre, costituito dall’aver per oggetto le sole irregolarità dell’organo di controllo anziché quelle gestorie degli amministratori. Profilo che, afferendo all’imputazione soggettiva e oggettiva delle “gravi irregolarità”, è opportuno trattare nell’ambito di una più generale riflessione sui possibili destinatari della denuncia (v. il successivo paragr. 4).

4. I presupposti e i possibili esiti della denuncia. 4.1. Le “gravi irregolarità”. La costruzione dei requisiti, e dunque l’indagine su di essi, continua a ruotare intorno al concetto di “gravi irregolarità”, formula⁹⁹ alla quale il legislatore non ha rinunciato nonostante i tanti dubbi interpretativi che da sempre suscita¹⁰⁰.

⁹⁸ Così N. ABRIANI, *Il sistema dei controlli*, op. cit., 880.

⁹⁹ La formula è stata utilizzata inizialmente per ribadire quella dei “fatti censurabili” che potevano essere denunciati al collegio sindacale, come emerge dalla ricostruzione della genesi dell’art. 153 cod. comm. (nel quale la formula era già presente, seppure utilizzata al singolare) di A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 323, e ID., *Società (controllo societario sulle)*, cit., 16 per il quale “l’espressione corrisponde ad un mero preziosismo stilistico” del legislatore, testimoniato anche dal fatto che “nell’art. 94 del Progetto Vigliani, che consentiva l’istanza agli azionisti se vi era «fondato sospetto di gravi irregolarità nell’adempimento dei doveri degli amministratori, i provvedimenti del tribunale erano subordinati ai fatti censurabili accertati nella relazione”. Cfr anche G. FERRI, *Le società*, cit., 794. Parla di una “ridondante verbosità” della norma G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 599, e ID., *Commento all’art. 2409*, cit., 787.

¹⁰⁰ In quanto “vaga e indeterminata”: così G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 599, e nello stesso senso, tra i tanti, C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1131; N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 5, che parla di una “locuzione *open textured* (...) nel senso che sicuramente esistono situazioni che rientrano nella nozione ed altre che non vi rientrano, ma esiste anche una zona di confine in cui non v’è certezza”, nella quale l’interprete gode di un elevato grado di discrezionalità; G. TERRANOVA, *op. cit.*, 141, riferisce di “un certo imbarazzo” della dottrina chiamata a stabilire “se le irregolarità riscontrate nella gestione siano «gravi» ed in quale grado”, e di una giurisprudenza “rimasta in un limbo d’indeterminatezza, decidendo caso per caso sulla base del semplice buon senso”. Sul dilemma tra *case method* e ricostruzione concettuale nell’approccio alla norma v. S. LA CHINA, *op. cit.*, 1152.

La formula va esaminata sotto diversi profili.

Anzitutto, le gravi irregolarità escludono la valutazione dello stato psicologico (di dolo o colpa) dei relativi autori¹⁰¹ e mantengono un rilievo oggettivo che si sostanzia in divergenze del comportamento degli amministratori da quello contemplato da regole che prevedono come doveroso un determinato modello comportamentale¹⁰². Regole che è indifferente siano contenute in vere e proprie norme giuridiche dell'ordinamento societario ovvero poste ad altri fini o nelle "norme relative al funzionamento della società" (2328 c.c.) dettate dall'atto costitutivo o dallo statuto (arg. ex art. 2377, 2388, e 2392 c.c.).

Per gli amministratori di società quotate vengono in considerazione anche le norme di autoregolamentazione contenute nei codici di comportamento¹⁰³ ai quali la società abbia dichiarato di aderire ai sensi dell'art. 123-*bis*, comma 2, lett. a) t.u.f.¹⁰⁴, in particolare nel Codice di *Corporate Governance* promosso da Borsa

¹⁰¹ Nel nuovo testo dell'art. 2409 c.c. le irregolarità degli amministratori discendono dalla "violazione dei loro doveri", anziché essere genericamente ricondotte all'"adempimento" degli stessi come nella vecchia formulazione, che aveva indotto G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 192 a considerare necessari ai fini della denuncia il dolo o la colpa degli amministratori. In argomento cfr anche V. CERAMI, *op. cit.*, 56, e, per un'attenta critica, A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo societario sulle)*, cit., 15. V. anche, in giurisprudenza, App. Milano, 2 dicembre 1991, in *Società*, 1992, 800. Il punto è ormai pacifico, nel senso del testo, dopo la riforma v. N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 19; G. TERRANOVA, *op. cit.*, 144.

¹⁰² È indifferente che tale divergenza si traduca in un comportamento commissivo od omissivo: per tutti A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo societario sulle)*, cit., 12; R. RORDORF, *La irregolare amministrazione della società*, in *Società*, 1990 1201; nonché, dopo la riforma, N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 18, il quale esclude che al termine "violazione" possa attribuirsi un significato di consapevolezza del trasgredire che renderebbe irrilevanti comportamenti omissivi.

¹⁰³ Ferma la loro forza espansiva quali principi che finiscono per dover essere tenuti presente anche dagli amministratori di società non quotate: v. per es., con riguardo a quelli di una s.r.l. e con riferimento alle scelte relative all'assetto organizzativo, Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Giur. imprese*, disponibile all'indirizzo https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wp-content/uploads/2020/04/20200408_RG8159-2017-1.pdf. V. quanto osservato di seguito nel testo e nelle note.

¹⁰⁴ Escluse le disposizioni alle quali la società abbia dichiarato di non aderire "motivando le ragioni" (art. 123-*bis*, comma 2, lett. a), t.u.f.) in base al noto principio del *comply or explain*. In argomento, M.L. PASSADOR, *Su alcuni recenti sviluppi dell'autodisciplina*, in *Riv. soc.*, 2020, 302; G. PRESTI, *Tutela del risparmio e codice di autodisciplina delle società quotate*, in *AGE*, 2006, 51; A. GAMBINO, *Etica dell'impresa e codici di comportamento*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2006, 881; P.M. SANFILIPPO, *I codici di autodisciplina societaria: nuovi problemi di enforcement*, ivi, 2008, 929; N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codice di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 693; N. BRUTTI, *Codici di comportamento e società quotate*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 238.

Italiana s.p.a.¹⁰⁵ A quest'ultimo riguardo va osservato che, sebbene sia pacifico che i codici di comportamento non assurgono a fonti di produzione normativa¹⁰⁶, nella materia dei doveri degli amministratori l'autodisciplina non fa altro che riempire di contenuto concreto clausole generali¹⁰⁷ dalle quali derivano obblighi la cui violazione espone certamente gli amministratori a responsabilità nei confronti della società. Sarebbe perciò contraddittorio escluderle dal novero di quelle denunciabili ai sensi dell'art. 2409 c.c.

Anzi, il sindacato giudiziario sulla violazione di questi doveri non incontra limiti diversi a seconda che sia esercitato nell'una o nell'altra sede. Ne consegue che, pure nell'ambito del procedimento attivato ai sensi dell'art. 2409 c.c., il c.d. *duty of care* va reinterpretedato (e in certo senso circoscritto) come dovere di assumere decisioni ragionevoli, ponendo l'accento sulla *reasonable investigation* che deve precederne l'adozione ed escludendo qualunque valutazione del merito delle decisioni gestorie (c.d. *business judgement rule*)¹⁰⁸. Regola che, per

¹⁰⁵ Sull'ultima versione del Codice di *corporate governance*, approvata dal comitato nel gennaio 2020 e disponibile all'indirizzo <https://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/codice/2020.pdf>, v. M. VENTORUZZO, *Il nuovo codice di corporate governance 2020: le principali novità*, in *Società*, 2020, 439; G. ALPA, *Il nuovo codice della corporate governance delle società quotate*, in *Contratto e Impr.*, 2020, 567.

¹⁰⁶ Cfr gli Autori citati *retro*, nt 104. A favore del rilievo delle violazioni di regole autodisciplinari nella denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. anche N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 17, sulla base della considerazione che, pur se "adottate dagli amministratori in una situazione di perfetta autonomia, le stesse finiscono per essere delle regole oggettivizzate", richiamando la posizione espressa sul punto da N. IRTI, *op. cit.*, 699; cfr anche R. ROSAPEPE, *Corretta amministrazione, codici di comportamento ed informazione*, in *Riv. soc.*, 2008, 187 per l'individuazione di una funzione di orientamento al mercato del codice di autodisciplina che travalica il livello puramente contrattuale. Del resto, l'art. 149, comma 1, alla lett. c-bis) contempla espressamente tra i doveri del collegio sindacale la vigilanza sulle "modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, cui la società, mediante informativa al pubblico, dichiara di aderire", sicché le verifiche dell'organo di controllo circa la *compliance* al codice non possono essere di carattere meramente formale e circoscritte alla dichiarazione di adesione resa dalla società, ma devono estendersi "al riscontro concreto dell'attuazione dell'intento (pubblicamente dichiarato) di adeguamento ai dettami del codice di comportamento da parte dell'emittente quotato, [...] nel senso che i comportamenti concreti della società (ed in particolare, degli organi sociali) si conformino a tali principi e regole operative" (così D. CATERINO, *Autodisciplina societaria e doveri del collegio sindacale nella legge sul risparmio*, in *Banca borsa*, 2008, I, 488-489).

¹⁰⁷ Quelle di diligenza, di lealtà e di correttezza nell'amministrazione, sulle quali v., anche per ulteriori riferimenti, G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità*, cit., 126.

¹⁰⁸ La possibilità che l'oggetto del sindacato giudiziario in sede di denuncia di gravi irregolarità ex art. 2409 c.c. si estenda anche alle "violazioni degli obblighi generali di gestire con diligenza, nell'interesse sociale e senza conflitti di interesse" (così G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*,

converso, non trova applicazione con riferimento a decisioni in cui l'amministratore sia portatore di un interesse personale e, più in generale, che non siano state adottate in "buona fede", dunque ogni qual volta la denuncia di gravi irregolarità riguardi violazioni del c.d. *duty of loyalty* da parte degli amministratori¹⁰⁹.

4.2 Il procedimento. In particolare, la sostituzione assembleare "provocata" degli amministratori e dei sindaci e i provvedimenti graduati del tribunale. In secondo luogo, le "gravi irregolarità" non rappresentano un semplice presupposto per l'avvio del procedimento giudiziario, ma ne scandiscono le diverse fasi modulando l'intervento del giudice e dei suoi ausiliari¹¹⁰.

Per i denunciati, solo all'apparenza è sufficiente che le irregolarità rimangano allo stadio di un mero sospetto, che non può comunque derivare da una valutazione soggettiva, ma deve essere "fondato", ossia giustificato da fatti e circostanze costituenti obbiettivi indizi delle violazioni dei doveri gestori¹¹¹. Il rilievo sintomatico degli indizi allegati dai denunciati dev'essere, infatti, subito

cit., 787-788) è stata tuttavia esclusa da parte della giurisprudenza, peraltro rimasta isolata (come ricorda V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità*, cit., 751): Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1149; Cass., 6 marzo 1970, n. 558, in *Foro it.*, 1970, I, 1728. Prevale l'opinione inversa, pur con il limite dell'insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori, salva l'ipotesi del conflitto d'interessi: cfr App. Milano, 4 luglio 2003, in *Foro pad.*, 2005, 100; App. Napoli, 13 maggio 2002, in *Giur. Merito*, 2002, 1251; App. Roma, 3 aprile 2002, in *Gius.*, 2002, 1304; Trib. Venezia, 30 novembre 2001, in *Società*, 2002, 346; App. Milano, 15 luglio 1997, in *Società*, 1997, 1415; nonché, con specifico riferimento a ipotesi di violazione del divieto di non perseguire interessi in conflitto con l'interesse sociale, o comunque a esso estranei, Trib. Brescia, 17 luglio 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 3384; Trib. Napoli, 23 marzo 1992, in *Società*, 1992, 1097.

¹⁰⁹ Sulla protezione accordata dalla *business judgement rule* v. ancora G.D. Mosco e S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità*, cit., 132, spec. nt 40.

¹¹⁰ Sul punto anche G. TERRANOVA, *op. cit.*, 140, sebbene per l'A. l'inserimento del danno potenziale abbia rubato il palcoscenico alla nozione di "gravi irregolarità".

¹¹¹ Il fondato sospetto non può basarsi "su mere supposizioni o su indimostrati rilievi critici, bensì su elementi di sicuro affidamento che, pur non assurgendo a livello di prova, abbiano tuttavia riscontri obbiettivi che vanno al di là del semplice sospetto" per App. Lecce, 9 luglio 1990, in *Giur. Merito*, 1990, 927; *adde*: Trib. S. Maria Capua Vetere, 15 luglio 2003, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 12, 79; Trib. Udine, 14 luglio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1945; Trib. Palermo, 24 novembre 1999, in *Società*, 2000, 866, sull'onere di allegazione fattuale del denunciante, che esclude la possibilità di demandare al tribunale un'attività esplorativa volta alla ricerca di irregolarità genericamente sospettate. In dottrina, G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*, cit., 786; V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari*, cit., 106; S. LA CHINA, *op. cit.*, 1159.

verificato dal tribunale alla luce delle dichiarazioni rese da amministratori e sindaci, ascoltati in camera di consiglio ai sensi dell'art. 2409, comma 2, c.c.¹¹² Per tale via – oltre che sulla base della denuncia – il tribunale accerta che il sospetto sia verosimile dando corpo almeno al sentore dell'effettiva sussistenza delle irregolarità¹¹³. Verosimiglianza che, oltre a legittimare l'esercizio del potere ispettivo¹¹⁴, sembra essere anche alla base della facoltà, concessa alla società

¹¹² Finalità dell'audizione è infatti quella di acquisire gli elementi informativi, anche ulteriori rispetto a quelli prospettati dai ricorrenti, necessari ai fini del giudizio deliberativo in merito alla fondatezza del sospetto: cfr R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 576; G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 233; E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1554.

¹¹³ Non si tratta di un *fumus* in senso tecnico, atteso che la natura cautelare del procedimento ex art. 2409 c.c. – pure autorevolmente sostenuta in passato, ravvisando proprio nel fondato sospetto di gravi irregolarità gli estremi del *fumus boni iuris*, e nella probabilità che la società subisse un danno il c.d. *periculum in mora* (così V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità*, cit., 475; R. PROVINCIALI, *op. cit.*, 312; Trib. Milano, 4 febbraio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 404; App. Venezia, 29 maggio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1237) – viene oggi correttamente esclusa da dottrina e giurisprudenza attraverso un percorso argomentativo che fa propendere per la natura di volontaria giurisdizione del procedimento in esame (*ex multis*, Cass., 8 maggio 2001, n. 6365, in *Mass. Foro it.*, 1987, 551; Cass., 16 giugno 2000, n. 8226, *ivi*, 2000, 746; Cass., 18 aprile 2000, n. 5001, *ivi*, 2000, 476; App. Firenze, 18 settembre 2001, in *Giur. Merito*, 2002, 73); in dottrina, per una sintesi delle principali questioni sottese alla natura del procedimento, A. NASCOSI, *La condanna alle spese nel procedimento di cui all'art. 2409 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1033. V. anche la successiva nt 114.

¹¹⁴ Prima che la riforma del diritto societario sancisse espressamente la possibilità di proporre reclamo avverso il provvedimento d'ispezione disposto dal Tribunale (cfr art. 2409, comma 2, ult. periodo, c.c.), l'opinione favorevole alla reclamabilità immediata del decreto veniva fondata anche sulla circostanza che esso implicava una compiuta delibazione da parte del tribunale in ordine alla sussistenza del "fondato sospetto": cfr App. Bologna, 21 novembre 1991, in *Società*, 1992, 503; App. Firenze, 21 novembre 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 956; App. Palermo, 3 maggio 1991, *ivi*, 1992, II, 258, Cass., 16 marzo 1993, n. 3127, *ivi*, 1994, II, 563; in dottrina, S. LA CHINA *op. cit.*, 1163. La tesi contraria alla reclamabilità faceva leva sul carattere istruttorio del provvedimento d'ispezione, assimilato a una c.t.u.: cfr per ulteriori indicazioni E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1270. In realtà, come osserva V. VITRÒ, *Il controllo giudiziario delle imprese collettive. Le regole del Sarbanes-Oxley Act*, Milano, 2007, 469, "il giudizio del tribunale nella prima fase del procedimento non può non essere di carattere deliberativo", atteso che l'allegazione dei ricorrenti sarà supportata da una prova indiziaria o presuntiva, "perché si deve interpretare il significato di un certo fatto (fatto indiziario) per risalire ad un fatto ignoto". Per G. TERRANOVA, *op. cit.*, 140, il fondato sospetto "avrebbe la stessa funzione degli «inadempimenti o altri fatti esteriori», che consentono la dichiarazione di fallimento", anche se forse si potrebbe prescindere dai requisiti di gravità, precisione e concordanza indicati dall'art. 2729 c.p.c. Sui problemi della prova presuntiva dell'insolvenza, anche per quanto concerne il controllo del meccanismo inferenziale da parte del giudice, v., con specifico riferimento alla revocatoria, S. LOPREIATO, *Pluralità e concordanza di elementi indiziari nella ricostruzione presuntiva della scientia decoctionis*, in *Banca borsa*, 2005, II, 656. Ovviamente, il tribunale può omettere di disporre l'ispezione nell'ipotesi in cui vengano allegati dai denunciati irregolarità pienamente provate: così Trib. Tivoli, 5 luglio 2004, in *Giur. Merito*, 2005, 1839. In ogni caso, il provvedimento non ha di regola efficacia immediata. In seguito all'abrogazione del rito societario (d. lgs. n. 5/2003) operata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, il reclamo avverso il provvedimento d'ispezione (che riveste necessariamente la forma del decreto, al pari di tutti i provvedimenti previsti dall'art. 2409: art. 103 disp. att. c.c.) è infatti disciplinato dal capo VI, libro IV, c.p.c., recante le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio. In

dal comma 3 della disposizione, di sostituire amministratori e sindaci “con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle” (art. 2409, comma 3). Sebbene rimessa dalla norma alla volontà assembleare, la sostituzione interviene dopo la presentazione della denuncia ed è pertanto chiaramente finalizzata a conseguire la sospensione di un procedimento nel quale le gravi irregolarità denunciate hanno assunto un qualche grado di probabilità, e dunque a evitare la gestione giudiziaria dell’ispezione e dell’eventuale fase volta al ripristino della legalità¹¹⁵.

particolare, in base all’art. 741, comma 1, c.p.c. – che subordina l’efficacia dei provvedimenti camerali alla loro definitività, cioè alla circostanza che essi non possano più essere oggetto di reclamo – il provvedimento d’ispezione acquista efficacia soltanto una volta che sia decorso il termine di dieci giorni previsto dagli artt. 739-740 c.p.c. senza che sia stato proposto reclamo alla corte d’appello competente, mentre il provvedimento emesso da quest’ultima in sede di reclamo è immediatamente efficace, non essendo ulteriormente reclamabile ex art. 739, comma 3, c.p.c. Tuttavia, ai sensi dell’art. 741, comma 2, c.p.c. il tribunale può disporre che il provvedimento d’ispezione abbia “efficacia immediata” qualora sussistano “ragioni d’urgenza” – in verità, il più delle volte logicamente presenti nel procedimento ex art. 2409 c.c. – efficacia che non viene meno a seguito della proposizione del reclamo, ma può essere sospesa soltanto attraverso un apposito provvedimento pronunciato dal giudice superiore su richiesta del reclamante; in argomento v. E. FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 330. Per quanto concerne, invece, il decreto di revoca degli organi sociali e di nomina dell’amministratore giudiziario ex art. 2409, comma 4, c.c., parte della giurisprudenza lo qualifica alla stregua di una fattispecie eccezionale di provvedimento camerale immediatamente efficace *ex lege*, in quanto “priva l’imprenditore, dalla sua data, dell’amministrazione della società nei limiti dei poteri conferiti all’amministratore giudiziario” (art. 92, comma 1, disp. att. c.c.): Trib. Palermo, 4 giugno 1997, in *Società*, 1998, 75; App. Firenze, 18 settembre 2001, in *Giur. Merito*, 2002, 73; *contra*, App. Roma, 10 agosto 2000, in *Società*, 2001, 438.

