

IL PROCEDIMENTO *EX ART.* 2409 C.C.:  
IL CONTENUTO DEL PROVVEDIMENTO DEL TRIBUNALE

*Relatore:*

dott. Giuseppe CASTELLINI  
*giudice del Tribunale di Milano*

*Evoluzione storica del controllo ex art. 2409 c.c.*

Sotto il vigore del codice di commercio del 1865 con decreto del 5 settembre 1869, n. 5256, era stato abolito l'Ufficio di Sindacato che controllava la gestione sociale dalla costituzione, creando al suo posto l'Ufficio provinciale di Ispezione, composto dal prefetto e da due membri della Camera di Commercio, con il compito di ispezionare la società se attivato dal reclamo di soci rappresentanti almeno il decimo del capitale; se il reclamo fosse stato giudicato sufficientemente fondato l'Ufficio aveva la possibilità di ispezionare la società e in base ai risultati ottenuti dare le opportune "disposizioni" (la dottrina segnala la singolare analogia con l'attuale denuncia al Tribunale) (vedi CERAMI).

L'art. 153 cod. comm. del 1882 – che segna il passaggio da una concezione pubblicistica dell'istituto societario all'affermarsi di istanze liberistiche, ha abolito la sorveglianza dell'autorità governativa sulla gestione sociale, che ha portato alla creazione della figura del collegio sindacale e ad una forma di "controllo sul controllore", configurando un intervento dell'autorità giudiziaria non più per la tutela di un superiore interesse pubblico, ma per gli interessi della società e indirettamente di quelli della minoranza: oggetto dell'ispezione potevano essere solo i libri sociali e ogni decisione ultima spettava all'assemblea.

I lavori preparatori del libro del lavoro del codice civile, subentrato alla fase di "rivoluzione manageriale" che aveva portato ad esautorare i poteri dell'assemblea concentrando l'effettivo comando nelle mani degli amministratori, rivelano il tentativo di perfezionare lo strumento di controllo già esistente, ampliando i poteri dell'autorità giudiziaria, oltre all'"ardito passo innanzi" contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2409 (vedasi la Relazione al c.c.).

*Note comparatistiche.*

Interventi di controllo sono previsti in forme diverse anche nella maggior parte degli ordinamenti giuridici stranieri. In Francia (per creazione giurisprudenziale, in mancanza di norme precise) è ammessa la nomina di un amministratore giudiziario o provvisorio in termini anche più ampi del nostro, al fine di prevenire situazioni dannose per la società e per i soci e quindi il compimento di irregolarità da parte dell'organo amministrativo; è prevista anche la nomina di un esperto, il c.d. esperto di minoranza, per presentare una relazione su una o più operazioni di gestione su richiesta di soci e del P.M.. In Germania, la legge azionaria germanica del 1965 consente all'autorità giudiziaria il potere di revocare i membri del consiglio di amministrazione e il Presidente così come i componenti del consiglio di sorveglianza, in presenza di gravi motivi, quali la violazione di doveri o incapacità, anche su richiesta di soci che rappresentino il decimo del capitale e su domanda di questi può nominare dei revisori per accertare la violazione di doveri dell'organo amministrativo (vedi TEDESCHI, *Le Società*, 1980, p. 1167; VERRUCOLI, *Esperienze*

*comparatistiche in tema di controlli interni ed esterni sulle S.p.A.*, in *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972, p. 82). Sul modello tedesco è stata costruita la società europea (SE), cui *infra*.

Secondo la legge inglese, il ministero del Commercio (*Board of Trade*) può nominare uno o più ispettori per indagare sulle attività di una società e riferire, quando vi sia la richiesta di almeno un decimo del capitale sociale. La stessa ispezione può essere disposta per ordine del Tribunale (cosa che avviene di rado) o d'ufficio nel caso di sospetto di gravi irregolarità. A conclusione dell'ispezione viene presentata una relazione in base alla quale il ministro può chiedere al Tribunale la messa in liquidazione della società oppure di emettere provvedimenti opportuni per eliminare le conseguenze dei fatti denunciati ovvero può intraprendere un'azione di responsabilità.

Carattere costante nei vari ordinamenti è quindi la necessità di una rappresentanza qualificata per procedere all'ispezione; è ignota nelle altre legislazioni la legittimazione del P.M.; occorre il sospetto di gravi irregolarità ed è prevista l'audizione degli amministratori. Non in tutti i paesi è prevista la revoca degli amministratori e la loro sostituzione.

La Proposta di Regolamento del Consiglio della CEE pubblicato nella G.U.C.E. il 10 ottobre 1970, relativo allo statuto di una *Società per azioni europea* (SE), destinata peraltro a coesistere con le società di diritto nazionale, prevedeva un controllo speciale sugli organi della SE: richiesta al Tribunale della nomina di uno o più revisori speciali, legittimazione da parte del 10% del capitale; all'esito della relazione il Tribunale avrebbe potuto sospendere o revocare uno o più organi sociali e procedere alla nomina provvisoria di nuovi membri; era prevista anche l'iscrizione dei provvedimenti nei registri europei (art. 97 ss.). Il progetto, modificato nel 1975 e rimasto fermo dal 1982, è stato ripreso in un *memorandum* della Commissione del Consiglio del 15 luglio 1988, accompagnato da una proposta di direttiva, presentata al Consiglio il 26 agosto 1989, e successivamente modificata dalla Commissione CEE del 16 maggio 1991 (pubblicata in *Le Società*, 1991, p. 1417 ss.), progetto che dovrebbe ormai essere pervenuto all'ultimo atto: la proposta non prevede più forme di controllo giudiziario stimulate dalla minoranza, ma solo la possibilità per quest'ultima, quando rappresenti il 10% del capitale, di promuovere l'azione sociale di responsabilità che può essere proposta altrimenti dalla sola assemblea (vedi ora art. 78). La nuova versione ha però soppresso la revoca degli organi di sorveglianza e di amministrazione, prevista anche su richiesta delle minoranze (pari al 10% del capitale) dalla proposta del 1989, modellata sulla legge azionaria tedesca.

