

IL PROCEDIMENTO *EX ART.* 2409 C.C.:
I PROFILI PROCESSUALI

Relatore:

dott. Stefano BIELLI

giudice del Tribunale di Roma

SOMMARIO: Premessa – Parte prima. L’interesse tutelato dell’art. 2409 c.c. ed i modelli procedurali correlati – A. Situazione giuridica soggettiva privata dei ricorrenti e modello di giurisdizione contenziosa – *A-bis*. Profili critici – B. Situazione giuridica soggettiva privata e giurisdizione cautelare – *B-bis*. Profili critici – C. Esclusione di una situazione giuridica soggettiva privata dei ricorrenti e modello di giurisdizione volontaria – D. Interesse pubblico e modello di giurisdizione oggettiva – *D-bis*. Profili critici – E. Modelli intermedi: Profili critici – Parte seconda. L’applicazione dei modelli procedurali – 1. La legittimazione al procedimento – 1.a. La legittimazione attiva dei soci – 1. Requisito quantitativo – 2. Requisito qualitativo: la questione delle azioni di godimento – 3. Sequestro giudiziario delle quote o azioni – 4. Sequestro conservativo delle quote o azioni – 5. Sequestro convenzionale di quote o azioni (art. 1798 c.c.) – 6. Pegno – 7. Usufrutto – 8. Intestazione fiduciaria – 9. Prova della sussistenza dei requisiti di socio – 10. Momento della rilevanza dei requisiti di legittimazione – 11. Perdita dei requisiti di legittimazione in corso di procedimento – 12. Legittimazione del socio amministratore e del socio sindaco – 13. La legittimazione surrogatoria. – 1.b. Le legittimazioni attive speciali – 14. Commissario di grande impresa in crisi assoggettata alla procedura di amministrazione straordinaria – 15. Commissario della liquidazione coatta amministrativa di società fiduciarie, di società fiduciarie e di revisione o di enti di gestione fiduciaria – 16. Commissario preposto alla tutela e restituzione dei patrimoni dei clienti della SIM cancellata dall’albo speciale – 17. Federazione sportiva nazionale in relazione alla società sportiva affiliata: profili critici – 1.c. La legittimazione del Pubblico Ministero – 18. Il P.M. – I.d. La legittimazione passiva – 19. Legittimazione passiva della società – 20. Legittimazione passiva degli amministratori e dei sindaci – 21. Sostituzione degli amministratori e sindaci – 2. La Rinunzia – 22. Rinunzia all’azione – 23. Rinunzia agli atti del procedimento – 24. Rinunzia al *petitum*. I soggetti rinuncianti (socio e P.M.) – Parte terza. La competenza territoriale nell’ipotesi di divergenza tra sede legale e sede effettiva – 25. La tesi del foro esclusivo della sede effettiva – 26. La tesi del foro concorrente della sede effettiva e della sede legale – 27. La tesi del foro esclusivo della sede legale – 28. Profili critici.

PREMESSA

Le incertezze nella ricostruzione dogmatica dell'art. 2409 c.c. si avvertono in modo particolarmente evidente nell'esame dei suoi aspetti processuali.

E' esperienza comune, confermata del resto dalle decisioni pubblicate nei repertori giurisprudenziali, la disparità di soluzioni date alle singole questioni, anche negli stessi uffici giudiziari ed anche in momenti temporalmente ravvicinati. Si ha, anzi, l'impressione non solo dell'uso di una pluralità di modelli ricostruttivi generali dell'istituto, ma anche dell'utilizzazione, nella medesima decisione, di frammenti tra loro contraddittori di modelli diversi. Non è qui ovviamente possibile tentare di proporre una soddisfacente sistemazione dogmatica di problemi rimasti irrisolti da oltre cinquanta anni. Ci si deve, invece, limitare all'indicazione di alcuni punti controversi (in base ad una ridotta selezione di questioni), tentando di identificare i modelli di procedimento in concreto utilizzati nelle decisioni.

In proposito, si dà per scontata la conoscenza della giurisprudenza edita. Le citazioni giurisprudenziali non mirano perciò alla completezza, ma sono meri richiami a decisioni (non necessariamente le più recenti) rappresentative dell'orientamento di volta in volta preso in esame. Il testo vuole costituire una sommaria traccia per la discussione.

La giurisprudenza è facilmente reperibile attraverso le recenti rassegne curate da: a) R. RORDORF, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile diretta da Ruperto e Sgroi*, Art. 2409, Giuffrè, Milano, 1995; b) V. SCALESE, *Codice della volontaria giurisdizione e dei procedimenti camerali*, Giuffrè, Milano, 1994; c) F. DI SABATO-L. SALVATO, *Le società nella giurisprudenza*, Vol. II, Art. 2409, Utet, Torino, 1992; d) E. BOCCHINI, *Amministratori, Sindaci, Controllo giudiziario delle società per azioni*, Cedam, Padova, 1992; e) G. MARZIALE, *Codice delle società*, Ipsa, 1992.

PARTE PRIMA

L'interesse tutelato dall'art. 2409 c.c. ed i modelli procedurali correlati.

Le coordinate per l'individuazione delle caratteristiche del procedimento passano per il riconoscimento dell'interesse tutelato dall'art. 2409 c.c.. In rapporto a tale interesse (o interessi) acquistano significato le finalità attribuite all'istituto e si articolano le forme del procedimento.

A. Situazione giuridica soggettiva privata dei ricorrenti e modello di giurisdizione contenziosa.

Una prima impostazione considera preminente l'interesse privato dei soci alla corretta amministrazione della società. L'interesse pubblico sarebbe tutelato dalla legge solo indirettamente e in ragione della tutela dell'interesse privato (App. Roma 11 luglio 1978, *Foro it.*, 1978, I, 2059; App. Legge 10 luglio 1974, *Giust. civ.*, 1974, 125).

Solidale con siffatto assunto ed in particolare in correlazione al riconoscimento del diritto soggettivo, è l'adozione dei principi propri del processo contenzioso, sino all'affermazione della natura contenziosa del procedimento, in quanto incidente in modo immediato su diritti, indipendentemente dalle forme della procedura camerale imposte dalla legge (legittimazione ad agire intesa come posizione del soggetto rispetto alla situazione giuridica soggettiva sostanziale oggetto del procedimento; interesse ad agire; denuncia come domanda; ammissibilità dell'intervento; operatività piena del principio della domanda; tipicità delle prove; applicazione delle cause di sospensione, interruzione ed estinzione del giudizio; principio del contraddittorio; correlazione tra chiesto e pronunciato; necessità della permanenza dei requisiti di legittimazione; rilevanza della sostituzione degli organi sociali in corso di causa;

disponibilità della situazione giuridica sostanziale e del processo; spese secondo la soccombenza).

Sotto questo profilo, perfino l'iniziativa del P.M. è stata ritenuta legittima solo se ed in quanto sollecitata dalla maggioranza che non raggiunga la quota minima di un decimo del capitale sociale (PATRONI GRIFFI).

Ha portato alle estreme conseguenze tale ordine di idee Trib. Roma 13 febbraio 1986, *Il fallim.*, 1986, 702, che ha ritenuto applicabile al procedimento *ex art.* 2409 c.c. promosso dal Commissario della procedura di amministrazione straordinaria il comma 6 dell'art. 3 del d.l. n. 26/1979, convertito nella legge n. 95 del 1979: pertanto, non solo vi sarebbe la speciale competenza territoriale del Tribunale che ha accertato il primo stato di insolvenza, in quanto il ricorso è considerato "domanda giudiziale", ma si afferma che anche al procedimento *ex art.* 2409 c.c. si deve applicare il rito delle controversie di lavoro di cui alla legge n. 533/1973.

Non è ben chiara, in questa visione, l'identità del legittimato passivo: tuttavia, il quadro complessivo sembra prospettare la responsabilità degli amministratori e sindaci, riguardati perciò preferibilmente come legittimati passivi, in luogo della società (che pure talvolta è indicata come "contraddittore necessario").

La finalità dell'istituto più consona a tale disegno è quella sanzionatoria a carico degli organi sociali inadempienti ai loro doveri.

Ove si individui la società come contraddittore necessario o legittimato passivo esclusivo, può sostenersi l'irrelevanza della sostituzione degli organi sociali nel corso del procedimento.

Corollario delle tesi è la carenza di interesse ad agire *ex art.* 2409 c.c.: a) della maggioranza dei soci; b) del socio amministratore e del sindaco (per i quali vi è anche un problema di inammissibile identità, totale o parziale, tra legittimato attivo e passivo).

Una variante della concezione "privatistica" dell'interesse tutelato è quella che pone in rilievo l'interesse preminente della società in quanto tale, distinto e trascendente rispetto a quello dei soci (anche se maggioranza).

A fronte di una tale rilevanza istituzionalistica della società – l'interesse, cioè, a che i battelli percorrano il Reno, secondo il titolo del celebre saggio dell'ASQUINI (*I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 618) – la situazione giuridica soggettiva sostanziale dei soci di minoranza assumerebbe la consistenza di un interesse legittimo di diritto privato (L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 299 ss.), ovvero ad una sorta di *droit-fonction* (G. FERRI parlò di minoranza che, agendo *ex art.* 2409 c.c., assume la qualità di organo straordinario della società). Lo spunto non appare espressamente sviluppato nelle decisioni, ma vale a meglio giustificare la legittimazione passiva degli amministratori e sindaci, escludendo la società nel cui interesse istituzionale si agirebbe.

A-bis. *Profili critici.*

Non solo l'origine storica della norma (l'"ardito passo avanti" di cui alla Relazione al c.c., rispetto all'art. 153 del codice di commercio del 1882), ma la legittimazione del P.M., il suo intervento necessario e, soprattutto, l'inconfigurabilità di un rapporto tra l'inadempimento dei doveri degli organi sociali ed una violazione di diritti dei soci, escludono la fondatezza di un modello di giurisdizione contenziosa (cioè su diritti che si affermano lesi).

B. *Situazione giuridica soggettiva privata e giurisdizione cautelare.*

Nell'ambito della concezione privatistica della situazione soggettiva tutelata (dei soci di minoranza o della società come istituzione) e della struttura in astratto contenziosa del

procedimento, è assai diffusa la ricostruzione dell'istituto come procedimento tipico per l'emanazione di misure cautelari (App. Firenze 2 ottobre 1951, *Foro it.*, 1952, I, 628).