¹¹⁵ Al tribunale compete in ogni caso la valutazione della congruità dell’intervento della società ai fini della sospensione del procedimento e della determinazione del relativo periodo. Alla luce della necessaria verosimiglianza del sospetto si stempera, d’altro canto, la critica comunemente mossa dalla dottrina alla previsione contenuta nell’art. 2409, comma 3, c.c. in merito all’inopportunità “della sostituzione degli amministratori e dei componenti l’organo di controllo *prima* che le irregolarità siano state accertate” (così R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 578; ma v. anche G.C. RIVOLTA, *op. cit.*, 761; M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1223; M. CERA, *op. cit.*, 375; S. FORTUNATO, *I “controlli” nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 893). Il meccanismo previsto dall’art. 2409, comma 3, c.c. recepisce una prassi giurisprudenziale che, pur non considerando la sostituzione degli amministratori in pendenza del ricorso condizione sufficiente per dichiararne l’improcedibilità, riteneva nondimeno opportuno verificare se tale sostituzione fosse idonea all’eliminazione delle irregolarità, invitando i nuovi organi sociali a presentare una relazione sull’attività svolta (cfr Trib. Santa Maria Capua Vetere, 4 maggio 2001, in *Società*, 2002, 69, Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103, Trib. Milano, 15-27 novembre 1995, *ivi*, 1996, I, 2, 1; Trib. Milano, 7-11 luglio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 593; per un’applicazione del nuovo art. 2409, comma 3, v. invece Trib. Vicenza, 27 marzo 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, 746, con nota di SQUAROTTI). Osserva E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1274 che si tratta “di una sospensione impropria, perché durante il tempo in cui il procedimento di denuncia si arresta, i nuovi amministratori e sindaci sono tenuti ad accertare ed eliminare le violazioni

La “sussistenza” delle irregolarità, accertata in sede di ispezione giudiziaria – ovvero dai nuovi amministratori e sindaci nominati ai sensi dell’art. 2409, comma 3, e perdurante nonostante le attività da questi ultimi compiute – attribuisce al tribunale il potere/dovere d’adottare gli opportuni provvedimenti provvisori¹¹⁶ e di convocare l’assemblea “per le conseguenti deliberazioni”.

L’emergere dei “casi più gravi”, infine, legittima il tribunale a revocare gli amministratori, ed eventualmente anche i sindaci, per sostituirli con un amministratore giudiziario. La fase della gestione giudiziaria resta, in ogni caso, temporalmente circoscritta – dunque, di carattere eccezionale: l’amministratore nominato dal tribunale alla scadenza dell’incarico è tenuto (oltre a rendere conto al tribunale) a convocare l’assemblea dei soci affinché sia quest’ultima a nominare i nuovi amministratori ovvero a mettere in liquidazione la società o a chiederne l’ammissione a una procedura concorsuale¹¹⁷.

commesse durante la precedente gestione. Di fatto, quindi, più che una sospensione, il procedimento subisce un rinvio e precisamente un rinvio all’udienza (contestualmente fissata, in relazione al tempo che il tribunale riterrà di dover concedere ai nuovi amministratori e sindaci) nella quale i nuovi amministratori dovranno comparire per riferire «sugli accertamenti e le attività compiute» ed al cui esito il giudice deciderà se proseguire nell’*iter* processuale”; e v. Trib. Vicenza, 27 marzo 2009, *cit.*, che condiziona la sospensione del procedimento alla redazione da parte dei nuovi amministratori di un programma analitico relativo a tempi e modalità del ripristino della regolarità gestoria.

¹¹⁶ La formula “provvedimenti provvisori” sostituisce quella “provvedimenti cautelari” precedentemente utilizzata dall’art. 2409, comma 4, c.c. al fine di escludere definitivamente la natura cautelare del procedimento. Si tratta di provvedimenti a contenuto atipico, non necessariamente preordinati alla successiva convocazione dell’assemblea, come rileva C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1151. Cfr G. BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall’art. 2409 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 552; F. DI SABATO, *Provvedimenti cautelari di cui all’art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 206, secondo il quale il carattere atipico dei provvedimenti provvisori incontra un limite nei principi generali dell’ordinamento societario. Dall’esame della prassi giurisprudenziale l’A. individua una linea guida per la concreta conformazione dei provvedimenti provvisori, che devono “avere per oggetto atti e non persone investite della funzione ogni volta che questa funzione ripeta la sua essenza dall’assemblea e non dagli stessi amministratori: possibili cioè la revoca della delega di poteri attribuita nel suo seno dal consiglio stesso, o la limitazione dei poteri che il consiglio si è dato, o ancora l’ordine di non concludere un contratto se non si è già assunto un obbligo in tal senso; non possibili la sospensione dalla carica di un amministratore e, meno che mai, la sospensione del diritto di voto o l’imposizione di un rappresentante della minoranza in seno al consiglio di amministrazione”.

¹¹⁷ Il potere di proposta all’assemblea dell’amministratore giudiziario che l’art. 2409 c.c. continua a riferire all’«ammissione a una procedura concorsuale» va peraltro coordinato con l’art. 120-*bis* c.c.i.i., introdotto dall’ultimo decreto correttivo 17 giugno 2022, n. 83, che oggi attribuisce alla competenza esclusiva degli amministratori la decisione in merito all’«accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza» e il connesso potere di determinare il “contenuto della proposta” e le “condizioni del piano”, con un significativo arretramento in materia del ruolo dell’assemblea che “chiude un cerchio nella storia del nostro sistema concorsuale” (così G.D.

4.3 L'imputazione soggettiva delle gravi irregolarità: i denunciati.

L'ultimo profilo d'indagine relativo alle gravi irregolarità riguarda la loro imputazione soggettiva e oggettiva, poiché nell'attuale formulazione dell'art. 2409 c.c. queste, oltre a essere riferite solo agli amministratori, devono inerire alla "gestione".

Nessun cenno vi è ora nel comma 1 dell'art. 2409 alla presenza anche di irregolarità nel controllo e se ne potrebbe desumere l'impossibilità di una denuncia dei soci che coinvolga gli organi a ciò deputati, le cui irregolarità sarebbero denunciabili solo dalla Consob ai sensi dell'art. 152, comma 2, t.u.f.

Di converso, alla Consob sarebbe inibito sottoporre al tribunale irregolarità degli amministratori quand'anche costituiscono il presupposto di quelle dei controllori¹¹⁸.

MOSCO e S. LOPREIATO, *Gli amministratori, il tribunale e il invitato di pietra*, cit., 190, ai quali si rinvia anche per l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo di questa nuova competenza degli amministratori). Sembra perciò uscire significativamente rafforzata l'opinione, espressa già prima dell'entrata in vigore dell'art. 120-bis, secondo la quale l'amministratore giudiziario che riscontri uno stato di crisi e (o) di insolvenza della società, o comunque l'impossibilità di rimuovere le irregolarità se non ricorrendo a una procedura concorsuale di ristrutturazione o liquidatoria, potrebbe e anzi dovrebbe adottare direttamente la relativa delibera di ammissione alla procedura (se del caso previa attribuzione giudiziale del relativo potere ex art. 92, comma 4, disp. att. in presenza di una competenza assembleare a riguardo, oggi esclusa dall'art. 120-bis c.c.i.i.), nonostante la testuale formulazione dell'art. 2409 c.c. che a riguardo gli attribuisce un mero potere propositivo nei confronti dell'assemblea: in questo senso, anche per il timore di comportamenti ostruzionistici dei soci che mira a evitare anche la direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019 (c.d. direttiva *Insolvency*) attuata nel nostro ordinamento proprio dal d. lgs n. 83/2022, v. S. VANONI, *Denuncia al tribunale*, cit., 192; M. COSSU, *L'amministratore giudiziario nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 708; G. ROMANO, *op. cit.*, 2272. Più cauta la dottrina che, a fronte della previgente competenza degli amministratori alla formulazione della proposta e delle condizioni del concordato fallimentare e preventivo prevista dai previgenti artt. 152 e 161, comma 4, l. fall., non considerava coerente con la complessiva funzione dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria – che “non è quella di sostituire l'organo amministrativo con un amministratore munito degli stessi poteri, bensì quella di assicurare la continuazione temporanea dell'impresa, con un carattere di ordinaria amministrazione” – riconoscere un “analogo potere possa essere riconosciuto direttamente all'organo giudiziario il quale, pertanto, in assenza di un'espressa autorizzazione, non potrà che rimettere la decisione all'assemblea dei soci, debitamente convocata alla scadenza dell'incarico, per sottoporle la proposta di nomina dei nuovi amministratori o, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale (art. 2409, comma 6, c.c.)”: così S. MASTURZI, *op. cit.*, 861; nello stesso senso O. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, 363, spec. nt 11 e testo corrispondente.

¹¹⁸ Dalla mancata indicazione degli amministratori tra i destinatari della denuncia proposta ai sensi dell'art. 152, comma 2, t.u.f., la dottrina prevalente deduce l'impossibilità per la Consob di avviare il procedimento anche nei confronti degli amministratori, dalle cui irregolarità la società potrebbe essere protetta solo indirettamente su iniziativa dell'autorità di vigilanza: cfr G. CASTALDI, *Commento all'art. 152*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di*

Deduzione e corollario sarebbero però fuorvianti.

Va considerato, anzitutto, che un conto è la direzione della denuncia operata dai legittimati, altro conto è la sfera d'intervento del tribunale, che non muta a seconda né di chi (soci, organo di controllo, p.m., Consob) presenta la denuncia, né di chi ne è il destinatario formale (amministratori od organo di controllo)¹¹⁹.

Quanto specificamente alla deduzione, questa si scontra poi con il rilievo che la vigilanza, come qualsiasi altra esplicitazione del controllo, è “un’attività di

intermediazione finanziaria, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, II, Padova, 1998, 152, che giudica poco comprensibile “la scelta di non prevedere per la Consob la possibilità di denunciare fondati sospetti di gravi irregolarità eventualmente commesse dal consiglio di amministrazione, da solo o unitamente al collegio sindacale”; per P. MAGNANI, *Commento all’art. 152*, cit., 1787, il legislatore si sarebbe “fermato, rispetto alle autorità di vigilanza di altri settori (anzitutto le banche), per così dire, «a metà strada»”; S. AMBROSINI, *Commento all’art. 152*, cit., 297; C. RABITTI BEDOGNI, *op. cit.*, 810, per la quale “le gravi irregolarità devono riguardare il collegio sindacale, non i singoli sindaci, né tanto meno gli organi di amministrazione”; G. MEO, *op. cit.*, 277, giustifica la scelta legislativa affermando che, sebbene “lo scopo dell’intervento della Consob, e più in generale del procedimento ex art. 2409 c.c., sia pur sempre quello di porre fine a prassi gravemente irregolari nell’amministrazione della società, la Consob riceve di quelle prassi una rappresentazione di secondo grado tramite il collegio sindacale”, mentre “per promuovere l’azione essa dovrebbe formare il sospetto in via diretta”; per G. CAVALLI, *Commento all’art. 152*, cit., 1274, il coordinamento tra l’art. 2409 c.c. (vecchio testo) e l’art. 152, comma 2, t.u.f. “dovrebbe portare ad escludere che la Consob abbia il potere di denunciare direttamente il fondato sospetto di gravi irregolarità di amministratori e sindaci”. L’A ritiene tuttavia inverosimile “inibire alla stessa Consob di denunciare al tribunale gravi irregolarità dei soli sindaci, anche se esse s’innestino, poi, su altrettanto gravi irregolarità degli amministratori” e propone di coordinare l’art. 152, comma 2, e l’art. 2409 “non tanto sul piano della legittimazione, ma su quello dei provvedimenti che il tribunale è chiamato ad emettere”. Diversamente, la possibilità che la Consob indirizzi la propria denuncia, oltre che nei confronti dell’organo di controllo, anche degli amministratori, è ammessa da M. BUSSOLETTI, *Procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 341 sul rilievo che “sarebbe monca, e sostanzialmente inefficace” un’iniziativa della Consob che si fermasse ai sindaci, proprio perché “la censura ai sindaci potrebbe essere rappresentata proprio dal fatto che costoro non si attivano per denunciare le irregolarità di gestione degli amministratori, essendo meno frequente l’ipotesi di violazione di obblighi «autonomi» dei sindaci”. Cfr anche ID., *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1217 e, nello stesso senso, anche P. MONTALENTI e S. BALZOLA, *op. cit.*, 1955.

¹¹⁹ E ciò anche in considerazione del fatto che il carattere inquisitorio del procedimento di denuncia, ormai pacificamente ricondotto a quelli di c.d. volontaria giurisdizione (*retro*, nt 113), consente al Tribunale di evitare l’applicazione, o quanto meno un’applicazione rigorosa, dei principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. Si afferma perciò in giurisprudenza che, a seguito della proposizione di un ricorso con cui viene manifestato al tribunale il “fondato sospetto” di gravi irregolarità nella gestione, il procedimento acquista una sua autonomia dai ricorrenti e, come può evolvere verso l’accertamento di irregolarità diverse da quelle denunciate, può concludersi con l’adozione di provvedimenti diversi (più o meno gravi) rispetto a quelli originariamente domandati: cfr App. Milano, 16 settembre 2001, in *Giur. Merito*, 2002, 754; App. Napoli, 29 gennaio 1998, in *Società*, 1998, 736; Trib. Milano, 6 giugno 1983, in *Società*, 1984, 52; *contra*, App. Catanzaro, 14 maggio 2004, in *In iure praesentia*, 2004, 65.

secondo grado, sussidiaria rispetto all'attività che ne costituisce l'oggetto"¹²⁰, con la conseguenza che anche le irregolarità nella vigilanza hanno di regola carattere accessorio rispetto alle irregolarità dei soggetti controllati. Non a caso, la responsabilità da controllo dei sindaci è configurata dall'art. 2407, comma 2, c.c. come una responsabilità che presuppone "fatti e omissioni" degli amministratori produttivi di un danno che non si sarebbe verificato se i sindaci "avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica"¹²¹.

Di conseguenza, la circostanza che le irregolarità dei sindaci non siano più menzionate dall'art. 2409 c.c. non può certamente significare che essi siano posti al riparo dalla denuncia al tribunale qualora non abbiano reagito in alcun modo – o, peggio, abbiano avallato o contribuito – alle violazioni dei doveri gestori poste in essere dagli amministratori. L'omissione si spiega, invece, con la possibilità che la posizione dei sindaci sia dissociata da quella degli amministratori nell'eventualità in cui abbiano vigilato correttamente, presentando essi stessi la denuncia o avvalendosi di altri strumenti di reazione previsti dall'ordinamento¹²². Ne è dimostrazione, questa volta in positivo, lo stesso art. 2409 allorché contempla espressamente la possibilità che i sindaci siano

¹²⁰ Così L. FURGIUELE, *La responsabilità da controllo*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007, 428, ma il punto è pacifico nella dottrina: v. già G. FERRI, *I controlli*, cit., 1198; G. CAVALLI, *I sindaci*, cit., 83; S. FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma*, cit., 869.

¹²¹ Cfr G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità*, cit., 147, ove ult. rif.; S. AMBROSINI, *La responsabilità dei sindaci*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, II, Padova, 2009, 986; P. FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel T.U. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca borsa*, 1985, I, 45; M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, XIX, Padova, 1994, 147.

¹²² La segnalazione sembra configurata dai giudici come *extrema ratio*, divenendo "doverosa, quando sia rimasta, davvero, l'unica praticabile in concreto, per poter legittimamente por fine alle illegalità di gestione riscontrate, o interrompere la successione di comportamenti *contra legem* che arrecano pregiudizio al patrimonio sociale": così Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, *cit.* Del resto, la constatazione da parte dei sindaci, autonomamente o anche attraverso fonti esterne, della "presenza di irregolarità o, comunque, di sintomi di «malessere» economico" può essere annoverata tra i c.d. indici di rischio che impongono ai sindaci stessi un "grado di impegno e di attenzione [...] superiore a quello esigibile in condizioni di normalità": così S. AMBROSINI, *La responsabilità dei sindaci*, cit., 980-981; P. FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci*, cit. 43; G. CAVALLI, *I sindaci*, cit., 163; Trib. Genova, 19 luglio 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 327, con nota di G. COTTINO, *Questioni in tema di decadenza (e funzionalità) del collegio sindacale*.

assoggettati a revoca insieme ai gestori¹²³, chiunque sia il soggetto che ha attivato il tribunale. La revoca è, peraltro, sempre eventuale, tanto se di competenza dell'assemblea ex art. 2409, comma 3, quanto se suscettibile di essere disposta dallo stesso tribunale ai sensi del successivo comma 4 (che, pure, è l'unico a chiarire il punto).

Quanto al corollario, è ancora il carattere accessorio della funzione di controllo sulla gestione a rendere illogico che nelle società quotate sia precluso alla Consob richiamare anche le violazioni gestorie sulle quali si innestano ipotesi di omessa o carente vigilanza dell'organo di controllo, e ancor più che il tribunale non possa procedere, se ne sussistono i presupposti, a un'ispezione complessiva e all'adozione di tutti i provvedimenti indicati dall'art. 2409 c.c.¹²⁴

¹²³ Il p.m. può chiedere al tribunale, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2409, che siano adottati (tutti) i provvedimenti previsti da detto articolo (*retro*, nt 58), a conferma della sua legittimazione a coinvolgere anche i sindaci (fino a prospettarne la revoca) e dell'inclusione nel campo d'intervento del tribunale sempre di tutti i legittimati passivi e di tutti i provvedimenti contemplati nell'art. 2409. La dottrina è comunque sostanzialmente unanime nell'ammettere il coinvolgimento dei sindaci nella denuncia presentata ai sensi dell'art. 2409 c.c.: G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*, cit., 789; MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1132; V. SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, cit., 305; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 828; M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1218; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 132. In giurisprudenza cfr Trib. Salerno, 12 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 2567; per l'ammissibilità di una sostituzione ex art. 2409, comma 3, limitata ai soli amministratori v. Trib. Vicenza, 17 marzo 2009, *cit.*

¹²⁴ Chi sostiene che gli amministratori non possano essere coinvolti nel procedimento (cfr *retro*, nt 118), si trova costretto a escludere che il tribunale possa esercitare il potere di revoca previsto dall'art. 2409, comma 4 anche solo con riguardo ai sindaci, poiché la norma configura chiaramente la loro revoca come conseguenza (eventuale) di quella degli amministratori. In tal caso dovrebbe essere consentita al tribunale unicamente la convocazione dell'assemblea per l'adozione degli opportuni provvedimenti, non avendo la Consob possibilità di chiedere la revoca degli amministratori (come coerentemente sostiene G. CAVALLI, *Commento all'art. 152*, cit., 1275; *adde*: G. MEO, *op. cit.*, 278; v. tuttavia, per una diversa soluzione, possibilista con riferimento all'adozione dei provvedimenti di revoca anche nei confronti degli amministratori rimasti estranei al procedimento, S. AMBROSINI, *Commento all'art. 152*, cit., 299; G. CASTALDI, *op. cit.*, 1415; P. MAGNANI, *Commento all'art. 152*, cit., 1789, la quale considera possibile anche una revoca limitata ai sindaci). L'attribuzione alla Consob del potere di promuovere il procedimento ex art. 2409 c.c. da parte dell'art. 152, comma 2, si rivelerebbe perciò un'arma del tutto spuntata, perché il Tribunale investito della relativa denuncia risulterebbe privato del più significativo potere di reazione, a meno che nel procedimento non intervengano i soci o il p.m. "con buona pace della celerità di intervento che dovrebbe caratterizzare tale procedimento": M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1218; per un coordinamento tra le due tesi che si avvicina a quello proposto nel testo v. A. BLANDINI, *op. cit.*, 559, nt 1403; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*, cit., 790-791, nt 60. Nell'unico precedente di denuncia al tribunale presentata dalla Consob ex art. 152, comma 2, t.u.f., il problema non si è concretamente posto perché è intervenuto in giudizio il p.m., facendo proprie le posizioni della Commissione e chiedendo la revoca anche degli amministratori, concessa dai giudici: v. Trib. Milano, 28 aprile 2000, in *Società*, 2000, 1453, con nota di G.U. TEDESCHI, *La prima denuncia al tribunale della Consob ex art. 152 d. lgs. 58/98*; cfr

La specialità del comma 2 dell'art. 152 rispetto all'art. 2409 si risolve, allora, da un lato nel fatto che la legittimazione della Consob è collegata nel lato passivo alle irregolarità di un organo – collegio sindacale o equivalente – che per l'autorità di vigilanza ha la veste di “interlocutore privilegiato” in virtù degli obblighi informativi posti dall'art. 149 t.u.f.¹²⁵, il che lo fa assurgere a riferimento primario della denuncia anche in presenza di violazioni gestorie. Dall'altro lato, e correlativamente, nella possibilità di sottoporre al tribunale, diversamente da tutti gli altri legittimati alla denuncia, anche violazioni di obblighi strumentali alla vigilanza che, in ragione del loro contenuto puntuale e specifico, non sono direttamente ricollegati alla sottostante attività gestoria, quali per esempio i rammentati obblighi informativi nei confronti della stessa Consob, i doveri di verità e di segretezza dei sindaci previsti dall'art. 2407, comma 1, seconda parte, c.c., l'obbligo ex art. 2404 c.c. di riunirsi almeno ogni 90 giorni e di tenere il libro delle adunanze e delle deliberazioni (richiamato dagli artt. 2409-*quaterdecies* e 2409-*octiesdecies*, comma 6, con riferimento ai sistemi alternativi). Per l'appunto, un *quid pluris*, non certamente una limitazione del procedimento – con riguardo alla denuncia come al suo svolgersi – alle sole irregolarità c.d. autonome dell'organo di controllo¹²⁶.