### *Caratteri generali dei provvedimenti.*

#### 1) *Profili funzionali.*

Oggetto della tutela cui sono finalizzati i provvedimenti *ex art. 2409 c.c.* non è esclusivamente la protezione della minoranza (vedi caso delle società con unico socio, anche nella forma del controllo, e la società di grandi dimensioni, nelle quali il 10% rappresenta la maggioranza di controllo). La tutela della minoranza sarebbe quindi soltanto indiretta o di riflesso. L'interesse al regolare funzionamento dell'organo amministrativo e di controllo nelle società commerciali come interesse generale, rivelato dalla legittimazione del P.M. (cfr. Relazione ministeriale n. 985), per il possibile pregiudizio dell'economia pubblica e dell'ordine economico (pur se le lesioni di interessi generali sono di rado denunciate dai privati, ma semmai dal P.M.). Una lettura in chiave costituzionale (recentemente riproposta, sulla scorta di autorevole dottrina, nell'ambito di un articolato studio del procedimento *ex art. 2409 c.c.*, che si rivela strettamente intrecciato con i problemi sostanziali: GHIRGA), diretta in primo luogo a giustificare il mantenimento in vita della norma e a rafforzare l'opinione prevalentemente pubblicistica, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, pone la norma di correlazione con l'art. 41, comma 2 Cost. (secondo il quale l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale), di cui si rivela una delle

più importanti applicazioni, con conseguente riconduzione della fattispecie nella sfera dell'ordine pubblico economico. Ne deriva la conferma dell'attualità della norma, assicurata dall'interpretazione evolutiva che la inserisce nel nuovo contesto normativo e le consente di corrispondere alle nuove istanze (tutela del socio anche per la sua qualità di azionista e quindi di risparmiatore nello spettro della tutela del mercato mobiliare).

Secondo quanto emerge come dato ormai acquisito e su cui insistono tutti gli autori e la giurisprudenza, la finalità del procedimento è quella di accertare e rimuovere anche in via preventiva – in vista dell'interesse generale alla corretta gestione, come si è detto – le irregolarità accertate e non invece una funzione sanzionatoria o risarcitoria; da ciò deriva il carattere non “residuale” del controllo, ma autonomo e complementare rispetto ad altri strumenti di tutela (DOMENICHINI, LA CHINA). In tutte le specie di provvedimenti adottandi (anche per la stessa revoca di amministratori e sindaci), l'attività del Tribunale non è tanto diretta ad integrare quella svolta dagli organi sociali (come è proprio della volontaria giurisdizione), quanto piuttosto a ripristinare una situazione di obiettiva regolarità, infranta dalle inadempienze di amministratori e sindaci.

Tradizionalmente, i provvedimenti sono inquadrati nella sfera della volontaria giurisdizione. Più propriamente, essi si rivelano riconducibili alla categoria detta della *giurisdizione puramente oggettiva* (secondo un'antica indicazione di ALLORIO) (così anche TEDESCHI), nell'ambito della quale sono collocate funzioni giurisdizionali attuative di norme di ordine pubblico e quindi aventi a materia interessi generali.

## 2) *Profili strutturali.*

Carattere cautelare – in senso ampio – dei provvedimenti (è ormai riconosciuta la possibilità di emettere provvedimenti cautelari anche nei procedimenti in camera di consiglio). In che senso: non struttura cautelare, ma solo funzione *lato sensu* cautelare dei provvedimenti: quella di ovviare alla irregolarità riscontrate e ricondurre a normalità la gestione sociale, recuperando finché possibile i normali meccanismi societari (cfr. in tal senso Cass. 5 agosto 1987, n. 6720. Somiglianza con i provvedimenti cautelari che hanno funzione totale o parziale anticipatoria degli effetti del provvedimento definitivo (TARZIA, *I procedimenti cautelari*). Es. abbattimento di albero pericolante. Somiglianza con il sistema francese delle misure d'urgenza (tutela immediata e non necessità di giudizio di merito, solo eventuale). Paragone con altre forme di intervento restaurativo del giudice su situazioni sostanziali come il controllo sull'esercizio della patria potestà, della tutela e in generale dei rapporti familiari (LA CHINA).

Assoluta mancanza del carattere della strumentalità perché si tratta di provvedimenti fine a sé stessi (definitivi della procedura, finali e non strumentali), del tutto svincolati da altre eventuali pronunce di merito, di cui siano chiamati ad anticipare gli effetti. Conseguenza la impossibilità di integrazione con la disciplina generale delle misure cautelari (introdotta dalla legge n. 353 del 1990) (il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. è un *hortus conclusus*, in quanto appresta una tutela giurisdizionale autosufficiente: LA CHINA).