La tesi è basata per lo più su tali elementi: a) nell'assonanza tra "fondato sospetto" *ex art. 2409 c.c.* e "fondato timore" *ex art. 671 c.p.c.* (sequestro conservativo); b) non è richiesto per la pronuncia dei provvedimenti un danno, essendo sufficiente un pericolo di danno per la società; c) l'art. 2409 c.c. menziona "provvedimenti cautelari"; d) il procedimento è in funzione dell'azione contenziosa di responsabilità contro amministratori e sindaci, dal momento che la mancanza di giudicato e la revocabilità delle misure dimostrano l'inautonomia dell'azione *ex art. 2409 c.c.*; e) il procedimento è in funzione del rendiconto dell'amministratore giudiziario (giudizio contenzioso tra amministratore giudiziario e società).

La riconduzione alla giurisdizione cautelare consente, da un lato, di tenere fermi alcuni principi fondamentali del processo contenzioso (ministero del difensore; legittimazione ad agire correlata alla situazione giuridica soggettiva sostanziale; interesse ad agire; denuncia come domanda; ammissibilità dell'intervento; necessità della permanenza dei requisiti di legittimazione; disponibilità della situazione giuridica sostanziale e del processo); dall'altro, di semplificare il procedimento, in ragione delle esigenze di urgenza e di effettività proprie del procedimento cautelare. Di conseguenza, è solo parziale l'operatività del principio della domanda e del contraddittorio (nel senso che non c'è correlazione tra misura richiesta e pronunciata); vi è sommarietà di cognizione, con poteri istruttori ufficiosi ed a forma libera; il contraddittorio è ridotto all'essenziale (cfr. art. 669-*sexies* c.p.c.: "omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio"); le spese sono liquidabili solo nel caso di rigetto del ricorso.

Anche qui la rilevanza della sostituzione degli organi sociali nel corso del procedimento è legata alla identificazione dei legittimati passivi. Se legittimati passivi sono gli amministratori ed i sindaci in proprio, allora è rilevante la loro sostituzione. Diversa è la soluzione nel caso in cui si ritengano legittimati passivi gli organi in sé, in quanto uffici (organi a legittimazione separata), ovvero (anche) la società.

Ulteriori conseguenze dell'impostazione sono: l'inapplicabilità del processo cautelare uniforme (data la specialità e la completa regolamentazione del procedimento *ex art. 2409 c.c.*: art. 669-*quaterdecies* c.p.c.); l'inoperatività della sospensione dei termini feriali; la residualità rispetto ad altri rimedi (ad es.: convocazione presidenziale dell'assemblea *ex art. 2367 c.c.*; il controllo individuale del socio *ex art. 2489 c.c.*; etc.); la non ricorribilità in Cassazione *ex art. 111 Cost.* per mancanza di decisorietà e definitività; la creazione del presupposto per l'applicazione eventuale nel giudizio di merito dell'art. 96, 2° comma, c.p.c..

Non estraneo alla concezione cautelare dell'art. 2409 c.c. è l'orientamento che (sulla falsariga del sequestro giudiziario a fini probatori di cui all'art. 670 n. 2 c.p.c.) considera l'ispezione come una misura cautelare a sé per acquisire elementi di valutazione, quasi un'estensione dell'art. 2489 c.c..

B-bis. Profili critici.

E' facile però riscontrare l'infondatezza della tesi della giurisdizione cautelare.

Gli elementi strutturali del procedimento cautelare in senso proprio sono ormai quasi unitamente rinvenuti: a) nella strumentalità (preordinazione alla preservazione degli effetti di una decisione di merito); b) nella provvisorietà della misura cautelare fino alla decisione definitiva di merito (efficacia interinale del provvedimento, emesso a cognizione sommaria e giustificato dal *periculum in mora*).

Se però la nota peculiare del procedimento cautelare è la sua struttura e non già la generica funzione di prevenire pericoli (comune a molti altri istituti, ad esempio alla revocatoria *ex art. 2901 c.c.*), occorre escludere siffatta struttura nel procedimento *ex art. 2409 c.c.*

Infatti: *a)* tale istituto non è preordinato ad un accertamento definitivo di merito; *b)* manca una situazione giuridica soggettiva sostanziale correlata al dovere degli organi sociali; *c)* la revoca degli organi sociali con la nomina di un amministratore giudiziario è misura solo eventuale; *d)* la nomina solo eventuale dell'amministratore giudiziario rende eventuale anche il giudizio sul conto che deve rendere; *e)* l'azione di responsabilità verso i vecchi amministratori e sindaci è anch'essa eventuale ed è esercitabile a discrezione dell'amministratore giudiziario; *f)* le parti del giudizio di contro e dell'azione di responsabilità non sono le stesse rispetto al procedimento *ex art.* 2409 c.c.; *g)* i provvedimenti sono emessi dopo una cognizione piena e non sommaria; *h)* non è prevista né un'efficacia provvisoria dei provvedimenti *ex art.* 2409 c.c., né una decisione finale di merito e neppure una convalida od un riesame; *i)* non v'è una rilevanza specifica del *periculum in mora* (solo l'art. 153 cod. com. del 1882 richiedeva l'"urgenza" per l'ispezione dei libri sociali).

Gli "opportuni provvedimenti cautelari" di cui al terzo comma dell'art. 2409 c.c. sono strumentali alle deliberazioni assembleari e non già ad una decisione giudiziale definitiva di merito. Tra i provvedimenti finali *ex art.* 2409 c.c. v'è, infatti, la convocazione dell'assemblea perché deliberi in relazione alle gravi irregolarità riscontrate a seguito di cognizione piena. Gli "opportuni provvedimenti" sono statuizioni atipiche accessorie al provvedimento di convocazione giudiziale dell'assemblea (dunque reclamabili con questo) destinate a venir meno con l'adunanza assembleare, senza alcun collegamento con un altro giudizio.

Si è, dunque, al difuori della misura cautelare in senso tecnico (P. MARTINELLI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, Incontro di studio CSM, Frascati 19-21 gennaio 1995, pag. 3; CARANO, in *Contratto e impr.*, n. 3/1992, pagg. 1076-1077).

C. Esclusione di una situazione giuridica soggettiva privata dei ricorrenti e modello di giurisdizione volontaria.

Una consistente parte della giurisprudenza prescinde dalla precisa identificazione dell'interesse sotteso all'art. 2409 c.c., limitandosi a constatare che il legislatore non ha attribuito ai soci la forma di tutela propria delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali private. Viene, cioè, tutelato un interesse non esclusivo dei soci attraverso l'eliminazione degli effetti della violazione dei doveri incombenti sugli amministratori e sindaci: semmai, l'interesse tutelato è quello della società. L'ulteriore passaggio è l'identificazione del procedimento camerale con la categoria della "giurisdizione volontaria" (Cass. 19 febbraio 1990 n. 1226, *Soc.*, 1990, 1036).

Si tratta però di una categoria di creazione dottrinale di configurazione assai incerta (tanto che dubitano della sua sopravvivenza l'ANDRIOLI e il DENTI: v., del secondo, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 1987, 325 ss.) e le cui caratteristiche appaiono in certa misura arbitrarie, in quanto scontano il peccato originale della sua tradizionale ascrizione all'attività amministrativa, sulla scorta dell'assunto che il giudicato sarebbe coesenziale alla giurisdizione (v. tuttavia il rilievo del DENTI, di ANDOLINA e VIGNERA, in opposizione alla nota tesi dell'Allorio, della mancanza di una garanzia costituzionale del giudicato).

La giurisprudenza, soprattutto di legittimità, costruisce per l'art. 2409 c.c. un procedimento: senza contraddittorio; senza domanda; inidoneo a sfociare in un giudicato; senza necessità del ministero di un difensore; senza costituzione in giudizio; senza possibilità di intervento; senza sospensione; senza soccombenza; senza condanna alle spese ed ai danni; con provvedimenti non ricorribili in Cassazione né *ex art.* 111 Cost. (data la revocabilità e l'assenza di decisorietà su diritti o *status*), né per regolamento di competenza su istanza di parte; senza accertamenti incidentali; senza obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Resta impregiudicata la questione circa la rinunciabilità al ricorso, sulla quale la giurisprudenza è oscillante.

La giurisprudenza della Cassazione spesso associa alla qualificazione di “procedimento di volontaria giurisdizione” la dichiarazione della funzione cautelare dell’istituto (Cass. 5 agosto 1987 n. 6720, *Giur. comm.*, 1988, II, 513). Poiché il procedimento non ha funzione cautelare in senso tecnico (ciò sarebbe, del resto, contraddittorio con la qualificazione di volontaria giurisdizione), l’accostamento vale solo a sottolineare l’esigenza di rapidità e snellezza della procedura.

All’affermazione della natura di giurisdizione volontaria si accompagna assai spesso l’indicazione di una finalità non sanzionatoria nei confronti dei titolari degli organi sociali, ma diretta solo all’oggettivo riassetto della società (nell’interesse di questa, come si è visto).

D. Interesse pubblico e modello di giurisdizione oggettiva.

Dalla constatazione della inesistenza di una tutela nella forma del diritto soggettivo, altra parte della giurisprudenza procede per una via diversa da quella *sub C*).

In primo luogo viene sottolineata la rilevanza dell’interesse tutelato. Infatti, sulla scia della relazione al codice civile (paragrafo 985), si valorizza l’“interesse generale che è connesso alla corretta amministrazione delle società” (distinguendolo dall’“interesse sociale” pure menzionato nella relazione).

L’autonoma legittimazione attiva e l’intervento necessario del P.M., la genericità dell’espressione “gravi irregolarità”, la mancata determinazione legislativa dei presupposti concreti della legittimazione e dell’interesse ad agire dei soci (sì che potrebbe agire anche la maggioranza o la totalità dei soci), sono tutti indici della qualificazione pubblicistica dell’interesse. Si tratterebbe dell’interesse (rilevante per l’ordine pubblico economico) al rispetto delle “regole del gioco” da parte delle società che operano sul mercato.