4.4 L'imputazione oggettiva delle gravi irregolarità: la possibile efficacia selettiva del riferimento alla “gestione”. Il riferimento alla gestione operato dall'art. 2409 non ha nemmeno un'efficacia selettiva di carattere oggettivo, pur se almeno l'originario testo (non ancora integrato dal duplice riferimento agli assetti) dell'art. 2380-*bis* sembra codificare la nozione di gestione

anche P. LUCCARELLI, *La denuncia della Consob nei confronti dei sindaci di società quotate può comportare “anche” la revoca degli amministratori?*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 167.

¹²⁵ Per l'inserimento dell'art. 149, comma 3, t.u.f. nel quadro dei flussi informativi che ruotano intorno al collegio sindacale cfr G.D. MOSCO, *Cognosco, ergo sum*, cit., 321-322.

¹²⁶ Già A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale*, cit., 160-161, osservava che, interpretando l'art. 152, comma 2, come circoscritto al solo “caso di fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri dei sindaci le quali, già per ipotesi, non coinvolgono minimamente l'organo amministrativo”, l'applicazione della norma sarebbe singolarmente rimasta confinata a una “ipotesi (...) quasi di scuola”.

nel suo significato, proprio e più ristretto, di gestione dell'impresa¹²⁷, tradizionalmente contrapposto a un più ampio concetto d'amministrazione – alla quale pure si riferisce la stessa rubrica dell'articolo – che comprende anche gli atti di organizzazione¹²⁸.

Se, comunque, la distinzione non va mai enfatizzata, tanto più non assume un rilievo fondamentale al di fuori delle disposizioni che hanno a che fare con la ripartizione delle competenze¹²⁹, come nel caso dell'art. 2409 c.c. Articolo

¹²⁷ La riforma del diritto societario ha inserito nell'art. 2380-*bis* c.c. una vera e propria definizione di "gestione", la cui mancanza nella disciplina previgente costringeva gli interpreti a ricavare la relativa nozione da altre disposizioni codicistiche, con risultati nient'affatto omogenei (v., anche per ulteriori riferimenti, G.D. Mosco, *Commento agli artt. 2380-bis-2389*, cit., 589: v. anche *infra*, note 131-132 e testo corrispondente). Considerato che oggetto della "gestione dell'impresa" ai sensi dell'art. 2380-*bis* non sono "atti" ma "operazioni", che si collocano in un momento "logicamente precedente" rispetto al "compimento" della fattispecie materiale di un atto negoziale (attività, quest'ultima, da ascrivere propriamente alla rappresentanza della società, come nota anche P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio di impresa tra amministrazione e controllo*, in *AGE*, 2007, 237), la norma sembra utilizzare il termine gestione nella sua accezione di attività decisionale, potere di decidere *quali* operazioni siano necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale e, quindi, di selezionare, tra varie alternative possibili, il percorso attraverso il quale realizzare l'attività imprenditoriale individuata dallo statuto. In argomento v. anche G. FERRI JR., *Le deleghe interne*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Libonati, Milano, 1995, 178 nonché, per la segnalazione dell'autonomia del momento decisionale che caratterizza la fase di attuazione dei contratti associativi, così distinguendoli dai contratti di scambio, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971 (rist. an. 1976), 189 ss.; ID., *La conformità*, cit., 106, sul rapporto tra la decisione dell'organo amministrativo – decisione che, qualora l'organo abbia struttura pluripersonale acquirerà la forma della deliberazione, pur non avendo in genere il valore organizzativo tipico di quelle assembleari – e il successivo atto negoziale posto in essere dal rappresentante.

¹²⁸ La gestione è tradizionalmente collegata all'esercizio dell'attività d'impresa e si può scomporre in "un'attività tecnica, mediante la quale l'organo amministrativo cura gli interessi organizzativi e patrimoniali della società" e in "un'attività di gestione con cui si operano le scelte di politica imprenditoriale", poiché la "nozione di amministrazione non corrisponde a quella usuale e generica di cura di interessi patrimoniali altrui, ma assume il contenuto «specifico» che le deriva dalla necessità tecnica di consentire l'operatività dell'organizzazione sociale" (così C. ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 998; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, 1991, 111; ma la distinzione risale a G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 218). Non manca però chi, seguendo percorsi ricostruttivi differenti, accede a una nozione più ampia di gestione, comprensiva anche dell'attività di organizzazione della società: in questo senso G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, 315; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 139; C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli, 1992, 40.

¹²⁹ In materia di organizzazione della società, non esistendo una riserva analoga a quella prevista in materia gestoria, occorre stabilire caso per caso quale sia l'organo abilitato al compimento del singolo atto di organizzazione qualora la legge non attribuisca esplicitamente tale competenza organizzativa all'assemblea o agli amministratori: in questo senso G.D. Mosco, *Commento agli artt. 2380-bis-2389*, cit., 589-590, pur segnalando le difficoltà di procedere concretamente a una

in relazione al quale è possibile accedere a una nozione di gestione comprensiva di attività che trovano comunque il loro fondamento nel complessivo quadro dei doveri degli amministratori, senza che rilevi la loro puntuale attinenza all'attività di gestione dell'impresa ovvero di organizzazione della società¹³⁰.

La precisazione assume rilievo poiché di fronte a un'impresa esercitata in forma societaria i due profili, gestionale e organizzativo, si trovano spesso a essere talmente compenetrati da rendere obiettivamente impossibile anche solo discernere quello che tra i due sia prevalente, come nel caso delle operazioni straordinarie. La stessa istituzione di un assetto organizzativo adeguato ex art. 2086, comma 2, c.c. può suscitare il dubbio su quale dei due profili sia interessato o sia quanto meno più rilevante. Va detto, però, che non solo sicuri indici normativi collocano gli assetti nell'ambito della gestione¹³¹, ma la collocazione

qualificazione in concreto di un atto come esclusivamente pertinente all'organizzazione della società ovvero alla gestione dell'impresa.

¹³⁰ Senza per ciò violare il canone interpretativo della costanza terminologica in virtù del quale “il legislatore impiega ciascun termine o sintagma sempre con lo stesso significato (quanto meno all'interno di ciascun documento normativo)” (così R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di dir. civ. e comm* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, I, Milano 2004, 170): cfr, in termini generali, V. VELLUZZI, *op. cit.*, 158-160; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di dir. civ. e comm* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, I.2, Milano 1980, 138. Nel testo del testo v. M. LIBERTINI, *op. cit.*, 281; V. SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, cit., 306; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 565; S. ROSSI, *op. cit.*, 525; G. TERRANOVA, *op. cit.*, 145, per il quale l'esclusione delle irregolarità organizzative, tra le quali potrebbe forse rientrare per l'A. la predisposizione del progetto di bilancio, condurrebbe al paradosso che, “in un'epoca come l'attuale, nella quale si esalta la funzione «finanziaria» della società per azioni”, si trascurerebbero proprio i rapporti con i finanziatori dell'impresa, e in particolare con “i soci estranei al gruppo di controllo (che potrebbero, però, rappresentare la maggioranza del capitale sociale)”. Sembrano invece attribuire al riferimento alla gestione un'efficacia selettiva in ordine alle irregolarità rilevanti G.U. TEDESCHI, *Il nuovo art. 2409 c.c.*, in *Contratto e impresa*, 2005, 689; A. CHIZZINI, *op. cit.*, 736; G.C. RIVOLTA, *op. cit.*, 751, pur consapevole che attribuire un “significato tecnico” al termine gestione determina l'irrilevanza delle “irregolarità consistenti nella violazione di diritti dei soci o di altri partecipanti in senso lato, commesse nell'esercizio dei compiti amministrativi, ma non delle funzioni gestorie”, afferma che leggendo il termine gestione come sinonimo di amministrazione si imputerebbe un “pleonasma” alla norma; N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 37, per il quale “d'ora innanzi tutti i vizi che (in via generale) riguardino la struttura organizzativa della società e non incidano sulla gestione saranno irrilevanti”.

¹³¹ Non solo la rubrica dell'art. 2086 c.c., che ora parla di “Gestione dell'impresa” in luogo dell'originaria intitolazione alla “Direzione e gerarchia nell'impresa”, non a caso sostituita dal primo comma dell'art. 375 c.c. in uno con l'inserimento nella disposizione codicistica del dovere di istituzione degli assetti a carico dell'imprenditore collettivo da parte del suo secondo comma. Ma anche il comma 1 dell'art. 2380-bis c.c. introdotto dall'art. 377 c.c.i.i., per il quale è sempre la “gestione dell'impresa” a dover svolgersi “nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma”; gestione che solo nella s.p.a. spetta nella sua interezza “esclusivamente” agli amministratori, essendo – come detto (v. *retro*, nt 47, ove ult. rif.) – caduta l'iniziale ripetizione di

appare piana considerato che il corrispondente dovere conformativo, proprio degli amministratori in tutti i tipi societari, ruota intorno alla cornice ordinatoria dell'impresa e dunque, almeno in via largamente prevalente, all'organizzazione delle funzioni aziendali e delle relative procedure¹³². Un dovere oggi prioritario e fondamentale per i gestori¹³³, che integra a livello di *internal governance* le scelte di *corporate governance* dello statuto, da sole insufficienti a delineare il complessivo "codice organizzativo" dell'ente imprenditoriale societario.

In altri termini, spettano (com'è ovvio) ai soci le scelte relative alle basi organizzative della società; spettano agli amministratori quelle relative alle basi organizzative dell'impresa, dunque all'assetto aziendale necessario per gestirla, in coerenza e a necessario completamento, ma su un altro piano, delle prime. Pur soppesata la tara delle inevitabili zone di confine e delle stesse possibili

questo precetto per gli altri tipi societari per non incidere sul riparto di competenze gestorie tra soci e amministratori che caratterizza ciascuno di essi, pur mantenendo ferma la competenza esclusiva degli amministratori all'istituzione degli assetti. Soprattutto, il nuovo comma 3 dell'art. 3 c.c.i.i., aggiunto dall'ultimo decreto correttivo d. lgs. n. 83/2022 in coda al comma 2 che ribadisce il dovere dell'imprenditore collettivo di "istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'art. 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi", statuendo che l'adeguatezza degli assetti deriva dalla loro idoneità a "a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2", e va dunque misurata attraverso parametri che "altro non toccano se non gli aspetti più strettamente gestori" (così, da ultimo, P. BENAZZO, *Gli assetti proprietari e la circolazione delle partecipazioni sociali nel prisma del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2023, 11).

¹³² Per l'inclusione delle competenze relative agli assetti nella funzione gestoria già prima delle modifiche codicistiche apportate dal c.c.i.i., con riferimento alle attività di cura e valutazione dell'«adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società» ripartite tra amministratori deleganti e delegati dall'art. 2381 c.c., v. P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio di impresa*, cit., 238. Nel senso del testo v. oggi anche M. SPIOTTA, *Scritture e assetti contabili. Un'asimmetria normativa tra codice civile e codice della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, II, 203; O. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità*, cit., 366 ss.; S. CERRATO, *Crisi, assetti adeguati e business judgement rule*, in *Corporate Governance*, 2022, 309; S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in *Il caso.it*, 15 ottobre 2019, disponibile all'indirizzo <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/11354.pdf>, 3; G. GIANNELLI, *Gli assetti organizzativi per la prevenzione della crisi nei controlli nelle società per azioni*, in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di M. Callegari, S. Cerrato ed E. Desana, Torino, 2022, 1721; I. CAPELLI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la prevenzione della crisi*, in *Società*, 2022, 1430. Per una lettura parzialmente diversa, volta a ripensare anche alle prerogative dei soci in funzione dell'adeguatezza degli assetti, P. BENAZZO, *Gli assetti proprietari*, cit., 11.

¹³³ V. G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità*, cit., 134.

sovrapposizioni¹³⁴ là dove si ripetano o anche si specifichino o si articolino negli assetti ex art. 2086, comma 2 le scelte statutarie (e, se del caso, regolamentari) di organizzazione societaria.

In questo senso va letta la stessa giurisprudenza di merito chiamata a sanzionare con i rimedi offerti dall'art. 2409 c.c. le violazioni dell'art. 2086, comma 2, c.c. In passato, con riguardo a società decotte, in relazione alle quali la reazione giudiziaria, al di là dell'integrale richiamo della disposizione, sembra rivolta alla violazione del dovere di tempestiva attivazione per l'adozione di uno strumento di regolazione della crisi¹³⁵. Ma, da ultimo, anche relativa a società *in bonis*, spostando il baricentro sul vero e proprio dovere conformativo degli assetti per sanzionare carenze organizzative sull'assunto che "la gestione è termine dal significato complesso che abbraccia non solo l'amministrazione corrente, ma anche le scelte strategiche e tutte le scelte che attengono all'assetto organizzativo della società"¹³⁶. Affermazioni pienamente condivisibili se si distinguono i profili di *corporate* e di *internal governance* che convivono in una concezione organica e complessiva d'assetto organizzativo dell'ente societario imprenditore, nel rispetto dunque del riparto legale delle competenze tra soci e amministratori.

Il riferimento alla gestione inserito dalla riforma del 2003 nell'art. 2409, più che avere un'efficacia selettiva nei confronti delle irregolarità organizzative, vale

¹³⁴ Il che richiede che gli amministratori, e così i soci, monitorino il rispetto dei rispettivi ambiti di competenza, reagendo a eventuali intromissioni non consentite dalla legge. V. a riguardo P. BENAZZO, *Gli assetti proprietari*, cit., 13-14.

¹³⁵ Cfr Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Giur. it.* 2020, 363 ss., con nota di O. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità*, cit.; Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, II, 2021, 1358 con nota di FORTUNATO, *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e business judgment rule*. V. anche G. ROMANO, op. cit., 2212, che considera sindacabili in sede di denuncia al tribunale le scelte degli "organi di gestione nel caso in cui non sia stata fatta alcuna pianificazione, non vi sia stata alcuna attenzione agli indizi di pre-crisi e non sia stato adottato a tal fine alcun assetto organizzativo ovvero nel caso in cui gli indizi siano stati rilevati e la pianificazione sia stata fatta, ma le scelte organizzative degli amministratori si stiano rivelando inefficaci al fine della risoluzione della crisi", nonché V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. società*, 2017, 311.

¹³⁶ Così, da ultimo, Trib. Catania, 8 febbraio 2023, in *Fallimento*, 2023, p. 817, con nota di P. BENAZZO, *La denuncia al Tribunale di gravi irregolarità e l'adozione di assetti organizzativi adeguati: da prevenzione della crisi a "condizione di esercizio dell'attività d'impresa"*. V. anche Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, in *Società*, 2022, 1430, con nota di I. CAPELLI, *Gli assetti organizzativi adeguati*, cit.

allora, piuttosto, a dare continuità al percorso evolutivo¹³⁷ che ha spostato la prospettiva di valutazione dal singolo fatto denunciato alla complessiva attività di gestione della società¹³⁸. Il che assume un rilievo particolare con riguardo alla “maggiore gravità” alla quale il comma 4 dell’art. 2409 subordina il potere del tribunale di disporre la revoca degli amministratori, ed eventualmente anche dei sindaci. Il giudizio va infatti posto in rapporto con il grado di incidenza delle irregolarità sull’intera gestione, prospettiva che legittima l’intervento qualora la complessiva conduzione dell’impresa risulta talmente compromessa da precludere il ritorno a una gestione regolare attraverso gli altri provvedimenti previsti dal comma 4 dell’art. 2409¹³⁹.

Ovviamente, ai fini della revoca giudiziaria non sono sempre necessarie violazioni plurime e diffuse, posto che anche una singola irregolarità – inserita nel quadro dinamico dell’attività gestoria – può risultare così grave da compromettere in modo irrimediabile la possibilità di una gestione sana e corretta¹⁴⁰.

¹³⁷ Linguisticamente segnalato dall’abbandono, già nel passaggio dal codice di commercio al codice civile, del singolare (*grave irregolarità*) in favore del plurale (*gravi irregolarità*).

¹³⁸ In argomento C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 132; G. DOMENICHINI, *Commento all’art. 2409*, cit., 788; M. LIBERTINI, *op. cit.*, 281.

¹³⁹ Lungo questa linea di pensiero M. LIBERTINI, *op. cit.*, 290 avverte che non vanno utilizzati “criteri di riprovevolezza morale o di gravità di pregiudizi arrecati”; v. anche, in varia prospettiva, G. TERRANOVA, *op. cit.*, 137; S. ROSSI, *op. cit.*, 538; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 566; G. DOMENICHINI, *Commento all’art. 2409*, cit., 797; A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo societario sulle)*, cit., 16; V. SALAFIA, *Commento all’art. 2409*, cit., 307; in giurisprudenza cfr Trib. Mantova, 15 ottobre 2009, in *Giur. Merito*, 2010, 1889, che giustifica l’inserimento tra le irregolarità gravissime, che legittimano la sostituzione degli organi sociali con un amministratore giudiziario, della “scorretta tenuta della contabilità” affermando che essa “rende problematica la ricostruzione dei rapporti economici con i fornitori e costituisce circostanza in grado di pregiudicare l’interesse della società a conoscere gli esiti della propria attività come strumento di controllo e di programmazione della gestione”; Trib. S. Maria Capua Vetere, 15 luglio 2003, *cit.*; App. Palermo, 22 marzo 2002, in *Società*, 2002, 872; App. Roma, 20 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1997, II, 547; Trib. Cagliari, 17 febbraio 1996, in *Società*, 1996, 934.

¹⁴⁰ Per esempio, la cessione dell’intero complesso aziendale avvenuta all’insaputa degli azionisti o una sola, ma gravissima irregolarità di bilancio (ipotesi rammentate da M. LIBERTINI, *op. cit.*, 282 ed esaminate, rispettivamente, da App. Milano, 22 ottobre 2001, in *Giur. it.*, 1999, 458 e da Trib. Como, 19 settembre 2001, in *Giur. Merito*, 2002, 998), la mancata adozione dei provvedimenti necessari per far fronte alla riduzione superiore al terzo del capitale sociale in conseguenza di perdite (v. Trib. Ancona, 13 gennaio 2009, in *Vita notarile*, I, 961), il trasferimento della liquidità della società ad altra società, appositamente costituita nel momento in cui si prospettava concretamente lo scioglimento della prima (v. Trib. Milano, 7 ottobre 2004, *cit.*). Per un’ampia casistica v. oggi G. ROMANO, *op. cit.*, 2224; M. SPADARO, *op. cit.*, 228; A. BERTOLOTTI, *op. cit.*, 520.