Discrezionalità del legislatore nell'assoggettare taluni specifici diritti a procedimenti abbreviati come il rito camerale (c.d. “cameralizzazione” dei diritti soggettivi, giustificata nella specie anche in considerazione della segretezza del procedimento), con pura efficacia esecutiva, così che l'accertamento può sempre essere rimesso in discussione in un futuro processo a cognizione piena (PROTO PISANI). Ciò avviene però solo a fini risarcitori e senza poter incidere sul provvedimento adottato. Non passaggio in giudicato e revocabilità. Tutela dei principi del contraddittorio in quanto incide su diritti soggettivi.

Non opera il principio della domanda (pur se teoricamente ammissibile anche nei procedimenti di volontaria giurisdizione) a causa della indisponibilità del diritto derivante dal coinvolgimento con un interesse generale. Denuncia e richiesta sono semplici atti di impulso di un procedimento che dà attuazione ad una norma di ordine pubblico. Conseguenze: l'atto introduttivo non può condizionare

il futuro contenuto dei provvedimenti; possibilità di indagare su irregolarità anche diverse da quelle denunciate, emerse nel corso dell'istruttoria; di adottare i provvedimenti ritenuti necessari, anche se ulteriori rispetto a quelli richiesti dai denunciati e indisponibilità del diritto così da non consentire rinuncia. Però non iniziativa di ufficio del giudice (il quale conserva in tal modo la propria imparzialità). Occorre riconoscere la qualità di parte ai soggetti che potrebbero subire pregiudizio dai provvedimenti.

### *Il contenuto dei singoli provvedimenti.*

FORMA. Decreto. Motivato. Necessario per tutte le pronunce nelle varie fasi del procedimento, comprese quelle finali sulle spese della ispezione e amministrazione. Art. 2409 è disposizione speciale rispetto ad art. 737 c.p.c. (prima non esisteva 742-bis).

#### 1) *Rigetto senza istruttoria.*

Possibilità di rigetto immediato per incompetenza, insussistenza del sospetto (TEDESCHI). Audizione in ogni caso?

#### 2) *Provvedimenti istruttori* (sotto il profilo contenutistico).

a) L'audizione personale di amministratori e sindaci. Non obbligati: conseguenze mancata presentazione. Riguarda gli amministratori in carica anche in caso di sostituzione. Si tratta di un primo mezzo istruttorio per la raccolta di informazioni e prove e di attuazione del contraddittorio pur nell'ambito della volontaria giurisdizione (memorie scritte). Non interrogatorio formale, ma "interrogazione inquisitoria" (TEDESCHI). Possibile adozione provvedimenti cautelari anticipati anche in questa prima fase (LA CHINA).

b) Non necessità di ulteriori elementi (certezza gravi irregolarità). L'apporto del P.M. (diventato sempre più ingente). Travaso dal procedimento penale eventualmente in corso: confessione? (vedi per la possibilità di trarre elementi di valutazione da procedimenti penali in corso, GALGANO; *Diritto Commerciale*, in *Le Società*, p. 298).

c) Informazioni *ex art. 738 c.p.c.*. Istruttoria snella, non vincolata e rigide forme, atipica. Necessità di rispetto del principio del contraddittorio (vedi Corte Costituzionale a proposito del divorzio). Efficacia probatoria di presunzioni semplici (COMOGLIO).

Prassi del Tribunale di Milano di istituire una sorta di udienza preliminare davanti al solo relatore per il compimento di tale attività, oltre che per una prima audizione di amministratori e sindaci, da ripetersi in ogni caso dinanzi al Collegio.

d) Ispezione. Non riconducibile alla categoria delle "informazioni".

Centralità nel procedimento.

Principale atto istruttorio, anche se non antecedente necessario dei provvedimenti finali; dunque facoltativa, nel senso che il Tribunale può emettere i provvedimenti ulteriori senza previamente disporre l'ispezione della gestione, quando le irregolarità risultino provate altrimenti utilizzando gli ampi poteri inquisitori a disposizione (audizione di dipendenti, etc.), comprese le informazioni. I poteri istruttori del Tribunale non sono subordinati alla deduzione di adeguate prove da parte del soggetto ricorrente, purché siano stati forniti seri sintomi della presenza di irregolarità. L'ispezione può essere disposta anche d'ufficio, stante il carattere inquisitorio del procedimento, senza limiti derivanti da indicazioni di irregolarità fatte dalle parti. Epperò non accanimento istruttorio (ricordare lo spirito della norma: per quanto possibile il giudice non dovrebbe sostituirsi agli organi sociali, limitandosi a sollecitare il loro intervento riparatore). L'accertamento delle gravi irregolarità non può considerarsi il fine ultimo dell'istruttoria.

Natura della ispezione. Non consulenza tecnica (carattere prettamente esplorativo dell'ispezione che è attività di indagine conoscitiva e non soltanto valutativa). Non ispezione giudiziale *ex art. 118 e 258 c.p.c.*. Provvedimento tipico della procedura non accostabile a istituti noti del codice di rito. Nonostante il carattere inquisitorio, applicabilità di alcune garanzie fondamentali dell'ordinamento:

diritto di difesa (in forme corrispondenti al tipo di attività processuale che si va esplicando) per amministratori e sindaci nel senso che possono farsi assistere da un difensore tecnico. E consulenza di parte dei soci che hanno promosso il procedimento (a carico dei quali viene posto l'onere delle spese), anche se violazione dei segreti societari (voluta dalla legge in presenza di provato sospetto di irregolarità: così Tribunale di Milano). Convocazione successiva di tutti gli interessati in Camera di consiglio dopo l'espletamento dell'ispezione, affinché tutti possano formulare le proprie osservazioni al riguardo (prassi dei tribunali in tal senso: vedi Tribunale di Milano 28 aprile 1988, riprodotto in QUATRARO-TOSI, p. 274). Il riconoscimento di certe forme di contraddittorio non fa acquistare al procedimento i connotati contenziosi.