Da questa conclusione si deduce che la finalità (obiettiva) di riassetto della situazione amministrativo-contabile della società può meglio perseguirsi attribuendo al potere di iniziativa dei soci e del P.M. il carattere di “mera azione” (cioè non preordinata a far valere un diritto) ed all’istituto la connotazione di “giurisdizione oggettiva” (mutuando l’espressione da dottrine sorte per designare diverse fattispecie: ALLORIO, MONTESANO, CERINO-CANOVA, TOMMASEO).

All’attenuazione dell’interesse privato consegue che il procedimento, una volta instaurato (sia pure non *ex officio*), si “deprivatizza” completamente nel suo svolgimento, restando svincolato da obblighi, oneri ed iniziative di parte nell’ambito di un modello inquisitorio (per l’esigenza della “deprivatizzazione del processo civile” in ragione dell’interesse generale allo sviluppo della legalità e dell’interesse correlato alla giustizia delle decisioni, v. J. A. JOLOWICZ, *I dilemmi della giustizia civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 709).

Si richiamano alla giurisdizione oggettiva Trib. Velletri 28 settembre 1993, *Soc.*, 1994, 355; Trib. Roma 23 febbraio 1988, *Giur. comm.*, 1989, II, 272.

Si ha, così, un procedimento camerale in cui: *a*) manca una domanda intesa come affermazione di un diritto, ma v’è un semplice impulso per attivare il giudice (denuncia) in funzione dell’interesse generale; *b*) il potere di agire deriva direttamente dalla legge; *c*) non v’è corrispondenza tra chiesto e pronunciato; *d*) sono irrilevanti le modificazioni successive dei requisiti di legittimazione; *e*) l’istruzione ha caratteri spiccatamente officiosi; *f*) non vi sono preclusioni processuali per le parti; *g*) non c’è sospensione, interruzione od estinzione del procedimento; *h*) il procedimento stesso è suscettibile di incidere indirettamente su diritti soggettivi (revoca degli amministratori e sindaci).

D-bis. Profili critici.

Le conseguenze della ritenuta natura di giurisdizione obiettiva, rispetto alla tesi della natura di giurisdizione volontaria, risiedono fin qui solo nella mera accentuazione del carattere officioso del procedimento. Ma a questo punto sorge una precisa alternativa ricostruttiva.

Ove ci si limiti a sottolineare la diversità del procedimento di giurisdizione obiettiva da quello contenzioso, si giunge ad esiti assai vicini a quelli derivanti dall'adozione del modello di giurisdizione volontaria: non si applica il principio del contraddittorio; non c'è necessità di ministero del difensore; non è configurabile la costituzione in giudizio; non sono applicabili le norme sull'intervento; non c'è condanna alle spese (BONGIORNO).

Viceversa, ove si sottolinei che, in considerazione della possibilità di incisione indiretta di diritti soggettivi (revoca di titolari degli organi sociali), si è in presenza di un procedimento camerale plurilaterale, in cui, se non diritti, contrastano interessi (come dimostra la concreta conflittualità in tali procedimenti), si perviene alla conclusione che occorre rispettare le garanzie essenziali del diritto di difesa e del contraddittorio (GHIRGA), laddove tradizionalmente (anche se forse inesattamente) tale rispetto non viene ritenuto necessario nei procedimenti di volontaria giurisdizione. (In realtà, ciò che conta, nel quadro del modello del processo civile disegnato dalla Costituzione, è l'identificabilità di un controinteressato nel procedimento camerale: COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1150. Pertanto, una simile prospettiva "garantista" sarebbe compatibile anche con un modello "deideologizzato" di volontaria giurisdizione).

Ne deriva l'applicazione, nei limiti rigorosi della compatibilità, delle norme generali del processo di cognizione, ad esempio: in tema di difesa tecnica; in tema di contraddittorio sulle istanze; in tema di contraddittorio sul *novum* (come per l'esaminabilità della relazione ispettiva); in tema di "parità delle armi" (come la nomina di "ispettori di parte").

Sarebbero, perciò, identificabili "domande" e "parti" in senso meramente processuale.

Per il rispetto del contraddittorio v.: Trib. Cassino 24 gennaio 1992, *Giur. it.*, 1993, I, 2, 136; App. Firenze 22 marzo 1994, *Dir. fall.*, 1994, II, 1129; *contra*, App. Bologna 8 dicembre 1991, *Giur. comm.*, 1994, II, 88 (sulla mancata audizione dei sindaci); App. Venezia 2 aprile 1992, *Giur. it.*, 1993, I, 2, 135.

E. Modelli intermedi: profili critici.

Non hanno avuto alcun seguito giurisprudenziale, anche per le difficoltà che comportano in sede applicativa, varie teorie intermedie sull'identificazione dell'interesse tutelato e sulla natura dell'istituto.

Si pensi a chi pone il discrimine tra privato (situazione giuridica soggettiva sostanziale disponibile) e pubblico (interesse indisponibile dai soci) nel soggetto che ha assunto l'iniziativa giudiziale (rispettivamente i soci od il P.M.), ovvero nella gravità delle irregolarità (rispettivamente minore o maggiore, con valutazione necessariamente *ex post*).

Si pensi, inoltre, a chi distingue tra natura contenziosa o non contenziosa del procedimento, a seconda che si chiedi o no la revoca degli amministratori e sindaci.

PARTE SECONDA

L'applicazione dei modelli procedurali.

E' ora opportuno esaminare più in dettaglio alcuni temi, per vagliare l'applicazione in concreto dei modelli procedurali sopra delineati.

1. La legittimazione al procedimento.

1.a. La legittimazione attiva dei soci.

1. Requisito quantitativo.

La norma prevede una legittimazione qualificata: un decimo del capitale sociale, da intendersi come capitale sociale nominale (salvo quanto si osserverà a proposito delle azioni di godimento).

Il legislatore ha ritenuto di imporre una soglia minima di partecipazione al capitale a garanzia della serietà dell'iniziativa e per scoraggiare quello che in altri ordinamenti viene definito l'abuso dei poteri della minoranza (*abus de minorité* in Francia). Si tratta di una soglia elevata che, come più volte rilevato dalla dottrina, rende la denuncia di fatto proponibile solo nelle società di piccole e medie dimensioni.

L'azione, ove non si ritenga esclusiva l'esigenza di tutela della minoranza, è consentita anche alla maggioranza: Trib. Genova 24 marzo 1989, *Soc.*, 1989, 961; Trib. Roma 9 gennaio 1970, *Dir. fall.*, 1070, II, 216.

2. Requisito qualitativo: la questione delle azioni di godimento.

La lettera dell'art. 2409 c.c. richiede, quale condizione legittimante, lo *status* di socio. E' irrilevante in sé il voto (o l'attribuzione di particolari poteri): rileva la partecipazione al capitale (opponibile alla società).

Sono perciò legittimati i possessori di: azioni privilegiate; a voto limitato; con prestazioni accessorie; attribuite ai prestatori di lavoro; di risparmio (art. 14, 4° comma, l. n. 216/1974: "le azioni di risparmio, salvo quanto stabilito nei successivi commi e nell'art. 15, attribuiscono gli stessi diritti delle azioni ordinarie").

Dubbi sorgono per le azioni di godimento (art. 2353 c.c.), peraltro assai poco diffuse nella pratica societaria. Sotto il profilo che non rappresentano più una frazione del capitale sociale, perché correlate al rimborso delle azioni a valore nominale, per lo più si esclude la legittimazione al ricorso *ex art.* 2409 c.c.: i loro possessori non possono godere dei diritti propri delle minoranze qualificate dalla titolarità di una particolare aliquota del capitale (TEDESCHI, COTTINO, BONGIORNO, CERAMI, DOMENICHINI, GHIRGA).

Tuttavia occorre in contrario considerare che tali azionisti sono ancora indubbiamente soci ed hanno diritto all'assegnazione di nuove azioni (ordinarie) in caso di aumento gratuito del capitale sociale, nonché, ove vi sia un'espressa previsione nell'atto costitutivo, a votare in assemblea. Poiché il diritto all'assegnazione di nuove azioni ed il diritto di voto non possono che esercitarsi in rapporto al valore nominale rimborsato, ma deriva che, nel caso di azioni di godimento, la nozione di capitale comprende sia l'ammontare non rimborsato, sia il valore nominale delle azioni di godimento: non vi sono, dunque, ostacoli per i portatori di tali azioni alla denuncia *ex art.* 2409 c.c. (BIONE, B. VISENTINI, ANGELICI).

3. Sequestro giudiziario delle quote o azioni.

La prevalente giurisprudenza riconosce la legittimazione attiva del custode giudiziario (Trib. Milano 15 gennaio 1990, *Foro it.*, 1990, I, 1010; App. Milano 20 giugno 1989, *Giur. it.*, 1990, I, 2, 400; App. Firenze 8 maggio 1981, *Giur. comm.*, 1983, II, 805 e *Soc.*, 1982, 422), quanto meno in

via concorrente con il socio sequestrato (App. Milano 1 dicembre 1962, *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 495; Trib. Milano 29 marzo 1956, *Temi*, 1956, 154).

Più rare sono le decisioni che riservano l'azione in via esclusiva al socio sequestrato (Trib. Milano 21 dicembre 1988, *Soc.*, 1989, 610; Trib. Milano 30 marzo 1988, *ivi*, 1988, 859, per le quali è rilevante l'attribuzione del diritto di voto al sequestrato).

In realtà la questione va risolta nell'ambito dei poteri attribuiti al custode ed in relazione (nei casi dubbi) alle istruzioni del giudice *ex art. 676 c.p.c.*: dunque di regola il custode è legittimato in via esclusiva, proprio in virtù della sua gestione (di regola esclusiva) della partecipazione sociale attraverso l'esercizio dei diritti e poteri derivanti dalla quota od azione sequestrata (dovere di conservazione con correlativa responsabilità per l'inosservanza). Ciò tanto più in quanto vi è controversia sulla proprietà della quota od azione, cioè sulla identificazione del socio.

Non rileva di per sé l'attribuzione del diritto di voto.

Analoghi principi si applicano per il sequestro preventivo penale di cose pertinenti al reato (art. 321 ss. c.p.c.).

4. *Sequestro conservativo delle quote o azioni.*

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono legittimato attivo, in via esclusiva, il socio, incontestatamente proprietario della quota o azione.