4.5 Lo stato di liquidazione. Per chiudere l'indagine sull'imputazione soggettiva e oggettiva delle gravi irregolarità va verificata la compatibilità del controllo giudiziario con lo stato di liquidazione della società, tutt'oggi fortemente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza.

Non sembra decisiva al fine di escludere la possibilità di rivolgere la denuncia al tribunale nei confronti dei liquidatori la loro mancata inclusione tra i possibili legittimati passivi da parte dell'art. 2409 c.c.¹⁴¹ Omissione che, soprattutto in passato, è stata giustificata in forza di una contrapposizione strutturale tra gestione e liquidazione, quest'ultima concepita come attività estintiva dell'ente di per sé non solo idonea a travolgere eventuali irregolarità gestorie compiute dai precedenti amministratori, o comunque a far perdere loro quel requisito di "attualità" unanimemente considerato implicito presupposto di accesso al rimedio¹⁴², ma anche non in grado di dar luogo a nuove violazioni di

¹⁴¹ Valorizzata invece – nell'ottica di riconoscere all'art. 2409 c.c. un carattere di eccezionalità che ne precluderebbe l'applicazione oltre l'ambito delle società in gestione ordinaria e regolare – da quella parte della dottrina che, prima della riforma societaria del 2003, ha sostenuto la tesi dell'incompatibilità tra controllo giudiziario e stato di liquidazione, con conseguente inammissibilità del ricorso proposto dopo la deliberazione assembleare di nomina dei liquidatori e sopravvenuta improcedibilità di quello eventualmente già pendente. La tesi, proposta per la prima volta da V. CERAMI, *op. cit.*, 55, è stata sviluppata, adducendo ulteriori argomentazioni di carattere sistematico, soprattutto da G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario nelle società in liquidazione*, in *Società*, 1990, 1380; ID., *Incompatibilità del controllo giudiziario con la liquidazione di società*, *ivi*, 1991, 1523; ID., *Il controllo giudiziario sulla gestione*, *cit.*, 293; nello stesso senso anche F. FERRARA Jr e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*⁹, Milano, 1995, 604; G. GUARNIERI, *Rito ordinario per la revoca giustificata del liquidatore*, in *Società*, 1992, 834. Più di recente la tesi è stata ripresa da N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 34, attribuendo rilievo all'inserimento del riferimento alla "gestione" nel contesto dell'art. 2409 c.c. operato dalla riforma societaria (ma v., invece, per l'opposta conclusione che l'inserimento consente oggi di considerare denunciabili ai sensi dell'art. 2409 c.c. tutte le irregolarità gestorie in genere, a prescindere dal fatto che attengano alla gestione attiva o a quella liquidatoria, M. COSSU, *op. cit.*, 712).

¹⁴² L' «attualità» delle irregolarità – considerata da taluno una precondizione di esperibilità del rimedio anziché un requisito vero e proprio (v. da ultimo, D. PETTA, *Sulla legittimazione ad agire nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Dir. fall.*, 2022, 773) – è normalmente riferita più che alle condotte degli amministratori oggetto della denuncia, ai loro effetti nell'organizzazione societaria (oltre che al suo esterno), in modo da considerare sostanzialmente precluso l'intervento dell'autorità giudiziaria qualora consti il definitivo esaurimento di tali effetti. Per tale via, la valutazione dell'attualità delle irregolarità finisce per intersecarsi con quella sulla loro dannosità (almeno potenziale, v. *infra*, paragr. 4): v. Trib. Brescia, 24 novembre 2023, in *Osservatorio bresciano sulla giurisprudenza commerciale*, disponibile all'indirizzo <https://www.obgc.unibs.it/osservatorio/wp-content/uploads/2024/03/Sent.-24.11.23-n.-129pdf.pdf>; Trib. Brescia, 21 gennaio 2020, *ivi*, disponibile all'indirizzo <https://www.obgc.unibs.it/osservatorio/wp-content/uploads/2020/11/D.-21.01.2020.pdf>; Trib. Catanzaro, 28 febbraio 2020, in *Società*, 2021, 596 con nota di G. ROMANO; Trib. Roma 15

condotte di una gestione ormai interrotta¹⁴³. Tant'è che la messa in liquidazione della società è, nel contesto dell'art. 2409 c.c., uno dei possibili oggetti della deliberazione che l'amministratore giudiziario nominato nell'ambito del procedimento può proporre di assumere all'assemblea al termine del suo incarico volto alla rimozione delle irregolarità, in alternativa alla nomina di nuovi amministratori¹⁴⁴.

dicembre 2017, in *Giur. it.*, 2018, 900, con nota di A. BERTELOTTI; Trib. Novara, 21 maggio 2012, in *Il caso.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7259.pdf>; Trib. Mantova, 9 dicembre 2008, *ivi*, disponibile all'indirizzo <https://www.ilcaso.it/sentenze/societario/1475/cookiePolicy>; App. Torino, 29 maggio 2007, in *Società*, 2008, 1245, con nota di E. MARCHISIO; Trib. Salerno, 19 luglio 2005, in *Giur. Merito*, 2007, 729, con nota di G. LIACE; App. Venezia, 16 agosto 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, 267; App. Milano, 27 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 592. In dottrina, collegano l'esigenza che le gravi irregolarità oggetto di denuncia ex art. 2409 c.c. siano "attuali" alle finalità preventive del rimedio A. BENOCCI, *op. cit.*, 459; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 826, che esclude l'attualità quando la violazione, "avendo esaurito i suoi effetti, non sia suscettibile di eliminazione, residuando esclusivamente, in tal caso, il rimedio risarcitorio"; F. MAINETTI, *op. cit.*, 936; v. anche L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 109; G. ROMANO, *op. cit.*, 2223; A. BERTELOTTI, *op. cit.*, 513. Per G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*, cit., 788, dal requisito dell'attualità delle irregolarità discenderebbe anche il meccanismo della sostituzione provocata oggi previsto dal comma 3 dell'art. 2409 c.c.; per alcune applicazioni giurisprudenziali prima della sua introduzione da parte della riforma del 2023 v. le sentenze che, ai fini dell'improcedibilità sopravvenuta del ricorso, hanno dato rilievo non alla mera sostituzione degli amministratori operata dalla società, ma alla circostanza che i sostituti si siano effettivamente attivati per contrastare le denunciate irregolarità dei loro predecessori, per es. Trib. Como, 7 novembre 1997 e Trib. Como 10 giugno 1998, entrambe in *Giur. it.*, 1999, 1459, con nota di F. MAINETTI; Trib. Napoli, 20 aprile 1999, in *Foro napoletano*, 1999, 144; Tribunale Milano, 7 luglio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 593, che ha imposto ai nuovi amministratori un obbligo di relazione periodica; Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103; dopo la riforma, per due fattispecie nelle quali la sostituzione provocata degli amministratori denunciati ex art. 2409, comma 3, c.c. ha condotto all'improcedibilità del ricorso per mancanza sopravvenuta del requisito dell'attualità delle irregolarità alla luce delle azioni effettivamente intraprese dai sostituti, v. Trib. Bologna 24 marzo 2014, in *Giur. imprese*, disponibile all'indirizzo https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wp-content/uploads/2014/06/20140324_RG320-20131.pdf; Trib. Napoli 14 ottobre 2020, *cit.*

¹⁴³ Lo dichiara apertamente Trib. Venezia, 27 gennaio 2004, in *Giur. comm.*, 2004, II, 540, con nota di M. SPERANZIN, *Denuncia al tribunale, stato di liquidazione e riforma del diritto societario*, affermando che "lo stato di liquidazione, comportando la cessazione dell'attività d'impresa, essendo consentite solamente le operazioni correlate strumentalmente al fine della definizione dei rapporti ancora in corso e della conversione dei beni in denaro, pone in essere una situazione per la quale viene meno, per carenza di ogni interesse, la funzione propria dei provvedimenti adottabili ex art. 2409 c.c.". Pone l'accento sul fatto che la "deliberazione di messa in liquidazione della società elimina in radice l'esigenza di ripristino della normale gestione di essa" anche Trib. Ragusa, 26 ottobre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 632; nello stesso senso, con varietà di sfumature, cfr anche App. Venezia, 17 novembre 1998, in *Società*, 1999, 701, con nota di M. TASSI; Trib. Torino, 19 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 534, con nota di B. PETRAZZINI; Trib. Napoli, 6 dicembre 1995, in *Giur. comm.*, 1997, II, 125; App. Salerno, 12 febbraio 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 780, con nota di G. SPAGNUOLO; Trib. Palermo, 17 agosto 1991, in *Vita notarile*, 1991, 1081; Trib. Genova, 30 aprile 1991, in *Società*, 1991, 1523, con nota di G.U. TEDESCHI, *Incompatibilità del controllo giudiziario*, cit.

¹⁴⁴ G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 294.

È infatti ormai acquisito, specialmente dopo la riforma societaria del 2003, che la messa in liquidazione di una società non ha alcun effetto estintivo, posto che nel programma liquidatorio devono essere indicati “gli atti necessari per la conservazione del valore dell’impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo” (art. 2487, comma 1, lett. c). In quest’ottica la liquidazione è anch’essa una forma di gestione dell’impresa, sia pure nella diversa chiave conservativa “dell’integrità e del valore del patrimonio sociale” che, peraltro, già scatta a carico degli amministratori per effetto del semplice verificarsi di una causa di scioglimento ex art. 2486 c.c.¹⁴⁵

Il che rende ragione dell’assimilazione dei liquidatori agli amministratori ai fini dell’esercizio dell’azione di responsabilità operata dall’art. 2489, comma 2, e della generale applicabilità “durante la liquidazione”, sancita dall’art. 2488 previo vaglio di compatibilità, delle disposizioni “sulle decisioni dei soci, sulle assemblee e sugli organi amministrativi e di controllo”, tra le quali dovrebbe essere ricompreso anche l’art. 2409 c.c. In questa prospettiva, non solo la liquidazione è di per sé neutra rispetto a violazioni gestorie dei precedenti amministratori, ma

¹⁴⁵ Caduto il divieto di nuove operazioni posto dalla previgente formulazione dell’art. 2449, comma 1, c.c. al dichiarato fine di consentire alla società l’esecuzione di tutte le operazioni possibili, “a prescindere dalla loro «novità» o meno, purché rientranti nella finalità liquidatoria” (così P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Artt. 2484-2496*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2021, 135) e ammesso espressamente l’esercizio provvisorio dell’impresa – esercizio provvisorio che secondo l’opinione preferibile può essere disposto anche in via autonoma dai liquidatori in forza della generale attribuzione del “potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società” compiuta dall’art. 2489 c.c. (v. G. FERRI JR, La gestione di società in liquidazione, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 437) – nell’attuale contesto normativo è sostanzialmente pacifico che il verificarsi di una causa di scioglimento non comporta la necessaria cessazione dell’attività d’impresa e che anzi “la regola di *default* è proprio quella della prosecuzione dell’attività, anziché della sua interruzione, in quanto funzionale alla conservazione del valore del complesso aziendale” (così ancora P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *op. cit.*, 141). V., tra i tanti, G. NICCOLINI, *Commento all’art. 2486*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d’Alcontres, III, Napoli, 2004, 1736; M. CENTONZE, *Commento all’art. 2486*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, II, 2876; S. TURELLI, *Gestione dell’impresa e società per azioni in liquidazione*, Milano, 2012, 2; M. SPERANZIN, *op. cit.*, 544, secondo il quale “la causa di scioglimento, e, ora, dopo la riforma del diritto societario, la successiva pubblicità della nomina dei liquidatori (e quindi l’entrata della società in stato di liquidazione), determinano infatti un mutamento funzionale dell’organizzazione societaria e una parziale modifica delle regole di produzione dell’attività comune; comportano un diverso equilibrio degli interessi rilevanti; non producono, invece, un cambiamento del contratto sociale o la cessazione dell’impresa” (corsivo dell’A.); V. SANNA, *Cause di scioglimento e procedimento di liquidazione*, in *Trattato delle società* diretto da V. Donativi, III, Milano, 2022, 1484.

sono le stesse gravi irregolarità riferibili a comportamenti propri dei liquidatori a poter essere autonomamente denunciate al tribunale¹⁴⁶.

Superati questi problemi di carattere sistematico, l'unico vero ostacolo normativo che residua all'applicabilità dell'art. 2409 alle società in liquidazione è costituito dal coordinamento con il rimedio tipico della revoca giudiziale dei liquidatori. Rimedio che sembra apprestato dall'art. 2487, comma 4, c.c. in favore degli stessi soggetti che sarebbero legittimati a proporre la denuncia ex art. 2409 c.c., posto che può essere attivato "su istanza di soci, dei sindaci o del pubblico ministero", dunque addirittura riconoscendo una legittimazione individuale ai soci che manca nel controllo giudiziario¹⁴⁷. Inoltre, il riferimento alla "giusta causa" contenuto nell'art. 2487, comma 4, sembra dare a questi soggetti spazi di manovra molto più ampi nei confronti dei liquidatori poiché, pur sicuramente

¹⁴⁶ Per l'estensione del controllo giudiziario alle società in liquidazione "in base alla decisiva considerazione che l'attività di liquidazione costituisce attività di impresa in senso proprio, sebbene con finalità più limitate rispetto a quella ordinaria", v. in giurisprudenza Trib. Verona, 7 agosto 2012, in *Il caso.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7758.pdf>; cfr anche Trib. Genova, 10 gennaio 1996, in *Società*, 1996, 689, con nota di A. PATELLI, per la qualificazione del liquidatore denunciato ex art. 2409 c.c. come un "amministratore la cui attività trova il limite nella specifica funzione della liquidazione e può quindi rendersi altrettanto responsabile di gravi mancanze che potrebbero richiedere un rapido ripristino della corretta gestione e l'adozione dei provvedimenti" previsti dalla disposizione codicistica; nonché Trib. Trani, 30 ottobre 2001, in *Società*, 2002, 354, con nota di G. SPALTRO, per l'individuazione del termine finale di attivazione del rimedio, fatto coincidere con l'estinzione della società che si realizza al termine della liquidazione. Potendo la denuncia essere rivolta all'eliminazione di irregolarità verificatesi sia prima, sia dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, la messa in liquidazione della società non impedisce l'instaurazione né la prosecuzione del procedimento giudiziario, rendendo indifferente che sia deliberata prima o dopo il suo inizio: Trib. Trento, 29 settembre 2016, in *IUS Societario*, disponibile all'indirizzo <https://ius-giuffre-italia.bibliopass.unito.it/dettaglio/6288478/denuncia-al-tribunale-liquidazione-della-societa-e-sospensione-del-procedimento>; Trib. Napoli, 23 ottobre 2013 in *Il caso.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/10621.pdf>; App. Salerno 8 novembre 2012, in *Foro it.*, 2012, 1, 3489; T. Novara, 21 maggio 2012, *cit.*; Trib. Milano, 7 ottobre 2004, in *Riv. not.*, 2005, II, 1455, con nota di E. BUCCIARELLI DUCCI; Trib. Pavia, 28 aprile 2001, in *Società*, 2001, 1087, con nota di V. SALAFIA; Trib. Bergamo, 3 aprile 2021, in *Giur. comm.*, 2002, II, 632; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 19 luglio 2000, in *Giur. napoletana*, 2000, 390; T. Napoli, 4 dicembre 1998, in *Dir. e giur.*, 1998, 508; Trib. Roma, 17 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1999, 1458, con nota di F. MAINETTI; Trib. Como, 7 novembre 1997, *cit.*; Trib. Trieste, 29 marzo 1995, in *Società*, 1995, 1097, con nota di R. LOLLI; App. Milano, 1° giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 749; Trib. Bari, 29 maggio 1990, in *Società*, 1991, 1053, con nota di R. DABORMIDA; Trib. Milano, 28 luglio 1990, in *Società*, 1991, 196, con nota di G.U. TEDESCHI; Trib. Milano, 9 aprile 1990, *ivi*, 1990, 1375, con nota di G.U. TEDESCHI.

¹⁴⁷ Ma non anche ai singoli sindaci, atteso che la forma plurale utilizzata dall'art. 2487 con riferimento ai sindaci accompagnata dall'articolo determinativo "dei", fa propendere anche in questo caso per una legittimazione attiva dell'organo collegiale.

ricomprendendo al suo interno il perimetro delle violazioni dei doveri gestori connesso alla nozione di “gravi irregolarità”, consente loro di conseguire la revoca giudiziale anche in fattispecie concrete nelle quali non siano riscontrabili vere e proprie violazioni dei doveri dei liquidatori, ma questi ultimi pongano in essere comportamenti indicativi di una rottura del rapporto fiduciario connesso all’incarico. Addirittura prescindendo dall’accertamento anche del “danno potenziale” alla società, spesso identificato con il mero ostacolare il corretto e proficuo svolgimento della liquidazione¹⁴⁸.

Caratteri che hanno indotto parte della giurisprudenza a ritenere inammissibile il ricorso ex art. 2409 c.c. proposto nei confronti dei liquidatori in ragione di una sua presunta non residualità, ravvisata dall’essere sostanzialmente assorbito dal rimedio della revoca giudiziale ex art. 2487, comma 4, c.c.¹⁴⁹

Se è vero che legittimati e presupposti di attivazione dei due rimedi nella sostanza possono coincidere, non si può tuttavia parlare di un assorbimento integrale, posto che da un lato il controllo giudiziario consente al tribunale di reagire alle gravi irregolarità dei liquidatori anche con provvedimenti diversi dalla revoca dei liquidatori e che potrebbero essere più adeguati al caso concreto, dall’altro lato presenta l’indubbio vantaggio di poter far conseguire ai denunzianti non solo la revoca – anche con sostituzione “provocata” assieme ai sindaci – dei liquidatori, ma anche la loro sostituzione con un amministratore giudiziario (i cui compiti, ovviamente, dovranno essere definiti in coerenza con lo stato di liquidazione già deliberato), non prevista nella procedura delineata dall’art. 2487 c.c.¹⁵⁰ Il che è di per sé sufficiente a postulare la coesistenza dei due rimedi e,

¹⁴⁸ Sul rapporto di specialità tra le due disposizioni v. M. LIBERTINI, *op. cit.*, 276, che lo esclude; S. VANONI, *Denunzia al tribunale*, cit., 76; diversamente, P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *op. cit.*, 311; con specifico riferimento ai rapporti tra “gravi irregolarità” e “giusta causa” cfr D. SPAGNUOLO, *Questioni in tema di controllo giudiziario sulle società di capitali*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 790.

¹⁴⁹ V. Trib. Venezia, 27 gennaio 2004, *cit.*; App. Venezia, 17 novembre 1998, *cit.*; T. Torino, 19 giugno 1992, *cit.*

¹⁵⁰ V. Trib. Como, 7 novembre 1997, *cit.*, per l’attribuzione all’amministrazione giudiziario di ogni potere necessario al compimento della liquidazione e alla rimozione di irregolarità gestorie riconducibili alla gestione anteriore alla messa in liquidazione della società, rispetto alle quali il precedente liquidatore di nomina assembleare revocato non aveva assunto alcuna iniziativa. Cfr.

dunque, la coesistenza di un “doppio binario” per conseguire la revoca dei liquidatori in presenza di gravi irregolarità (per un analogo problema nella disciplina delle s.r.l. v. *infra*, paragr. 7.1)¹⁵¹.

Ciò posto, è evidente che anche la messa in liquidazione della società in pendenza di una denuncia di gravi irregolarità rivolta ai suoi amministratori non determina la sopravvenuta inammissibilità del procedimento *ex art.* 2409 c.c. già avviato, pur potendo (e dovendo) essere valutata dal tribunale come un’ipotesi di attivazione del meccanismo sostitutivo dei denunciati previsto dal comma 3 dell’art. 2409 c.c. che impedisce di disporre l’ispezione giudiziale e determina la temporanea sospensione del procedimento¹⁵².

4.6 Gli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza. Per quanto concerne invece i rapporti tra l’art. 2409 c.c. e gli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza, nella vigenza della l. fall. si è consolidato in giurisprudenza l’orientamento che predica l’incompatibilità assoluta tra controllo giudiziaro e fallimento, con la conseguenza che l’intervenuta dichiarazione di fallimento della società precluderebbe la proposizione del ricorso *ex art.* 2409 e

anche T. Perugia, 21.3.1995, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 442, per l’affermazione della legittimità della sostituzione del liquidatore con un amministratore giudiziaro.