Natura del provvedimento che dispone l'ispezione.

FORMA: decreto o ordinanza? (così CARNELUTTI, sulla premessa che si tratti di atto istruttorio). Si tratta di un provvedimento che, pur avendo funzione strumentale rispetto al procedimento conclusivo e non avendo quindi un fine autonomo, è qualcosa di più di un semplice mezzo istruttorio; gli è stato riconosciuto anche un carattere singolare di natura cautelare, dati i poteri dell'ispettore che svolge un'attività parzialmente integrativa dell'opera del giudice, assumendo le funzioni dei sindaci e determina conseguenze particolarmente incisive ed intrusive nella vita della società (anche in ordine alla segretezza e riservatezza delle scritture contabili): cfr. ora Cass. 16 marzo 1983, n. 3127.

Reclamabilità? Gli argomenti a favore della immediata reclamabilità del provvedimento (la sua natura di provvedimento istruttorio, impugnabile in forza dei principi introdotti dalla riforma del 1950, ma abbandonati dalla riforma del 1990, inoltre perché disposta con decreto *ergo* art. 739 e 742-bis c.p.c.). La giurisprudenza di merito favorevole alla reclamabilità aveva inoltre sottolineato il contenuto parzialmente decisorio (carattere misto) del provvedimento che dispone l'ispezione: in ordine alla esistenza della legittimazione dei ricorrenti, alla competenza e quindi all'accertamento del sospetto di gravi irregolarità, contenuti che giustificano l'impugnazione per sostenere la infondatezza dei sospetti. Tali argomenti sono stati ripresi dalla S.C. che ha affermato recentemente il principio della reclamabilità (cfr. Cass. 16 marzo 1993, n. 3127, *cit.*). Ne segue la non immediata esecutività, a meno che non venga espressamente dichiarata *ex art. 742 c.p.c.*. Legittimati? la società che deve sopportarne le spese e il discredito che ne deriva?).

Revocabilità del provvedimento prima dell'esecuzione.

L'oggetto dell'indagine ispettiva, che risulta essere stato ampliato, comprende non solo l'esame dei libri sociali, ma il complesso dell'amministrazione. La pronuncia dell'ordine di ispezione non comporta alcuna restrizione dei poteri degli organi societari (salvo il materiale intralcio) essendo l'ispettore privo di poteri gestionali (arg. *ex art. 103 disp. att.*); deve essere iscritto nel registro delle imprese *ex art. 103 d.a.*? (così Appello Milano, ma *contra* TEDESCHI).

Svolgimento dell'ispezione: fissazione di tempi e modalità; prestare giuramento? Risoluzione controversie insorte, previa audizione parti.

Compenso dell'ispettore. I criteri previsti per i consulenti tecnici, applicati per analogia in luogo di quelli previsti per gli ausiliari del giudice (l. 8 luglio 1980, n. 319 e d.p.r. 27 luglio 1988, n. 352) e le tariffe professionali richiamate. Spese a carico della società, beneficiaria dell'intervento giudiziale, anche se interesse generale?

e) Cauzione (novità). E' facoltativa. Solo per i danni ingiustamente causati alla società dall'ispezione o anche per le spese? (timore per la censura di incostituzionalità della vecchia *cautio pro expensis*; la nuova norma dell'art. 669-undecies è limitata al risarcimento degli eventuali danni) (vedi *infra*). Si applica l'art. 119 c.p.c. La mancata prestazione della cauzione determina il non espletamento della ispezione.

Le spese dell'ispezione sono poste dalla legge a carico dei richiedenti o della società.

Esempi: schema di provvedimento ispettivo del Tribunale di Milano, in QUATRARO-TOSI, pag. 291.

### 3) *Provvedimenti conseguenti all'accertamento irregolarità.*

Non limiti derivanti dalle istanze delle parti: oggetto della tutela essendo un interesse generale, consegue la inapplicabilità del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (nemmeno in forma attenuata). Gradualità tra i differenti provvedimenti per via dell'ingerenza dell'attività giudiziaria nella vita sociale: la diversa gravità dei provvedimenti adottabili è collegata alla diversa gravità delle irregolarità accertate. Inesistenza di un potere discrezionale del giudice nella scelta del provvedimento ritenuto più idoneo, essendo la scelta già stata operata dal legislatore. Peraltro valutazione della categoria delle "irregolarità" alla stregua di un parametro rigorosamente giuridico (equivale a limitare il controllo alla legittimità e non al merito). Resta fermo però che non si può sostenere che l'autorità giudiziaria goda di un potere discrezionale sulla valutazione dell'opportunità di provvedere (come sembra sostenere TEDESCHI): la valutazione sulla necessità di provvedere è già stata fatta dal legislatore.

Prassi del Tribunale di Milano di disporre il deposito della relazione dell'ispettore assegnando termini alle parti per proprie osservazioni (memorie) e di fissare un'apposita udienza per i provvedimenti successivi.