Tuttavia anche in questo caso, con la nomina di un custode, sorge per quest'ultimo il dovere di conservare la *res* e di esercitare a tal fine i diritti connessi alla quota, come nel sequestro giudiziario. Si tratterà allora di valutare in concreto l'ambito di tali poteri secondo le disposizioni del giudice (v. art. 678 c.p.c., che richiama le norme per il pignoramento, e v. l'art. 166 disp. att. c.p.c.: "il pretore dà con decreto le disposizioni circa i modi di custodire i titoli di credito"). Ne deriva una soluzione diversa rispetto a quella suggerita per il sequestro giudiziario. Di regola, cioè, il debitore sequestrato è legittimato in via esclusiva (proprio perché socio) alla denuncia *ex art. 2409 c.c.*, ma il giudice potrà autorizzare (anche) il custode alla denuncia (agendo *utendo iuribus* del sequestrato).

Gli stessi principi valgono per il sequestro conservativo penale (artt. 316 ss. c.p.c., art. 189, 3° comma c.p.).

5. *Sequestro convenzionale di quote o azioni (art. 1798 c.c.).*

Mancano precedenti giudiziari. Per il TEDESCHI, in difetto di pattuizione, è legittimato il sequestratario, data la natura dell'istituto.

Il problema, tuttavia, attiene all'opponibilità del contratto reale (di sequestro convenzionale) alla società (terzo). Le parti debbono, infatti, fornire al sequestratario gli strumenti per l'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione sociale oggetto di sequestro (ad esempio, mediante l'intestazione fiduciaria). Ove manchino tali accorgimenti, il sequestratario, tenuto conto dell'art. 77 c.p.c., non potrà amministrare *ex art. 1800 c.c.* la partecipazione sociale attraverso azioni giudiziarie ed in particolare agendo *ex art. 2409 c.c.* (PARTESOTTI).

6. *Pegno.*

L'art. 2352 c.c. consente una convenzione sull'esercizio del diritto di voto in caso di pegno od usufrutto dell'azione, stabilendo che effetto naturale della costituzione di tali garanzie è l'attribuzione del diritto di voto al creditore pignoratizio ed all'usufruttuario. Si è perciò sostenuta la

legittimazione del creditore pignoratorio al ricorso *ex art.* 2409 c.c. (App. Catania 19 luglio 1986, *Soc.*, 1986, 1367).

In realtà è infondato il presupposto implicito di tale impostazione, che cioè il diritto di voto ed il potere di denuncia siano paralleli. Si è già visto che l'art. 2409 c.c. legittima il socio (indipendentemente dal suo diritto al voto) alla denuncia (cioè all'esercizio di un potere indisponibile) ed è evidente che, anche dopo la costituzione del pegno, il socio conserva il diritto al dividendo, all'esercizio dell'opzione, alla quota di liquidazione del patrimonio sociale. Troppo fragile appare l'argomento ricavabile dal potere di uso della cosa nei limiti della necessità della sua conservazione (art. 2792 c.c.): il potere del socio esclude tale necessità.

Il modello di giurisdizione contenziosa del procedimento *ex art.* 2409 c.c. è solidale con l'attenzione all'interesse di fatto del creditore ed alla volontà del socio *ex art.* 2352 c.c.. Al contrario, il modello di giurisdizione volontaria od obiettiva attribuisce la legittimazione esclusivamente al socio.

L'esigenza di stretta interpretazione dell'area semantica di "socio" è rafforzata dall'adesione al modello di giurisdizione oggettiva (di per sé eccezionale).

Per le stesse considerazioni occorre respingere l'opinione che attribuisce legittimazione concorrente e disgiuntiva al creditore ed al socio (sostenuta, invece, dal Trib. Napoli 17 settembre 1971, *Dir. e giur.*, 1972, 940).

7. *Usufrutto.*

Per l'usufruttuario valgono considerazioni analoghe a quelle svolte per il creditore pignoratorio: il nudo proprietario è ancora socio e legittimato alla denuncia *ex art.* 2409 c.c., senza che rilevi l'art. 2352 c.c..

Tale conclusione è stata talora argomentata (Trib. Roma 23 febbraio 1988, *Giur. comm.*, 1989, II, 272), in base alla adozione del modello di giurisdizione oggettiva, che, in quanto eccezionale, non si presta ad interpretazioni analogiche sulla legittimazione ad agire. A ciò si aggiunge l'argomento basato sulla inscindibilità dei singoli diritti pertinenti al titolo azionario, principio tradizionalmente ricavato da quello della indivisibilità dell'azione (art. 2347 c.c.), rispetto al quale l'art. 2352 c.c. si pone come derogatorio e dunque anch'esso insuscettibile di interpretazione analogica.

8. *Intestazione fiduciaria.*

Il normale *pactum fiduciae* crea un vincolo obbligatorio interno non opponibile ai terzi (fiducia c.d. romanistica: interpretazione reale). Pertanto, il fiduciante non è legittimato al ricorso, perché la sua qualità di socio non risulta da un vincolo reale opponibile alla società: App. Milano 15 ottobre 1993, *Soc.*, 1994, 217; Trib. Milano 17 giugno 1993, *Soc.*, 1993, 711.

La soluzione può estendersi al caso di partecipazione sociale intestata ad una società fiduciaria, che l'amministra per conto del fiduciante, il quale non cessa di esserne l'effettivo titolare.

Sia che si ritenga il fiduciante abilitato ad opporre ai terzi la proprietà del titolo azionario solo in alcuni casi tassativi (come revindica ed azione esecutiva dei creditori della società fiduciaria), sia che si ritenga trasferita alla società fiduciaria solo la legittimazione all'esercizio cartolare dell'azione (fiducia c.d. germanistica), sembra comunque da escludersi che il fiduciante conservi il potere di denuncia *ex art.* 2409 c.c., palesemente inerente al potere di amministrazione del titolo azionario affidato alla fiduciaria, sola ad essere iscritta nel libro soci e quindi sola a poter rivendicare la qualità di socia nei confronti della società.

9. Prova della sussistenza dei requisiti del socio.

In relazione alla finalità di riassetto amministrativo-contabile propria dell'istituto e dell'incidenza dei provvedimenti giudiziari sugli organi societari, i requisiti qualitativi e quantitativi del socio debbono essere opponibili alla società.

Va subito constatata la mancata previsione dell'obbligo del deposito di almeno un'azione, diversamente dal caso di impugnazione della delibera *ex art. 2378 c.c.* e diversamente dall'art. 153 cod. comm. del 1882: App. L'Aquila 19 gennaio 1990, *Dir. fall.*, 1990, II, 1092.

Circa la rilevanza dell'iscrizione nel libro dei soci, si registrano varie posizioni.

a) *Non sufficienza dell'iscrizione nel caso di mancata girata delle azioni* (App. Catania 20 giugno 1990, *Dir. fall.*, 1990, II, 1113). A conforto di tale soluzione, può menzionarsi l'onere di esibire o depositare il titolo azionario a carico dell'azionista già iscritto nel libro soci per poter esercitare rispettivamente il diritto agli utili od all'intervento in assemblea (art. 4 l. n. 1475 del 1962: neppure per l'esercizio di tali diritti, cioè, è sufficiente la sola iscrizione nel libro soci).

b) *Non necessità dell'iscrizione nel caso (simmetrico al precedente) di giratario di azioni non iscritto nel libro soci* (Trib. Venezia 25 marzo 1986, *Soc.*, 1986, 889; App. Palermo 20 luglio 1973, *Giur. comm.*, 1974, II, 106). L'assunto si riconnette alla intervenuta deroga all'art. 2023, 3° comma c.c. (per il quale il giratario del titolo è investito della piena legittimazione solo a seguito della iscrizione nel registro dell'emittente), apportata dall'art. 4 della l. n. 1745 del 1962 (che consente l'esercizio del diritto di intervento e del diritto agli utili al giratario dell'azione non ancora iscritto nel libro dei soci).

Se si aderisce alla tesi che la legge del 1962 ha trasformato l'azione in un titolo all'ordine caratterizzato da una particolare forma (G. FERRI), occorre concludere che la girata legittima all'esercizio dei diritti pertinenti all'azione (GALGANO) senza necessità di iscrizione nel libro dei soci e, quindi, anche alla denuncia *ex art. 2409 c.c.*

All'opposto, se si tiene conto del carattere eccezionale dell'art. 4 cit. e del fatto che il meccanismo legislativo è finalizzato all'iscrizione nel libro dei soci (la società prima di restituire i titoli esibiti o depositati deve procedere ad annotare il trasferimento sul libro dei soci), deve escludersi (e l'opinione appare preferibile) la legittimazione alla denuncia *ex art. 2409 c.c.*, proprio perché non è possibile innescare quel meccanismo, così che il mero titolare delle azioni non è ancora socio nei confronti della società (Trib. Venezia 11 dicembre 1987, *Soc.*, 1988, 284; App. Bologna 5 luglio 1975, *Giur. comm.*, 1975, II, 763).

Per le S.r.l., al più, può ritenersi (*ex art. 2479, 3° comma, novellato dalla legge n. 310/1993*) la legittimazione del cessionario che abbia già esibito all'organo amministrativo il titolo dal cui risulti il trasferimento ed il deposito presso l'ufficio del registro delle imprese.

c) *Non necessità dell'iscrizione nel caso in cui questa manchi a causa della grave irregolarità denunciata*. In tale ipotesi, è necessario un accertamento del giudice sulla legittimazione della denuncia (Trib. Cosenza 23 febbraio 1994, *Soc.*, 1994, 955), proprio per evitare che il ricorrente resti privo di tutela (salvo il separato accertamento contenzioso della qualità di socio) a causa di un comportamento doloso dell'organo amministrativo (v., in motivazione, Trib. Venezia 25 marzo 1986, *Soc.*, 1986, 889).

d) *Non necessità dell'iscrizione in caso di acquisizione al fallimento della quota del coniuge del fallito*. (App. Milano 20 giugno 1990, *Soc.*, 1990, 1634).

e) *L'iscrizione nel libro soci è condizione necessaria e sufficiente per la legittimazione alla denuncia* (App. Milano 15 ottobre 1993, *Soc.*, 1994, 217). Ciò si giustifica sulla base dell'art. 2479 c.c. per le s.r.l., nonché degli artt. 2023, 2370 c.c., 4 e 5 l. n. 1745 del 1962 per le s.p.a.. E' irrilevante la pendenza di un giudizio in cognizione sulla validità del negozio di trasferimento (Trib. Roma 9 gennaio 1970, *Dir. fall.*, 1970, II, 216) o sull'accertamento negativo della qualità di socio.