¹⁵¹ In dottrina è nettamente prevalente questo orientamento e v., tra i tanti, G. GIANNELLI, *Commento all’art. 2409*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, 1741; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziaro*, cit., 834; S. VANONI, *Denuncia al tribunale*, cit., 75; M. COSSU, *op. cit.*, 712; M. LIBERTINI, *op. cit.*, 276; G. ROMANO, 2199; M. SPERANZIN, *op. cit.*, 548; G. BARTALINI, *Il controllo giudiziaro*, in *Le nuove s.p.a., Trattato* diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2012, 649 ss.; A. BERTOLOTTI, *op. cit.*, 560; nello stesso senso, già prima della riforma societaria, A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziaro*, cit., 341; G. FAUCEGLIA, *Sull’applicabilità dell’art. 2409 alle società in liquidazione*, in *Giur. Merito*, 1990, 80; M. CERA *Controllo giudiziaro ex art. 2409 c.c. e messa in liquidazione della società*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 409; ID., *Ancora sull’applicabilità dell’art. 2409 c.c. alle società in liquidazione*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 614; A. MARCINKIEWICZ e A. PATELLI, *Il controllo giudiziaro delle società di capitali*, Milano, 1989, 68; A. PATELLI, *Controllo giudiziaro, liquidazione e proposizione dell’azione di responsabilità*, in *Società*, 1995, 1325.

¹⁵² E per un’applicazione concreta v. Trib. Trento, 29 settembre 2016, *cit.*, precisando che qualora all’atto della messa in liquidazione della società l’assemblea nomini alla carica di liquidatori soggetti diversi dagli amministratori denunciati (nel caso di specie dai sindaci), ricorre l’ipotesi di sospensione obbligatoria del procedimento *ex art.* 2409, comma 3, c.c. Più in generale, per la valutazione sulla procedibilità della denuncia relativa a irregolarità risalenti al periodo antecedente alla messa in liquidazione della società collegata al comportamento e alle iniziative poste in essere dai liquidatori di nomina assembleare v. Trib. Firenze, 18 febbraio 2003, in *Società*, 2004, 201, con nota di A. COLAVOLPE; App. Milano, 11 gennaio 2005, in *Dir. fall.*, 2007, 1, 2, 181. In argomento G. Romano, *op. cit.*, 2201-2202.

renderebbe improcedibile quello eventualmente già pendente, posto che “detta procedura concorsuale, spossessando la società dei propri beni e determinandone l’affidamento ad un pubblico ufficiale di nomina giudiziaria, preclude di fatto all’amministratore giudiziario ogni possibilità di espletare l’incarico a lui affidato, determinando così l’immediato venire meno di ogni ragione di assumere i provvedimenti previsti dall’art. 2409 c.c.”¹⁵³.

Orientamento al quale ha aderito la dottrina pressoché unanime¹⁵⁴ e che può oggi essere trasposto con riferimento alla liquidazione giudiziale¹⁵⁵ e alle procedure giudiziali di regolazione della crisi e dell’insolvenza caratterizzate da un analogo effetto di “spossessamento” in favore degli organi della procedura. Effetto che non veniva però ravvisato dalla dottrina nel concordato preventivo (né nell’ormai abrogata procedura di amministrazione controllata) in ragione del fatto che il suo tratto caratteristico risiede anzi nella “prosecuzione della normale gestione amministrativa”, nel corso della quale è possibile che si verifichi, in pendenza della procedura, “una grave irregolarità imputabile all’amministratore ed è di conseguenza ammissibile la proposizione del ricorso previsto dall’art. 2409, codice civile, il cui accoglimento potrà dar luogo, fra l’altro, alla nomina di un amministratore giudiziario”¹⁵⁶.

¹⁵³ Così App. Milano, 25 ottobre 1994, in *Società*, 1995, 63; nello stesso senso App. Milano, 30 ottobre 1993, *ivi*, 1994, 919, pur facendo salva la facoltà dei legittimati a seguito dell’eventuale ritorno *in bonis* della società fallita, per esempio per effetto dell’accoglimento del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento; Trib. Novara 21 maggio 2012, *cit.*; Trib. Bologna, 8 ottobre 2013, in *Giur. imprese*, disponibile all’indirizzo https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wp-content/uploads/2014/07/20131008_RG2642-20131.pdf; è invece rimasta isolata la tesi più risalente secondo la quale il sopravvenuto fallimento della società non farebbe venir meno la necessità di ordinare l’ispezione giudiziale, espressa da App. Roma 17 giugno 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, 507; App. Napoli 10 agosto 1957, in *Temi nap.*, I, 1958, 40-41

¹⁵⁴ G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 301 ss.; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 88; V. SALAFIA, *Compatibilità delle procedure concorsuali e controllo sulla gestione delle s.p.a.*, in *Società*, 1995, 5; L. PAZZAGLIA, *Procedimento ex art. 2409 c.c. e dichiarazione di fallimento della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1659; B. QUATRARO ed E. TOSI, *op. cit.*, 248; M. SPADARO, *op. cit.*, 226)

¹⁵⁵ Che ha sostituito il fallimento nel c.c.i.i.: in senso contrario, S. CASARRUBEA, *Gli effetti dell’apertura del fallimento (o della liquidazione giudiziale) sul procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Società*, 2020, 717 che sembrerebbe riprendere la tesi della reciproca autonomia e non interferenza tra le procedure sostenuta da D. PETTITI, *Ancora sul procedimento*, cit., 54)

¹⁵⁶ Così V. SALAFIA, *Compatibilità delle procedure*, cit., 7; M. SPADARO, *op. cit.*, 226). In giurisprudenza, ammettono la proponibilità della denuncia in pendenza di una procedura di concordato preventivo, Trib. Novara, 21 maggio 2012, *cit.*; Trib. Venezia, 15 luglio 2021, in *Ristrutturazioni aziendali*, disponibile all’indirizzo

Va da ultimo ricordato che l'attuale art. 120-*bis*, c.c.i.i., nel riservare come detto agli amministratori la decisione di accesso a uno strumento di regolazione della crisi, prevede al comma 4 uno speciale regime di inamovibilità degli amministratori che deroga alla regola generale della loro revocabilità ad *nutum*, statuendo che “dalla iscrizione della decisione nel registro delle imprese e fino alla omologazione, la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa. Non costituisce giusta causa la presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza se lo si è fatto in presenza delle condizioni di legge. La deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dalla sezione specializzata del tribunale delle imprese competente, sentiti gli interessati”. Si tratta di uno speciale (ma temporaneo) regime di stabilizzazione in virtù del quale gli amministratori vengono assoggettati al meccanismo di revoca normalmente previsto per i sindaci di s.p.a. che, oltre a non essere applicabile nei casi della liquidazione giudiziale e strumenti regolatori puramente negoziali, non sembra comunque idoneo a impedire la revoca degli amministratori in sede di denuncia *ex art.* 2409 c.c., né a rendere improcedibile il ricorso previamente proposto¹⁵⁷.

5. Il danno potenziale alla società e alle sue controllate. Per caratterizzare le gravi irregolarità degli amministratori, la riforma del diritto societario si è avvalsa di un ultimo elemento, che è quello della loro potenziale

https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it/uploads/admin_files/Trib--Imprese-15-luglio-2021.pdf), che sembrerebbe invece esclusa da Trib. Cuneo, 16 marzo 2009, nel quale si afferma che “la nomina del commissario giudiziale in sede di apertura del concordato preventivo rend[e] ultronea la ispezione” in quanto “tra i compiti immediati del commissario vi è, oltre alla redazione dell'inventario del patrimonio, anche e in primo luogo la predisposizione della relazione *ex art.* 172 l.f. sulle cause del dissesto e sulla condotta del debitore. Tali accertamenti ben consentono dunque all'organo della procedura di analizzare la contabilità (ivi compresi gli elementi e i dati non in possesso dei soci e di minoranza ricorrenti) e valutare le scelte e le condotte degli amministratori, seppure ai fini di cui alla norma, ossia per presentare ai creditori tutti gli elementi di giudizio ai fini della votazione in adunanza”. Il precedente, inedito, è citato da S. AMBROSINI, *// controllo giudiziario*, cit., 835, il quale rileva “quanto all'ipotesi di una società in procinto di essere ammessa ad una procedura concorsuale, (...) che la prospettiva di un'imminente sostituzione dei vertici dell'impresa con un soggetto nominato dal tribunale (e munito della qualifica di pubblico ufficiale) potrebbe reputarsi idonea ad incidere sullo stesso interesse a provocare l'intervento del tribunale”.

¹⁵⁷ Come già osservato in G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Gli amministratori, // tribunale e il convitato di pietra*, cit., 196-197, ove ult. rif.

attitudine ad “arrecare danno alla società o ad una o più società controllate”. Il requisito è stato inserito dal d. lgs. n. 37/2004 anche nel primo comma dell’art. 152 t.u.f., pure relativo alle irregolarità degli amministratori, ma non nel terzo comma concernente le irregolarità dell’organo di controllo denunciabili dalla Consob. Una differenza che si spiega per via della circostanza che la violazione dei doveri di vigilanza riporta comunque a danni generati dal fatto degli amministratori o non è misurabile in termini di dannosità, ma solo di inefficienza del presidio costituito contro di essi dall’organo di controllo¹⁵⁸.

Con riguardo al nuovo requisito, non è pacifico tra gli interpreti se è cambiato poco, poiché un danno non può che conseguire a delle irregolarità “gravi”¹⁵⁹; o molto, perché rende irrilevanti le irregolarità pur gravi e gravissime che non si ripercuotano in modo economicamente negativo sulla società, o dalle quali questa possa addirittura trarre un vantaggio patrimoniale, ancorché a discapito di altri soggetti¹⁶⁰. Non è chiaro nemmeno se si scolorisce la funzione cautelare del rimedio, il più delle volte destinato a giungere a danno già verificatosi e a svolgere un ruolo preventivo limitato a contrastare l’aggravarsi del

¹⁵⁸ V. *retro*, nt 120 e testo corrispondente.

¹⁵⁹ Secondo l’orientamento di parte della giurisprudenza e della dottrina precedenti: M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1214; N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 24. Il carattere dannoso delle gravi irregolarità era un punto fortemente controverso prima della riforma del diritto societario, strettamente legato al dibattito sugli interessi tutelati dall’art. 2409 c.c. (*retro*, nt 123-124 e testo corrispondente). C’era chi, attribuendo carattere preminente all’interesse generale alla regolarizzazione amministrativa, sosteneva l’irrilevanza di un’indagine sulla dannosità, anche solo potenziale, delle irregolarità (G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 195; Trib. Milano, 26 novembre 1993, in *Società*, 1994, 1215, con nota di A. PATELLI); chi, spostato su una concezione più marcatamente privatistica, giudicava rilevante il possibile pregiudizio dei soci (come nel caso di irregolarità relative al procedimento assembleare, o di ostacoli all’esercizio dei diritti sociali: Trib. Padova, 26 aprile 2004, in *Società*, 2005, 200; App. Milano, 15 luglio 1997, *ivi*, 1997, 1415); chi, infine, attribuiva rilievo al danno (potenziale) alla società al fine di garantire la contestuale tutela sia dell’interesse sociale, sia di interessi esterni (G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 593; App. Roma, 20 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1997, II, 547; Trib. Milano, 15 ottobre 1985, in *Società*, 1986, 305).

¹⁶⁰ Esempi ricorrenti sono le frodi o altri comportamenti degli amministratori consapevolmente volti a danneggiare i creditori o i finanziatori (il conseguimento di un fido tramite documenti falsi o contraffatti) o il fisco: v. C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1142; M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1216. Prima della riforma, la possibilità di denunciare *ex art. 2409 c.c.* le violazioni fiscali era avversata da una parte della dottrina – sulla base del rilievo che l’amministrazione finanziaria ha a disposizione adeguati strumenti repressivi (G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 103, nt 70; G. TERRANOVA, *op. cit.*, 136-137) – ma di regola ammessa dalla giurisprudenza: App. Napoli, 13 maggio 2002, in *Società*, 2002, 1123; Trib. Verona, 15 luglio 1996, *ivi*, 1997, 75.

danno; se, in altri termini, si riduce il campo di applicazione del controllo giudiziario, avvicinato nei presupposti all'azione sociale di responsabilità, con conseguente "perdita di ruolo" dell'istituto nel complessivo quadro dei controlli¹⁶¹.

In realtà, per l'art. 2409 rilevano i danni potenziali ("gravi irregolarità che *possono* recare danno"), non quelli effettivi e attuali richiesti dall'art. 2392 c.c. ("danni *derivanti* dall'inosservanza di tali doveri"). Possono, quindi, venire in considerazione anche situazioni di mero pericolo, di incertezza in ordine al prodursi di un pregiudizio da valutarsi attraverso un giudizio analogo a quello che l'ordinamento richiede con riferimento ad altri rimedi aventi carattere preventivo, come l'impugnativa delle delibere viziate da conflitto d'interessi (artt. 2373 e 2391 c.c.)¹⁶².

Allo stesso tempo, è vero che ne può scaturire "una selezione degli interessi tutelabili con il procedimento"¹⁶³, poiché deve sempre esservi un danno potenziale che colpisce la società, anche qualora le norme comportamentali violate dagli amministratori salvaguardino interessi riferibili a terzi. Nondimeno, la reale portata selettiva di questo elemento in relazione alle irregolarità denunciabili dipende essenzialmente dalla puntuale individuazione del danno al quale si riferisce l'art. 2409.

¹⁶¹ Anche in considerazione del fatto che la minoranza e l'organo di controllo interno (eccettuato il comitato per il controllo sulla gestione: *infra*, paragr. 6.2) sono legittimati a promuovere azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, oltre che a denunciarne le irregolarità *ex art. 2409*: N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 21, per il quale l'appiattimento del rimedio sul livello dell'azione di responsabilità deriverebbe anche dalla circostanza che tra la "violazione dei doveri" a cui fa riferimento l'art. 2409 e l'"inosservanza dei doveri" *ex art. 2392* "non sembra esistere alcuna differenza di rilievo".

¹⁶² In argomento, L. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2001, 343; A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 244; P.G. Jaeger, *Determinazione del compenso degli amministratori in conflitto di interessi*, in *Giur. comm.*, 1980, II, 39; G. Frè, *sub art. 2373*, in G. Frè e G. Sbisà, *Società per azioni*⁶, 1, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1997, 700; in giurisprudenza v. Cass., 18 aprile 1961, n. 853, in *Giur. it.*, 1961, I, 788.

¹⁶³ Selezione rilevata da M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1216. In effetti, specie se correlato con il venir meno del potere di denuncia del p.m. nelle società chiuse, l'elemento del danno può simboleggiare, nel dibattito sugli interessi tutelati dall'art. 2409 c.c., una scelta di campo nella prospettiva della "privatizzazione" dell'istituto: lo nota, sia pure con accenti fortemente critici, C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1139. L'inserimento di questo requisito potrebbe, però, anche solo sottolineare la costante necessità della protezione dell'interesse sociale, come già sosteneva parte della dottrina prima della riforma: v., per tutti, DOMENICHINI (nt 17), 592 e *Id.* (nt 19), 792; in questo senso LIBERTINI (nt 11), secondo il quale "la nozione di danno è neutra rispetto alla individuazione degli interessi di cui si discute"; S. ROSSI (nt 19), 517.

Premesso che nel silenzio della norma va privilegiata un'interpretazione di carattere sistematico, occorre anzi tutto stabilire se il danno alla società rimane circoscritto a quello di carattere patrimoniale o comprende il danno non patrimoniale e, in particolare, un pregiudizio in termini di perdita reputazionale (che può derivare anche da violazioni in prima battuta economicamente vantaggiose per la società).

Ammettere il risarcimento di danni non patrimoniali a favore di un soggetto collettivo istituzionalmente deputato al perseguimento di uno scopo lucrativo sembra, a prima vista, una contraddizione in termini¹⁶⁴. Tuttavia, l'antitesi si scolora all'esito del lungo percorso giurisprudenziale che ha prima scardinato il dogma della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali al di fuori delle ipotesi di reato, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.; poi ammesso in via generale il loro risarcimento ogni qual volta vengano lesi diritti inviolabili della personalità (quali onore, immagine e reputazione: art. 2 Cost.); infine equiparato in punto di titolarità persone fisiche e persone giuridiche¹⁶⁵, consentendo anche a queste ultime di chiederne il risarcimento¹⁶⁶.

Non sembra un caso, del resto, che il rilievo del danno reputazionale sia

¹⁶⁴ Cfr M. NUZZO, *Nome (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 310 ss., per il quale la funzionalizzazione delle società al perseguimento dello scopo lucrativo costituisce un limite alla risarcibilità dei danni non patrimoniali. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, 501, rileva una "difficoltà" a che "le persone giuridiche riescano esse stesse a considerarsi portatrici di conseguenze non patrimoniali"; ma v., in diversa prospettiva, L. DELLI PRISCOLI, *Diritti della personalità, persone giuridiche e società di persone*, in *Giust. civ.*, 2008, 1998.

¹⁶⁵ La giurisprudenza ha operato "una trasposizione (e adattamento) di concetti appartenenti al mondo delle persone fisiche (dolore, sofferenza, stress fisico) a quello degli enti collettivi" (così, efficacemente, G. COTTINO, *Note minime, divaganti e irriverenti su amministratori, "perizia", tangenti e responsabilità*, in *Giur. it.*, 2004, I, 2004, 2339), riconoscendo la risarcibilità dei danni non patrimoniali anche a enti privi di personalità giuridica sul presupposto che la loro soggettività giuridica esprime un interesse unitario, diverso e distinto da quello dei partecipanti. Questo indirizzo si è definitivamente consolidato attraverso una sentenza di legittimità relativa al risarcimento del danno all'immagine o alla reputazione derivante dalla illegittima segnalazione alla centrale rischi (e v. Cass., 4 luglio 2007, n. 12929, in *Giust. civ.*, 2008, 1998; cfr anche Trib. Milano, 3 ottobre 2009 in *Resp. civ.*, 2010, 258).

¹⁶⁶ Per una ricostruzione di questo percorso giurisprudenziale cfr F. BENATTI, *Danno all'immagine*, in *Digesto civ.*, VI aggiornamento, Torino, 2011, 275; L. DELLI PRISCOLI, *Diritti della personalità*, cit., 1998, e Id., *Società e criteri di riparazione dei danni non patrimoniali*, in *Riv. società*, 2003, 914; A. LAMORGESE, *Il danno all'immagine delle persone giuridiche*, in *Nuova giur. comm.*, II, 2010, 231.

ormai indiscusso nei c.d. settori sensibili. In particolare, è noto che la Mifid¹⁶⁷ pone al centro dell'*internal governance* degli intermediari un'apposita funzione di conformità (*compliance*) al fine prioritario di evitare i danni di reputazione conseguenti alla violazione di norme, sia legislative e regolamentari, sia di autodisciplina¹⁶⁸.

Aperta così la porta all'ingresso del danno alla reputazione nell'ambito delle azioni risarcitorie, compresa l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori¹⁶⁹, appare contraddittorio sbarrarla con riguardo al controllo giudiziario, nell'ambito del quale la valutazione prognostica del giudice sul probabile verificarsi del danno è in linea con la naturale proiezione nel futuro del danno reputazionale¹⁷⁰.

Un'altra questione da indagare riguarda l'eventuale rilievo anche di quelle irregolarità che colpiscono il patrimonio della società solo di riflesso, riducendo il

¹⁶⁷ Acronimo con il quale si fa riferimento, tra l'altro, alle direttive 2004/39/CE e 2006/73/CE, al regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob del 29 ottobre 2007, alle modifiche al t.u.f. apportate dal d. lgs. n. 164/2007. Dal 2018 è in vigore la c.d. Mifid II (direttiva 2014/65/UE) con le relative modifiche al t.u.f.

¹⁶⁸ In argomento G.D. Mosco, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella Mifid*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive Mifid: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di M. De Mari, Padova, 2009, 33.