All'esito dell'ispezione: dichiarare infondata la denuncia o rigettare richiesta P.M., accogliere denuncia o richiesta e convocare assemblea; nei casi più gravi, revocare amministratori e sindaci.

a) *Convocazione assemblea e provvedimenti cautelari*: si tratta delle misure meno gravi. Il contenuto dei provvedimenti corrisponde a quello dell'art. 153 abr. cod. comm. previsti dopo l'ispezione, ma adottabili (dal collegio) anche subito dopo l'audizione di amministratori e sindaci.

La convocazione dell'assemblea è adottabile nei casi in cui al disordine amministrativo si possa ovviare mediante una delibera assembleare (es. esecuzione di una delibera viziata): consiste nel riattivare i meccanismi normali della vita societaria. Lo scopo è quello di garantire il funzionamento del meccanismo assembleare. Si tratta di un provvedimento finale del procedimento. Vi è concordia tuttavia nel ritenere inefficace questo provvedimento (corrispondente a quello dell'art. 153 cod. comm.) quando il fine è quello di sanare irregolarità commesse da altri organi.

Per la convocazione dell'assemblea da parte del collegio si applicano le regole ordinarie (si innesta l'art. 2367 c.c., che tuttavia rappresenta un rimedio diverso, per una singola inottemperanza) e l'organo conserva le proprie prerogative anche in pendenza del controllo giudiziari; l'assemblea potrebbe ratificare l'operato di amministratori e sindaci, incorrendo peraltro in tal modo in una nuova irregolarità sanzionabile dallo stesso art. 2409, ponendo in tal modo le premesse per sanzioni anche più incisive. La convocazione si pone come provvedimento definitivo, con il quale il Tribunale chiude la procedura. Reclamabilità? (in senso negativo, vedi LANDOLFI, in *Le società* 1990, p. 1221).

Gli "opportuni provvedimenti cautelari" del 3° comma sono volti ad evitare che si verifichi il ripetersi delle irregolarità denunciate, nel periodo intercorrente dalla convocazione sino alla riunione dell'assemblea, onde la loro natura strumentale va riferita alle delibere di quest'ultima. E' espressione del limite imposto all'intervento dell'A.G..

Si tratta di misure cautelari innominate, non riconducibili a quelle tipiche (sequestri, etc.) e nemmeno a quella atipica di cui all'art. 700 c.p.c. (esclusa proprio dall'esistenza della presente misura speciale). Epperò cautelari non in senso strutturale, ma soltanto funzionale (fine di evitare il perpetuarsi di situazioni di irregolarità). Ne consegue l'applicabilità esclusiva del regime dei provvedimenti camerati.

Catalogo dei contenuti (taluni indicati dalla dottrina e altri dalla giurisprudenza): inibitorie per es. alla convocazione di un'assemblea per la trasformazione della società o per assicurare conservazione e accesso ai mezzi di prova, limitazione poteri amministratori, chiusura cassa, sospensione esecuzione delibere assembleari. Non può accogliersi la tesi che essi, incidendo sulla posizione di amministratori e sindaci, partecipino della stessa natura della revoca.

Oltre a quelli sopra considerati, sono configurabili altri provvedimenti cautelari (innominati), non limitati alla funzione di rendere utile la convocazione dell'assemblea? In senso positivo si è

pronunciata la dottrina (G. FERRI, *Le società*) e la giurisprudenza (vedi ad es. Tribunale Vicenza, 22 aprile 1983, in *Le società*, 1983, p. 1339; Corte d'Appello Venezia, 14 settembre 1987, in *Le società*, 1988, 277).

La lettera della norma concede spazio, essere letta come disposizione "aperta" in questa direzione (nei lavori preparatori la previsione della emanazione di provvedimenti cautelari aveva carattere dichiaratamente generale: vedi CERAMI). Ove non si ritenga di dover disporre la revoca di amministratori e sindaci (che rappresenta il provvedimento più frequente in presenza di accertate irregolarità, data la situazione compromessa che di regola si presenta) possono dunque essere adottati provvedimenti di natura diversa, atipica. Si ritiene giustamente che il provvedimento estremo di revoca di amministratori e sindaci, relativo ai casi più gravi di irregolarità, possa essere sostituito con provvedimenti di contenuto diverso, che il Tribunale adatterà secondo i casi alla natura e gravità della situazione accertata.

Circa i provvedimenti possibili, si veda una dettagliata elencazione nel decreto del Tribunale di Milano 7 dicembre 1990 (in *Le società*, 1991, p. 514, con nota di SALAFIA, *cit.*).

Vi sono invece provvedimenti che non si possono adottare.

Non potrebbe ad es. il Tribunale sospendere le prerogative dell'assemblea e sostituirsi alla volontà di questa determinando la composizione quantitativa e qualitativa dell'organo di amministrazione (vedi ora Cass. 9 aprile 1994, n. 3341, in *Le Società*, 1994, p. 785).

*b) Revoca di amministratori e sindaci e loro sostituzione con amministratore giudiziario.* E' la vera innovazione introdotta dall'art. 2409 c.c.. Revoca e nomina formano un provvedimento inscindibile (Cass. 18 luglio 1973, n. 2113). Rappresenta la misura adottabile solo nel caso delle irregolarità più gravi, che non sono suscettibili di essere sanate dall'assemblea, che viene così "espropriata" dalle proprie prerogative in tema di sostituzione amministratori e sindaci e di deliberazione dell'azione di responsabilità (GALGANO).

Non si tratta di provvedimento sanzionatorio, essendo invece preordinato al ripristino di un regolare assetto amministrativo e contabile (cfr. Cass. 5 agosto 1987, n. 6720).

