

INIZIATIVA DEL COLLEGIO SINDACALE NELLA PROPOSIZIONE DELLA DENUNCIA EX ART. 2409 COD. CIV.

Elisabetta Bertacchini

L'art. 2409 cod. civ. e l'interesse alla corretta gestione dell'impresa

Tra i casi di intervento dell'autorità giudiziaria che non si esauriscono in un mero controllo esterno dell'attività delle società di capitali una particolare importanza riveste il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c., in virtù del quale i soci che rappresentano almeno un decimo del capitale sociale possono, qualora vi sia il fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci, denunciare i fatti al Tribunale. Quest'ultimo può, a sua volta, ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società e, nei casi più gravi, perfino revocare gli organi sociali, nominando un amministratore giudiziario. L'ultimo comma dell'art. 2409 prevede inoltre che i richiamati provvedimenti possano essere adottati dall'autorità giudiziaria anche su richiesta del pubblico ministero.

La rilevanza dell'intervento ivi contemplato, ha posto il problema dell'individuazione degli interessi che il legislatore ha inteso tutelare con tale strumento.

Come è noto, la giurisprudenza prevalente individua la finalità perseguita nella salvaguardia dell'interesse generale alla corretta amministrazione della società e non già di quello dei singoli soci o della minoranza (1).

Significative in tal senso appaiono le parole della Relazione al codice civile (n. 985) che afferma testualmente: " a maggior tutela non solo delle minoranze ma dell'interesse generale che è connesso alla corretta amministrazione della società, il codice fa ... un ardito passo innanzi. Con una norma del tutto nuova (art. 2409 c.c.) esso infatti dispone che i provvedimenti ora indicati possono essere adottati dal Tribunale anche su richiesta del pubblico ministero, attribuendo in tale modo all'autorità giudiziaria un diritto di iniziativa, per tutelare nei casi più gravi l'interesse sociale di fronte ad amministratori o sindaci scorretti o negligenza.

Il legislatore ha quindi concepito il procedimento in parola come lo strumento di controllo per accertare o fare cessare eventuali irregolarità poste in essere da amministratori e sindaci nella gestione della società, sul presupposto che lo Stato è titolare di un interesse a che le società commerciali siano correttamente amministrate.

La tesi richiamata appare condivisa dalla prevalente dottrina (2), soprattutto in considerazione della rilevanza anche pubblicistica assunta dalle società di capitali - ed in particolare dalle società per azioni - nel quadro dell'attuale assetto economico, che giustifica quindi l'esigenza di tutela dell'interesse alla corretta gestione ed amministrazione delle società.

Appare superata la dicotomia tra tesi privatistiche e tesi pubblicistiche: con lo strumento di cui all'art. 2409 non si intende tutelare solo l'interesse pubblico o quello privato, bensì un unico generale gruppo di interessi tra di loro collegati e difficilmente scindibili, sicché la tutela dell'uno importa anche quella mediata e riflessa degli altri (3).

La legittimazione attiva del pubblico ministero

L'ultimo comma dell'art. 2409 stabilisce, come noto, che i provvedimenti previsti nei commi precedenti possono essere adottati anche su richiesta del pubblico ministero.

Dalla legittimazione conferita al pubblico ministero si è argomentato che il controllo giudiziario sulla gestione delle società di capitali sarebbe disposto dall'ordinamento a tutela di un pubblico interesse. Come si è già ricordato, infatti, con la previsione del potere di iniziativa del pubblico ministero il codice civile del 1942 ha introdotto un'innovazione di grande rilievo, che la stessa relazione ministeriale n. 985 definisce "passo ardito" che il legislatore ha ritenuto di compiere "a maggiore tutela non solo delle minoranze, ma dell'interesse generale che è connesso alla corretta amministrazione delle società".