¹⁶⁹ E v., per tutti, Trib. Milano, 29 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2333, con nota di G. COTTINO, *Note minime*, cit., 2339, che non soltanto ha qualificato la corresponsione di tangenti come un atto di *mala gestio* degli amministratori, ma ha giudicato risarcibile, sotto il profilo del danno non patrimoniale, e liquidabile equitativamente, il pregiudizio alla reputazione e all'immagine commerciale di una società per azioni. Va nondimeno considerato che per gli imprenditori (anche collettivi) la giurisprudenza tende a distinguere ai fini risarcitori la reputazione personale da quella c.d. commerciale, sottolineando che mentre la lesione della prima darebbe luogo a un danno non patrimoniale in quanto avente per oggetto un diritto inviolabile della persona (fisica o giuridica), nel caso di lesione della seconda ci si troverebbe in presenza di un danno prettamente patrimoniale (si tratterebbe, secondo L. DELLI PRISCOLI, *Società e criteri di riparazione*, cit., 917, di un'espressione più elegante e moderna per denominare un aspetto dell'avviamento; in argomento cfr anche S. LOPREIATO, *Centrali dei rischi private, erronella segnalazione e responsabilità della banca*, in *Banca borsa*, 2007, II, 459). Sull'estensione del danno all'immagine (dai casi tradizionali di abusiva riproduzione del ritratto) a tutti quelli in cui viene offesa la percezione sociale di un soggetto nella realtà in cui opera, utilizzando il termine immagine come sinonimo di reputazione, v. F. BENATTI, *op. cit.*, 276.

¹⁷⁰ Cfr M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1215; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 568; v. anche G.C. RIVOLTA, *op. cit.*, 751. In giurisprudenza cfr Trib. Mantova, 15 ottobre 2009, *cit.*, che ha considerato rilevante la prassi degli amministratori di non stipulare in forma scritta gli atti di acquisto individuando il danno potenziale per la società nella perdita delle certificazioni di qualità; App. Torino, 29 maggio 2007, in *Giur. piemontese*, 2008, 98, secondo cui il carattere dannoso delle irregolarità è "individuabile nella violazione di disposizioni di legge idonee a procurare un danno al patrimonio sociale o un grave turbamento dell'attività sociale"; App. Salerno, 19 luglio 2005, *cit.*

valore dell'investimento azionario del socio¹⁷¹. È il caso delle irregolarità informative (tipicamente contabili o di bilancio, come le falsificazioni volte a creare riserve occulte), neutre sul piano del patrimonio della società, non anche su quello dei soci.

Con riferimento alla materia delle deliberazioni in conflitto d'interessi, la dottrina dà ormai rilievo anche alla diminuzione del valore della partecipazione e della redditività dell'investimento di ciascun socio, qualificando come danno alla società la lesione dell'interesse sociale, da intendersi come interesse dei soci "alla massimizzazione non solo dell'utile sociale, ma specificamente della produttività dei loro conferimenti a titolo di capitale"¹⁷². Anche nel caso dell'art. 2409 c.c. sembra pertanto possibile accedere a una nozione di danno potenziale comprendente la compromissione dell'interesse sociale alla massimizzazione dell'investimento¹⁷³.

L'ultimo aspetto da esaminare è la presenza tra le irregolarità gestorie potenzialmente pregiudizievoli anche di quelle relative a "una o più società controllate", secondo il disposto tanto dell'art. 2409, comma 1, c.c., quanto dell'art. 152, comma 1, t.u.f. È una novità significativa anche sul piano della generale individuazione degli interessi salvaguardati dalle norme in questione.

¹⁷¹ Secondo G. TERRANOVA, *op. cit.*, 143, "il legislatore avrebbe indubbiamente fatto meglio ad annoverare l'interesse patrimoniale dei soci accanto al danno alla società"; mentre per C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1140 si tratta comunque di un'omissione superabile per via interpretativa; su posizioni analoghe anche V. SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, cit., 307.

¹⁷² Così D. PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Riv. soc.*, 1998, 441; L. ENRIQUES, *op. cit.*, 348, considera irrilevante il fatto che, così inteso, il "danno alla società" colpirebbe direttamente il patrimonio dei soci, e pertanto sarebbe risarcibile ex art. 2395 anziché ex art. 2392 c.c., osservando che nella materia del conflitto d'interessi – come nel controllo giudiziario – "il richiamo al danno prescinde dal suo effettivo verificarsi e, a maggior ragione, dal problema della titolarità del diritto al risarcimento"; ma per l'interpretazione restrittiva cfr A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 250. La circostanza che nella disciplina delle decisioni consiliari di s.r.l. viziata da conflitto d'interessi il legislatore, per dare rilievo a un pregiudizio effettivo e concernente esclusivamente il patrimonio sociale, abbia sostituito la tradizionale formula "qualora possa arrecare danno alla società" con quella "cagionino un danno patrimoniale" sembra confermare la validità di un'interpretazione più ampia della regola del danno potenziale: v. M. PERRINO, *Il conflitto d'interessi degli amministratori nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 569.

¹⁷³ V. S. ROSSI, *op. cit.*, 544. Ovviamente qui non si considera il possibile rilievo degli interessi degli *stakeholders*. Giudica ancora rilevanti ai fini della denuncia le irregolarità informative Trib. Mantova, 15 ottobre 2009, *cit.*

Se si vuole attribuire un significato effettivo alla locuzione, bisogna infatti pensare a irregolarità che non sono suscettibili di arrecare un danno alla controllante. Quest'ultimo sussiste, in effetti, nelle principali ipotesi di controllo, che sono quelle basate su una partecipazione al capitale, nelle quali il danno al patrimonio della controllata si riverbera sul valore delle sue quote o azioni possedute dalla controllante. Il danno per la controllante può tuttavia mancare – ed è sempre di incerta e difficile misurazione, non riflettendosi sul valore della partecipazione – nel caso di violazioni che danneggiano società sottoposte a controllo in virtù di particolari vincoli contrattuali (art. 2359, comma 1, n. 3, c.c.) o comunque consistenti nell'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento¹⁷⁴ ai sensi dell'art. 2497 c.c.¹⁷⁵

In definitiva, il requisito del danno non sembra, a veder bene, mutare il ruolo della denuncia al tribunale nel complessivo sistema dei controlli se non, forse, per renderlo più coerente ed equilibrato¹⁷⁶, assumendo comunque un

¹⁷⁴ Con riguardo alla denuncia al tribunale assume dunque rilievo il danno subito dalla società controllata, diversamente da quanto avviene nell'ambito della disciplina della direzione e coordinamento di società, in cui il riferimento (almeno, testuale) è al pregiudizio arrecato ai soci di minoranza e ai creditori della società sottoposta a direzione e coordinamento. Non sembra pertanto fondata la tesi, prospettata da E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1239 e da C. MONTAGNANI, *Il controllo*, cit., 1134, secondo la quale in base all'art. 2409 c.c. possono essere direttamente i soci di minoranza della controllata a proporre la denuncia contro gli organi sociali della controllante, che potrebbero così reagire all'abusiva direzione della controllante sia *ex post*, con l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c., sia *ex ante*, con la denuncia al tribunale. La tesi, oltre a mancare di qualsiasi appiglio letterale, non convince neppure sotto il profilo sistematico: v. sul punto i rilievi di A. VALZER, *Attività di direzione e coordinamento di società e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 141-142. Il collegamento con la responsabilità *ex art. 2497 c.c.* è frequente in dottrina: G. TERRANOVA, *op. cit.*, 138; M. BUSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1215; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*, cit., 790; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 568; C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario nel gruppo*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 407. In giurisprudenza cfr Trib. Milano, 25 luglio 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 125, nonché, ante riforma, Trib. Milano, 7 giugno 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2098, che ha qualificato come grave irregolarità l'erogazione di finanziamenti alle controllate finalizzata a consentire loro l'acquisto di azioni della controllante. Per App. Milano, 10 marzo 2004, in *Giur. Merito*, 2004, 1632, non vi è comunque la possibilità di adottare provvedimenti provvisori che incidano direttamente sulla gestione delle società controllate.

¹⁷⁵ In quest'ultima ipotesi, peraltro, assume rilievo la sussistenza – che è onere degli amministratori denunciati dimostrare – di vantaggi compensativi che escludono il verificarsi di un danno alla controllata: cfr C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario nel gruppo*, cit., 436; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2409*, cit., 790; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 569.

¹⁷⁶ Sembra, dunque, nella sostanza corretta la corrente di pensiero per la quale, secondo le parole di G. TERRANOVA, *op. cit.*, 134, "la riforma si sarebbe limitata a prendere atto della scarsa efficienza della procedura e ad introdurre dei correttivi, per evitare una troppo marcata

rilievo fondamentale la sua potenzialità anziché effettività, che agevola fortemente il ricorso alla denuncia rispetto alle azioni di responsabilità, come anche la pratica sembra confermare.

6. La denuncia al tribunale nei sistemi di amministrazione e controllo alternativi al tradizionale nella s.p.a. Nella s.p.a. le differenze tra i tre sistemi di amministrazione e controllo adottabili si riflettono sotto più aspetti sull'istituto in esame.

6.1 Il profilo soggettivo. Nel sistema ordinario, l'utilizzazione da parte dell'art. 2409 del plurale "amministratori" (meccanicamente trasposto nell'art. 152, comma 1) depone per il coinvolgimento di tutti i componenti dell'organo amministrativo nella procedura, sia in fase d'avvio¹⁷⁷, sia quali destinatari dell'eventuale sostituzione, assembleare o giudiziaria¹⁷⁸, anche nel caso – che è ormai la regola – della presenza di delegati, pur se il consiglio di amministrazione svolge in questa ipotesi soprattutto una funzione di monitoraggio sulla gestione¹⁷⁹.

Infatti, la rottura nell'ambito dell'art. 2409 della considerazione unitaria degli amministratori, che avrebbe anzitutto richiesto un ampliamento del novero dei legittimati attivi attraverso l'attribuzione al consiglio di amministrazione del potere di denuncia delle irregolarità compiute dai delegati, non si giustifica alla

discrepanza tra il *costo* sostenuto (in termini d'immagine ed efficienza gestionale) dalla società sottoposta a controllo ed il *risultato* utile conseguibile dai ricorrenti".

¹⁷⁷ L. NAZZICONE, *La denuncia*, cit., 1080; E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1253; R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 576.

¹⁷⁸ Nel sistema anteriore alla riforma societaria, il fatto che l'art. 2409 c.c. indicasse quali destinatari del provvedimento di revoca giudiziaria "gli amministratori e i sindaci", induceva dottrina e giurisprudenza ad affermare che la revoca "è necessariamente diretta a tutti gli amministratori e a tutti i sindaci in carica, indipendentemente dalla responsabilità dei singoli" (così Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103; Trib. Verona, 14 dicembre 2001, e App. Venezia, 21 febbraio 2002, in *Società*, 2002, 858), anche in considerazione dell'incompatibilità tra le funzioni di questi organi e quelle attribuite dal tribunale all'amministratore giudiziario (App. Milano, 1° giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 750). Isolato è rimasto Trib. Lucera, 12 luglio 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 539 che, partendo dall'opposta prospettiva secondo cui la revoca di tutti gli amministratori non costituisce presupposto necessario della nomina dell'amministratore giudiziario, ha considerato rientrante tra i provvedimenti provvisori la nomina di un amministratore giudiziario destinato ad affiancare, anziché a sostituire, gli organi sociali denunciati.

¹⁷⁹ G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Lo scudo e la lancia*, cit., 92.

luce degli strumenti dei quali dispone il consiglio di amministrazione per reagire a eventuali scorrettezze gestionali degli esecutivi, compresa la possibilità di revocare le deleghe. Non utilizzare questi strumenti integra, d'altro canto, una sicura violazione dei doveri di monitoraggio degli amministratori privi di deleghe¹⁸⁰.

A conclusioni diverse si deve pervenire qualora la società adotti il sistema monistico, nel quale la componente non esecutiva e indipendente del consiglio di amministrazione confluisce in un organo interno, il comitato per il controllo sulla gestione, investito di autonome funzioni di vigilanza, che in parte sostituiscono quelle spettanti al collegio sindacale nel sistema tradizionale¹⁸¹. Comitato al quale è attribuito anche il potere di denuncia al tribunale. Vi è, in questo caso, un'indubitabile dissociazione di posizioni tra i componenti del consiglio di

¹⁸⁰ Più ampie considerazioni e riferimenti in G.D. Mosco, *Commento agli artt. 2380-bis-2389*, cit., 596. Il singolo amministratore non esecutivo – magari indipendente o eletto dalla minoranza – che intenda dissociare la propria posizione da quella degli altri consiglieri deve comunque far annotare “senza ritardo” il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni consiliari, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale. Non si può nemmeno escludere che il singolo amministratore – in particolare, indipendente o di minoranza – possa informare il p.m. e, quanto alle quotate, la Consob e sollecitare il loro intervento, ripercorrendo la via battuta in passato dai sindaci (e v. *retro*, nt 85, le possibili implicazioni). Oltre a escludere la sua solidarietà con gli altri amministratori in un'eventuale azione di responsabilità, nel caso di presentazione di una denuncia ex art. 2409 c.c. ciò consente al tribunale di attenuare il rigore della norma: recuperando una prassi formatasi con riferimento ai sindaci, nel decreto di revoca si può dare atto che nei confronti dell'amministratore irresponsabile la revoca costituisce una sanzione “meramente formale, dispost[a] solo per ossequio alla legge” (così E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1283; V. SALAFIA, *La riforma del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Società*, 2002, 1331).

¹⁸¹ La funzione di vigilanza del comitato per il controllo sulla gestione è, in effetti, costruita dall'art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, c.c. omettendo di riprodurre le due funzioni principali che connotano la vigilanza sindacale nell'art. 2403 c.c. (la vigilanza sul rispetto della legge e dello statuto, nonché sui principi di corretta amministrazione), modificandone altre (la vigilanza “sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sul suo concreto funzionamento” si trasforma in vigilanza “sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione”), prevedendo la possibilità che il comitato svolga “gli ulteriori compiti affidatigli dal consiglio di amministrazione”. In argomento, v. D. REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 584; A. GUACCERO, *Commento agli artt. 2409-sexiesdecies-2409-noviesdecies*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 920; C. MOSCA, *I principi di funzionamento del sistema monistico*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, 742; G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Brevi note su opportunità e limiti attuali del sistema monistico*, in *AGE*, 201, 51, ove ult. rif.

amministrazione nella fase d'avvio della procedura¹⁸², poiché è impensabile che il comitato si autodenunci. Tuttavia, in caso di revoca il provvedimento sembra dover comunque riguardare tutti gli amministratori, senza che possa escludere i componenti del comitato denunciante. Se il tribunale si orientasse in questo senso, infatti, l'amministratore giudiziario si troverebbe a convivere non con un organo di controllo ben distinto da quello gestorio, ma con un organo al quale compete (anche) l'amministrazione della società¹⁸³. Preclusa questa strada, il giudice può peraltro percorrere quella prevista dal primo periodo del comma 4 dell'art. 2409, dettando provvedimenti provvisori a contenuto atipico tra i quali rientrano, per esempio, la limitazione dei poteri gestori all'ordinaria amministrazione¹⁸⁴ o la previsione di autorizzazioni da parte del comitato¹⁸⁵, ferma la convocazione senza indugio dell'assemblea affinché sia quest'ultima a procedere a una revoca e a una sostituzione selettive¹⁸⁶.

¹⁸² Pur se, in via astratta, la denuncia sembrerebbe doversi rivolgere contro l'intero consiglio di amministrazione in virtù del combinato disposto degli artt. 2380, comma 3, c.c. e 223-*septies*, comma 1, disp. att. c.c., il vaglio di compatibilità (sul quale v. V. CARIELLO, *La disciplina "per derivazione"*, cit., 43) espressamente richiesto da quest'ultima disposizione consente la diversa soluzione indicata nel testo.

¹⁸³ M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, cit., 1224-1225, e F. GHEZZI e M. RIGOTTI, *Commento all'art. 2409-octiesdecies*, in *Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari. Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, 302. Per SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, cit., 311, invece, la collocazione del comitato all'interno del consiglio di amministrazione non impedisce una distinzione di funzioni tra i due organi, con "la conseguenza che, come il tribunale può escludere dalla revoca i sindaci, così potrà escludere i componenti del comitato di controllo, quando reputi che la loro condotta non sia censurabile".

¹⁸⁴ G. BONGIORNO, *op. cit.*, 552; E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1280; G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 236; F. DI SABATO, *op. cit.*, 206; Trib. Palermo, 1° dicembre 1972 e App. Palermo, 20 luglio 1973, entrambe in *Giur. comm.*, 1974, II, 104.

¹⁸⁵ Anche in ambito societario, il nucleo centrale dell'autorizzazione risiede nella sua idoneità a rimuovere un ostacolo giuridico all'esercizio di un potere che è, e rimane, nella titolarità dell'autorizzando, con la conseguenza che questa figura organizzativa non incide sulla titolarità del potere gestorio, ma soltanto sul suo esercizio: per questa ricostruzione v. G.D. MOSCO, *Le deleghe assembleari nella società per azioni*, Milano, 2000, 32, al quale si rinvia per ult. rif.; nonché, dopo la riforma del diritto societario, A. BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in *Società*, 2005, 1097 e V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, I, 444. Pertanto, la previsione di autorizzazioni del comitato al compimento di atti di gestione non fa venir meno il carattere non esecutivo dei relativi componenti richiesto dall'art. 2409-*octiesdecies*, comma 2, c.c.

¹⁸⁶ La sostituzione dei soli consiglieri esecutivi nei confronti dei quali il comitato per il controllo sulla gestione ha proposto denuncia al tribunale appare di regola sufficiente anche ai fini della sospensione del procedimento ex art. 2409, comma 3.

Con riferimento al sistema dualistico, nel quale il consiglio di sorveglianza è legittimato attivo e i componenti del consiglio di gestione sono legittimati passivi alla denuncia¹⁸⁷, un problema relativo all'applicazione dell'art. 2409 può sorgere nell'ipotesi di coinvolgimento del consiglio di sorveglianza nella c.d. "alta amministrazione" qualora sia investito dallo statuto delle deliberazioni in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione (art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. f-*bis*, c.c.).

Nondimeno, anche ai fini della denuncia al tribunale sembra possibile valorizzare la responsabilità per gli atti compiuti posta espressamente dalla norma in capo al consiglio di gestione. In termini più espliciti, nell'ipotesi di deliberazioni strategiche del consiglio di sorveglianza eseguite dai gestori anche questi ultimi possono vedersi imputare eventuali irregolarità a esse connesse, posto che i gestori hanno comunque il potere/dovere di non darvi corso se suscettibili di produrre un danno alla società¹⁸⁸ tanto che, altrimenti, ne assumono la responsabilità.

Del resto, è possibile ricostruire le deliberazioni del consiglio di sorveglianza sulle materie previste dall'art. 2409-*terdecies*, lett. f-*bis*, come autorizzazioni in senso proprio con riferimento alle operazioni strategiche, e di mera approvazione con riferimento ai piani¹⁸⁹. Vale a dire, ricorrendo a figure

¹⁸⁷ Ancora in ragione del richiamo operato dagli artt. 2380, comma 3, c.c. e 223-*septies*, comma 1, disp. att., c.c.

¹⁸⁸ Come è pacificamente ammesso con riferimento all'esecuzione di deliberazioni assembleari invalide da dottrina e giurisprudenza: F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 10; M. SCIUTO e P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1*, Torino, 2004, 63; A. PATRONI GRIFFI *Società (controllo societario sulle)*, cit., 176; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 186; Trib. Milano, 28 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 387.

¹⁸⁹ V. G.D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in *AGE*, 2006, 42; nonché V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*¹, Milano, 2007, 96; G.B. PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive)*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 7; L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, 730. *Contra*, P. MONTALENTI, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *AGE*, 2007, 275-276, secondo cui "la norma, con l'espressione "delibera", consent[irebbe] di attribuire al consiglio di sorveglianza sia (i) un potere di autorizzazione sia (ii) un potere di approvazione sia (iii) un potere di vera e propria decisione". Anche le Autorità di vigilanza sembrano dell'avviso del testo, anche se ancora si riscontra qualche

organizzative che caratterizzano l'intervento decisionale del consiglio in termini coerenti con la sua preminente funzione di sorveglianza¹⁹⁰ e che mantengono gli atti nella sfera della competenza gestionale riservata dalla legge esclusivamente al consiglio di gestione (art. 2409-*novies* c.c.)¹⁹¹.