Deve disporsi la contemporanea revoca di tutti gli amministratori e di tutti i sindaci. Ragioni: *a)* il tenore letterale (può revocare amministratori e sindaci); *b)* carattere non sanzionatorio, non ha senso lasciare in carica alcuni amministratori che coesistono con l'amministratore giudiziario o i sindaci (che pure possono avere ignorato le irregolarità degli amministratori), per la *ratio* dell'istituto che non può raggiungere le sua finalità se continuasse, seppure parzialmente, la gestione degli amministratori responsabili, né il controllo esercitato dal giudice può coesistere con quello dei sindaci: dunque esigenza oggettiva di fare spazio all'ingresso del nuovo soggetto (analogia con quanto avviene in materia fallimentare); *c)* situazione di irregolarità deve essere ascrivibile sia agli uni sia agli altri (altrimenti opererebbe rimedio art. 2408 c.c.); *d)* responsabilità oggettiva, anche se irregolarità riconducibili ad una sola categoria (vedi *infra*). In effetti, se il collegio sindacale funzionasse si ricadrebbe nell'ipotesi del precedente art. 2408 c.c..

Estranea all'intervento dell'A.G. e alla relativa procedura ogni valutazione sull'operato di amministratori e sindaci in termini di responsabilità: non illecito, nemmeno della "sesta concezione" (*contra* VITRÒ); epperò possibile emersione di illecito, tanto vero che azione di responsabilità proponibile da amministratore giudiziario. Semmai responsabilità oggettiva.

Effetto estintivo definitivo sulle cariche degli organi rimossi e non semplice privazione temporanea dell'ufficio (semmai possibile contenuto solo degli "opportuni provvedimenti cautelari") (vedi quinto comma: l'amministratore giudiziario convoca assemblea per nomina nuovi amministratori e sindaci).

Con la revoca si chiude il procedimento nell'ipotesi che siano accertate gravi irregolarità.

Efficacia decreto. Iscrizione nel registro delle imprese (art. 103 disp. att.). L'art. 103 disp. att. al c.c. e il richiamo operato all'art. 92 (però dettato in relazione ad art. 2089 abrogato), onde al decreto deve applicarsi art. 741 c.p.c. ed inefficacia durante il termine per proporre reclamo, salvo

dichiarazione efficace immediata. Esecuzione: art. 669-*duodecies*? Si per analogia (non provvedimenti a struttura cautelare, ma osmosi tra procedimenti in camera di consiglio e cautelari).

Finalità parzialmente analoghe a quelle dell'amministrazione controllata (VITRÒ). L'amministrazione giudiziaria va qualificata come *evolutiva* e non conservativa (TEDESCHI). Continuità con l'amministrazione precedente. Essenziale temporaneità della carica (tempi contenuti). Qualifica di ausiliario del giudice (definito pubblico ufficiale dall'art. 93 disp. att.). Possibilità di nominare coadiutori. Nomina dello stesso ispettore?

Non sembra qui il caso di ripercorrere le varie fasi dell'amministrazione giudiziaria, se non per ricordare i provvedimenti che essa può richiedere da parte del Tribunale sotto forma di direttive generali, di autorizzazione al compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, mentre l'esercizio dell'azione di responsabilità rappresenta un potere proprio, la possibile revoca dell'A.G., e il rendiconto finale (fissazione udienza discussione dopo deposito conto), il conferimento dell'A.G. dei poteri dell'assemblea (es. correzione statuto) (art. 92, comma 4 disp. att., richiamato dall'art. 103 disp. att.), la risoluzione dei conflitti con l'assemblea che durante l'amministrazione giudiziaria conserva le proprie prerogative, senza però che le delibere possano contrastare (sanzione nullità: così Cass. 18 luglio 1973, n. 2113) o vertere su materie riguardo alle quali i suoi poteri siano stati conferiti per determinati atti all'A.G.. Ove invece le delibere assembleari facessero venire meno le irregolarità, si prospetterebbe un caso di cessazione dell'A.G..

Convocazione assemblea da parte dell'A.G. per nomina nuovi amministratori e sindaci o per scioglimento società, ritenuta la massima sanzione (è però necessaria la delibera dell'assemblea).

Ripartizione (definitiva) delle spese del procedimento. Tradizionale affermazione che il provvedimento camerale non contiene condanna alle spese perché non vi sarebbe luogo a soccombenza. Applicati al procedimento *ex art. 2409 c.c.* il principio della volontaria giurisdizione, le spese graverebbero definitivamente sul soggetto che le ha anticipate. Alcuni autori fanno però ricorso al principio di cui all'art. 91 c.p.c., così nei confronti di amministratori e sindaci revocati o a carico della società in caso di rigetto senza colpa dei ricorrenti, mentre in caso di colpa, essi sopporterebbero le proprie spese, mentre quelle del P.M. andrebbero poste a carico della società o degli organi soccombenti (TEDESCHI). Altri, riconoscendo invece contenuto oggettivo al procedimento, ritengono applicabile il principio dell'art. 91 c.p.c. per tutte le pronunce emesse.

La norma si limita a regolare le spese dell'ispezione (ponendole a carico dei richiedenti o della società). La circostanza che le istanze provengano in ogni caso da soggetti legittimati *ex lege* ad attivare un procedimento volto alla tutela di un interesse generale imporrebbe una soluzione unitaria, nel senso che le spese debbano essere sostenute sempre dalla società quale soggetto destinatario ultimo dei provvedimenti del giudice, salvo il correttivo consistente nel diritto al rimborso verso denunciati o amministratori e sindaci. Cauzione? In base al dato testuale, funzione di garantire non solo il pagamento definitivo delle spese, ma anche dei danni.