Si è già osservato che i modelli procedurali non contenziosi escludono la sospensione del procedimento per pregiudizialità civile.

10. Momento della rilevanza dei requisiti di legittimazione.

Non è dubbio in giurisprudenza che i requisiti di legittimazione debbano sussistere quantomeno al momento del deposito del ricorso. I dubbi sorgono, invece, sui criteri per valutare tale sussistenza.

Nel caso di azzeramento del capitale per perdite senza che il ricorrente abbia sottoscritto il capitale per la ricostituzione, va esclusa la legittimazione attiva (Trib. Como 21 ottobre 1993, *Soc.*, 1994, 510; Trib. Verona 22 luglio 1993, *Soc.*, 1994, 72; Trib. Milano 25 novembre 1989, *Soc.*, 1990, 514; Trib. Roma 16 febbraio 1987, *Soc.*, 1987, 843).

Non appare corretto invece l'orientamento di chi (Trib. Milano 16 aprile 1992, *Giur. it.*, 1992, I, 2, 593; Trib. Milano 2 febbraio 1990, *Giur. it.*, 290, I, 2, 700) ammette la legittimazione del socio che, a seguito di operazioni sul capitale, non raggiunga l'aliquota di legge: non ha, infatti, rilievo né l'intervenuta impugnazione della delibera che operi sul capitale, ove questa non sia stata sospesa *ex art. 2378 c.c.*, né l'impegno personale di altro sottoscrittore a retrocedere al ricorrente la quota, né la mancata convocazione del socio all'assemblea che ha deliberato l'aumento del capitale (in tal caso si sarebbe potuta impugnare in via contenziosa la delibera). Le tesi qui criticate trascurano di considerare che la qualità di socio deve essere opponibile alla società, ai fini della legittimazione attiva.

Analogamente, non rileva l'aumento di capitale ancora in corso di attuazione se non per la sottoscrizione parziale già avvenuta nel caso di aumento ammesso per la parte sottoscritta *ex art. 2439*, ultimo comma c.c. (App. Firenze 8 maggio 1981, *Giur. comm.*, 1983, II, 805). Si discute se sia necessaria, a tal fine, l'attestazione degli amministratori *ex art. 2444 c.c.* (per la tesi positiva, Trib. Pesaro 24 gennaio 1966, *Giur. it.*, 1967, I, 2, 78; per la tesi negativa, App. Milano 2 luglio 1968, *Temi*, 1968, 494).

La delibera di aumento del capitale sociale non ancora omologata è considerata (inesattamente) inefficace verso i soci da Trib. Napoli 10 dicembre 1983, *Dir. e giur.*, 1984, 624.

11. Perdita dei requisiti di legittimazione in corso di procedimento.

La cessione delle quote ed operazioni sul capitale possono far venir meno i requisiti di legittimazione nel corso del procedimento. L'adesione al modello della giurisdizione oggettiva, unitamente al rilievo della mancata previsione dell'obbligo di deposito delle azioni e dell'esigenza di frustrare manovre maliziose sul capitale da parte della maggioranza per impedire le denunce dei soci di minoranza, hanno indotto numerosi uffici giudiziari a ritenere irrilevante la perdita dei requisiti di legittimazione (*ex multis*: App. Bari 5 maggio 1989, *Soc.*, 1989, 1073; Trib. Velletri 28 settembre 1993, *Dir. fall.*, 1994, II, 347; Trib. Como 3 febbraio 1994, *Soc.*, 1994, 669).

L'adozione del modello di giurisdizione volontaria non è invece dirimente: sussistono pronunce sia nel senso della irrilevanza dei mutamenti, sia nel senso opposto. Varie decisioni utilizzano la categoria di "presupposto" o "condizione" dell'azione in relazione ai requisiti di legittimazione. Si tratta però di categorie proprie del modello contenzioso, che mal si adattano ad un procedimento non contenzioso. Con la singolare conseguenza che, per negare rilevanza alla perdita dei requisiti, si afferma che la legittimazione è un presupposto dell'azione (come tale rilevante solo al momento dell'instaurazione del processo) e non una condizione dell'azione (come tale rilevante sino al momento della decisione), laddove è noto che nel modello processuale contenzioso ordinario la legittimazione, al pari dell'interesse ad agire, è tipicamente una condizione dell'azione.

Inesatto è il richiamo, talora fatto, alla *perpetuatio iurisdictionis*, che attiene alla competenza.

Per la rilevanza della perdita della legittimazione e dell'interesse ad agire, v., tra le tante, App. Roma 11 luglio 1978, *Foro it.*, 1978, I, 2059; App. L'Aquila 19 gennaio 1990, *Dir. fall.*, 1990, II, 1092.

Di difficile applicazione pratica è la proposta dottrinale (TEDESCHI) di considerare rilevanti solo i mutamenti che non siano frutto di un abuso dei poteri della maggioranza.

12. Legittimazione del socio amministratore e del socio sindaco.

Nel caso di socio amministratore o sindaco importano il ruolo attribuito all'interesse ad agire e l'identificazione del legittimato passivo.

Ove si adotti un modello procedimentale contenzioso, il socio amministratore (consigliere) od il singolo componente del collegio sindacale hanno interesse ad agire, in quanto: a) il procedimento è solo residuale; b) l'azione sarebbe rivolta (anche) contro il ricorrente, data l'intersoggettività del procedimento (amministratori e sindaci come legittimati passivi): *nemo contra factum suum agere potest*. Così: Trib. Palermo 20 maggio 1986, *Giur. comm.*, 1987, II, 111; Trib. Monza 21 febbraio 1989, *Dir. fall.*, 1990, II, 222; App. Bari 5 maggio 1989, *Soc.*, 1989, 1073 (sindaco).

Per contro, l'adozione di un modello non contenzioso consente di valorizzare la qualità (e la legittimazione) di socio: Trib. Verona 15 febbraio 1988, *Soc.*, 1988, 648; Trib. Napoli 25 febbraio 1991, *Soc.*, 1991, 1373; App. Venezia 14 settembre 1987, *Soc.*, 1988, 277. E' comunque privo di legittimazione il socio amministratore unico.

13. La legittimazione surrogatoria.

La giurisprudenza edita ha ammesso la legittimazione surrogatoria alla denuncia *ex art.* 2409 c.c. da parte del creditore del socio, ai sensi dell'art. 2900 c.c. (con correlativo litisconsorzio necessario del socio debitore): Trib. Verona 10 agosto 1988, *Soc.*, 1988, 1290; App. Catania 19 luglio 1986, *Soc.* 1986, 1367; App. Milano 23 gennaio 1965, *Giur. it.*, 1966, I, 273.

Ciò presuppone che l'art. 2409 c.c. tuteli un diritto di natura patrimoniale del socio, non inerente alla persona di questo, suscettibile di arrecare danno alla futura soddisfazione del diritto del creditore a causa dell'inerzia del debitore-socio.

Secondo tale tesi, l'esistenza di gravi irregolarità nella gestione sociale può provocare la diminuzione di valore della partecipazione sociale ed un minor ricavato nella (futura ed eventuale) liquidazione della quota: si assume perciò che la legittimazione surrogatoria valga a salvaguardare il valore economico della quota del socio debitore. Tale conclusione non è condivisibile, perché connessa ad un modello procedimentale contenzioso che individua una inesistente situazione giuridica soggettiva sostanziale a favore del socio: non c'è, quindi, una correlazione tra pretesa del socio e comportamento doveroso dell'organo sociale o della società. Il pregiudizio sarebbe indiretto e non immediatamente connesso all'inerzia del debitore-socio. Il sistema non prevede un'azione sociale minoritaria di responsabilità, esclusa anche in base all'art. 2409 c.c..

L'istituto non è diretto alla tutela di uno specifico credito patrimoniale, ma di interessi generali indisponibili (la legittimazione surrogatoria potrebbe invece utilmente esercitarsi in relazione all'azione di cui all'art. 2395 c.c.).

In caso di gravi irregolarità vantaggiose per la società (elusioni fiscali, etc.) dimostra che la tutela patrimoniale della società e dei soci è solo indiretta ed eventuale nell'ambito dell'art. 2409 c.c..

L'ampia discrezionalità riservata al socio nell'instaurazione del procedimento induce, poi, a ritenere strettamente correlato alla persona il potere di denuncia.

1.b. Le legittimazioni attive speciali.

14. Commissario di grande impresa in crisi assoggettata alla procedura di amministrazione straordinaria.

Ai sensi dell'art. 3, 5° comma, del d.l. 30 gennaio 1979 n. 26, convertito con modificazioni nella l. 3 aprile 1979 n. 95 e successive modificazioni, "il commissario è legittimato a proporre la denuncia prevista dall'art. 2409 c.c. contro gli amministratori e sindaci" delle società (non insolventi): a) controllanti (direttamente o indirettamente) la società in amministrazione straordinaria; b) da questa controllate (direttamente o indirettamente); c) sottoposte (in ragione della composizione degli organi amministrativi) alla stessa direzione della società in amministrazione straordinaria.

"Ove il Tribunale accerti la sussistenza delle più gravi irregolarità" di cui all'art. 2409, 3° comma c.c., potrà nominare il commissario quale amministratore giudiziario della società i cui amministratori hanno compiuto le gravi irregolarità.

La norma è significativa sotto il profilo sistematico, in quanto individua, quali legittimati passivi, gli amministratori ed i sindaci ("contro") ed in quanto non esige che anche i sindaci abbiano compiuto le gravi irregolarità.

15. Commissario della liquidazione coatta amministrativa di società fiduciarie, di società fiduciarie e di revisione o di enti di gestione fiduciaria.

L'art. 2, 6° ed 8° comma, del d.l. 5 giugno 1986 n. 233, conv. con modif. nella l. 1° agosto 1986 n. 430 (richiamato per gli enti di gestione fiduciaria dell'art. 3-*bis* del d.l. 16 febbraio 1987 n. 27, conv. con modif. nella l. 13 aprile 1987 n. 148), prevede norme analoghe a quelle della c.d. legge Prodi (citata nel paragrafo precedente): il commissario è legittimato a proporre la denuncia *ex art.* 2409 c.c. "contro" gli amministratori ed i sindaci: a) delle società (direttamente o indirettamente) controllanti o controllate della società in liquidazione; b) delle società sottoposte (per la composizione degli organi amministrativi) alla stessa direzione; c) delle società finanziate in via continuativa o prevalente. Tali norme hanno efficacia retroattiva.

16. Commissario preposto alla tutela e restituzione dei patrimoni dei clienti della SIM cancellata dall'albo speciale.

L'art. 13, 5 comma della l. 2 gennaio 1991 n. 1 attribuisce al commissario preposto dal Ministro del Tesoro alla tutela ed alla restituzione di patrimoni di proprietà dei clienti della SIM cancellata dall'albo speciale la legittimazione "a proporre la denuncia prevista dall'art. 2409 c.c. contro gli amministratori, i sindaci e i soci della società".

La singolare menzione dei soci è spiegabile forse solo con il riferimento (pleonastico) ai soci accomandatari (e perciò amministratori) della S.A.P.A..

17. Federazione sportiva nazionale in relazione alla società sportiva affiliata: profili critici.

L'art. 13 della l. 23 marzo 1981 n. 91 stabilisce che la Federazione sportiva nazionale, per gravi irregolarità di gestione della società affiliata (s.p.a. o s.r.l. che stipuli contratto con atleti

professionisti), può richiedere al Tribunale, con ricorso motivato, la messa in liquidazione della società e la nomina del liquidatore.

Parte della dottrina (SALAFIA, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali c.d. sportive*, in *Corriere giur.*, 1984, 681; MARCINKIEWICZ-PATELLI; VITRÒ) e della giurisprudenza (Trib. Genova 22 aprile 1985, *Foro it.*, 1986, I, 1081; Trib. Udine 14 luglio 1990, *Foro it.*, 1991, I, 1946; Trib. Frosinone 21 giugno 1990, *Riv. dir. sport.*, 1991, 355), nell'ambito della tesi prevalente dell'assoggettabilità delle società sportive alla disciplina dell'art. 2409 c.c. (in quanto si ritiene non sussistere un adeguato sistema di controlli amministrativi esterni diretti al riassetto amministrativo e contabile della società), ha sostenuto che le uniche conseguenze apportate dal citato art. 13 consistono nell'estensione alla Federazione nazionale della legittimazione attiva *ex art.* 2409 c.c. e nella possibilità per il Tribunale adito di adottare, tra gli altri provvedimenti, anche quelle della messa in liquidazione della società.

Se è corretto assoggettare le società sportive di cui alla legge n. 91/1981 alla disciplina dell'art. 2409 c.c. (in quanto non vi sono, nell'ordinamento sportivo, controlli tipizzati e penetranti, paragonabili ad esempio a quelli ministeriali sulle società cooperative), non altrettanto corretta appare l'identificazione tra il procedimento previsto nell'art. 13 della legge n. 91/1981 e quello *ex art.* 2409 c.c..

Si deve, infatti, constatare che il procedimento *ex art.* 13 attiene ad interessi (tutela dell'ordinamento sportivo legittimazione attiva (Federazione sportiva), legittimazione passiva (società), presupposti (gravi irregolarità di gestione afferenti a tutti gli organi societari, ivi compresi l'assemblea dei soci ed i direttori generali) ed esiti (scioglimento della società e nomina del liquidatore, senza riassetto amministrativo-contabile) assai diversi da quelli *ex art.* 2409 c.c..

Diversi sono perciò gli istituti e la Federazione sportiva non è legittimata al ricorso *ex art.* 2409 c.c.. Eventuali problemi di coordinamento tra i due procedimenti non sono insolubili.

Sostanzialmente in tal senso: App. Campobasso 12 maggio 1990, *Soc.*, 1990, 1113; Trib. Catania 18 maggio 1992, *Foro it.*, 1992, I, 2515; P.M. SANFILIPPO, *Sullo statuto speciale della liquidazione di società sportiva*, in *Riv. soc.*, 1995, 82 ss., specie p. 100 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Trattato s.p.a.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1992, 33; VIDIRI, *Soc.*, 1990, 1113.

I.c. La legittimazione del Pubblico Ministero.

18. Il P.M.

L'adozione del modello contenzioso ha comportato la prospettazione della tesi secondo cui il P.M. è legittimato solo in funzione dell'interesse di una minoranza inferiore ad un decimo del capitale (CERAMI).

In realtà il P.M. non è vincolato a perseguire né l'interesse dei soci di minoranza, né l'interesse dei terzi estranei alla società (creditori, debitori), ma solo all'osservanza dell'interesse pubblico (osservanza del diritto oggettivo; ordine pubblico economico per il rispetto delle regole del gioco nel regime di mercato). E' perciò irrilevante l'eventuale approvazione dell'operato degli organi sociali da parte della totalità dei soci (Trib. Milano 15 ottobre 1985, *Giur. comm.*, 1986, II, 459) ed è irrilevante che le irregolarità (ad esempio frodi fiscali) abbiano arrecato vantaggio alla società: il P.M. può, in ogni caso, agire.

Il P.M. ha la facoltà di agire, ma se ritiene che ricorrano le condizioni di legge è obbligato ad agire (VELLANI, *Commentario al c.p.c.* diretto da Allorio, Utet, Torino, 1973, I, 2 tomo, 793) e deve intervenire (previa comunicazione degli atti *ex art.* 71 c.p.c.).

Nella pratica, possono sorgere problemi interpretativi sulle intenzioni del P.M.: se abbia espresso un mero parere nel procedimento promosso dal socio o se abbia inteso far proprio il ricorso. L'espressione "si associa alle richieste" sembra implicare una iniziativa propria.

1.d. La legittimazione passiva.

19. Legittimazione passiva della società.

La società è certamente il referente soggettivo del procedimento, in quanto la finalità dell'istituto è diretta al riassetto amministrativo-contabile dell'impresa sociale ed i provvedimenti del Tribunale incidono sul funzionamento dei suoi organi.

Tuttavia solo nell'ambito di un modello procedimentale contenzioso è concepibile una vera e propria legittimazione passiva della società. Normalmente si esclude, nell'ambito degli altri modelli, una simile posizione: v. *amplius* il paragrafo successivo.

20. Legittimazione passiva degli amministratori e dei sindaci.

Come già accennato, si esclude in genere la legittimazione passiva della società, perché (al di fuori dei modelli procedimentali contenziosi) da un lato non è possibile considerarla quale soggetto passivo di un rapporto giuridico con i ricorrenti o con il P.M., e dall'altro non può essere controinteressata all'obiettivo dell'istituto di riportare ad un corretto funzionamento gli organi sociali. Pertanto la società va considerata come destinataria indiretta dei provvedimenti e non è neppure "parte" nel senso in cui all'art. 739 c.p.c. nel procedimento camerale.

Se il procedimento si fosse dovuto instaurare con la società, non sarebbe stato necessario menzionare l'obbligo di audizione degli amministratori, perché la società non può che essere rappresentata da costoro.

Parimenti inutile sarebbe stata la menzione dell'obbligo di audizione di amministratori e sindaci ove questo si risolvesse in un mero adempimento istruttorio: al Tribunale già competente un potere inquisitorio *ex art. 738 c.p.c.* (potere officioso inibito al giudice delle impugnazioni delle delibere sociali, con conseguente necessità della specifica previsione *ex art. 2378 c.c.*).

Ne deriva che legittimati passivi sono solo gli amministratori e i sindaci (ovvero i liquidatori in via di interpretazione estensiva) e che la loro audizione rileva ai fini dell'instaurazione del contraddittorio.

Una importante conferma sistematica si ricava dalla c.d. legge Prodi (v. *supra*) e dalla legge sulle società fiduciarie: l'azione *ex art. 2409 c.c.* è proposta "contro amministratori e sindaci": Del resto, è noto che, di fatto, il controinteressato a negare l'irregolarità è proprio chi è tenuto al comportamento doveroso. La società non potrebbe che riprodurre in giudizio la posizione dei suoi amministratori.

Contra, per la tesi della società quale contraddittore necessario: App. Milano 7 luglio 1971, *Giur. it.*, 1973, I, 2, 252; App. Milano 6 gennaio 1960, *Foro it.*, 1960, I, 830).

21. Sostituzione degli amministratori e sindaci.

Il riconoscimento della legittimazione passiva in capo agli amministratori e sindaci comporta, nel caso di loro sostituzione in corso del procedimento, la prosecuzione della procedura nei confronti degli organi di nuova nomina, nell'ambito del modello di giurisdizione oggettiva.

Secondo il modello della giurisdizione volontaria, non sussistendo contraddittorio in senso proprio, non v'è necessità di sentire i nuovi titolari degli organi sociali (Trib. Milano 6 giugno 1983, *Soc.*, 1984, 52); mentre il modello garantista della giurisdizione oggettiva lo esige, in quanto applicazione del principio del contraddittorio (v., per la necessità della audizione, TEDESCHI).

La mancata audizione comporta però quanto meno, per chi adotti il modello di giurisdizione volontaria, l'impossibilità di revocare i nuovi amministratori e sindaci.

La quasi totalità delle pronunce edite afferma l'irrelevanza della sostituzione dei titolari degli organi sociali nel corso della procedura, ferma restando la necessità, per l'emissione dei provvedimenti, dell'attualità e della gravità delle irregolarità. Una totale irrilevanza della sostituzione è però concepibile solo ove si attribuisca la legittimazione passiva esclusivamente alla società.

2. La rinunzia.

Le questioni in tema di rinunzia vanno affrontate distinguendo:

- a) nell'ambito dell'oggetto della rinunzia: a') rinunzia all'azione; a'') rinunzia agli atti del procedimento; a''') rinunzia al *petitum* immediato (cioè ad alcuno dei provvedimenti richiesti);
- b) nell'ambito dei soggetti rinunzianti: b') il socio ricorrente; b'') il P.M..

22. Rinunzia all'azione.

L'unico orientamento giurisprudenziale edito riguardante l'ipotesi della rinunzia all'azione attiene alla rinunzia non già al ricorso presentato, ma al potere di ricorrere *ex art.* 2409 c.c..

Per Trib. Milano 6 luglio 1959 e App. Milano 6 gennaio 1960, relativi alla stessa vicenda processuale (in *Foro it.*, 1960, I, 830), la rinunciabilità va esclusa sul presupposto della natura generale dell'interesse al regolare funzionamento degli organi sociali.

La rinunzia all'azione, quale definitiva abdicazione, per il presente e per il futuro, al potere di esercitare la tutela giurisdizionale, implica la disponibilità dell'interesse tutelato dalla norma: ove manchi tale disponibilità, l'azione proposta o da proporre è irrinunciabile.

Se l'interesse preminente ha rilevanza pubblicistica ed è, perciò, indisponibile (come nel modello di giurisdizione obiettiva), si hanno i seguenti corollari: a) l'irrinunciabilità dell'azione; b) la non compromettibilità in arbitri; c) l'intransigibilità delle questioni correlate; d) l'invalidità della clausola contenuta nell'atto costitutivo della rinunzia preventiva ad agire *ex art.* 2409 c.c..

Le stesse conclusioni valgono anche nell'ambito del modello procedimentale di giurisdizione volontaria, ove si faccia riferimento all'interesse istituzionalistico della società.

Al riguardo può, per analogia di impostazione, richiamarsi la giurisprudenza che nega la compromettibilità in arbitri di controversie aventi ad oggetto interessi della società o relative a violazioni di norme poste a tutela dell'interesse collettivo: v. Cass. 18 febbraio 1985 n. 1739, per tutte.

La rinunciabilità all'azione può perciò ammettersi solo nell'ambito del modello procedimentale contenzioso.

23. Rinunzia agli atti del procedimento.

23.1. Irrinunciabilità.

La tesi della irrinunciabilità al procedimento già instaurato è stata così argomentata da Trib. Milano 24 novembre 1988, *Soc.*, 1989, 186: si è individuata nell'art. 2409 c.c. la tutela di un interesse pubblicistico alla corretta gestione sociale; da ciò si è dedotta la natura inquisitoria del procedimento e quindi l'irrinunciabilità al ricorso, aggiungendo (*obiter*) che ciò vale "soprattutto" allorché sia stato già adottato uno dei provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c.. Nella specie, dopo l'ispezione (che aveva evidenziato solo lievi irregolarità) il ricorrente aveva rinunciato al ricorso ed il P.M. aveva dichiarato di aderire alla rinunzia: il Tribunale, rilevata l'irrinunciabilità del ricorso, lo ha rigettato nel merito.

23.2. Rinunziabilità.

La tesi contraria utilizza un diverso iter argomentativo, asserendo di adottare un modello procedimentale di volontaria giurisdizione, là dove adotta, in realtà, un modello di giurisdizione contenziosa: v., per tutti, Trib. Catania 16 maggio 1986, *Soc.*, 1986, 894.

Infatti: si individua a fondamento della tutela un interesse disponibile, cioè l'interesse particolare dei soci di minoranza alla corretta amministrazione della società; si riconduce (contraddittoriamente) alla volontaria giurisdizione il procedimento *ex art.* 2409 c.c.; si deduce dalla necessità di una denuncia o richiesta l'applicazione del principio della domanda; si inferisce, da ciò, la natura non inquisitoria né officiosa del procedimento; si invoca in via analogica l'applicazione dell'art. 306 c.p.c., con dichiarazione di estinzione in caso di rinuncia da parte dei soci ricorrenti, qualora il P.M. non abbia fatto propria l'azione.

23.3. Profili critici.

Entrambe le tesi presentano scorrettezze argomentative. La rinuncia agli atti del giudizio, quale figura generale (art. 306 c.p.c.), non comporta disposizione della situazione giuridica soggettiva sostanziale, ma solo l'estinzione del procedimento, che potrà essere riproposto dal rinunciante. Non sussiste dunque, dal punto di vista teorico, correlazione necessaria tra disponibilità dell'interesse sostanziale tutelato e disponibilità del procedimento: ad un interesse sostanziale indisponibile potrà corrispondere un procedimento disponibile o indisponibile e così pure ad un interesse sostanziale disponibile potrà corrispondere un procedimento disponibile od indisponibile.

Data la diversità tra piano sostanziale e piano processuale, è scorretto dedurre automaticamente la rinunciabilità o l'irrinunciabilità degli atti dalla natura dell'interesse sostanziale tutelato nell'art. 2409 c.c..

E' irrilevante anche l'ascrizione del procedimento nella categoria della volontaria giurisdizione: il *demonstrandum* consiste proprio nella rinunciabilità agli atti del procedimento camerale di cui all'art. 2409 c.c..

Sul piano processuale è altresì scorretto dedurre la rinunciabilità dalla necessità di un'iniziativa di parte per l'instaurazione del procedimento *ex art.* 2409 c.c.. La necessità di un impulso iniziale di parte non implica affatto la necessità, perché si giunga ad una pronuncia giudiziale, che l'impulso di parte permanga anche durante tutto il corso del procedimento.

Il principio della domanda (intesa in senso lato, cioè riferibile ad ogni procedimento) comprende vari aspetti: a) l'esigenza dell'affidamento dell'iniziativa processuale (originaria) ad un soggetto diverso dal giudice (*ne procedat iudex ex officio*); b) l'esigenza del monopolio di parte nell'allegazione del fatto (*iuxta alligata*); c) l'esigenza del monopolio di parte nell'iniziativa probatoria (*iuxta probata*); d) l'esigenza della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Dal punto di vista logico e dal punto di vista del diritto positivo, però, il rispetto dell'esigenza *sub a*, non comporta affatto la necessità di rispettare anche le altre esigenze. Contestare una diversa conclusione attraverso un'accezione generica di "principio della domanda" è un'evidente paralogismo. Si constata (correttamente) che occorre un'iniziativa di parte; si rileva che ciò è applicazione del principio della domanda; conclude (scorrettamente) che il procedimento non è e non può essere inquisitorio. La stessa relazione al c.p.c. (n. 14) evidenzia invece, la distinzione tra i vari aspetti, quando osserva che anche nei "processi civili al tipo inquisitorio" (cioè quelli per i quali valgono esigenze diverse da quelle indicate *sub b, c, d*) è stato dal codice "rispettato il principio *ne procedat iudex ex officio*".

Secondo il modello procedimentale della giurisdizione obiettiva, una volta riconosciuta la funzione dell'istituto di tutelare un interesse oggettivamente pubblico, va esclusa la configurabilità di un interesse processuale ad agire (data la predeterminazione legislativa dei soggetti legittimati al ricorso e dei loro requisiti), nonché di una domanda in senso proprio e di una situazione giuridica soggettiva sostanziale (disponibile) da far valere.

Non può, quindi, applicarsi in via analogica e diretta la disciplina degli artt. 306 e 307 c.p.c..

Ciò che appare decisivo è la fisionomia inquisitoria ed officiosa del procedimento, una volta instaurato (su impulso di parte): si pensi all'assenza di oneri processuali di parte, ai poteri dell'ufficio di fissare il *thema decidendum* e di assumere iniziative probatorie, alla informalità della procedura, all'inapplicabilità del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (il Tribunale può, infatti, accertare e valutare *ex art. 738 c.p.c.*, ovvero attraverso la relazione ispettiva, anche fatti diversi da quelli prospettati nella denuncia o richiesta).

Se (come è stato convincentemente dimostrato dal VACCARELLA, *Rinuncia agli atti*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1978, 962) la rinuncia agli atti con la conseguente estinzione va commisurata, quanto agli effetti, all'estinzione per inattività delle parti (e non viceversa), deve allora essere esclusa la rinunciabilità agli atti di un procedimento a struttura officiosa, in cui non è tecnicamente configurabile inattività delle parti. La presentazione del ricorso comporta la necessità della pronuncia del giudice. Si possono riscontrare analogie con il giudizio per Cassazione, nel quale – data la struttura officiosa – è stato necessario prevedere espressamente (con vari limiti, anche temporali: art. 391 c.p.c.) la rinuncia al ricorso e la revoca della domanda di annullamento delle sentenze. All'ordinamento non sono ignoti altri casi di irretrattabilità di un'azione esercitata a tutela di un interesse generale: si pensi ai casi di azione civile obbligatoria del P.M. (la prevalente dottrina ritiene che proprio l'azione *ex art. 2409 c.c.* sia obbligatoria per il P.M. quando ravvisi il fondato sospetto di gravi irrevocabilità); si pensi alla irrevocabilità della querela nella recente proposta di legge sui reati di violenza contro le donne.

Infirmata l'equazione "impulso di parte = retrattabilità dell'azione", deve revocarsi in dubbio anche l'assunto che riserva al P.M. la tutela dell'interesse pubblico nell'ambito dell'art. 2409 c.c., così che la rinuncia da parte del ricorrente possa ritenersi efficace solo quando ad essa si associ il P.M.. In realtà, l'equivalenza funzionale dell'impulso processuale dei soci e del P.M., nonché l'unicità dell'istituto di cui all'art. 2409 c.c. (comunque diretto a tutelare l'interesse pubblico, dimostrano che anche l'inerzia o la rinuncia del P.M. vulnererebbero l'efficacia del modello procedimentale. L'intervento necessario del P.M. si giustifica già per consentirgli la raccolta di *notitiae criminis* e non per avallare rinunzie a proseguire nel procedimento.

L'irrinunciabilità, del resto, non solo vale a meglio soddisfare l'interesse generale tutelato, ma vale anche a scoraggiare l'uso strumentale dell'istituto da parte dei soci di minoranza (ad esempio, per lucrare un maggior prezzo per la cessione delle quote), come è maggiormente evidente quando risultino dagli atti le gravi irregolarità. Né può opporsi l'ipotesi del procedimento fallimentare, data la sussistenza, in quel caso, di una precisa situazione giuridica soggettiva sostanziale da tutelare, sia pure in concomitanza con l'interesse pubblico.

24. *Rinuncia al petitum. I soggetti rinuncianti (socio e P.M.).*

Sul punto, concernente l'applicabilità solo relativa del principio della domanda, e sulla posizione sostanzialmente analoga dei soggetti rinuncianti, si rinvia alle considerazioni già svolte.

PARTE TERZA

La competenza territoriale nell'ipotesi di divergenza tra sede legale e sede effettiva.

La competenza territoriale in relazione al procedimento *ex art.* 2409 c.c. è funzionale ed inderogabile, ai sensi dell'art. 28 c.p.c..

Il codice non indica in modo esplicito il Tribunale territorialmente competente a conoscere della denuncia o della richiesta. Si dà qui per scontato che sia competente il Tribunale nella cui circoscrizione si trova la sede della società e ci si limita ad affrontare la questione relativa al significato di "sede" della società nell'ipotesi di divergenza tra sede effettiva e sede sociale.

In proposito, sono state prospettate sostanzialmente tre tesi: a) tesi del foro esclusivo della sede effettiva; b) tesi del foro concorrente della sede effettiva e della sede legale; c) tesi del foro esclusivo della sede legale.

25. *La tesi del foro esclusivo della sede effettiva.*

La prima tesi è sostenuta dalla maggioranza della giurisprudenza edita: cfr. App. Milano 17 dicembre 1991, *Foro it.*, 1992, I, 1551; Trib. Milano 6 luglio 1990, *Soc.*, 1990, 1395; Trib. Asti 29 maggio 1989, *Soc.* 1990, 648. Solo nel caso della mancata prova di una diversa sede effettiva (con onere a carico del ricorrente o del richiedente), si radica il foro della sede legale: App. Firenze 2 dicembre 1989, *Dir. fall.*, 1990, II, 1094; Trib. Asti 29 maggio 1989, cit.; App. Milano 23 maggio 1986, *Soc.*, 1986, 1242.

Gli argomenti utilizzati possono così riassumersi: 1) l'art. 103 disp. att. c.c. richiama l'art. 94 disp. att. c.c., e dispone che l'amministratore giudiziario cessato depositi il conto della gestione nella cancelleria del Tribunale del luogo ove è la "sede principale dell'impresa": tale disposizione enuncia una norma sulla competenza territoriale; 2) l'espressione "sede principale dell'impresa" è usata anche dall'art. 9 l. fall. per la competenza per la dichiarazione di fallimento ed è interpretata dalla consolidata giurisprudenza di legittimità e dalla prevalente dottrina quale sede effettiva, ancorché diversa dalla sede legale risultante dall'atto costitutivo (Cass. 17 maggio 1991 n. 5527, *Foro it.*, 1991, I, 1355; Cass. 10 novembre 1989 n. 4764, *Il fallim.*, 1990, 395); 3) v'è analogia tra i poteri del Tribunale *ex art.* 2409 c.c. e quelli del Tribunale fallimentare (artt. 9, 161, 187, 195 l. fall.), nonché tra i poteri del curatore, del commissario giudiziario e del commissario liquidatore, da un lato, e dell'amministratore giudiziario, dall'altro lato. Sussiste, inoltre, la stessa esigenza di agevolare la procedura (concorsuale o di controllo), rendendone immediatamente collegata e quindi territorialmente prossima al luogo dell'attività direttiva ed amministrativa dell'impresa, debitrice o controllata); 4) l'espressione "sede principale" di cui all'art. 103 disp. att. c.c. deve essere interpretata in modo analogo a quella dell'art. 9 l. fall. (sede effettiva); 5) anche l'art. 2197, laddove individua l'ufficio del registro delle imprese per l'iscrizione, fa riferimento alla sede principale dell'impresa, e pertanto (si assume) alla sede effettiva (Trib. Milano 6 luglio 1990, *Soc.*, 1990, 1395); 6) l'art. 46, 1° comma, c.c. si riferisce alla sede effettiva, cioè nel caso di società al luogo ove risiedono gli amministratori, è convocata e riunita l'assemblea, ove sussiste il centro effettivo di direzione, amministrazione, organizzazione: stabilisce perciò la competenza territoriale della sede effettiva nel procedimento *ex art.* 2409 c.c. (App. Torino 16 novembre 1988, *Giur. it.*, 1989, I, 2, 193); 7) la determinazione della sede effettiva è l'unico criterio oggettivo per una determinazione rigorosa del foro competente, tale da evitare comportamenti maliziosi di fittizia indicazione della sede, al fine di preconstituire il giudice naturale: Trib. Asti 29 maggio 1989, *Soc.*, 1990, 648; richieste del procuratore generale nel procedimento App. Milano 17 dicembre 1991, *Soc.*, 1992, 947.

26. *La tesi del foro concorrente della sede effettiva e della sede legale.*

Si tratta di una tesi dottrinale (ABRIANI, *Giur. it.*, 1991, I, 2, 4) che si articola attraverso queste argomentazioni: 1) l'art. 46, secondo comma, c.c. stabilisce che, allorché la sede risultante dell'atto costitutivo e dallo statuto, ovvero dal registro delle persone giuridiche, è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede anche quest'ultima; 2) l'art. 2409 c.c. non è una "controversia tra soci", data l'iniziativa concessa al P.M., del quale va tutelato l'affidamento; 3) è ragionevole proporre un criterio di competenza unico indipendentemente dall'iniziativa del P.M. o dei soci: dunque, foro concorrente.

27. *La tesi del foro esclusivo della sede legale.*

I provvedimenti *ex art.* 2409 c.c. vanno comunicati, ai sensi dell'art. 103 disp. att. c.c., per l'iscrizione all'ufficio del registro delle imprese, e, nel regime transitorio, alla cancelleria del Tribunale presso la quale è iscritta la società: in base, cioè, alla sede legale (App. Firenze 19 dicembre 1958, *Giur. tosc.*, 1959, 398; Trib. Roma 26 luglio 1985, *Soc.*, 1986, 170).

28. *Profili critici.*

Nell'ambito della disciplina codicistica dell'impresa, l'espressione "sede principale" è usata solo in opposizione alla espressione "sede secondaria" (v. art. 2197 c.c.): non è dalla identità letterale con le parole dell'art. 9 l. fall. che può desumersi una identica portata semantica.

Le finalità della procedura concorsuale sono diverse da quelle dall'art. 2409 c.c., così come diversi sono i poteri degli organi fallimentari rispetto a quelli dell'ispettore, dell'amministratore giudiziario e del Tribunale nell'ambito dell'art. 2409 c.c.: l'interpretazione dell'art. 9 l. fall. vale solo in relazione alla procedura concorsuale.

L'atto costitutivo con l'indicazione della sede sociale può essere modificato solo dall'assemblea con particolari forme e maggioranze: consentire all'organo amministrativo lo spostamento della sede sociale in modo rilevante per i soci, al di fuori di ogni controllo assembleare ed impedendo anche l'impugnazione della delibera, appare estremamente pericoloso.

L'art. 46, 1° comma, c.c. riguarda la sede legale: solo per i terzi, in relazione a rapporti di natura contrattuale od aquiliana, valgono i fori concorrenti della sede legale e della sede effettiva.

Negli artt. 2409 c.c. e 94 disp. att. c.c., per sede principale deve, perciò, intendersi una sede non indicata come secondaria nell'atto costitutivo. Ciò vale ad escludere la competenza territoriale del Tribunale della sede secondaria, derogando così all'art. 19 c.p.c..

E' interpretazione costante, in relazione all'art. 2378 c.c. (impugnazione di delibera assembleare), che la sede della società rilevante per la competenza territoriale del Tribunale è solo quella legale (Trib. Milano 16 giugno 1955, *Foro pad.*, 1957, I, 100).

I soggetti legittimati alla impugnativa *ex art.* 2377 c.c. non sono terzi rispetto alla società, con conseguente applicazione dell'art. 46, 1° comma, c.c.. Ragioni sistematiche inducono perciò a propugnare la stessa interpretazione per l'art. 2409 c.c..

Ma in questo caso occorre tener conto dell'art. 94 disp. att. c.c. (richiamato dall'art. 103 disp. att. c.c.): se "sede principale" è la sede legale a se l'amministratore giudiziario risponde (tanto da dover rendere il conto della gestione) davanti al Tribunale della sede (legale) principale (Tribunale che lo ha nominato e che può revocarlo), allora l'art. 94 disp. att. c.c. pone una regola precisa di competenza territoriale che si integra con l'art. 46, 1° comma, c.c. ed esclude il foro concorrente del Tribunale della sede effettiva, anche nel caso di procedimento non instaurato dai soci.

Quanto alle ragioni di opportunità, non solo la tesi della prevalenza della sede effettiva non vale ad escludere comportamenti maliziosi di scelta del giudice territorialmente competente (semmai li rende più facili, al di fuori del controllo assembleare e della impugnativa dei soci), ma innesca un

pericoloso contenzioso preliminare nel procedimento *ex art. 2409 c.c.* sulla effettiva ubicazione della direzione organizzativo-amministrativa, con necessità per il Tribunale di lunghe ed incerte acquisizioni istruttorie (si pensi solo, al di là di pur frequenti intenti dolosi, alle difficoltà di individuare un tale centro direzionale, in un'epoca di video conferenze, di mezzi di comunicazione, di decentramento e mobilità degli uffici ed alla conseguente obsolescenza di indici quali la residenza degli amministratori, il luogo delle assemblee, l'ubicazione degli uffici). Tanto più che l'inderogabilità della competenza consentirebbe di rimettere tutto in discussione anche dopo la prima pronuncia.

Di fronte al sicuro allungamento dei tempi ed alla incertezza dei risultati connessi alla adozione della tesi della prevalenza della sede effettiva, appare di scarsa importanza l'ostacolo connesso alla distanza tra sede del Tribunale e sede della società. Non solo in base alle altre tesi l'inconveniente si riprodurrebbe nell'ipotesi di stabilimenti siti in luoghi lontani dalla sede sociale, ma nulla impedirebbe all'assemblea di trasferire la sede anche durante la pendenza del procedimento *ex art. 2409 c.c.*, vanificando le esigenze fatte proprie dalla tesi della prevalenza della sede effettiva. Appare, infine, azzardato considerare il criterio della sede legale (facilmente individuabile in base al libro delle adunanze e delle deliberazioni) meno obiettivo e sicuro di quello della sede effettiva.