In definitiva, nel sistema dualistico, soci e p.m.¹⁹² possono denunciare al tribunale anche irregolarità derivanti da atti di alta amministrazione "deliberati" dal consiglio di sorveglianza, poiché queste coinvolgono necessariamente entrambi gli organi d'amministrazione e controllo¹⁹³.

6.2 Il potere di denuncia e gli altri poteri dei diversi organi di controllo. Con riguardo, invece, alla posizione dell'organo di controllo quale denunciante le violazioni poste in essere dai gestori va rilevato, fermo il carattere collegiale della denuncia (v. *retro*, paragr. 3.4.), che i penetranti poteri istruttori dei quali è dotato collocano l'organo di controllo della s.p.a. in una posizione di preminenza rispetto agli altri legittimati. L'esercizio, anteriore alla denuncia, dei loro poteri consente infatti di sottoporre al tribunale anche irregolarità non semplicemente sospettate, ma in tutto o in parte provate, potendo rendere superflua l'ispezione giudiziaria.

Tuttavia ciò non implica che, in presenza di un "fondato sospetto", l'organo di controllo sia giuridicamente tenuto a una puntuale verifica dei fatti prima di procedere alla denuncia. Infatti, può esservi l'urgenza di evitare un danno alla società che si può produrre, o aggravare, proprio nelle more delle indagini interne, anche in ragione dell'eventuale comportamento ostruzionistico

incertezza nella prassi applicativa: cfr S. LOPREIATO, *Le autorità di vigilanza di fronte alla "governance" dualistica delle banche*, in *AGE*, 2007, 494.

¹⁹⁰ Anche l'approvazione c.d. mera è una figura organizzativa coerente con la funzione di vigilanza del consiglio di sorveglianza in quanto è ridotto all'essenziale il potere decisionale del controllore, "che può solo approvare o respingere l'atto senza poter disporre riguardo al suo contenuto": G.D. MOSCO, *Le deleghe assembleari*, cit., 35.

¹⁹¹ Ricorda G.B. PORTALE, *op. cit.*, 7 che in tutti i sistemi che adottano il modello dualistico, e in particolare in quelli tedesco e austriaco, è disposto che il consiglio di sorveglianza non ha "poteri gestori (*diretti*) [...] salvo casi eccezionali previsti dalla legge o da questa implicitamente desumibili".

¹⁹² Considerato quanto osservato nel testo, sussiste anche la legittimazione della Consob ai sensi dell'art. 152, comma 2.

¹⁹³ Con la possibilità di provvedimenti anche a carico dei consiglieri di sorveglianza.

dell'organo gestorio che impedisca un loro svolgimento rapido e (o) efficace ¹⁹⁴.

In ogni caso, il rapporto tra il potere/dovere di denuncia al tribunale e gli altri poteri reattivi dell'organo di controllo è complicato dalla sensibile variazione di questi poteri nei tre modelli di organizzazione.

Per il collegio sindacale la denuncia al tribunale si pone quale rimedio complementare e (o) alternativo alla convocazione dell'assemblea, che può disporre ogni qualvolta ravvisi – sia autonomamente (art. 2406, comma 2, c.c.), sia a seguito di una denuncia presentata dalla minoranza ex art. 2408 c.c. che appaia “fondata” (art. 2408, comma 2, c.c.) – “fatti censurabili di rilevante gravità” ¹⁹⁵; fatti che, nella sostanza, non sono diversi dalle gravi irregolarità denunciabili ai sensi dell'art. 2409. La scelta tra i due rimedi è dunque rimessa allo stesso collegio sindacale il quale, usando la diligenza professionale richiesta dall'art. 2407 c.c., valuta di volta in volta se è preferibile procedere alla convocazione dell'assemblea, subordinando l'iniziativa giudiziaria all'eventuale inerzia dei soci; oppure denunciare subito i fatti al tribunale qualora valuti l'intervento del tribunale la risposta migliore all'esigenza d'evitare un danno alla società: (i) per

¹⁹⁴ Parte della dottrina ha invece criticato la scelta del legislatore di porre il “fondato sospetto” delle irregolarità alla base del potere di denuncia del collegio sindacale, muovendo dal presupposto che questa formula non si attaglierebbe “a chi, come il collegio, ha la funzione istituzionale di (e dispone di tutti i mezzi necessari per) accertare l'effettiva esistenza di quelle irregolarità” (così G. CAVALLI, *Commento all'art. 152*, cit., 1273, il quale tuttavia ammette che la presentazione della denuncia da parte del collegio sindacale possa prescindere dalla preventiva verifica dei fatti nel caso di ostruzionismo degli amministratori; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 152*, cit., 298; G. CASTALDI, *op. cit.*, 1414; P. MAGNANI, *Commento all'art. 152*, cit., 1778). Per R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 573, il preventivo esercizio dei poteri istruttori da parte dell'organo di controllo, pur essendo opportuno, non può costituire presupposto per la presentazione della denuncia. In giurisprudenza, App. Trieste, 22 marzo 2006, in *Nuova giur. comm.*, 2007, II, 398.

¹⁹⁵ Il rapporto tra l'art. 2406 c.c. e l'art. 151, comma 2, t.u.f. è fortemente dibattuto, in quanto la norma dedicata alle quotate non riproduce i presupposti ai quali l'art. 2406, comma 2, subordina il potere di convocazione assembleare, vale a dire i “fatti censurabili di rilevante gravità” e “l'urgente necessità di provvedere”. Si è perciò ingenerato il dubbio che nelle quotate il potere di convocazione assembleare del collegio sindacale possa essere svincolato dai presupposti richiesti dall'art. 2406, dubbio che va sciolto negativamente poiché, in caso contrario, il potere di convocazione assembleare del collegio sindacale si sovrapporrebbe, ingiustificatamente, con quello generale spettante al consiglio di amministrazione: v., pur con varietà di posizioni in merito al requisito dell'urgenza, S. AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, cit., 244-245; R. ALESSI, *Il rapporto dialettico*, cit., 17; G. CAVALLI, *Commento all'art. 151*, in *Testo unico della Finanza. Commentario*, diretto da G.F. Campobasso, II, Torino, 2002, 1265; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2406*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 766, anche per l'equiparazione dei “fatti censurabili di rilevante gravità” alle “gravi irregolarità” ex art. 2409 c.c.

l'impossibilità di esercitare – quanto meno, celermente – i propri poteri istruttori al fine di determinare la sussistenza delle irregolarità sospettate; (ii) o per il motivato timore che il passaggio assembleare non sia risolutivo a causa della presenza di azionisti di controllo compiacenti¹⁹⁶.

Nel sistema monistico, invece, non sembra che il comitato per il controllo sulla gestione abbia un autonomo potere di convocazione dell'assemblea in presenza di irregolarità degli altri amministratori. In questo senso depone sia il mancato richiamo dell'art. 2406 c.c. da parte dell'ultimo comma dell'art. 2409-*octiesdecies*, sia – nella disciplina speciale delle quotate – l'esclusione dell'assemblea dai destinatari dei poteri di convocazione attribuiti al comitato per il controllo sulla gestione dall'art. 151-*ter* t.u.f.¹⁹⁷ La denuncia al tribunale costituisce, pertanto, l'unico strumento a disposizione dei componenti del comitato per dissociarsi da violazioni ascrivibili esclusivamente agli altri amministratori.

Nel sistema dualistico, infine, la convocazione dell'assemblea disposta dal consiglio di sorveglianza in presenza di irregolarità gestorie ha finalità meramente informative nei confronti dei soci, considerato che i poteri di revoca dei consiglieri di gestione e di nomina dei nuovi gestori non appartengono ai soci, ma allo stesso consiglio di sorveglianza che può altresì esercitare, al pari dell'assemblea, l'azione sociale di responsabilità nei confronti dei gestori. In effetti, non vi è ragione perché il consiglio di sorveglianza reagisca alle irregolarità gestorie attraverso una denuncia che può portare alla revoca e all'esercizio dell'azione di

¹⁹⁶ L'autonomia della denuncia dalla preventiva convocazione dell'assemblea è sostenuta anche da A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale*, cit., 160; G. MEO, *op. cit.*, 274; R. TETI, R. TETI, *Il controllo giudiziario*, cit., 574; App. Trieste, 22 marzo 2006, cit. P. MAGNANI, *Commento all'art. 152*, cit., 1778-1779 sembra, invece, considerare la convocazione dell'assemblea un precedente necessario della denuncia al tribunale.

¹⁹⁷ Diversamente da quanto fanno i precedenti artt. 151 e 151-*bis* con riferimento, rispettivamente, al collegio sindacale e al consiglio di sorveglianza: v. A. GUACCERO, *Commento agli artt. 2409-sexiesdecies-2409-noviesdecies*, cit., 923; F. GHEZZI e M. RIGOTTI, *op. cit.*, 302; *contra*, P. VALENSISE, *Commento all'art. 2409-octiesdecies.*, in *La riforma delle società. Società per azioni, società in accomandita per azioni*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2003, 753. Peraltro, posto che l'art. 2406, comma 2, è richiamato dall'art. 2408 c.c., norma quest'ultima dichiarata applicabile al comitato per il controllo sulla gestione, almeno in questa ipotesi – vale a dire, in caso di irregolarità denunciate dai soci e non accertate autonomamente dall'organo – il comitato per il controllo sulla gestione potrebbe considerarsi abilitato a convocare l'assemblea.

responsabilità nei confronti dei consiglieri di gestione, in quanto può esso stesso procedere alla revoca e all'esercizio dell'azione in tempi più brevi, con costi diretti e indiretti di gran lunga inferiori per la società e adempiendo nel modo migliore ai propri doveri di vigilanza¹⁹⁸.

Il ruolo del consiglio di sorveglianza è particolarmente complesso qualora siano altri legittimati a denunciare irregolarità del consiglio di gestione. In tal caso, infatti, non è scontato che il tribunale valuti positivamente, ai fini del provvedimento di sospensione del procedimento ai sensi del comma 3 dell'art. 2409 c.c., tanto più nel silenzio mantenuto sul punto dal legislatore, la sostituzione dei gestori a opera dello stesso consiglio di sorveglianza una volta iniziato il procedimento. Qualora, infatti, sussistano violazioni riferibili allo stesso consiglio di sorveglianza, anche solo in termini di colpevole ritardo nella reazione, è necessario o almeno opportuno che sia l'assemblea a intervenire sostituendo i componenti del consiglio di sorveglianza prima che siano nominati i nuovi consiglieri di gestione¹⁹⁹.

7. La denuncia e la cogestione dell'impresa nei modelli di amministrazione della s.r.l. Nella s.r.l. è invece la cogestione dell'impresa tra soci e amministratori il principale profilo organizzativo al quale la denuncia deve adeguarsi.

Cogestione che caratterizza già il modello legale di amministrazione anzitutto per via dell'art. 2479, comma 2, n. 5, che assegna ai soci la decisione sulle operazioni "che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale (...) o una rilevante modificazione dei diritti dei soci", dunque su operazioni

¹⁹⁸ Cfr S. FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma*, cit., 878-879; P. MAGNANI, *Commento all'art. 2409-terdecies*, in *Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari. Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, 176. Secondo SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, cit., 310 e A. GUACCERO, *Commento agli artt. 2409-octies-2409-quinquiesdecies*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 920, l'utilità di promuovere una denuncia al tribunale da parte del consiglio di sorveglianza permarrebbe nell'ipotesi in cui si volessero evitare *a priori* eventuali azioni risarcitorie dei consiglieri di gestione revocati fondate sull'insussistenza della giusta causa.

¹⁹⁹ Lo stesso tribunale può, d'altra parte, revocare "nei casi più gravi" non solo i componenti del consiglio di gestione, ma anche quelli del consiglio di sorveglianza.

eccezionali neppure individuate analiticamente che ben possono essere gestionali, escludendo per ciò solo una competenza gestoria generale in capo agli amministratori. Al contempo, l'art. 2479, comma 1 prevede una competenza potenziale e parcellizzata dei soci su una parte rilevante della gestione attivabile discrezionalmente dalla minoranza che rappresenti almeno un terzo del capitale sociale o da singoli amministratori, i quali possono sottoporre alla decisione della collettività dei soci qualsiasi argomento a eccezione di quelli rientranti nella competenza esclusiva degli amministratori ai sensi dell'art. 2475 c.c., che oggi espressamente vi include anche l'istituzione degli assetti²⁰⁰.

Cogestione che, ferma questa sfera di competenza esclusiva, nei modelli pattizi può peraltro essere fatta pendere decisamente verso i soci non solo prevedendo nell'atto costitutivo loro autorizzazioni al compimento di atti degli amministratori, ma addirittura riservando alla loro decisione una o più materie per ampliare la cerchia delle loro competenze gestionali. E può essere perfino sbilanciata in direzione di uno o più soci attraverso l'attribuzione individuale delle medesime competenze gestionali operata dall'atto costitutivo sotto forma di "particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società" ai sensi dell'art. 2468, comma 3, variamente modulabili sotto il profilo dell'incidenza decisionale, che può essere non solo autorizzativa o piena, ma comportare direttive vincolanti o il diritto di veto su determinati atti e operazioni²⁰¹.

La cogestione non rende ovviamente impraticabile la denuncia al tribunale nei confronti degli amministratori anche qualora le irregolarità gestorie siano ascrivibili a competenze decisionali piene di tutti o di alcuni soci, posto che

²⁰⁰ G.D. MOSCO, *Funzione amministrativa*, cit., 1653, ove ult. rif. In argomento cfr anche P. ABBADESSA, *La voce dei soci nella gestione delle s.r.l.*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 186 ss.; O. CAGNASSO, *L'esercizio del potere gestorio da parte del singolo socio*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, 2, Milanofiori-Assago, 2014, 1658; A. MIRONE, *Le competenze gestionali dei soci nella s.r.l. tra regime legale e autonomia statutaria: profili ricostruttivi*, in *Impresa e mercato, Studi dedicati a Mario Libertini*, vol. I, *Impresa e società*, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli, R. Pennisi, Milano, 2015, 449. Da ultimo G.M. BUTA, *Le competenze dei soci e la formazione delle decisioni sociali*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di G. Santoni, F. Briolini, G.M. Buta e F. Accetella, Torino, 2022, 141; G. SANTONI, F. BRIOLINI e F. ACCETELLA, *L'amministrazione*, ivi, 195.

²⁰¹ Sui modelli pattizi si rinvia a G.D. MOSCO, *Funzione amministrativa*, cit., 1659.

nessuna competenza dei soci è, né nel modello legale né in quelli pattizi, pienamente alternativa rispetto a quella degli amministratori, i quali conservano anche con riguardo alle competenze gestorie attribuite ai soci, sia dalla legge, sia dallo statuto, un autonomo ruolo consistente nella valutazione (della dannosità) dell'atto, con il conseguente potere-dovere di non porre in essere le operazioni decise dai soci e giudicate dannose. Vi è, in altre parole, una sommatoria non solo di responsabilità ma prima ancora di competenze, pur diverse, che ribalta in relazione alle operazioni decise dai soci l'ordinario rapporto tra questi ultimi e gli amministratori, i quali assumono una funzione di monitoraggio (sugli atti gestori dei soci) che legittima appieno la denuncia ex art. 2409 c.c. indirizzata nei loro esclusivi confronti²⁰².

Occorre piuttosto chiedersi se, in caso di irregolarità gestorie risalenti a una decisione collettiva o individuale dei soci la denuncia della minoranza o dell'organo di controllo vada indirizzata, sin dalla sua proposizione, anche nei confronti dei soci di maggioranza co-gestori, quanto meno al fine di consentire la loro partecipazione in contraddittorio al procedimento e l'adozione da parte del tribunale di provvedimenti che potrebbero riguardare le loro competenze gestorie²⁰³.

Non vi è tuttavia alcun indice normativo al quale aggrapparsi per sostenere vuoi la possibilità vuoi la necessità del coinvolgimento dei soci di maggioranza co-gestori come denunziati poiché, come detto, l'art. 2409 legittima a tal fine solo amministratori e sindaci e prevede la partecipazione necessaria al procedimento esclusivamente della società, statuendo che "anche" a quest'ultima vada

²⁰² Così G.D. MOSCO, *Funzione amministrativa*, cit., 1655; O. CAGNASSO, *L'«attività preparatoria» della gestione affidati ai soci di s.r.l. e l'attribuzione delle relative responsabilità*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo, M. Cera e S. Patriarca, Torino, 2011, 370 ss.; N. ATLANTE, M. MALTONI e A. RUOTOLO, *Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura*, in *Riv. not.*, 2019, 1.

²⁰³ Si pone la domanda, sempre assumendo quale presupposto la riconducibilità delle "decisioni dei soci attinenti alla gestione (...) anche agli amministratori che le hanno eseguite, quanto meno per omissione di controllo", anche S. VANONI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.r.l.*, cit., 915-916, per la quale in un modello di cogestione fortemente sbilanciato a favore dei soci la sola sostituzione degli amministratori denunciati potrebbe generare un "conflitto permanente tra i soci autori delle decisioni che causano o configurano gravi irregolarità e gli amministratori tenuti a rifiutarne l'esecuzione", e rivelarsi per ciò un rimedio non del tutto efficace ed efficiente se non accompagnata dall'estensione delle "misure adottabili (...) ai soci coinvolti nella gestione".

notificato il ricorso introduttivo. La partecipazione della società è peraltro di per sé sufficiente a consentire la valida ed efficace adozione da parte del tribunale di provvedimenti che incidano sulle competenze gestorie di tutti o alcuni soci sterilizzando temporaneamente queste competenze, se del caso utilizzando, nell'ipotesi di nomina dell'amministratore giudiziario, la facoltà di attribuire a quest'ultimo "per determinati atti i poteri dell'assemblea" prevista dall'art. 92, comma 4, disp. att., c.c.²⁰⁴ Facoltà che può essere intesa come genericamente riferibile ai soci, ferma restandone l'eccezionalità, testimoniata dall'inefficacia delle "relative deliberazioni (...) senza l'approvazione del tribunale"²⁰⁵.

²⁰⁴ Per un'esemplificazione dei provvedimenti, provvisori e definitivi, adottabili dal tribunale in caso di cogestione dei soci e in direzione di questi ultimi v. ancora S. VANONI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.r.l.*, cit., 916, che individua il limite della reazione giudiziaria nel "diritto dei soci rappresentanti almeno un terzo del capitale sociale di avocare a sé decisioni anche in materia di gestione ex art. 2479, comma 1, c.c.", considerato "ineliminabile" pur se, "allorché le irregolarità riscontrate dipendessero da simili decisioni, esse sarebbero rimediabili, nel corso della procedura, tramite la nomina di un amministratore giudiziario. In tal modo, eventuali iniziative dei soci volte a contrastare l'operato di tale soggetto sarebbero neutralizzabili, applicando il principio secondo cui la decisione dei soci confliggente con gli scopi del controllo giudiziario è invalida". Per l'individuazione del conflitto con le finalità del procedimento come limite implicito di operatività dell'assemblea nel corso dell'amministrazione giudiziaria v. *amplius* S. VANONI, *Denuncia al tribunale. Art. 2409*, cit., 185; G. ROMANO, *op. cit.*, 2271, entrambi riconoscendo la legittimazione dell'amministratore giudiziario all'impugnazione delle delibere invalide; in giurisprudenza, Trib. Torino 4 ottobre 2017, in *Foro it.*, 2018, 2, I, 685, ha considerato annullabile la deliberazione assembleare di approvazione dei bilanci d'esercizio predisposti dai gestori sostituiti dall'amministratore giudiziario, precisato che anche la rinnovazione assembleare dell'organo amministrativo revocato si rivela inefficace dopo l'insediamento dell'amministratore giudiziario, non essendo consentito neppure ai soci di eludere le conseguenze del procedimento ex art. 2409 c.c. Cfr anche M. LIBERTINI, *op. cit.*, 291.