#### *Situazioni particolari nelle quali possono essere adottati i provvedimenti ex art. 2409 c.c..*

Derivano da quanto detto sopra a proposito del fine cautelare dei provvedimenti diretti ad eliminare le irregolarità, oltre che per ragioni di politica giudiziaria (per evitare facili aggiramenti della norma), importanti conseguenze riguardo alla possibilità di avviare la procedura anche nel caso di sostituzione degli amministratori oltre che nella di fase di liquidazione della società sopravvenuta o già iniziata prima del ricorso in caso di irregolarità commesse dai liquidatori, riconosciuta dalla maggior parte della giurisprudenza oltre che da larga parte della dottrina. Superabili gli argomenti in contrario (art. 2450 c.c. per la revoca, in considerazione dei tempi) e argomento a favore nell'art. 2276, richiamato dall'art. 2452 c.c.: gli stessi doveri degli amministratori.

A proposito della deliberazione assembleare di scioglimento della società, vedi rec. Tribunale di Trieste 29 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2263.

Interessante è il catalogo dei provvedimenti che possono essere assunti in concreto dai tribunali una volta affermata l'ammissibilità o la perseguibilità della procedura in ipotesi di società in liquidazione: ispezione; provvedimenti cautelari anche atipici, revoca del liquidatore e nomina di un amministratore giudiziario con il compito limitato di eliminare irregolarità, senza revocarlo, sospensione dall'incarico e delle attività di liquidazione sino alla eliminazione delle irregolarità, ma critiche per sovrapposizione di organi, precisazione dei compiti dell'A.G., tra cui anche attività liquidative urgenti (vedi nota a Tribunale Trieste, 29 marzo 1995, *cit.* c. 2270; SPAGNUOLO, *Questioni in tema di controllo giudiziario sulle società di capitali*, in *Giur. it.*, 1994, c. 785).

Analoghi argomenti, vuoi per le ragioni di opportunità (evitare *escamotage*) vuoi per quelle sostanziali riguardanti la permanenza di irregolarità, valgono per il caso di amministratori sostituiti prima dell'intervento giudiziario o nelle more di questo (anche per ragioni del tutto lecite come in caso di dimissioni o scadenza). E' stata sollevata (sia pure in via subordinata) questione di costituzionalità in relazione all'art. 41 Cost. "ove si interpretasse la norma nel senso di consentire l'intervento giurisdizionale pur dopo un'iniziativa sociale che, prendendo atto delle contestazioni delle gravi irregolarità mosse ai propri organi amministrativi e gestionali, provveda per fini di cautela alla rinnovazione totale del proprio *management* incaricando della sostituzione persone del tutto estranee alla precorsa gestione" (così la difesa dei nuovi componenti del consiglio di amministrazione di Publitalia '80 spa)? In effetti, la nomina dei nuovi amministratori può portare alla (spontanea) sanatoria delle irregolarità che si dimostrano sussistere: si assisterebbe ad un equivalente della cessione della materia del contendere per i giudizi contenziosi; si afferma anche a questo proposito la necessità che le irregolarità siano "attuali". Sovente è però necessario verificare se tale avvenuta regolarizzazione è effettiva ovvero se i propositi in tale direzione sono seri. Vi è poi il delicato problema dell'esercizio dell'azione di responsabilità (che si rendesse necessaria per la reintegrazione del patrimonio sociale). Sembra quindi esservi ampio spazio anche in tal caso per l'adozione dei provvedimenti *ex art.* 2409 c.c. senza violazione dei principi costituzionali (l'eccezione è stata quindi dichiarata infondata: vedi provvedimento citato nei materiali).

Anche a questo proposito, una volta riconosciuta l'ammissibilità dell'adozione delle misure *ex art.* 2409 c.c., si tratta di catalogarne i contenuti: oltre all'ispezione, alla revoca e nomina amministratore giudiziario, sono ritenuti possibili altri provvedimenti atipici (vedi Tribunale di Milano, 7 dicembre 1990, con nota di SALAFIA, *cit.*). Circa i provvedimenti da adottare quando le irregolarità non siano imputabili ai nuovi amministratori, è stata indicata la semplice sospensione dei nuovi organi in presenza dell'amministratore giudiziario incaricato tra l'altro del promuovimento dell'azione di responsabilità nei confronti della passata gestione, sembrando dubbio che i nuovi amministratori nominati dalla maggioranza l'avrebbero fatto e l'assemblea l'avrebbe deliberata (vedi Tribunale Padova, 24 dicembre 1986, in *Giur. comm.* 1988, p. 632 con nota di CERA *cit.*; Corte d'Appello Venezia, 14 settembre 1987, in *Le società*, 1988, 277); è stato ancora ritenuto possibile disporre la amministrazione giudiziaria temporanea limitata ad alcuni settori di intervento e coesistente con l'organo gestorio della società (pur gravato di particolari obblighi di natura informativa), sottraendo all'assemblea, anche straordinaria, alcuni poteri suoi propri per affidarli all'amministratore giudiziario (Tribunale Verona, 31 gennaio 1991, in *Le società* 1991, 1086). In effetti, sembra questo il terreno più appropriato per la scelta di provvedimenti di specie diversa da quelli tipizzati nella norma.

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE.

a) *Trattazioni generali dei temi ricompresi nell'argomento, scelte tra quelle più recenti e disposte in ordine cronologico:*

CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, pag. 15 ss.

PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Milano, 1971, pag. 295 ss.

DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Trattato di dir. privato*, diretto da U. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, pag. 587 ss.

TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 5, Torino, 1988, pag. 189 ss.

LA CHINA, voce "Società" (Ispezione giudiziaria), in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990, pag. 1152 ss.

Tavola rotonda su IL CONTROLLO GIUDIZIARIO SULLA GESTIONE DELLE SOCIETÀ, in *Le Società*, 1990, n. 9, pag. 1165 ss.

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULLE SOCIETÀ, in *Quaderni del C.S.M., Incontri di studio e documentazione per magistrati*, n. 54, Roma, 1992.

VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992.

B. QUATRARO-E. TOSI, *Il controllo giudiziario delle società ex art. 2409 c.c.* (rassegna critica di giurisprudenza e dottrina), Milano, 1994.

GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, pagg. 548.

SEMINARIO IN ONORE DI A. BALDI, Milano 1995 (di imminente apparizione).

b) *Rassegne di giurisprudenza.*

MARCINKIEWICZ-PATELLI, *Il controllo giudiziario delle società di capitali* (compendio ragionato di giurisprudenza sull'art. 2409 c.c.), Milano, 1989.

GIURISPRUDENZA D'IMPRESA, vol. III: *Amministratori – Sindaci – Controllo giudiziario delle spa*, a cura di BOCCHINI, Padova, 1992, parte III, p. 656 ss.

c) *Bibliografia specifica.*

1) Ispezione: PIAZZA, *Se e come la società è parte nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. it.*, 1973, c. 156 ss.; SALAFIA, *Il controllo giudiziario a norma dell'art. 2409 c.c. nell'esperienza del Tribunale di Milano*, in *Il controllo sul funzionamento delle spa*, Napoli, 1974, pag. 41 ss.; RORDORF, *L'ispezione della società ex art. 2409 c.c.*, in *Le Società*, 1985, pag. 587; SALAFIA, *I poteri istruttori del Tribunale nel procedimento di cui all'art. 2409 c.c.*, in *Le Società*, 1982, pag. 659; SIMONETTO, *Sulla ammissibilità della presenza di un consulente di parte accanto al perito d'ufficio nella "ispezione" di cui all'art. 2409 c.c.*, in *Dir. fall.*, 1983, II, 1133; DABORMIDA, *Partecipazione del socio denunciante all'ispezione giudiziaria*, in *Le Società*, 1988, pag. 1066; IDEM, *Natura giuridica dell'ispezione giudiziale*, nota in *Le Società*, 1988, 655; VIOLANTE, *Osservazioni sulla natura giuridica dell'ispezione ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. di merito*, 1990, I, pag. 765; SPAGNUOLO, *La Cassazione si pronuncia sulla reclamabilità dell'ordine di ispezione ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1994, II, pag. 563; ALVARO, *Se il decreto con cui il Tribunale ordina l'ispezione giudiziale dell'amministrazione di una spa ex art. 2409 c.c. sia immediatamente esecutivo*, in *Giur. comm.*, 1994, 94; SPAGNUOLO, *Questioni in tema di controllo giudiziario sulle società di capitali*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 781; NAZZICONE, *La funzione di accertamento della procedura ex art. 2409 c.c.*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2263; LOLLI, *Irreclamabilità dell'ordine di ispezione*, in *Le Società*, 1995, pag. 933.

2) Revoca amministratori e sindaci; sostituzione amministratori e società in liquidazione: MEO, *Incidenza dell'interesse alla regolarizzazione della gestione sociale sull'imputazione delle spese e*

sulla procedibilità della denuncia di gravi irregolarità commesse da amministratori cessati dalla carica, in *Giur. merito*, 1987, I, pag. 1221; CERA, *Sostituzione degli amministratori in pendenza di procedimento ex art. 2409 c.c. e finalità dell'amministrazione giudiziaria*, in *Giur. comm.*, 1988, pag. 632 ss.; MARCINKIEWICZ, *Il decreto di revoca di amministratori e sindaci*, in *Le Società*, 1990, 1210; DI GRAVIO, *La revoca degli amministratori nelle società di capitali e la (non) esecutorietà del provvedimento*, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1096; FAUCEGLIA, *Sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società in liquidazione*, in *Giur. merito*, 1990, I, pag. 80 s.; V. SALAFIA, *Sostituzione di amministratori in pendenza del procedimento ex art. 2409*, nota a Tribunale di Milano 7 dicembre 1990, in *Le Società*, 1991, p. 514; PATELLI, *Controllo giudiziario in fase di liquidazione*, nota a Tribunale di Napoli, 25 febbraio 1991, in *Le Società*, 1991, pag. 1373; FATTORI, *Amministrazione "passata" e "presente"*, in *Le società*, 1992, 1690; MIGNONE, *Recenti sviluppi in tema di contraddittorio nel procedimento di controllo giudiziario*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 135 ss.; DI GRAVIO, *Le "gravi irregolarità" per la revoca degli amministratori nella società di capitali*, in *Giur. merito*, 1995, I, pag. 276 ss..

*d) Materiali.*

Tribunale Milano, 7 luglio 1995, pres. estensore G. Tarantola – *Procura della Repubblica di Milano – Società Publitalia '80 spa*, in *Giur. it.*, 1995, parte I, sez. I, c. 593 ss. (con annessa ordinanza di esclusione dell'intervento dei soci, inedita).