Il pubblico ministero, in considerazione della sua funzione istituzionale e del carattere pubblicistico del procedimento, può pertanto promuovere autonomamente la denuncia ex art. 2409, sia per propria iniziativa, sia su sollecitazione di una parte della minoranza inferiore al minimo di legge. In particolare, la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare che il pubblico ministero può promuovere l'azione prevista dall'art. 2409 anche senza l'iniziativa preliminare di altri soggetti qualificati ed indipendentemente dalla natura della fonte della notizia (4) e persino nell'ipotesi di approvazione, anche all'unanimità, dell'operato degli amministratori da parte dell'assemblea o di rinuncia al ricorso da parte dei soci (5).

L'intervento sul pubblico ministero da parte del collegio sindacale: obbligo o facoltà ?

Su tali premesse si inserisce il tema dell'intervento sul pubblico ministero da parte dei componenti del collegio sindacale.

A parere della scrivente la questione deve essere scomposta in due momenti con riferimento:

- a) alla legittimità dell'intervento;
- b) alla qualificazione, in caso di risposta affermativa, di tale intervento come obbligatorio o facoltativo.

Una recente giurisprudenza di merito in tema di controllo giudiziario attuato con il procedimento ex art. 2409 (6) offre, seppur indirettamente, alcuni spunti interessanti in proposito. In particolare, la decisione affronta il problema della legittimazione del socio - amministratore di società di capitali a proporre la denuncia ex art. 2409. La questione appare controversa in considerazione della posizione particolare che il socio, che sia anche amministratore, assume nei confronti della fattispecie prevista dall'art. 2409.

Una parte della giurisprudenza ammette la legittimazione del socio possessore di almeno un decimo del capitale sociale, sebbene egli sia contemporaneamente amministratore della società (7), rilevando che la mancata previsione della legittimazione non può privare il socio, che incidentalmente sia anche amministratore, dei diritti inerenti al suo status, in considerazione degli interessi sottesi al procedimento, che non sono di natura esclusivamente privatistica, ed inoltre per il fatto che i poteri di cui dispone il socio amministratore potrebbero non consentirgli un'azione efficace ai fini dell'eliminazione delle irregolarità (8).

Altra giurisprudenza ha invece ritenuto inammissibile il ricorso ex art. 2409 proposto dal socio - amministratore della società (9). A sostegno di tale interpretazione si adduce il principio per il quale nessuno può richiedere una misura cautelare o sanzionatoria contro se stesso per evidente difetto di interesse, principio che viene ritenuto applicabile nonostante le finalità anche pubblicistiche del procedimento ex art. 2409 ed il contrasto di interessi tra denunziante da una parte ed amministratori e sindaci dall'altra, e che la dissociazione dalla qualità di amministratore da quella di socio deve ritenersi necessariamente postulata dall'art. 2409, non solo per ragioni attinenti al principio processuale del contraddittorio tra le parti, ma anche per ragioni di ordine sostanziale attinenti al diverso "arsenale di mezzi di tutela" cui l'uno e l'altro possono attingere. Tale giurisprudenza richiama in particolare i poteri spettanti agli amministratori, nonché l'art. 2392 c.c.

Può sembrare strano - osserva un Autore in nota alla richiamata decisione del Tribunale di Livorno (10) - che un amministratore, con i poteri - doveri di cui è titolare, pensi di agire contro se stesso al fine di eliminare irregolarità e quindi evitare responsabilità. Infatti l'amministratore che abbia con diligenza adempiuto i propri doveri e provveduto a nonna dell'art. 2392 è esente da responsabilità; quindi una sua azione ex art. 2409 anche nei suoi confronti non appare giustificata, né necessaria. Solo qualora l'Amministratore, socio in minoranza nel consiglio, non sia riuscito ad impedire o ad eliminare le irregolarità, può agire in conformità ai criteri generali, esponendo la situazione al pubblico ministero, sollecitandone l'intervento ex art. 2409.

In tal caso infatti l'intervento del pubblico ministero sembra costituire una sorta di "extrema ratio", una volta esauriti tutti gli altri strumenti previsti dalla legge.

Va peraltro osservato che una parte della dottrina (11), in questo confortata anche da alcune pronunzie giurisprudenziali (12), ritiene che non sia necessaria la contemporanea imputabilità delle irregolarità ad amministratori e sindaci.

Tale posizione potrebbe giustificare, almeno sotto il profilo dell'interesse ad agire, l'iniziativa da parte di tutti (o alcuni) i componenti del collegio sindacale di fronte a gravi irregolarità nel comportamento dell'organo amministrativo, pur in presenza di un corretto comportamento dell'organo di controllo.

Si potrebbe dunque configurare una facoltà, ma non un obbligo, in capo al collegio sindacale di sollecitare il pubblico ministero ad intervenire ex art. 2409, qualora non si possa ottenere alcun risultato positivo concreto se non con la revoca degli amministratori da parte dell'autorità giudiziaria ed eventualmente sussistano gravi irregolarità anche nell'adempimento dei doveri da parte di alcuni sindaci (13).

Individuazione del corretto comportamento del collegio sindacale nella fattispecie considerata.

Se, come si è visto, il ricorso al pubblico ministero ex art. 2409 è per i componenti del collegio sindacale non un obbligo ma una facoltà, un aspetto assai delicato attiene all'individuazione dei criteri che i sindaci devono adottare per decidere se esercitare o meno tale facoltà.

Non si tratta di una decisione di poco momento, soprattutto in considerazione delle conseguenze che da tale scelta possono derivare. Il confine tra il corretto utilizzo dello strumento della denuncia al pubblico ministero ex art. 2409 e l'utilizzo abusivo del medesimo può essere difficile da tracciare.

Il collegio sindacale si trova spesso nella "imbarazzante" posizione di chi deve da un lato controllare l'osservanza delle disposizioni di legge per non incorrere in responsabilità personali, consentendo, dall'altro, il normale funzionamento della società.

Non va dimenticato infatti il "trauma" sulla vita della società che comunque l'esercizio di un'azione ex art. 2409 comporta (eventuale nomina di un ispettore giudiziale, quando non addirittura di un amministratore giudiziale): ogni eventuale abuso in tale direzione si potrebbe tradurre in un grave danno per la società, fino al paradosso di ottenere, come risultato di un intervento ex art. 2409 "inopportuno" rispetto alla situazione effettiva, gravi squilibri all'interno dell'impresa che potrebbero finire per compromettere proprio la corretta gestione della società, con un'evidente lesione di quello stesso interesse che l'art. 2409 vuole tutelare (14).

Note

- (1) Trib. Milano 7 luglio 1995, in Riv. doti. commercialisti, 1986, p. 152 ss.; Trib. Milano, 12 maggio 1994, in *Le società*, 1994, p. 1389; App. Milano, 14 febbraio 1994, ivi, 1994, p. 622; Trib. Napoli, 10 febbraio 1994, ivi, 1994, p. 1373; Trib. Milano, 20 gennaio 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 237 ss.; Trib. Verona, 17 dicembre 1993, in *Le società*, 1994, p. 662; Trib. Napoli, 14 luglio 1993, ivi, 1993, p. 1499 e in *Arch. civ.*, 1994, p. 152; App. Venezia, 2 aprile 1992, in *Giur. it.*, 1993, 1, 2, p. 134; Trib. Napoli, 23 marzo 1992, in *Le società*, 1992, p. 1097; App. Venezia, 19 marzo 1992, ivi, 1992, p. 1372; Trib. Milano, 9 aprile 1990, ivi, 1990, p. 1375 e in *Giur. comm.* 1992, II, p. 676 e in *Foro it.*, 1991, 1, c. 1262; Cass. 15 gennaio 1985, n. 50, in *Le società*, 1985, p. 488 e in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 751; Trib. Milano, 28 aprile 1988, in *Le società*, 1988, p. 1064; Trib. Milano, 21 dicembre 1987, ivi, 1988, p. 410; Trib. Napoli, 18 dicembre 1987, ivi, 1988, p. 409; Trib. Venezia, 11 dicembre 1987, ivi, 1988, p. 284; App. Bologna, 19 marzo 1987, ivi, 1987, p. 742; Trib. Padova, 24 dicembre 1986, ivi, 1987, p. 518; Trib. Milano, 18 settembre 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 822; Trib. Milano, 15 ottobre 1985, in *Le società*, 1986, p. 305 e in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 459; Trib. Vicenza, 21 settembre 1985, in *Le società*, 1986, p. 172; Trib. Napoli, 11 febbraio 1985, in *Foro it.*, 1985, 1, c. 1800; Trib. Roma, 19 novembre 1984, in *Le società*, 1985, p. 891; App. Milano, 14 ottobre 1983, ivi, 1984, p. 676; Trib. Milano, 6 giugno 1983, ivi, 1984, p. 52 e in *Foro it.*, 1984, I, c. 1122; Trib. Milano, 16 maggio 1983, in *Le società*, 1983, p. 1498; Trib. Roma, 14 luglio 1982, ivi, 1983, p. 12; Cass. 18 luglio 1973, n. 2113, in *Mori. Trib.*, 1974, 1, p. 7 e in *Riv. dir. comm.*, 1974, H, p. 127; App. Milano, 8 luglio 1960, in *Foro pad.*, 1960, 1, c. 860; App. Milano, 6 luglio 1959, ivi, 1960, 1, p. 830; App. Bologna, 3 giugno 1959, in *Dir. fall.*, 1959, H, p. 434 e in *Foro pad.*, 1960, 11, c. 212; Trib. Salemo, 2 luglio 1957, in *Foro nap.*, 1959, 1, c. 112; Trib. Parma, 2 maggio 1957, in *Temi*, 1957, p. 281; App. Milano, 26 ottobre 1956, in *Mon. trib.*, 1957, p. 220; App. Roma, 20 aprile 1956, in *Dir. fall.*, 1956, 11, p. 311; Cass. 30 luglio 1955, n. 2473, in *Foro it.*, 1956, 1, c. 356; App. Reggio Calabria, 10 aprile 1952, in *Riv. dir. comm.*, 1952, 11, p. 278.
- (2) Così D. PETTITI, *Sul procedimento di denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 278; ID, *Ancora sul procedimento dell'art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, p. 54 (ove l'autore attenua l'impostazione pubblicistica recepita nello scritto precedente); V: CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali* (art. 2409 c.c.), cit., p. 38; A. SMIROLDO BONGIORNO, *Rassegna delle principali questioni controverse in tema di controllo giudiziario delle società di capitali secondo l'art. 2409*, in *Dir. fall.*, 1957, 1, p. 226; C. GIANNATTASIO, *Ancora in tema di denuncia per gravi irregolarità degli amministratori e dei sindaci*, in *Foro pad.*, 1960, 1, c. 211; G. VISENTINI, *In tema di aziende di credito società per azioni, in Banca, borsa, tit. credito*, 1971, 1, p. 1; F. GALGANO, *Le società per azioni, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. GALGANO*, Padova, 1984, VII, p. 291; F. MARTORANO, *Ispezione delle società e consulenza tecnica*, in *Foro it.*, 1953, 1, c. 692; R. SCHEGGI, *L'art. 2409 c.c. e la sua duplice natura*, in *Foro nap.* 1957, 111, c. 35; R. PROVINCIALI, *Procedimenti ex art. 2409 c.c. e trasformazione di società di capitali in società di persone*, in *Dir. fall.*, 1973, 1, p. 39; V. PANNUCCIO, *Sulla sorte della deliberazione assembleare adottata nel corso del procedimento di controllo ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. it.*, 1953, 1, 2, p. 804; A. JANNACONE, *Il procedimento regolato dall'art. 2409 c.c.*, in *Le società*, 1984, p. 656; V. SALAFIA, *Potei! istruttori del tribunale*, in *Le società*, 1982, p. 659; R. RORDORF, *L'ispezione della società ex art. 2409 c.c.*, in *Le società*, 1985, p. 587; R. DABORMIDA, *Il controllo giudiziario negli enti di diritto speciale o soggetti a controllo di tipo pubblico: in particolare dell'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società sportive*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 447; in posizione intermedia tra la tesi pubblicistica e quella privatistica, si è detto che la norma tutela ora gli interessi pubblici ora gli interessi privati (o entrambi), a seconda della natura degli interessi concretamente offesi dalle gravi irregolarità commesse: G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, 1965, p. 163; ID, *Interessi tutelati e ordine di ispezione nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Foro pad.*, 1970, 1, c. 191; ID, *E controllo giudiziario, gli alti! controlli e l'interesse tutelato. Profili comparativi*, in *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società - Tavola Rotonda*, in *Le società*, 1990, p. 11771 ss. Nello

- stesso senso, sia pure evidenziando la finalità pubblica, G.A. RAFFAELLI, Il procedimento ex art. 2409 c.c. e la competenza arbitrale, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 11.
- (3) A. PATELLI, Operazioni gestionali in contrasto con l'interesse e l'oggetto della società, in *Le società*, 1993, p. 201 s. In G. DOMENICHINI, Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni, in *Trattato di diritto privato diretto* da P. Rescigno, *Impresa e lavoro*, Torino, 1985, II, p. 591, trovasi affermato che gli interessi tutelati - i quali coincidono con quelli alla cui soddisfazione è diretta la disciplina dell'attività di amministrazione nelle società di capitali - sono gli interessi dei soci e dei creditori sociali ad una ordinata (diligente) gestione dell'impresa sociale ed al rispetto delle regole poste dall'organizzazione. Ritiene superfluo ricercare quali siano gli interessi tutelati G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, Torino, 1985, p. 585, il quale pone l'accento sulla necessità di individuare quale sia la situazione cui la legge si riferisce parlando di gravi irregolarità. Che l'impostazione assolutamente privatistica sia errata quanto quella assolutamente pubblicistica, trovasi affermato da W. BIGIAVI, Ancora sulla nomina, senza richiesta, di un amministratore giudiziario della società per azioni ai sensi dell'art. 2409 c.c., in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 214; ID, Interesse sociale ed interesse pubblico, *ivi*, 1956, p. 711.
- (4) Trib. Milano, 6 giugno 1983, in *Le società*, 1984, p. 52 ss. e in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 102 ss.; App. Milano, 14 ottobre 1983, in *Le società*, 1984, p. 676 ss. Si veda da ultimo Trib. Milano, 7 luglio 1995, cit., che ha espressamente affermato che " il procedimento di cui all'art. 2409 ha una connotazione pubblicistica, essendo comprensivo dei valori che fanno capo ai soci, dipendenti, creditori e terzi in genere che vengono o possono venire in contatto con la società; ciò nondimeno esso non è altresì comprensivo degli interessi più generali dell'economia e del mercato: il procedimento infatti è diretto al ripristino dei controlli interni delle singole società e non può estendersi ad un sindacato sulla politica aziendale. Se si volesse affermare che il potere dell'Autorità Giudiziaria può essere esercitato quasi a tutela dell'ordine economico, sarebbe fondato il sospetto di illegittimità costituzionale dell'art. 2409 c.c. rispetto all'art. 41 della Costituzione". In altre occasioni i giudici milanesi hanno affermato che l'eventuale carenza di legittimazione attiva in capo ai soggetti denuncianti non costituisce vizio di improcedibilità della domanda di controllo giudiziario, qualora il pubblico ministero, interveniente obbligatorio nel relativo procedimento, ritenga di "far proprie" le istanze promosse ai sensi dell'art. 2409 (App. Milano, 19 ottobre 1993, in *Le società*, 1994, p. 54 ss., con nota di AMBROSINI).
- (5) Trib. Milano, 15 ottobre 1985, in *Le società*, 1986, p. 305 ss. e in *Giur. comm.*, 1986, 11, p. 459 ss.; Trib. Roma, 14 luglio 1982, in *Le società*, 1983, p. 12 s.
- (6) Trib. Livorno, 1° dicembre 1992, in *Le società*, 1993, p. 1354 ss., con nota di G.U. TEDESCHI.
- (7) Trib. Napoli, 25 febbraio 1991, in *Le società*, 1991, p. 1373 ss., con nota di LUBRANO.
- (8) Della stessa opinione PATELLI, La legittimazione del socio a proporre la denuncia, in *Le società*, 1990, p. 1193 ss.
- (9) Trib. Monza, 21 febbraio 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 222 ss. e in *Foro pad.*, 1990, I, c. 69 ss.
- (10) G.U. TEDESCHI, nota a Trib. Livorno, 1° dicembre 1992, cit., p. 1354.
- (11) V. CERAMI, Il controllo giudiziario sulle società di capitali, cit., p. 58; G.E. COLOMBO, Recensione a G.U. Tedeschi, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 238; COTTINO, voce *Società per azioni*, in *Novissimo Dig. it.*, XIVII, Torino, 1970, p. 642, nt. 4; G. DOMENICHINI, R controllo giudiziario, CIT., P. 595; B. FERRARO, *Delle società*, Padova, 1989, p. 235; A. CINKIEWICZ, *Le società - Casi e questioni*, 1990, Caso n. 124; R. RORDORF, L'irregolare amministrazione delle società, in *Le società*, 1990, p. 1204; SALAFIA, I presupposti del controllo giudiziario sulle società di capitali ex art. 2409 c.c., *ivi*, 1995, p. 1275.
- (12) Trib. Roma, 12 agosto 1978, in *Giur. comm.*, 1979, 11, p. 37 ss.; Trib. Torino, 15 settembre 1989, in *Le società*, 1990, p. 778 s.; App. Milano, 10 maggio 1994, in *Società e diritto*, 1994, p. 589 s.; App. Milano, 1° giugno 1994, in *Le società*, 1995, p. 523 s.
- (13) G.U. TEDESCHI, Il collegio sindacale, in *Il codice civile commentato diretto* da P. Schlesinger, Milano, 1992, sub. art. 2409, p. 229. Per un esplicito riferimento all'ipotesi di denuncia ex art. 2409, ultimo comma, da parte dell'organo di controllo si vedano in dottrina: A. MARCINKIEWICZ - A. PATELLI, Il controllo giudiziario delle società di capitali. Problemi soggettivi di applicabilità, Milano, 1996, p. 78, in tema di società unipersonale a responsabilità limitata; F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, Vol. I, I reati societari e bancari, VIIIa ed., Milano 1993, p. 213 ss. che configura in

capo al collegio sindacale un vero e proprio obbligo di denuncia ex art. 2409, qualora lo stesso abbia notizia dell'avvenuto compimento di un fatto delittuoso (nella specie l'illegale ripartizione di utili).

- (14) Va tuttavia sottolineato che una recente giurisprudenza (Trib. Milano, 7 luglio 1995, cit.), a fronte delle osservazioni sollevate dai convenuti circa le conseguenze inevitabilmente dannose che il controllo giudiziario avrebbe avuto per l'attività di impresa, connesse alla caduta pubblica di immagine e al disagio nella stessa compagine sociale, ha affermato che "Il danno per la società, intesa come punto di riferimento di interessi compositi e non semplicemente come ente costituito per il raggiungimento di un risultato economico immediato di singoli imprenditori, sarebbe certamente maggiore se si dovesse consentire agli organi di gestione e di controllo interni di perseverare in un comportamento gravemente contrario alle regole che presiedono alla correttezza dei rapporti societari".