²⁰⁵ La sostituzione assembleare ex art. 92, comma 4, disp. att. c.c. è certamente il più controverso dei poteri attribuibili all'amministratore giudiziario, che si collega alla dibattuta questione sulla natura di ausiliario del giudice o di organo straordinario e temporaneo della società, titolare di una funzione di "ripristino della legalità *anche contro* la volontà dell'assemblea o di singoli soci, dai quali egli è totalmente autonomo" (così M. COSSU, *op. cit.*, 699-700, la quale conclude che "l'unica classificazione plausibile" per una "figura nominata ma non tipizzata dal legislatore, che non ne predetermina tassativamente e nemmeno ne esemplifica i poteri, è quella di un pubblico ufficiale, titolare di un pubblico ufficio e munito di un potere originario e non derivato dall'assemblea o da organi societari"; per la ricostruzione dei termini della questione v. anche G. ROMANO, *op. cit.*, 2260; M. PIZZIGATI, *La riforma della s.p.a. e l'amministrazione giudiziaria ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 267; M. LIBERTINI, *op. cit.*, 290; G.U. TEDESCHI, *Il nuovo art. 2409 c.c.*, cit. 253; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 343; S. VANONI, *Denuncia al tribunale. Art. 2409*, cit., 179). In particolare, vi è chi qualifica l'art. 92, comma 4, una disposizione con la quale "il legislatore autorizza il tribunale ad alterare la divisione e le competenze interne dei poteri societari", considerando conferibili all'amministratore giudiziario quei poteri, ordinariamente spettanti all'organo assembleare, che si rivelino funzionali al ripristino della legalità societaria attraverso la rimozione delle irregolarità riscontrate" (così G. ROMANO, *op. cit.*, 2270, che richiama però quale limite l'impossibilità "di assumere decisioni che incidano significativamente sul contenuto dei diritti dei soci e sulle fondamentali scelte imprenditoriali, ossia quelle strettamente connesse alla

Il coinvolgimento dei soci nel procedimento giudiziario, ancorché non obbligatoriamente imposto dall'art. 2409 c.c., è nondimeno opportuno in presenza di irregolarità derivanti dalla loro cogestione con gli amministratori²⁰⁶, e può essere realizzato in sede di audizione in camera di consiglio ai sensi dell'art. 2409, comma 2, c.c., che in ragione della sua finalità di acquisizione di elementi informativi necessari ai fini del giudizio deliberatorio in merito alla fondatezza del sospetto può essere discrezionalmente estesa anche a soggetti diversi da amministratori e sindaci, gli unici contemplati dalla norma. Aprendo la strada, per tale via, a un possibile intervento nel procedimento da parte dei soci interessati, intervento che nonostante le perplessità sollevate da parte della dottrina e della giurisprudenza, si tende oggi a considerare ammissibile²⁰⁷.

7.1 Il rapporto con la revoca giudiziale degli amministratori ex art. 2476, comma 3, c.c. Con specifico riguardo alla posizione dei soci di s.r.l. quali denuncianti le violazioni dell'organo gestorio²⁰⁸ si pone un peculiare problema di coordinamento con l'art. 2476, comma 3, c.c. Disposizione che, dopo aver

proprietà dell'impresa societaria" già sottolineato da S. VANONI, *Denuncia al tribunale. Art. 2409, cit.*, 185; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 343), compresa l'approvazione dei bilanci di esercizio, la riduzione del capitale per perdite e le modificazioni statutarie in genere (con esclusione della trasformazione). Sembra invero più corretto l'orientamento che circoscrive gli interventi sostitutivi ex art. 92, comma 4, disp. att. c.c. ai soli casi di "effettiva e riscontrata, ancorché volontaria, impossibilità" (Trib. Napoli, 5 dicembre 2002, in *Giur. comm.*, 2004, II, 199) di regolare funzionamento dell'assemblea, considerando l'ostruzionismo o l'inerzia dei soci una condizione legittimante tali interventi poiché, altrimenti il risultato sarebbe quello di "configurare specifici poteri *extra ordinem*" (così Trib. Milano, 22 marzo 2002, in *Foro padano*, 2002, I, 724) dell'amministratore giudiziario: v., anche per ulteriori esemplificazioni e riferimenti, A. BERLOTTI, *op. cit.*, 620; M. COSSU, *op. cit.*, 703.

²⁰⁶ Osserva S. VANONI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.r.l.*, cit., 916, che anche ai fini della sospensione del procedimento ex art. 2409, comma 3, potrebbe non essere sufficiente, in caso di cogestione, la mera sostituzione degli amministratori, rendendosi invece necessario che la società intervenga anche sulle competenze gestorie dei soci, se del caso adottando le opportune modifiche statutarie.

²⁰⁷ Per la critica alla tesi dell'incompatibilità dell'intervento, istituto caratteristico del processo contenzioso, con la natura di giurisdizione volontaria del procedimento ex art. 2409 c.c. (G. BONGIORNO, *op. cit.*, 157) v. G. CANALE, *op. cit.*, 4738; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 221; G. ROMANO, *op. cit.*, 2238; cfr in giurisprudenza Trib. Roma 15 dicembre 2017, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1762; App. Milano, 29 giugno 2012, in *Società*, 2012, 10, 1099.

²⁰⁸ I cui componenti vanno peraltro tutti necessariamente coinvolti nella procedura per le ragioni già indicate con riferimento alla s.p.a. (v. *retro*, paragr. 6.1) non solo nel modello collegiale di gestione caratterizzato dalla presenza di un c.d.a. e di eventuali organi delegati, ma anche qualora venga scelto un sistema di amministrazione pluripersonale di tipo personalistico sia congiuntivo, sia disgiuntivo.

sancito la legittimazione individuale del socio a promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, lo abilita anche a “chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi”.

Già si è detto che la scelta di agganciare la revoca cautelare degli amministratori di s.r.l. a un presupposto individuato con la medesima formula delle “gravi irregolarità nella gestione” utilizzata dall'art. 2409 c.c. è stato il dichiarato contrappeso²⁰⁹ alla scelta originariamente compiuta dalla riforma societaria del 2003 di estromettere il controllo giudiziario dall'ambito delle s.r.l. Tant'è che si è progressivamente fatto spazio, anche in giurisprudenza, un orientamento volto a sganciare dall'azione sociale di responsabilità, anche sotto il profilo degli effetti anticipatori dell'eventuale giudizio di merito, la revoca cautelare degli amministratori di s.r.l., considerata invece rimedio strumentale a un'azione di merito implicitamente ammessa dalla norma²¹⁰ e parimenti finalizzata alla loro revoca, per il cui accoglimento non sarebbe necessaria l'allegazione di alcun danno, almeno non attuale²¹¹.

Il ripristino del controllo giudiziario nelle s.r.l. operato dal codice della crisi sembra avere invece dato nuova linfa alla ricostruzione della revoca cautelare ex art. 2476, comma 3, c.c. come provvedimento collegato all'(instaurata o) instauranda azione sociale di responsabilità da parte del socio, con la conseguente necessità per quest'ultimo di allegare, già ai fini della verifica del *fumus boni iuris*, non un danno meramente potenziale qual è quello richiesto

²⁰⁹ V. *retro*, nt 16 e testo corrispondente.

²¹⁰ Come sostenuto da Trib. Milano 23 gennaio 2014, in *Giur. it.*, 2014, 1940, per il quale l'ammissione dell'azione di revoca nel merito è implicita, ma al contempo inequivoca; Trib. Milano 17 maggio 2017, in *Società*, 2017, 1143; Trib. Lucca 13 settembre 2007, in *Giur. comm.*, 2009, II, 216; Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1222; Trib. Milano 12 gennaio 2006, in *Società*, 2007, 1010; in dottrina cfr R. RORDORF, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, in *Società*, 2009; R. WEIGMANN, *La revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, 545; G. SCOGNAMIGLIO, *Revoca “cautelare” e revoca “nel merito” dell'amministratore di s.r.l.*, in *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, a cura di B. Capponi, B. Sassani, A. Storto e R. Tiscini, Torino, 2014, 1576.

²¹¹ Ma semmai potenziale, realizzando “per altra via la medesima intensità di tutela garantita dall'art. 2409”: così Corte cost. 14-29 dicembre 2005, n. 481, cit.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. Il. Artt. 2475.2483*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 1084.

dall'art. 2409 c.c., ma un danno attuale, già verificatosi e suscettibile di aggravamento nella prospettiva dell'ulteriore requisito del *periculum in mora*²¹².

Per tale via l'attualità o potenzialità del danno conseguente alle irregolarità degli amministratori diventa per i soci il vero *discrimen* per i soci che vi intendono reagire, posto che qualora da tali violazioni non sia derivato alcun pregiudizio alla società il rimedio della revoca cautelare diventa a loro inaccessibile.

Il 'doppio binario' tra revoca cautelare ex art. 2476, comma 3, c.c. e controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. è dunque reale per i soci – e anche per l'organo di controllo, che accedendo a questa prospettiva deve ritenersi anch'egli legittimato ad avvalersi della revoca cautelare qualora eserciti o intenda esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori – in presenza di "gravi irregolarità nella gestione" che siano state produttive di un danno che occorre non far aggravare²¹³.

²¹² V., in giurisprudenza, Trib. Roma, 24 agosto 2016, in *Il caso.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17394.pdf>; Trib. Torino 16/12/2013, in *Giur. it.*, 2014, 1941; Trib. Roma, 9 novembre 2012, *ivi*, disponibile all'indirizzo <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/13362.pdf>; Trib. Torino 20 maggio 2010, in *Società*, 2010, 1381; Trib. Torino 20 maggio 2010, in *Società*, 2010, 1381; Trib. Genova, 28 febbraio 2008, in *Riv. dir. comm.*, 2010, II, 19; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 8 giugno 2007, in *Società*, 2009, 1146; Trib. Roma, 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 307; Trib. Genova 6 settembre 2005, in *Società*, 2007, 77; Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in *Società*, 2006, 625; Trib. Roma, 12/ novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 309. In dottrina v. L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in in *Riv. soc.*, 2003, 475; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulla irregolarità della gestione*, cit., 40-41; M. COMASTRI e F. VALERINI, *Natura conservativa e funzione inibitoria della revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 451 e ss.; A. SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nelle s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, 696; G.U. TEDESCHI, *Responsabilità e revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1267.

²¹³ Per G. ROMANO, *op. cit.*, 2198-2199, nel contesto normativo attuale, eccettuato il profilo della legittimazione attiva in ordine alla soglia di accesso, "i due rimedi possono ritenersi, effettivamente, coesistenti, ben potendo i soci (titolari del dieci per cento del capitale sociale) esperire tanto l'uno quanto l'altro dei rimedi in esame. Né sussistono strumenti, di ordine processuale, per «governare» formalmente la coesistenza di essi". Partendo dall'assunto che "entrambi gli istituti hanno in comune il presupposto oggettivo delle «gravi irregolarità»", per l'A. l'unico criterio che può "ispirare gli interpreti nella scelta dei due rimedi e, dunque, (...) «polarizzare» il perimetro di operatività di ciascuno di essi" consiste nel considerare questo presupposto oggettivo "funzionalizzato su due registri diversi" ancorché nominalisticamente unitario: "un registro che si potrebbe definire repressivo per quanto riguarda il procedimento della revoca cautelare ed un registro general-preventivo per quel che attiene alla denuncia del titolare". Per l'esplicita affermazione secondo la quale, dopo la reintroduzione del controllo giudiziario nelle s.r.l. a opera dell'art. 379 c.c.i.i., il rimedio cautelare contemplato dall'art. 2476, comma 3, c.c. è "necessariamente funzionale" all'esercizio dell'azione di responsabilità, v. in giurisprudenza Trib. Napoli, 2 maggio 2022, in *Giur. comm.*, 2024, II, 47; Trib. Catanzaro, 28 febbraio 2020, in *Il caso.it*, disponibile all'indirizzo <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/23429>. Secondo S. VANONI, *Il*

Fermo restando che, come nel caso delle società in liquidazione (v. *retro*, paragr. 4.5), la denuncia al tribunale si lascia in ogni caso preferire perché, oltre a poter condurre a rimedi giudiziari ulteriori e meno invasivi della revoca degli amministratori, consente di addivenire anche alla loro sostituzione (volontaria, ma provocata o) con un amministratore giudiziario, impossibile nella revoca cautelare *ex art.* 2476, comma 3, eccettuata ovviamente l'ipotesi limite dei soci che non raggiungano la quota del decimo del capitale richiesta dall'art. 2409 c.c., i quali nella s.r.l. neppure possono essere a tal fine intermediati dal pubblico ministero²¹⁴.

8. Le spese. Tanto nell'ipotesi di denuncia al tribunale presentata dall'organo di controllo interno, quanto in quella di denuncia presentata dal pubblico ministero, l'art. 2409, comma 7, c.c. pone le "spese per l'ispezione" a carico della società. Il che, in base all'art. 152, comma 2, t.u.f., vale anche qualora sia la Consob a denunciare le gravi irregolarità dell'organo di controllo.

Una regola che riproduce la previsione del previgente comma 6 della disposizione – originariamente circoscritta al solo pubblico ministero – che imputava alla società, anziché, come di regola, all'erario, le spese relative a una procedura avviata da un soggetto istituzionalmente deputato a perseguire interessi generali²¹⁵. Appare, invece, corretto l'addebito alla società delle spese nelle nell'ipotesi dell'organo di controllo, in particolare per quanto riguarda il collegio sindacale (o equivalente), che è parte dell'organizzazione sociale.

controllo giudiziario sulla gestione delle s.r.l., cit., 908, invece, un criterio di selezione tra i rimedi "nel contesto di gravi irregolarità nella gestione" discende dalla particolare tecnica di "innesto del controllo giudiziario su un sistema che contempla penetranti poteri d'informazione e reazione dei soci", sicché "i quotisti potrebbero (...) essere interessati a ricorrere al controllo giudiziario qualora le informazioni dagli stessi reperite consentissero di dimostrare la sussistenza dei "fondati sospetti", ma non fossero sufficienti per supportare un'azione di responsabilità e/o di revoca degli amministratori; ovvero, qualora i rimedi loro disponibili non fossero adeguati per eliminare le gravi irregolarità e le loro conseguenze. In buona sostanza, nella s.r.l. la denuncia *ex art.* 2409 c.c. dovrebbe avere un carattere ulteriormente residuale rispetto a quanto accade per le s.p.a."

²¹⁴ E v. S. VANONI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.r.l.*, cit., 910, per la quale sul piano pratico "assume spesso valore determinante nella scelta tra i due rimedi fattore degli oneri dell'esperimento di un'ispezione della società ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c. e dell'anticipazione delle spese processuali relative alle azioni giudiziarie, che potrebbe indurre i soci ad optare direttamente per la denuncia al tribunale".

²¹⁵ G. TERRANOVA, *op. cit.*, 135.

I soci restano invece tenuti a sostenere le spese d'ispezione, salvo che si interpreti la norma nel senso dell'imposizione di un mero onere di anticipazione, con una limitazione della discrezionalità del giudice solo nella scelta della parte a carico della quale porre provvisoriamente le spese, lasciando impregiudicata la regolamentazione definitiva di queste e delle altre spese processuali all'esito del procedimento.

Questa interpretazione ha però incontrato resistenze in giurisprudenza, che è stata a lungo convinta dell'inapplicabilità del principio della soccombenza (art. 91 c.p.c.) ai procedimenti non contenziosi, con la conseguente impossibilità per il tribunale, nel procedimento in esame, di pronunciarsi su spese diverse da quelle d'ispezione, da sostenere secondo le indicazioni dell'art. 2409 c.c.²¹⁶ Soltanto di recente si è assistito a un ribaltamento di questa posizione nei procedimenti di volontaria giurisdizione c.d. bilaterali, nei quali è ormai considerata ammissibile una condanna alle spese per via della contrapposizione d'interessi che giustifica l'applicazione, quanto meno analogica, delle regole dettate dall'art. 91 c.p.c.²¹⁷ Tuttavia, con riferimento al procedimento di controllo giudiziario la giurisprudenza prevalente esclude dalla regolamentazione finale delle spese quelle di ispezione, che continuano a essere addebitate secondo i criteri dell'art. 2409 c.c., e dunque in via definitiva²¹⁸.

²¹⁶ Tra le tante, Cass., 15 marzo 2001, n. 3750, in *Foro it.*, 2002, I, 831; App. Brescia, 8 febbraio 2001, *ivi*, 2001, I, 3383; App. Napoli, 12 luglio 2001, in *Dir. e giur.*, 2002, 346; Cass., 2 ottobre 1997, n. 9636, in *Foro it.*, 1998, I, 3634; Cass., 23 gennaio 1996, n. 498, *ivi*, 1996, 61, in *Società*, 1996, 654; App. Venezia, 19 dicembre 1991, in *Nuova giur. comm.*, 1992, I, 898; App. Milano, 26 ottobre 1979, in *Giur. comm.*, II, 1980, 745.

²¹⁷ Per l'ammissibilità della condanna alle spese nella procedura ex art. 2409 c.c., giudicata legittima in quanto si fonda sulla mera soccombenza "processuale" dei controinteressati, "pur non essendo accessoria a una decisione su diritti soggettivi, né collegabile a comportamenti anteriori al processo": Cass., 5 luglio 2002, n. 9828, in *Società*, 2003, 576, con nota di TEDESCHI; Cass., 10 gennaio 2005, n. 293, in *Foro it.*, 2006, I, 824; Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, in *Giust. civ.*, 2010, I, 575; Cass., 20 settembre 2002, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, 4, 74, con nota di U. PATRONI GRIFFI, BRUNO; Trib. Salerno, 12 novembre 2009, *cit.*; Trib. Roma, 6 luglio 2004, in *Giur. Merito*, 2005, 312; App. Milano, 12 marzo 2004, App. Milano, 12 marzo 2004, in *Soc.*, 2004, 1125; Trib. Foggia, 5 novembre 2003, in *Giur. Merito*, 2004, 701; Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103; App. Roma, 8 giugno 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 831; Trib. Cagliari, 16 ottobre 1996, in *Soc.*, 1997, 555; Trib. Catania, 9 marzo 1993, in *Dir. fall.*, 1995, II, 505; Trib. Ancona, 27 ottobre 1992, in *Soc.*, 1993, 524. Per una più dettagliata ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia A. NASCOSI *op. cit.*, 1033-1057.

²¹⁸ Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, *cit.*; Cass., 10 gennaio 2005, n. 293, *cit.*; SALAFIA, *Commento all'art. 2409*, *cit.*, 327. L'irragionevolezza dell'esclusione dalla definitiva statuizione sulle spese di

L'evoluzione della giurisprudenza in materia di spese non è dunque ancora appagante poiché quelle di ispezione, di solito le più ingenti del procedimento previsto dall'art. 2409 c.c., rimangono ancora oggi svincolate dal criterio della soccombenza. E ciò può rappresentare, soprattutto nelle quotate, un significativo freno alla presentazione della denuncia al tribunale da parte dei soci²¹⁹.

* Il contributo è destinato alla pubblicazione nell'opera *Le Società di Capitali*, a cura di L. De Angelis, Piccin editore.

Pur essendo il contributo frutto della comune riflessione degli Autori, che ne assumono entrambi la responsabilità, i paragrafi 1, 3, 4, 5 e i relativi sottoparagrafi sono riferibili a Gian Domenico Mosco, i paragrafi 2, 6, 7, 8 e i relativi sottoparagrafi a Salvatore Lopreiato, al quale si deve anche, in genere, l'apparato di note.

quelle di ispezione è ancora più evidente qualora l'ispezione venga assimilata alla consulenza tecnica d'ufficio: così, per esempio, Trib. Mantova, 15 ottobre 2009, *cit.*, che ha consentito alle parti di nominare dei propri consulenti.

²¹⁹ Specie alla luce della diversa regolamentazione delle spese in materia di azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dettata dall'art. 2393-*bis* c.c. Nel caso di accoglimento della domanda, si prevede l'obbligo della società di rimborsare agli attori "le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione".