UNIVERSITA' DEGLI STUDI ROMA TRE
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA
TULLIO ASCARELLI

DOTTORATO DI RICERCA IN "DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA"

DIRITTO COMMERCIALE

XXI CICLO

INTERESSE SOCIALE E INTERESSE DEI SOCI NEL CONTROLLO GIUDIZIARIO

Tutor ***Dottoranda***

Chiar.mo Prof. Giuseppe Terranova ***Regina Proietti***

Abstract

Il presente lavoro ha per oggetto l'analisi del procedimento di controllo giudiziario sotto il profilo della tutela della minoranze.

L'indagine muove dalla considerazione che la procedura di controllo giudiziario non è in grado di tutelare sempre efficacemente le minoranze azionarie. Ciò in quanto essa presenta, sia sotto il profilo strutturale che sotto quello applicativo, delle evidenti cause di inefficienza.

Quanto al primo dei profili richiamati, si tratta di una procedura inidonea ad incidere definitivamente sull'organizzazione societaria e nella quale, essendo attribuito un ruolo centrale all'assemblea, i soci di comando sono messi nella condizione di annullare con estrema facilità i risultati positivi del controllo.

Ed, infatti, da un lato, ove l'autorità giudiziaria convochi l'assemblea per l'adozione di un determinato provvedimento, necessario all'eliminazione delle gravi irregolarità, gli azionisti di maggioranza, potranno ignorare le indicazioni del tribunale e deliberare in maniera difforme alle stesse e, dall'altro, chiusa la procedura, non incidendo la stessa in modo definitivo sull'organizzazione societaria, la maggioranza assembleare potrà sempre restaurare la situazione di irregolarità preesistente al controllo.

Per quanto concerne il profilo applicativo, invece, l'inefficienza della procedura è determinata dalla circostanza che il controllo giudiziario offre esclusivamente una tutela "endosocietaria", laddove spesso "il pregiudizio e l'oppressione lamentata dai soci di minoranza non dipendono tanto dalla condotta dell'organo amministrativo, quanto dall'atteggiamento del socio di maggioranza"[1].

Se indiscusse sembrano le ragioni di inefficienza ora indicate, l'obiettivo del presente lavoro è quello di ricercare un'utile collocazione al procedimento di controllo giudiziario all'interno della più complessa disciplina prevista a protezione delle minoranza azionarie.

Una volta ripercorsa l'evoluzione storica dell'istituto del controllo giudiziario, il primo quesito che ci si porrà sarà quello di stabilire se tale procedimento tutela esclusivamente gli interessi delle minoranze ovvero anche interessi di carattere generale.

[1] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 122.

La questione, che com'è noto è stata oggetto negli anni '50 – '60 di intensi ed accesi dibattiti, incentrati prevalentemente sulla ricostruzione della norma in chiave pubblicistica o privatistica[2], sembra essere stata definitivamente risolta dal legislatore della riforma che, escludendo il pubblico ministero dai soggetti legittimati a proporre la denuncia[3] e introducendo il requisito del danno potenziale[4], sembra aver voluto effettuare una selezione degli interessi tutelabili *ex* articolo 2409, escludendo quelli pubblicistici e generali[5].

Dopo aver individuato gli interessi tutelati dalla procedura, si procederà all'esame del presupposto oggettivo della stessa: "le gravi irregolarità". Nella specie, l'attenzione sarà incentrata sulle novità introdotte dalla riforma del 2003 in materia di presupposto oggettivo, per verificare se esse comportano, rispetto alla normativa precedente, una modificazione dell'ambito di applicazione dell'istituto.

Una volta chiarita la nozione di "gravi irregolarità", l'indagine si sposterà sul versante degli effetti della procedura di controllo giudiziario e, evidenziate le cause di inefficienza del procedimento sopra indicate, il primo quesito che si affronterà sarà quello di stabilire se le minoranze azionarie possiedano degli strumenti di tutela idonei a paralizzare i tentativi del socio di comando di annullare gli effetti del controllo giudiziario.

---

[2] Parte della dottrina, come vedremo ampiamente nel prosieguo, individuava nella tutela degli azionisti di minoranza l'interesse primario al quale ricondurre l'interpretazione dell'articolo 2409; altri autori, invece, individuavano la finalità della norma in esame nella tutela del generale interesse alla corretta amministrazione. La questione, come rilevato dalla dottrina rappresentava "un semplice capitolo della più complessa tematica incentrata sull'interesse sociale, sui criteri per distinguerlo dagli interessi individuali dei soci e dall'interesse pubblico ad una corretta gestione delle imprese". E' per tale ragione che anche in questa sede l'esame muoverà dalla definizione dell'interesse sociale e dall'analisi delle contrapposte teorie istituzionalistiche e contrattualistiche. Per una recente formulazione delle due opposte concezioni, G. Oppo, *Le grandi opzioni della riforma*, cit., 14, secondo cui, peraltro, c'è del vero in entrambe le concezioni: "secondo la concezione contrattualistica l'interesse sociale è e resta interesse dei soci come parti del contratto di società: il contratto continua ad operare durante la vita della società ed esige il rispetto della causa contrattuale tra i diritti dei soci", mentre secondo la concezione istituzionalistica, "'interesse sociale è l'interesse "della società, dell'impresa, il contratto svolge essenzialmente la sua funzione, anche se non la esaurisce, nella costituzione della società. I soci fanno vivere, o lasciano vivere, l'impresa secondo il suo fine e la sua organizzazione , della quale sono una componente , diversamente qualificata a seconda della capacità di concorrere alla attività (imprenditori e risparmiatori)". Le due possibili prospettive riecheggiano anche nelle riflessioni di C. Angelici, *Introduzione alla riforma del diritto societario,* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, 1, cit., 7).

[3] In realtà tale eliminazione è stata prevista solo per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

[4] Alla luce dell'attuale formulazione dell'articolo in commento rilevano esclusivamente le irregolarità che sono, almeno in via potenziale, dannose per la società

[5] L'introduzione del danno potenziale, in particolare, risulta perfettamente conforme alla volontà del legislatore del 2003[5] di completare il procedimento volto all'eliminazione dal nostro ordinamento di ogni riferimento alla ricostruzione pubblicistica delle società per azioni, propria del periodo corporativo.

A tal fine si analizzeranno quelli che sono i rapporti tra gli azionisti all'interno della società. Si dimostrerà, in particolare, che, in quanto parti del contratto sociale, i soci sono obbligati ad eseguire il predetto contratto nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, principi che impongono di porre in essere tutti gli atti e le attività necessarie, al fine di salvaguardare l'interesse della controparte e, quindi, di consentire che il contratto realizzi appieno il programma economico che le parti hanno convenzionalmente stabilito.

Si proverà, poi, che il comportamento della maggioranza, volto a mantenere o ripristinare la situazione di irregolarità in spregio alle direttive dell'autorità giudiziaria, configura una violazione di tali principi e importa, conseguentemente, l'annullamento della deliberazione attraverso la quale i soci di maggioranza hanno disatteso alle direttive del tribunale.

Si dimostrerà, però, che l'impugnativa della delibera non è sempre sufficiente ad eliminare le gravi irregolarità, in quanto importa semplicemente la restaurazione della situazione antecedente all'adozione della deliberazione.

Se ciò è vero è pur vero che la dimostrazione, tramite l'accoglimento dell'impugnativa, del comportamento abusivo della maggioranza, aprirà alle minoranze un'ulteriore strada per tutelare le proprie ragioni. E difatti, i soci di minoranza potranno agire contro gli azionisti di comando per ottenere il risarcimento dei danni subiti.

La tutela risarcitoria è evidentemente una tutela di carattere residuale, ma in alcune ipotesi, appare essere la più idonea al soddisfacimento dei soci di minoranza, nella specie, se trattasi di soci-risparmiatori, il cui interesse primario non è quello di incidere sulla gestione della società, ma piuttosto quello di non perdere il proprio investimento.

Nella parte finale della tesi si analizzerà un ulteriore profilo del procedimento *ex* 2409, quello informativo.

Si vedrà come l'amministrazione giudiziaria e, più nello specifico, al suo interno, l'operato degli ispettori e, ove nominato, dell'amministratore giudiziario, garantisca ai soci di minoranza la conoscenza di fondamentali informazioni in ordine all'operato degli amministratori (e sindaci) nonché relativamente alla condotta degli azionisti di maggioranza.

Il patrimonio conoscitivo offerto dalle indagini interne alla procedura, è, per sua natura stabile e non deperibile "in quanto una volta acquisito, non può essere

disperso da chi ritorna ad amministrare la società: l'accertamento dei fatti continua a far prova - a favore o contro certi soggetti - in tutte le sedi nelle quali potrà essere utilizzato"[6].

Conseguentemente, si proporrà un uso del controllo giudiziario in via strumentale all'azione di responsabilità[7]. Appare, infatti, indiscusso che la principale difficoltà che i soci di minoranza si trovano ad affrontare, qualora decidano di agire contro gli amministratori, è quella di provare le violazioni commesse dagli stessi nonché il danno derivante dalle irregolarità. Ebbene, utilizzando il controllo giudiziario come procedura strumentale all'azione di responsabilità si potrebbero agevolmente superare le difficoltà che incontrano sul versante probatorio gli azionisti che vogliono esperire l'azione di responsabilità *ex* artt. 2393 e 2393-*bis*, cod. civ.

Ulteriore proposta, suggerita nel presente lavoro, è, poi, quella di creare un sistema nel quale il controllo giudiziario, alla stregua di strumento informativo, sia collegato anche ad azioni di risarcimento danni dirette nei confronti dei soci di maggioranza.

Del resto, un'apertura dell'ordinamento, nel senso di riconoscere la responsabilità delle violazioni commesse in ambito amministrativo in capo del soggetto che esercita un'influenza dominante sull'organo amministrativo, sembra esservi stata con l'introduzione, al I comma dell'articolo 2497 cod. civ., del principio secondo cui chi esercita attività di direzione e coordinamento è direttamente responsabile nei confronti dei soci delle società controllate per il pregiudizio arrecato alla redditività o al valore della loro partecipazione.

Tale principio si dimostrerà nel corso dell'indagine essere estendibile anche alle società indipendenti.

D'altronde, come rilevato dalla dottrina[8], "non deve meravigliare che il socio di minoranza - qualora le caratteristiche della fattispecie non gli consentano di fare ricorso a rimedi endosocietari – possa agire direttamente contro il socio di maggioranza, per lamentale le scorrettezze subite. Si deve considerare, infatti, che il predetto socio di minoranza se, per un verso, come membro di una collettività organizzata deve sottostare alle regole che governano il sodalizio, per altro verso – come contraente – è portato a considerare la partecipazione azionaria alla

[6] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 128.

[7] Ciò, come si vedrà,è espressamente previsto nell'ordinamento tedesco dall'art….

[8] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit. 133

stregua di un bene, di cui le altre parti del contratto debbono garantirgli la piena fruibilità, tramite l'adempimento di quei fondamentali doveri di correttezza e buona fede, che caratterizzano l'esecuzione di tutti i rapporti giuridici".

INTERESSE SOCIALE E INTERESSE DEI SOCI NEL CONTROLLO GIUDIZIARIO

INDICE

Premessa

1

Impostazione dei problemi da affrontare. 1

Capitolo 1. I precedenti legislativi. 5

1.1 Il sindacato governativo sulle società commerciali. 5
1.2 L'ufficio di Sindacato e gli Uffici Provinciali. 8
1.3 L'articolo 153 del codice di commercio. 12
1.4 Il controllo giudiziario tra codice di commercio e codice civile. 15

Capitolo 2. L'interesse sociale e gli interessi protetti dalla procedura di controllo giudiziario. 25

2.1 L'interesse sociale secondo le teorie istituzionalistiche e contrattualistiche. Sviluppi storici. 25
2.2. La concezione istituzionalistica dell'interesse sociale: dalle teorie sorte in Germania all'elaborazione della dottrina italiana. 27
2.3 Le teorie istituzionalistiche in Italia. 34
2.4 Le teorie contrattualistiche. 37
2.5 Le teorie contrattualistiche e il diritto di voto. 47
2.6 Le concenzioni più recenti. 52
2.7 Gli interessi protetti dalla procedura di controllo giudiziario. 57
2.8 L'orientamento della tutela diretta e prevalente dell'interesse generale ad una corretta amministrazione della società. 59
2.9 Segue: le critiche alla tesi della tutela prevalente dell'interesse generale alla corretta gestione della società. 66
2.10 L'orientamento della tutela diretta e prevalente dei soci di minoranza. 68
2.11 L'orientamento della tutela paritaria dell'interesse privatistico della minoranza e dei creditori sociali e dell'interesse generale

ad una corretta amministrazione della società. 75
2.12 La nuova formulazione dell'articolo 2409 e la tutela delle minoranze azionarie. 80

Capitolo 3. L'oggetto del controllo: le gravi irregolarità. 89

3.1. Il fondato sospetto di gravi irregolarità. 91
3.2 La violazione dei doveri degli amministratori. 95
3.3 Le irregolarità nell'amministrazione. 97
3.4 Gravi irregolarità e gestione della società. 100
3.5 Gravi irregolarità e danno. 105
3.6 Segue: danno alla società e danno ai soci. 107
3.7 Il danno e il procedimento di controllo giudiziario nei gruppi di società. 111
3.8 Il requisito dell'attualità. 117
3.9 Segue, la sospensione prevista dal III comma dell'articolo 2409 cod. civ. 120
3.10 L'irrilevanza dell'elemento psicologico. 126
3.11 Le gravi irregolarità nel codice civile e nelle leggi di settore. 129
3.12 Gravi irregolarità e inammissibilità di un controllo di merito. 134
3.13 "Gravi irregolarità" e "più gravi irregolarità". 136

Capitolo 4. Gli effetti del controllo giudiziario. 140
4.1 Le cause di inefficienza della procedura di controllo giudiziario. Il ristretto ambito di applicazione del procedimento **ex** 2409 cod. civ. 140
4.2 Le cause "strutturali" di inefficienza del controllo giudiziario. 148
4.3 Gli strumenti di tutela dei soci di minoranza contro comportamenti degli azionisti di maggioranza volti ad annullare i risultati della procedura di controllo giudiziario. 152

4.4 La figura generale di buona fede. La buona fede nell'esecuzione del contratto. Strumento di salvaguardia dell'interesse della controparte. 156

4.5 L'applicazione della clausola di buona fede in ambito societario. La posizione della giurisprudenza di legittimità. 161
4.6 Le posizioni della dottrina. 168
4.7 Le conseguenze della violazione del principio di correttezza e buona fede. 175
4.8 Le deliberazioni assembleari contrarie agli ordini dell'autorità giudiziaria come deliberazioni contrarie al principio di buona fede. 178
4.9 La funzione svolta a livello informativo dalla procedura di controllo giudiziario. 182
4.10 Controllo giudiziario come procedura strumentale all'azione di responsabilità *ex* articolo 2393 e 2393-*bis* cod. civ. 185
4.11 Controllo giudiziario come procedura strumentale ad azioni. di risarcimento danni esercitate nei confronti dei soci. 189
4.12 Un'ulteriore forma di tutela per i soci di minoranza: il possibile collegamento tra controllo giudiziario ed istituto del recesso. 196
4.13 *Governance* e controlli nell'ambito del piano di modernizzazione del governo societario predisposto dall'Unione Europea. Il Rapporto Winter. 199
4.14 L'ordinamento tedesco: la *Sonderprüfung*. 205
4.15 L'ordinamento francese: l'*expertise de gestion*. 206
4.16 L'ordinamento inglese. 210

Osservazioni conclusive 216

Premessa

Impostazione dei problemi da affrontare.

Tullio Ascarelli, nel 1934, osservava che "in un periodo di trasformazione del diritto, l'interprete non può rimanere estraneo al rinnovamento del sistema giuridico al quale, nel limite delle sue funzioni, può cooperare riconducendo a sistema le varie norme speciali, elaborando i nuovi principi generali; non deve d'altro canto dimenticare quelle esigenze di continuità e di certezza giuridica per cui ogni soluzione deve essere ricondotta nell'unità del sistema generale"[1].

Il monito dell'Autorevole studioso appare quanto mai attuale e incita ad affrontare il tema del controllo giudiziario nell'unità del sistema giuridico e in collegamento con gli altri strumenti previsti dall'ordinamento a tutela delle minoranze azionarie[2].

La presente indagine muove dalla considerazione che la procedura di controllo giudiziario non è in grado di tutelare sempre efficacemente le minoranze azionarie. Ciò in quanto essa presenta, sia sotto il profilo strutturale che sotto quello applicativo, delle evidenti cause di inefficienza.

Quanto al primo dei profili richiamati, si tratta di una procedura inidonea ad incidere definitivamente sull'organizzazione societaria e nella quale, essendo attribuito un ruolo centrale all'assemblea, i soci di comando sono messi nella condizione di annullare con estrema facilità i risultati positivi del controllo.

---

[1] T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale,* in *Riv. dir. comm*., 1934, I, 30.

[2] Analoghe riflessioni sono svolte da A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Hobbes et Leibniz et la dogmatique juridique*, Dalloz, Paris, 1966, 67, che precisa come ″il faut étudier l'évolution même du droit qui fixe le règles de son propre développement, élabore des principes et définit des orientations. Ces principe ces orientations, expressions et instruments de changementes précis, réspondent à desbesoins déterminés. Il ne saurait donc être question de les opposer pour soutenir que les uns ou les autres sont vrais ou faux. Ils concourent au contraire comme les divers interlocuteurs d'un dialogue et ce dialogue ne peut se comprende qu'en considérant ce que disent tous les interlocuteurs″.

Per quanto concerne il profilo applicativo, invece, l'inefficienza della procedura è determinata dalla circostanza che il controllo giudiziario offre esclusivamente una tutela "endosocietaria", laddove spesso "il pregiudizio e l'oppressione lamentata dai soci di minoranza non dipendono tanto dalla condotta dell'organo amministrativo, quanto dall'atteggiamento del socio di maggioranza"[3].

Se indiscusse sembrano le ragioni di inefficienza ora indicate, l'obiettivo del presente lavoro è quello di ricercare un'utile collocazione al procedimento di amministrazione giudiziaria all'interno della più complessa disciplina prevista a protezione delle minoranza azionarie.

Una volta ripercorsa l'evoluzione storica dell'istituto del controllo giudiziario, il primo quesito che ci si porrà è quello di stabilire se tale procedimento tutela esclusivamente gli interessi delle minoranze ovvero anche interessi di carattere generale[4].

La questione sembra essere stata definitivamente risolta dal legislatore della riforma che, escludendo il pubblico ministero dai soggetti legittimati a proporre la denuncia[5] e introducendo il requisito del danno potenziale[6],

---

[3] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBASESSA – G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007, 122.

[4] La questione dell'individuazione degli interessi tutelati dalla procedura di controllo giudiziario, come rilevato dalla dottrina ha da sempre rappresentato solo "un semplice capitolo della più complessa tematica incentrata sull'interesse sociale, sui criteri per distinguerlo dagli interessi individuali dei soci e dall'interesse pubblico ad una corretta gestione delle imprese". E' per tale ragione che anche in questa sede l'esame muoverà dalla definizione dell'interesse sociale e dall'analisi delle contrapposte teorie istituzionalistiche e contrattualistiche. Per una recente formulazione delle due opposte concezioni, G. Oppo, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Scritti giuridici*, vol. VII, Milano, 2003, 14, che sottolinea come "secondo la concezione contrattualistica l'interesse sociale è e resta interesse dei soci come parti del contratto di società: il contratto continua ad operare durante la vita della società ed esige il rispetto della causa contrattuale tra i diritti dei soci", mentre secondo la concezione istituzionalistica, "'interesse sociale è l'interesse "della società, dell'impresa, il contratto svolge essenzialmente la sua funzione, anche se non la esaurisce, nella costituzione della società. I soci fanno vivere, o lasciano vivere, l'impresa secondo il suo fine e la sua organizzazione , della quale sono una componente , diversamente qualificata a seconda della capacità di concorrere alla attività (imprenditori e risparmiatori)". Le due possibili prospettive riecheggiano anche nelle riflessioni di C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma del diritto societario,* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, 1, cit., 7).

[5] In realtà tale eliminazione è stata prevista solo per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

sembra aver voluto effettuare una selezione degli interessi tutelabili *ex* articolo 2409, escludendo quelli pubblicistici e generali[7].

Dopo aver chiarito che l'amministrazione giudiziaria è volta a garantire esclusivamente gli interessi delle minoranza azionarie, si procederà all'esame del presupposto oggettivo della procedura: "le gravi irregolarità". Nella specie l'attenzione sarà incentrata sulle novità introdotte dalla riforma del 2003, per verificare se esse comportono, rispetto alla normativa precedente, una modificazione dell'ambito di applicazione dell'istituto.

L'indagine si sposterà poi sul versante degli effetti della procedura di controllo giudiziario e, evidenziate le cause di inefficienza del procedimento sopra indicate, il primo quesito che si affronterà sarà quello di stabilire se le minoranze azionarie possiedano degli strumenti di tutela idonei a paralizzare i tentativi del socio di comando di annullare gli effetti del controllo giudiziario.

Il comportamento della maggioranza, volto a mantenere o ripristinare la situazione di irregolarità in spregio alle direttive dell'autorità giudiziaria, configura una violazione dei principi di buona fede e correttezza e, conseguentemente, importa l'annullabilità della deliberazione attraverso la quale i soci di maggioranza hanno disatteso alle direttive del tribunale e la possibilità per i soci di minoranza di richiedere il risarcimento dei danni subiti agli azionisti di comando.

La tutela risarcitoria, come si dirà più ampiamente nella trattazione, è evidentemente una tutela di carattere residuale, ma in alcune ipotesi, appare essere la più idonea al soddisfacimento degli interessi dei soci di minoranza, specialmente se trattasi di soci-risparmiatori, il cui obiettivo primario non è quello di incidere sulla gestione della società, ma piuttosto quello di non perdere il proprio investimento.

Nella parte finale della tesi si analizzerà un ulteriore profilo del procedimento *ex* 2409, quello informativo.

---

[6] Alla luce dell'attuale formulazione dell'articolo in commento rilevano esclusivamente le irregolarità che, almeno in via potenziale, arrecano un danno alla società. Il requisito del danno sarà analizzato nel corso dell'indagine.

[7] L'introduzione del danno potenziale, oltretutto, risulta perfettamente conforme alla volontà del legislatore del 2003 di completare il procedimento volto all'eliminazione dal nostro ordinamento di ogni riferimento alla ricostruzione pubblicistica delle società per azioni, propria del periodo corporativo.

Si vedrà come l'amministrazione giudiziaria garantisca ai soci di minoranza la conoscenza di fondamentali informazioni in ordine all'operato degli amministratori (e sindaci) nonché relativamente alla condotta degli azionisti di maggioranza.

Conseguentemente, si proporrà di sfruttare il patrimonio conoscitivo offerto dalle indagini interne alla procedura attraverso un uso del controllo giudiziario in chiave strumentale all'azione di responsabilità[8]. Appare, infatti, indiscusso che la principale difficoltà che i soci di minoranza si trovano ad affrontare, qualora decidano di agire contro gli amministratori, è quella di provare le violazioni commesse dagli stessi nonché il danno derivante dalle irregolarità.

Ulteriore proposta, formulata nel presente lavoro, è, poi, quella di individuare un sistema nel quale il controllo giudiziario, alla stregua di strumento informativo, sia collegato anche ad azioni di risarcimento danni dirette nei confronti dei soci di maggioranza.

Del resto, come rilevato dalla dottrina[9], "non deve meravigliare che il socio di minoranza - qualora le caratteristiche della fattispecie non gli consentano di fare ricorso a rimedi endosocietari – possa agire direttamente contro il socio di maggioranza, per lamentare le scorrettezze subite. Si deve considerare, infatti, che il predetto socio di minoranza se, per un verso, come membro di una collettività organizzata deve sottostare alle regole che governano il sodalizio, per altro verso – come contraente – è portato a considerare la partecipazione azionaria alla stregua di un bene, di cui le altre parti del contratto debbono garantirgli la piena fruibilità, tramite l'adempimento di quei fondamentali doveri di correttezza e buona fede, che caratterizzano l'esecuzione di tutti i rapporti giuridici".

[8] Ciò, come si vedrà, è espressamente previsto nell'ordinamento tedesco, dal § 147 dell'*Aktiengesetz*.

[9] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit. 133

Capitolo I
I precedenti legislativi

1.1. Il sindacato governativo sulle società commerciali.

Il problema del controllo giudiziario, "prima ancora di essere un problema di diritto positivo, è, naturalmente, un problema di ordine economico e di politica legislativa. Come tale, esso riflette le condizioni economiche e politiche del tempo in cui si pone"[10]. Pertanto, per comprendere il ruolo che l'istituto del controllo ha assunto (e potrebbe assumere) nel nostro ordinamento, appare utile ripercorrere l'evoluzione storica della procedura *ex* 2409 cod. civ. nonché analizzare i precedenti legislativi sui quali la stessa si fonda.[11]

La ricostruzione non può che muovere dall'introduzione nel nostro ordinamento, con il decreto 11 agosto 1863, n.1418, del principio della vigilanza governativa sulle società anonime e sulle accomandite che emettevano azioni al portatore, in base al quale tali società potevano costituirsi solo a seguito di autorizzazione da parte del governo[12].

---

[10] V. CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, 9, il quale sottolinea, ulteriomente, come "il controllo era attenuato al tempo in cui dominava la concezione liberale: gli interessi della società erano considerati prevalentemente come interessi privati. E' divenuto invece intenso e profondo con la vigente legislazione, nella quale la concezione pubblicistica sembra abbia preso il sopravvento, nel senso che con l'interesse privato concorra sempre più quello pubblico: gli interessi della società sono intesi come interessi anche dello Stato".

11 Sulla ricostruzione storica dell'istituto, F. BELLI – A SCIALOJA, *Vocazioni interventiste. Miti ed ideologie del liberismo all'indomani dell'unificazione nazionale: il controllo delle società commerciali e degli istituti di credito nell'esperienza del sindacato governativo (1866-1869),* Bologna, 1978, 11; V. CERAMI, *op. loc. cit*.; P. VERRUCOLI, *Esperienze comparatistiche in tema di controlli interni ed esterni sulle società per azioni, con particolare riguardo ai paesi CEE*, in AA. VV., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972, 61; G. CASTELLINI, *Il procedimento* ex *articolo 2409 cod. civ*., Relazione all'incontro di studi sul tema "*Controversie societarie e nuovi rapporti fra banca e cliente*", tenutosi a Ostia Lido (Roma), 19-21 ottobre 1995, in *Quaderni C.S.M*., n. 94, 1997; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008, 7. Quanto alla *ratio* della formulazione originaria dell'articolo 2409, si veda anche C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo sulle società di capitali*, Padova, 2008,1.

[12] Il principio dell'ingerenza statale nella costituzione delle società per azioni mediante autorizzazione preventiva si trova per la prima volta enunciato nel codice di commercio francese del 1808. In seguito, "esportato" dall'ordinamento francese, viene applicato nella maggior parte degli stati pre-unitari e, dopo l'unificazione, nello stato italiano. Per completezza, occorre osservare come da sempre il principio del

Le condizioni per ottenere l'autorizzazione erano disciplinate dal regio decreto 12 febbraio 1863, n. 2157[13], nel quale si precisava che "il sistema di vigilanza sulle società è stato previsto a tutela degli azionisti, delle regie finanze e dei terzi" e si disponeva che il predetto sistema fosse attuato da commissari nominati con decreto reale[14].

Quest'ultimi – i cui poteri erano specificatamente disciplinati dal regio decreto 30 dicembre 1865, n. 2727[15] – avevono il compito di controllare il rispetto da parte delle società delle leggi dello Stato e dello Statuto speciale delle società[16].

---

controllo governativo è stato oggetto di vivaci dibattiti, che coinvolsero, sino alle soglie della codificazione del 1882, gran parte della dottrina commecialistica italiana. L'orientamento prevalente, prendendo come esempio il modello societario inglese, auspicava la liberalizzazione delle società, rilevando come il sistema dell'autorizzazione fosse illiberale, antieconomico nonché incapace di eliminare quei fenomeni patologici ai quali avrebbe dovuto porre rimedio. Sul punto, cfr. G. MONTANELLI, *Ragionamento intorno alle società commerciali*, (1846), in *Annali delle Università toscane*, Pisa, 1846, 239; F. BELLI – SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 18, i quali, con riferimento alla tesi della liberalizzazione, osservano come le posizioni assunte dai fautori di tale teoria, "pur non prescindendo in modo assoluto da considerazioni di carattere specificatamente tecnico, appaiono legate ad una visione tutta ideologica delle teorie liberistiche. Solo più tardi la libertà di associazione fu difesa con argomentazioni dettate da più concrete esigenze; l'autorizzazione fu vista soprattutto come un intralcio all'organizzazione delle formazioni produttive ed i pericoli della speculazione, cui il controllo pubblico avrebbe dovuto porre rimedio, non saranno più considerati patologici, bensì alla stregua di un momento inevitabile del sorgere e dello svilupparsi di nuove strutture economiche".

[13] Il decreto n. 2157 dettava norme specifiche anche con riferimento al valore nominale delle azioni e delle obbligazioni e all'ammontare del capitale sociale e dei dividendi.

[14] In proposito, P. VERRUCOLI, *Esperienze comparatistiche in tema di controlli interni ed esterni sulle società per azioni, con particolare riguardo ai paesi della CEE,* cit., 61, osserva come "il principio del controllo sul funzionamento delle società per azioni si presenta come una proiezione nel tempo dell'ordine privatistico del sistema della concessione del potere centrale ai gruppi di potersi costituire e agire unitariamente in un ente dotato di persona giuridica". In questo senso, anche L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, vol. IV, *Società per azioni*, Padova, 1957, 433.

[15] L'articolo 4 del decreto 2727 prevedeva che "le società per le quali è prescritta la vigilanza governativa, sono dal giorno in cui l'hanno ottenuta, vigilate dal Governo per mezzo degli Uffici commissariali del Distretto dove hanno la loro sede principale e stabilimenti succursali, e concorreranno nelle spese commissariali in proporzione della loro importanza. Alla stessa vigilanza sono altresì sottoposte le società in accomandita con azioni nominative che legalmente esistevano prima dell'approvazione del codice di commercio".

Il decreto in questione, inoltre, estendeva il controllo anche alle accomandite con azioni nominative, presistenti all'entrata del codice di commercio.

[16] Figure analoghe ai Commissari erano previste nella maggior parte degli ordinamenti europei nei quali, al pari che in Italia, era forte la vigilanza dello Stato sulle società. Raramente il controllo sulla gestione era affidato ad un organo interno all'organizzazione societaria. In questo senso si era, ad esempio, orientato l'ordinamento olandese nel quale, a partire dal XVII secolo, si ammise la costituzione nella prassi statutaria di un organo di controllo intero, costituito da un collegio di azionisti con una "*mission de surveillance*

Più nel dettaglio, l'articolo 7 del sopraccitato decreto li qualificava come "gli immediati rappresentanti del Governo presso le società stesse" e, il successivo articolo 8 attribuiva loro la facoltà di assistere alle assemblee generali delle società nonché, nei casi nei quali ritenessero che le deliberazioni assembleari fossero contrarie alla legge, allo statuto sociale ovvero alle disposizioni governative, l'onere di invitare le società a sospendere immediatamente l'esecuzione, riferendone prontamente al Ministero.

L'articolo 9 del regio decreto n. 2727 prescriveva, poi, che il Commissario, laddove avesse ricevuto lagnanze di azionisti, associati o assicurati, regolarmente firmate dagli interessati, in ordine alla gestione della società (ovvero avesse seri dubbi intorno alla gestione sociale), avrebbe dovuto convocare il Consiglio di Amministrazione ed intervenire all'adunanza per esaminare se tali lamentele fosseto fondate, riferendone in caso affermativo al Ministero, il quale se lo avesse reputato necessario, avrebbe dovuto convocare l'assemblea generale degli obbligazionisti e fissare l'ordine del giorno; "riservato in ogni caso il diritto ai reclamanti di garantire i loro interessi per la via dei tribunali".

Da un'analisi storica risulta che il controllo governativo così strutturato non ebbe risultati particolarmente soddisfacenti.

Il sistema, infatti, appariva incompleto e disorganico. Innanzitutto, considerato che il regime autorizzativo "era rimasto in buona parte lettera morta"[17], era facile per le società sfuggire al controllo dei Commissari.

Inoltre, in alcuni settori specifici come, ad esempio, quello delle ferrovie, posto che ai Commissari nominati dal Ministero delle Finanze si andarono affiancando altri Commissari, nominati direttamente dal Governo o da altri Ministeri, senza che fossero distinti i compiti degli uni dagli altri, non era chiaro quale fosse l'ambito di applicazione del controllo dell'Ufficio commissariale[18].

---

proprement dite et de fonction d'administration". Così descrive la funzione del collegio P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leurs administration en droit comparé*, Bruxelles,1960,241.

[17] F. BELLI – SCIALOJA, *Vocazioni interventiste,* cit., 12.

[18] F. BELLI – SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., i quali rilevano come addirittura "in alcuni casi si avevano società controllate da "indefinibili" commissari azionisti, non dipendenti da alcun ministero né

1.2 L'ufficio di Sindacato e gli Uffici Provinciali.

Successivamente, con il regio decreto 27 maggio 1866, n. 2966, il controllo sulle società venne affidato all'Ufficio di Sindacato, costituito presso il Ministero delle Finanze[19] e composto da un Censore centrale, un Ispettore generale, undici Ispettori e altri Ufficiali delegati locali[20].

L'Ufficio di Sindacato aveva ampi poteri come, ad esempio, quello di esaminare i bilanci delle società, quello di convocare le assemblee generali ed, ancora, quello di sospendere l'esecuzione delle delibere assembleari contrarie alla legge, alle norme o agli interessi dello Stato[21].

Relativamente a questi compiti, il Censore centrale aveva l'obbligo di redigere annualmente una relazione da presentare al Ministero delle Finanze, nella quale erano indicate le condizioni economiche e finanziarie delle società controllate[22].

---

formalmente investiti da alcuna autorità: per non parlare di quelle società che sistematicamente rifutavano di contribuire alle spese di vigilanza, come previsto dalla legge, o che addirittura riuscivano a sottrarsi completamente ad ogni forma di controllo".

[19] In seguito trasferito, con il decreto 4 novembre 1966, n. 3311, alle dipendenze del Ministero dell'Agricoltura, dell'Industria e del Commercio. Sul punto, F. BELLI – SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 13, che rilevano come, nel breve periodo nel quale gli uffici del Sindacato furono alle dipendenze del Ministero delle finanze, il settore delle banche popolari – settore all'epoca importantissimo – rimase privo di ogni controllo governativo, poiché il Ministero dell'Agricoltura e dell'Industria dal quale dipendeva, si trovò privato degli strumenti di attuazione del controllo.

[20] L'articolo 4 del decreto indicava nel dettaglio le competenze del Censore, dell'Ispettore Generale e degli altri soggetti incaricati del controllo. Per un'analisi più dettagliata, si veda F. BELLI, *Alle origini delle istituzioni capitalistiche in Italia, Il Sindacato governativo sulle società commerciali e gli istituti di credito (1866-1869),* in *Riv. trim. dir. pub.*, 1972, 1517.

[21] In realtà, i compiti del Sindacato andavano ben oltre il controllo ispettivo sulle società anonime e sulle società in accomandita per azioni. Infatti, il Sindacato aveva altresì compiti di vigilanza sugli istituti di credito ed, in particolare, sulle cd, "banche di circolazione" e, cioè, su quegli istituti aventi facoltà di emettere titoli fiduciari. Per una più ampia analisi di questo ulteriore compito affidato al Sindacato, si veda F. BELLI – SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 15.

[22] Per un esempio delle relazioni si veda AA. VV., *Il sindacato governativo*, cit., 34, nel quale sono presenti alcune delle prime relazioni del censore Carlo Di Cesare. Particolarmente interessante la ricostruzione, che emerge dalle sue relazioni, sullo stato nell'economia dell'Italia post-unitaria. Il governo, egli afferma, "può e deve ingerirsi nelle cose economiche fino al punto che la sua ingerenza non inceppi il libero movimento della produzione, del lavoro, dei capitali e dell'industria; e soprattutto quando la sua benefica azione cerca di allontanare le perturbazioni che l'interesse privato malinteso suol cagionare; quando i vantaggi isolati

Il passaggio dall'Ufficio commissariale al Sindacato non è stato casuale e sembra potersi spiegare considerando la situazione economica nella quale si trovò l'Italia in quel periodo. Difatti, il 1866 fu un anno cruciale per la nostra economia, caratterizzato dall'insufficienza del gettito fiscale, da una forte espansione dell'indebitamento e dal conseguente ricorso a provvedimenti eccezionali come, ad esempio, la vendita dei beni del patrimonio pubblico[23].

"In questo contesto l'istituto del sindacato governativo può essere interpretato come la risposta istituzionale al problema di fondo costituito dal complesso rapporto tra libertà economica ed interesse pubblico"[24].

Numerose furono le critiche che colpirono l'istituto in esame. All'inizio, venne addirittura messa in discussione "la stessa costituzionalità del

---

osteggiano il benessere universale e le più utili istituzioni; quando l'interesse dei pochi cerca di danneggiare gli interessi de' molti. Per ingerenza governativa adunque noi intendiamo quell'azione giusta, senata, efficace del governo nel promuovere il bene, nel rimuovere gli ostacoli che si oppongono all'andamento economico generale, nel soccorrere con leggi opportune l'utile impiego delle forze sociali, nel cooperare con tutt'i mezzi che sono in suo potere al vantaggio della pubblica fortuna".

[23] Il periodo si caratterizza anche per un forte ricorso agli investimenti esteri. In proposito F. BELLI – SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 2. Si veda altresì A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 11.

[24] Così A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 12. Cfr. F. BELLI – SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 3 i quali rilevano come "il Sindacato sulle società commerciali e gli Istituti di credito, la cui istituzione segue dappresso l'introduzione del corso forzoso dei biglietti della Banca di Napoli, sembra invece rappresentare l'unico organismo istituzionale modellato sulla nuova realtà economica, alla quale si intrecciano gli intenti di razionalizzazione di determinati strumenti tecnico-giuridici previsti dal codice di commercio".

Gli Autori sopra citati sottolineano anche il nesso tra l'introduzione del corso forzoso e quella del Sindacato, nesso che, oltretutto, va al di là degli aspetti meramente formali (il decreto che prevedette il corso forzoso dei biglietti della Banca Nazionale e quello che istituì il Sindacato sono sostanzialmente coevi e trovano entrambi giustificazione nella grave crisi che stava attraversando l'Italia). Ed, infatti, "il decreto sul corso forzoso può essere letto alla stregua di una prima regolamentazione creditizia solo alla luce di quelle norme che, attraverso la vigilanza governativa, disciplinavano l'attività delle banche di emissione e che costituiscono il nucleo centrale del decreto istitutivo del Sindacato".

Si veda altresì la dettagliata ricostruzione dell'istituto del Sindacato fatta, più recentemente, da V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 16, il quale osserva come l'istituto in esame risentisse del carattere pubblico proprio dell'origini dell'organismo societario e come si basasse su una concezione dell'interesse sociale inteso come interesse superiore nel quale gli interessi dei soci e gli altri interessi collegati alla società si annullano. Ciò sembra, secondo l'Autore, spiegare perché i poteri dei soci fossero un poco in ombra e perché la questione della protezione delle minoranze azionarie fosse praticamente ignorata. Solo con la successiva istituzione degli Uffici Provinciali sembra presa in considerazione anche la problematica della tutela dei soci di minoranza.

Sindacato, in quanto, si disse, essersi così creata "una nuova autorità di cui né il codice né le leggi speciali facevano menzione"[25].

La maggioranza della dottrina, favorevole all'affermazione del principio liberistico, sosteneva, poi, l'antieconomicità del sistema di controllo governativo e affermava come, al più, un simile controllo dovesse essere attribuito alle Camere di Commercio[26].

Il dibattito che caratterizzò l'esperienza del Sindacato si incentrò, quindi, sulla ricerca di soluzioni alternative al controllo governativo e, nella specie, sulla possibilità di introdurre al posto del sistema in commento un controllo di carattere giudiziario[27].

Con riferimento a quest'eventualità, si sottolineò, innanzitutto, la difficoltà per l'autorità giudiziaria di vigilare sulle infrazioni agli statuti sociali da parte degli amministratori, "che sfuggono anche agli azionisti" e, in secondo luogo, il danno comunque sofferto dai soci e dagli obbligazionisti in caso di condanna degli amministratori.

In un clima di generale ostilità si giunse così al decreto 5 settembre 1969, n. 5256, con il quale gli Uffici del Sindacato[28] vennero soppressi e sostituiti dagli Uffici Provinciali[29], composti, sulla base del modello inglese[30], dal Prefetto e da due membri eletti dalla Camera di Commercio

---

[25] Così, P. MANFRIN, *L'ordinamento delle società in Italia*, Padova, 1875, 23.

[26] Per un'analisi dettagliata si veda F. BELLI – A.SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 22. In contrapposizione alla posizione interpretativa ora esposta, si schieravano coloro i quali ritenevano che il controllo governativo rappresentasse l'unica garanzia per lo sviluppo delle società, anche in ragione della tutela che tale strumento offriva al pubblico dei risparmiatori. Cfr. C. DE CESARE, *Il sindacato*, cit., 32.

[27] A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 15.

[28] Con riferimento all'Ufficio del Sindacato, appare utile osservare come parte della dottrina ritenga assimilabile il ruolo di tale ufficio a quello attualmente rivestito dalla Consob rispetto alle società quotata. Ciò in quanto il controllo sulle società "si estrinsecò in un monitoraggio delle stesse in un ottica di valutazione della consistenza patrimoniale, per tutelare gli azionisti che confidano i loro risparmi a un ente anonimo, per seguire il movimento dei grandi capitali che governano il mercato, per sicurtà dei terzi che contrattano con le Compagnie anonime, per conseguire infine quell'incremento dell'agricoltura, delle arti e del commercio, senza il cui fine di pubblico interesse non sarebbe giustificata la finzione del diritto civile che conferisce una personalità a quelle Società e Corpi morali", così A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario* , cit., 16, che riprende le valutazioni sul Sindacato di C. De Cesare.

[29] V. CERAMI, *Il controllo*, cit.,16, osserva come "abolire la sorveglianza governativa voleva dire, però, affidare agli stessi interessati la tutela dell'interesse pubblico connesso al regolare funzionamento della società (la costituzione delle quali continuava ad essere soggetta alla autorizzazione governativa), nonché esporre alla mercè della maggioranza gli interessi dei soci di minoranza". E' per ovviare questo pericolo, secondo l'Autore, che è stata prevista l'istituzione dell'Ufficio Provinciale.

Con l'introduzione di questi nuovi organi, il sistema di controllo sulle società subì delle rilevanti modifiche. Ed, infatti, il controllo e le ispezioni delle società da parte degli Uffici Provinciali vennero ammessi solo a seguito di espresso reclamo da parte dei soci della società.

Più nel dettaglio, l'articolo 4 del decreto n. 5256, prevedeva che gli azionisti rappresentanti almeno 1/10 del capitale sociale potevono proporre reclamo all'Ufficio Provinciale per richiedere l'ispezione della società laddove: "siansi fatte operazioni contrarie allo statuto sociale"; ovvero "siasi violato il codice di commercio in qualche sua disposizione"; o, infine, "i resoconti o i prospetti pubblicati siano inesatti"[31].

L'Ufficio Provinciale, se riteneva "bastevolmente fondata" la richiesta[32], doveva procedere all'ispezione che si concludeva con un rapporto, il quale veniva comunicato ai reclamanti, al Ministero e alla società[33].

In base ai risultati dell'ispezione, poi, l'Ufficio Provinciale poteva dare "disposizioni" per l'eliminazione delle accertate irregolarità.

Il sistema di controllo ora esaminato si dimostrò poco adatto allo scopo per il quale era stato introdotto ed ebbe nella pratica una scarsa applicazione.

Ciò, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, perché gli azionisti di minoranza, non avendo modo di conoscere il reale andamento della società, difficilmente erano in grado di proporre un reclamo sufficientemente fondato.

In secondo luogo, perché i provvedimenti che potevano essere adottati dall'Ufficio Provinciale "ben difficilmente avrebbero potuto eliminare le accertate irregolarità, non foss'altro che per timore di invadere il campo

---

[30] Gli articoli LVI-LX del *Companies Act* del 1962 (che riprendevano gli articoli XLVIII-LII del *Companies Act* del 1857 prevedevano che gli azionisti, rappresentanti il quinto del capitale sociale, potevano chiedere al *Board of Trade* (l'Ufficio del Commercio) l'ispezione della società, quando gli *auditores* non avessero curato gli interessi sociali. Il *Board of Trade*, qualora riteneva fondata la richiesta, nominava uno o più inspectores per procedere al controllo. Le risultanze dell'inchiesta potevano essere utilizzate come prova nelle procedure giudiziarie previste dal *Companies Act*.
Critico all'adozione del modello inglese C. DE CESARE, *Il sindacato*, cit., 41.

[31] Così era previsto dal menzionato articolo 4 del decreto n. 5256.

[32] Articolo 5 del decreto in commento.

[33] L'articolo 6 del decreto n. 5256 del 1869 specificava che le disposizioni impartite in conseguenza dell'ispezione non pregiudicavano l'esercizio delle azioni private davanti ai Tribunali competenti.

riservato all'autorità giudiziaria, la sola competente a decidere sulla eventuale lesione di diritti conseguente alla irregolare amministrazione"[34].

Nonostante ciò, la previsione del reclamo all'Ufficio Provinciale rappresenta un momento fondamentale nell'evoluzione della disciplina dei controlli sulle società, giacché, per un verso, nella disciplina dell'istituto in esame si ritrovano elementi propri dell'attuale controllo giudiziario[35] e, per altro verso, con l'introduzione del reclamo – sebbene permaneva il principio dell'autorizzazione governativa – si attenuò l'ingerenza governativa nella gestione delle società[36].

1.3 L'articolo 153 del codice di commercio.

Contestualmente all'emanazione del decreto n. 5256, iniziò il processo riformatore del codice di commercio che approdò nel regio decreto 31 ottobre 1882[37] e che segnò il trionfo dei principi del liberismo economico[38].

Con il nuovo codice di commercio, infatti, vennero abolite l'autorizzazione governativa per la costituzione delle società[39] e la sorveglianza sulla gestione sociale da parte del Governo.

---

[34] V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 18, il quale specifica altresì come il reclamo non tendesse ad ottenere la riparazione di diritti eventualmente lesi dalla maggioranza, giacché a tal fine i soci di minoranza potevano rivolgersi solo all'autorità giudiziaria. Il reclamo, secondo l'Autore, costituiva, invece, un modo per eccitare l'intervento della pubblica autorità nella vita interna dell'organizzazione sociale, al fine di controllare se le operazioni di gestione fossero state eseguite nel rispetto della legge e dello statuto sociale. Cfr. anche F. BELLI – A. SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 26.

[35] In tal senso, A. PRINCIPE, *op. loc. cit*., la quale, commentando la disciplina dell'Ufficio Provinciale, osserva come "queste norme rappresentano il nucleo centrale sul quale poi verrà modellato il controllo giudiziario sulle società per azioni: il quorum di 1/10 del capitale sociale, la fondatezza del reclamo, l'enunciazione del tipo di violazioni costituiscono gli elementi cardine sui quali si fonderà il controllo". Analogamente, V. CERAMI, *op. loc. cit*.

[36] Così F. BELLI – A. SCIALOJA, *Vocazioni interventiste*, cit., 35, n. 65; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 18.

[37] Sulla ricostruzione dell'*iter* che ha portato alla redazione del nuovo codice di commercio, A. ASQUINI, *Dal Codice di Commercio del 1965 al libro del lavoro del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm*., 1967, 1; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano,* Bari, 2000, 242; A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in AA. VV., 1882-1982, *Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984, 109.

[38] Sul punto, V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 19 osserva come "la tendenza […] a sottrarre ad ogni ingerenza del potere esecutivo le società azionarie, si affermava decisamente con il codice di commercio dl 1882".

Il dibattito preparatorio oltre che sull'accentuazione dei summenzionati principi liberistici, si incentrò sull'esigenza di individuare un punto di equilibrio tra i molteplici interessi sottesi al governo societario[40] e, in specie, tra l'interesse di chi gestisce la società ad agire e decidere liberamente e quello dei soci, anche *uti singuli*, a verificare l'operato degli organi di gestione[41].

In quest'ottica, da un lato, si ribadì il principio che l'azione di responsabilità contro gli amministratori competesse all'assemblea e, dall'altro, si disciplinò un sistema di controlli sulla gestione.

Innanzitutto, venne, per la prima volta, previsto un organo di controllo interno alla società, il collegio sindacale.

Secondariamente, considerato che il collegio sindacale essendo nominato dall'assemblea sarebbe stato, nella generalità delle ipotesi, espressione della maggioranza assembleare, per tutelare le minoranza azionarie contro i comportamenti abusivi dei soci di maggioranza, venne, altresì, introdotto all'articolo 153 del codice di commercio una sorta di controllo sui

---

[39] La costituzione delle società, a seguito dell'entrata in vigore del codice di commercio, era subordinata esclusivamente al sindacato di mera legittimità dell'autorità giudiziaria, consistente nell'esame della regolarità formale degli atti e dei documenti e della conformità del contenuto di questi alle norme inderogabili di legge.

[40] In proposito, particolarmente significativa l'opinione espressa da Matteo Pescatore, ricostruita da G. COTTINO – G. MINERVINI , *La società per azioni a cento anni dal codice di commercio*, in *I cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984, 113 e da A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio*, cit., 24, e riportata da A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 20, n. 37. Matteo Pescatore osserva come se, per un verso, è da approvare il principio per cui è necessario lasciare all'esecutivo un largo margine di potere poiché senza di ciò le società non riescono ad emergere, dall'altro, non è opportuno disciplinare l'organizzazione societaria come se l'assemblea fosse in grado, concretamente, di controbilanciare il potere dell'esecutivo. Ciò, in quanto quella che si crea a livello assembleare è "una democrazia apparente" poiché "non esiste sotto la volta del cielo una razza più pecorile che la razza degli azionisti di compagnie anonime".

E ancora, Pescatore, riferendosi agli azionisti, afferma "questa plebe non è molto dissimile dall'antica plebe romana che costituiva la clientela dei patrizi. E' facile comprenderlo. Essi dipendono da una richiesta da una preghiera di coloro che tutto possono ciò che vogliono nel maneggio sociale".

Cfr. A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 19, la quale osserva come il dibattito preparatorio al codice di commercio creò le premesse per costruire un corretto gioco di rapporti all'interno della organizzazione societaria per evitare gli abusi da parte dell'organo amministrativo (e della maggioranza assembleare allo stesso collegata), abusi che si erano evidenziati proprio grazie al sindacato governativo.

[41] V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 20 che specifica come nel periodo in esame si faceva strada il concetto che ogni azionista è portatore di un proprio particolare interesse, concorrente con quello degli altri soci alla determinazione dell'interesse comune, inteso questo come interesse sociale.

controllori, "una specie di valvola di sicurezza da far entrare prontamente in azione in caso di inefficienza del normale organo di controllo"[42].

L'articolo ora menzionato prevedeva che "qualora siavi fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci, i soci rappresentanti l'ottava parte del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale di commercio [...]. Il Tribunale sentiti in camera di consiglio gli amministratori ed i sindaci[43], ove riconosca l'urgenza di provvedere prima della riunione dell'assemblea generale, può ordinare con decreto l'ispezione dei libri della società e nominare a tal uopo uno o più commissari a spese dei richiedenti, determinando la cauzione da darsi per le spese. L'ispezione non ha luogo finché i richiedenti non abbiano dato tale cauzione. La relazione dei commissari deve essere depositata presso la cancelleria nel termine stabilito dal Tribunale.

Il Tribunale esamina la relazione in camera di consiglio e pronuncia con decreto. Se il sospetto non appare fondato, il tribunale può ordinare che la relazione sia pubblicata nel giornale degli annunzi giudiziali per intiero o soltanto nelle sue conclusioni. In caso contrario il tribunale ordina i

---

[42] V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 20. L'Autore osserva come la nuova disciplina delle società "si basava sulla concezione contrattualistica tradizionale. Gli interessi degli azionisti erano considerati interessi privati; le società azionarie, di conseguenza, erano concepite come un istituto tipicamente privato. In forza del principio della dottrina liberale dell'assenza dello Stato dall'economia privata, era precluso ogni l'intervento della pubblica autorità diverso da quello, in superficie, del potere giudiziario".

Appare importante osservare come la soluzione introdotta dall'articolo 153 nasceva anche da un confronto con le esperienze degli ordinamenti stranieri (in specie, francese, tedesco, belga ed inglese), nei quali la questione dei controlli sulla gestione della società, al pari che in Italia, fu oggetto di un acceso dibattito. In Inghilterra si cercò di risolvere tale problematica attribuendo agli azionisti, rappresentanti il 5%, delle azioni il potere di richiedere al *Board of Trade* l'ispezione della società.

In Francia, invece, da un lato, si disciplinò un'azione collettiva nei confronti dell'organo amministrativo e del consiglio di sorveglianza e, dall'altro, si attribuì anche al singolo socio il potere di agire individualmente contro tali soggetti.

In Belgio era prevista l'ispezione dei libri e dei conti sociali, sulla base della richiesta fatta al Tribunale di commercio da un quorum di soci rappresentanti il quinto del capitale sociale.

In Germania, infine, i soci che rappresentavano 1/5 del capitale sociale (oltre che impugnare le delibere contrarie alla legge o all'atto costitutivo) potevano agire contro i fondatori, gli amministratori o i liquidatori. Era poi previsto che il decimo del capitale sociale, in presenza di gravi violazioni di legge o del contratto di società, poteva adire il tribunale che verificata l'esistenza di tali irregolarità, qualora l'assemblea non avesse accolto la proposta di esaminare la situazione sociale, procedeva alla nomina di revisori speciali, ai quali era attribuito il potere di ispezionare la società.

[43] Il procedimento *ex* articolo 153 si svolgeva nelle forme previste dagli articoli 778 e seguenti del codice di procedura civile.

provvedimenti urgenti e l'immediata convocazione dell'assemblea generale. Il decreto non è provvisoriamente esecutivo non ostante opposizione di appello".

Dalla lettera della norma emerge chiaramente il ruolo centrale dell'assemblea[44], giudice di ultima istanza in ordine alla eliminazione delle irregolarità gestionali. L'autorità giudiziaria, infatti, rilevate le violazioni e disposti eventualmente i provvedimenti urgenti, doveva immediatamente convocare l'organo assembleare, affinché fosse quest'ultimo a determinare le modalità attraverso le quali eliminare le irregolarità.

In proposito, si rileva come il sistema di controllo di cui all'articolo 153 fosse fondato sul rispetto dell'equilibrio tra dialettica interna alla società e intervento esterno dell'autorità giudiziaria, necessario esclusivamente nelle ipotesi in cui occorrevano dei provvedimenti urgenti[45].

In tal modo si riteneva si riuscissero a tutelare le minoranze senza, tuttavia, invadere la competenza dell'assemblea generale, sovrana, in quanto unica depositaria e garante del rapporto fiduciario nei confronti degli amministratori[46].

1.4 Il controllo giudiziario tra codice di commercio e codice civile.

Il nuovo sistema di controlli, introdotto con il codice di commercio del 1882, fu subito oggetto di riflessioni critiche da parte della dottrina[47].

---

[44] Del resto, come visto, la centralità del ruolo dell'assemblea, del resto, era conclamata nella maggior parte degli ordinamenti europei.

[45] Cfr. A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 22, la quale osserva ulteriormente come la disciplina di cui all'articolo 153 nell'intento del legislatore voleva rappresentare una soluzione di equilibrio poiché se, per un verso, consentiva l'intervento dell'autorità giudiziaria nella vita della società, per altro verso, faceva salve le competenze dell'organo assembleare, lasciando, come si è visto, a quest'ultimo il potere di decidere in ultima istanza sulla gestione della società.

[46] In proposito, A. PRINCIPE, *op. loc. cit*., rileva come "la logicità di questo schema appare confermata dall'estensione del controllo giudiziario anche alle gravi irregolarità commesse dai sindaci".

[47] Nella specie, non fu criticata solo la procedura di controllo di cui all'articolo 153 cod. comm., ma anche (e soprattutto) la figura e le funzioni del collegio sindacale. Sul punto, si veda A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 26; E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1894, 143; A. SACERDOTI, *Dei sindaci nelle società anonime e delle garanzie da sostituirsi agli stessi,* in *Riv. dir. comm*., 1914, 657.

Si osservava, innanzitutto, come essendo i poteri dei commissari limitati esclusivamente alla materia contabile[48] - ed essendo di conseguenza esclusi dall'indagine tutti gli altri documenti relativi alla gestione della società – era estremamente difficile verificare la sussistenza di irregolarità nella gestione[49].

Inoltre, ci si interrogava se un sistema, come quello in commento, caratterizzato dal ruolo centrale dell'assemblea, fosse in grado di tutelare effettivamente le minoranze azionarie, considerato che era la maggioranza assembleare (di cui gli amministratori, nella generalità delle ipotesi, erano esponenti) a decidere quali provvedimenti adottare per eliminare le gravi irregolarità.

Senza considerare che ove l'organo amministrativo ed i sindaci fossero riusciti a far dichiarare dall'assemblea, da loro tempestivamente convocata, l'infondatezza della denuncia, l'autorità giudiziaria non avrebbe nemmeno potuto predisporre l'ispezione perché, secondo l'unanime giurisprudenza, si sarebbe raggiunta la finalità del controllo: una deliberazione dell'assemblea sulla denunzia[50].

Il controllo giudiziario appariva, quindi, ai più, una garanzia illusoria, tanto che nella pratica venne usato raramente[51].

---

[48] L'articolo 153 prevedeva espressamente che oggetto dell'ispezione fossero esclusivamente "i libri della società".

[49] V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 23.

[50] Per tutti Corte d'Appello Milano, 21 gennaio 1931, in *Foro it*., 1931, 589 e Corte d'Appello Milano, 20 gennaio 1931, in *Riv. dir. comm*., 1931, II, 81. Critico verso l'orientamento giurisprudenziale A. DE GREGORIO, *Delle società, e delle associazioni commerciali*, *sub art. 76-250, cod. comm*., Torino, 1938, 381, che dubitava della tesi suesposta poiché essa "riduce lo scopo della denuncia a quello di ottenere una rapida convocazione dell'assemblea e una decisione di questa. Invece, quel che a nostro avviso, contraddistingue profondamente l'ipotesi dell'articolo 153 da quella dell'art. 152 è la possibilità di ottenere un'ispezione, oltre che gli altri provvedimenti accennati (per es. sequestro). Si lasci pur sempre decidere in ultima analisi all'assemblea, ma se il Tribunale ha ritenuto necessario, data la gravità del caso, un'ispezione, la si faccia compiere in modo che l'assemblea ne abbia in ogni caso conoscenza, anche se a priori, disposta a dar torto ai denuncianti".

[51] In tal senso, T. ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, cit., 27, n. 15, il quale rilevava come il controllo giudiziario "che vorrebbe in sostanza provvedere ad una tempestiva tutela dell'azionista, merita di essere riesaminato per vedere se non possa compiere, senza pericolo, una funzione più utile di quanto ora, data la sua scarsa applicazione pratica, non compia".

La dottrina si rese allora conto della necessità di riformare radicalmente il sistema di controllo al fine di garantire efficacemente le minoranze azionarie[52].

La questione della protezione delle minoranza, d'altra parte, era una questione di sempre maggiore interesse, considerate anche le profonde trasformazioni che negli ultimi anni avevano caratterizzato l'istituto societario.

Si è visto come il codice di commercio del 1882 aveva abbandonato la concezione pubblicistica delle società azionarie, attribuendo alle stesse un carattere spiccatamente privatistico, tanto da rendere impossibile un'ingerenza esterna nell'organizzazione sociale[53].

Ebbene, con l'evoluzione del mercato, le società azionarie – soprattutto quelle di grandi dimensioni – perdettero questo loro carattere per assumere spesso quello di "strumento di raccolta del risparmio nell'interesse della produzione e della speculazione"[54].

Si venne così delineando, specie nelle società con azioni quotate in borsa, la distinzione tra coloro che conferivano il capitale e coloro che gestivano la società. Si venne creando, in altre parole, una dissociazione tra proprietà e controllo della ricchezza.

In un simile contesto, uno dei nodi centrali della riforma sembrava essere la definizione di un nuovo modello societario che tenesse conto delle profonde trasformazioni avvenute, in particolare, con riguardo ai rapporti tra azionisti e tra azionisti e società.

Era ormai innegabile, infatti, che il comando della società fosse di fatto "esercitato da pochi, nelle mani spesso di amministratori poco interessati negli apporti, che perciò possono avere tutto da guadagnare nell'impiegare

---

[52] V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 24; T. ASCARELLI, *op. loc. cit*. Cfr. anche G. GORLA, *Le società secondo il nuovo codice. Breve guida pratica*, Milano, 1942, 50 che dopo l'emanazione del codice specificava esser "noto che sotto il vecchio codice la maggioranza assembleare, anche in questi casi (si riferisce all'ipotesi nella quale era stata proposta una denuncia per gravi irregolarità) poteva praticamente sorvolare sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci, impedendo le ispezioni".

53 Sacrificando così, come rileva V. CERAMI, *Il controllo,* cit., 28, l'interesse delle minoranze a quello della maggioranza.

[54] Così V. CERAMI, *op. loc. cit.*

male il capitale altrui, e certamente poco da perdere, salvo una responsabilità giuridica difficilmente realizzabile"[55].

A seguito delle rilevanti modifiche in ordine alle dinamiche societarie ora descritte, dottrina e giurisprudenza si interrogarono sulla necessità di individuare un nuovo assetto nei rapporti tra maggioranza e minoranza.

La tutela del singolo azionista venne dai più – influenzati dall'ideologia corporativa[56] – prospettata nell'ottica della tutela dell'interesse sociale, inteso nella sua accezione più ampia di interesse pubblico[57].

---

[55] A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 31 che ricostruisce il pensiero di P. GRECO, *Aspetti e tendenze del diritto commerciale,* in *Riv. dir. comm*., 1934, 350. La Principe osserva altresì come il problema era, oltretutto, particolarmente grave considerato che il gruppo di maggioranza (che gestiva la società), in molti casi non si identificava con l'effettiva maggioranza delle azioni.

[56] Cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni,* cit., 116, il quale, con riferimento al testo dell'originario articolo 2409 osserva come "l'amministrazione giudiziaria delle società per azioni non costituiva – nel momento nel quale è stata inventata dai redattori del codice civile – un semplice potenziamento dei rimedi posti dal vecchio codice di commercio al servizio delle minoranze, ma implicava una rottura della nostra tradizione giuridica: rottura che si giustifica solo nel sistema di concetti e di rimedi offerti dall'ordinamento corporativo. Non era un caso, se il controllo sulla società era affidato alla Magistratura del Lavoro, sulla quale incombeva anche l'obbligo di vigilare ".

Si veda anche A. SMIROLDO BONGIORNO, *Rassegna delle principali questioni controverse in tema di controllo giudiziario delle società di capitali secondo l'articolo 2409,* in *Dir. fall*., 1957, I, 228, il quale osserva come con il codice del 1942, ispirato a concezioni pubblicistiche di socialità, vi è un ritorno a quella maggiore ingerenza dello Stato che caratterizzava il codice di commercio del 1865, con la sola differenza che quest'ultimo attribuiva il controllo agli Uffici governativi, mentre con il codice civile è affidato all'autorità giudiziaria, che nei casi più gravi può fortemente limitare le iniziative autonome della società preponendo alla sua gestione un amministratore giudiziario.

In contrapposizione, C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario nelle società di capitali*, *op. loc. cit*., secondo la quale, "la verità è che, se pur l'ispirazione politica s'è fatta valere in discorsi e relazioni come espressione della dottrina fascista, il codice ha dovuto tener conto di certi orientamenti di politica economica che andavano prevalendo un po' dappertutto". L'Autrice osserva altresì come "il codice malgrado ogni volontà e ogni contraria asserzione di allora, malgrado ogni facile recriminazione di oggi, era sostanzialmente immune da influssi di natura extragiuridica".

Nel senso che la dottrina politica dell'epoca non ha influito sulla redazione del codice si sono espressi anche autorevoli giuristi dell'epoca. FILIPPO VASSALLI, voce *Codice – Codice civile*, in *Enc. Italiana*, 1938-1948, Seconda Appendice, Roma, 1948, osservava, ad esempio, come "il codice si riconnette ad un orientamento politico generale, largamente operante, pur sotto atteggiamenti diversi, in tutti i paesi. E' questa la ragione per cui la penetrazione d'una dottrina politica specifica del fascimo è in esso così poco avvertita che – espunte, col decreto 14 settembre 1944, n. 287, alcune dichiarazioni, neppure operanti in profondità – esso continua ad adempiere con generale soddisfazione a quel compito". Analogamente, C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice civile e scienza,* in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma- Bari, 1990, 257 "che non affermò mai l'originalità del fascismo sul terreno della teoria giuridica e della stessa politica legislativa; e segnalò anzi, e più volte, la sostanziale conformità della riformulazione delle categorie civilistiche ai lineamenti che una diuturna evoluzione del pensiero e della

I diritti di ogni socio – e, pertanto, sia i poteri della maggioranza che quelli della minoranza – si affermava non essere "concessi dalla legge nell'interesse della minoranza, ma nell'interesse superiore della società ed è a questo interesse che debbono essere subordinati"[58].

Questo era il clima nel quale si chiese al legislatore di intervenire sul sistema dei controlli sulle società.

Nella specie, la dottrina maggioritatia auspicava che l'intervento riformatore perseguisse non solo la tutela dell'interesse privato dei soci di minoranza, ma soprattutto la protezione dell'economia nazionale che poteva essere danneggiata dal cattivo andamento della gestione di alcune società[59].

Nel contesto ora descritto fiorirono gli studi sulla riforma del codice di commercio[60].

Il primo progetto di riforma, quello della Commissione Reale[61], non conteneva modifiche sostanziali rispetto alla disciplina precedente, salvo la previsione che l'assemblea, convocata per ordine del Tribunale, dovesse essere presieduta dal Giudice del Registro.

---

pratica ha ormai fissato nella maggior parte dei paesi civili" (la ricostruzione è di C. MONTAGNANI, *op. loc. cit*.).

[57] Sulla nozione di interesse sociale si vedano i successivi paragrafi.

[58] A. ARCANGELI – T. ASCARELLI, *Il regime della società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze,* in *Riv. dir. comm*., 1932, I, 166., i quali sottolineano come "è l'interesse della società, nei limiti naturalmente del superiore interesse nazionale quello che deve prevalere al di sopra degli interessi antagonisti dei singoli gruppi di azionisti" ed ancora che "si tratta di tutelare non solo il singolo azionista, ma di raggiungere, mediatamente, attraverso il riconoscimento dei diritti del singolo azionista, la tutela dell'interesse pubblico".

[59] A. ARCANGELI – T. ASCARELLI, *Il regime della società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze*, cit., 172.

[60] In proposito, si veda C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, 2008, 1; A. ASQUINI, *Dal codice di commercio del 1865 al libro del lavoro del codice civile del 1942,* in *Riv. dir. comm*., 1967, I, 43; G. FERRI, *Revisione del codice e autonomia del diritto commerciale,* in *Riv. dir. comm*., 1945, I, 32; ID, *Del codice civile della codificazione e di altre cose meno commendevoli,* in *Foro it.,* 1944.46; R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990, 7; S. PANUNZIO*, La produzione del diritto*, in *Il fondamento giuridico del fascimo*, Roma, 1987, 287 che rileva come nella materia commerciale le perplessità in ordine alla codificazione erano maggiori che in quella civile, ciò in quanto " a differenza del vetusto diritto civile, il fresco e moderno diritto commerciale è plastico, mobile, flessibile, e come inclina alle consuetudini e agli usi, è amante dei contratti tipo, degli accordi tra i gruppi e delle norme corporative".

Nello stesso senso, G. ALPA, *op. loc. cit.,* 298, secondo il quale "proprio nel mondo del diritto, e con riguardo al ruolo dei giuristi, quell'epoca non si può considerare, crocianamente, una parentesi della nostra storia: lo testimoniano gli scritti, le sentenze e soprattutto le leggi di cui ancor oggi, a ragione o a torto, ci avvaliamo".

[61] Progetto della Commissione reale per la riforma dei codici, Codice di Commercio, Roma, 1927, art. 196.

L'innovazione apparve subito poco significativa: la presenza del giudice, infatti, offriva delle garanzie solo relativamente al regolare svolgimento dell'assemblea che però rimaneva, nella sostanza, giudice di ultima istanza del controllo.

Più interessanti le novità introdotte nell'articolo 225[62] del Progetto Ministeriale del 1940, con il quale venne notevolmente potenziato il ruolo dell'autorità giudiziaria. Quest'ultima, infatti, oltre il potere di ispezionare – con l'ausilio di esperti nella disciplina contabile e commerciale – l'intera amministrazione[63], nei casi più gravi, aveva altresì il potere di revocare gli amministratori ed i componenti il collegio sindacale e di nominare un amministratore giudiziario.

Inoltre, i soci di minoranza, ai sensi della disposizione suindicata, avrebbero potuto chiedere oltre l'ispezione, anche l'emanazione da parte del tribunale, di provvedimenti cautelari.

Il Progetto Ministeriale del '40 appare particolarmente rilevante anche perché in esso si affermava espressamente l'interesse dello stato al regolare funzionamento delle società. Ciò, secondo la dottrina, si spiega "considerando che non era più possibile, ormai, rimanere insensibili alle insistenze con le quali la pubblica opinione aveva continuato ad invocare un maggior controllo sull'istituto societario"[64].

---

[62] L'articolo 225 prevedeva che "se vi è fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al Tribunale chiedendo gli opportuni provvedimenti cautelari. Il Tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori ed i sindaci, può ordinare a spese dei richiedenti, e subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione, l'ispezione dell'amministrazione della società da parte di uno o più revisori ufficiali dei conti.

Il Tribunale, sulla base della relazione redatta dai revisori ufficiali dei conti o di altri accertamenti, pronuncia con decreto provvisoriamente esecutivo nonostante i reclamo. Se le irregolarità denunciate non sussistono, il Tribunale respinge l'istanza ordinando, se del caso, la pubblicazione della relazione nel bollettino del registro di commercio.

Se le irregolarità denunciate sussistono, il Tribunale può convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti, oppure nei casi più gravi, revocare gli amministratori ed i sindaci dalle loro funzioni, nominando un amministratore giudiziario, il quale amministra la società fino a quando gli amministratori ed i sindaci revocati non siano stati sostituiti dall'assemblea dei soci. L'amministratore giudiziario convoca a tal fine l'assemblea nel termine fissato e la presiede".

[63] E non solo i libri sociali.

[64] V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 31.

Altra tappa fondamentale nell'elaborazione dell'istituto del controllo giudiziario si ebbe con la terza edizione del Progetto Ministeriale del codice civile del 1941[65], il quale all'articolo 341 introduceva la previsione secondo la quale gli amministratori giudiziari "devono esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori ed i sindaci revocati".

A seguito di questa modifica, l'azione di responsabilità, prima di competenza esclusiva dell'assemblea[66], passava ai nuovi amministratori che erano obbligati ad esercitarla *ex lege*.

Il nuovo progetto sembrava perfezionare il sistema dei controlli, ma, in realtà, il miglioramento era solo apparente: infatti, restava sempre la regola in base alla quale i nuovi amministratori erano nominati dall'assemblea e, pertanto, risultava sempre decisivo il voto della maggioranza[67].

La successiva edizione del Progetto Ministeriale[68], sembrava accentuare ulteriormente il carattere pubblicistico dell'istituto societario, attribuendo la legittimazione ad adire l'autorità giudiziaria anche al Pubblico Ministero[69].

Il 30 gennaio 1941 venne approvato il Libro del Lavoro che all'articolo 343 conteneva la versione definitiva della "denuncia al tribunale per gravi irregolarità", versione che, poi, passerà inalterata nell'articolo 2409 del codice civile.

Nella Relazione del Ministro Guardasigilli (che è stata poi ripresa dalla Relazione al codice civile), da un lato, "si faceva sfoggio di ardore, di scaltro superamento dell'ingenuità insita nell'omologa disposizione del codice di commercio, che metteva la situazione nelle mani dell'assemblea"[70], dall'altro, si sottolineava "l'ardito passo avanti" compiuto attribuendo la legittimazione ad agire anche al Pubblico Ministero.

---

[65] Progetto Ministeriale 1941, Codice Civile, III ed., Libro dell'Impresa e del lavoro articolo 341. I primi due progetti ministeriali del 1941 non avevano introdotto modifiche sostanziali rispetto al progetto precedente.

[66] Generalmente, l'organo assembleare assolveva gli amministratori ed i sindaci a prescindere dalle irregolarità commesse.

[67] V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 31

[68] Progetto Ministeriale 1941, Codice Civile, IV ediz., Libro dell'Impresa e del Lavoro, art. 346.

[69] V. CERAMI, *Il controllo*, cit. 32, osserva come "il potere di iniziativa concesso all'autorità giudiziaria nel controllo della gestione della società significava voler porre in maggiore evidenza l'interesse pubblico al loro regolare funzionamento".

[70] C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa*, cit., 220.

Ciò era stato previsto, "a maggior tutela non solo delle minoranze, ma dell'interesse generale che è connesso alla corretta amministrazione delle società".

Si specificava, poi, come l'ultimo comma dell'articolo 343 – norma che prevedeva la legittimazione attiva del pubblico ministero – per quanto "basato su presupposti diversi e con uno scopo più circoscritto, risponde allo stesso spirito con cui sono state dettate le norme generali sulla responsabilità dell'imprenditore dagli articoli 34-37[71].

Ancora, si sottolineva come, con riferimento al sistema dei controlli giudiziari sulle società, il problema politico non era quello di "mortificare la società per azioni con una legislazione di sospetto, poiché la società per azioni rappresenta uno degli strumenti essenziali dell'economia organizzata, ma è quello di restituire alla società per azioni la chiarezza della sua funzione, come leva del risparmio e del lavoro per le maggiori imprese produttive a servizio della nazione, sgombrando il terreno da quelle forme degenerative, che sotto l'impero del malcostume liberale avevano troppo facilmente allignato".

---

[71] La responsabilità degli imprenditori, come sottolineato da C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa*, cit., 217, era stata uno dei cavalli di battaglia del regime, in coerenza con i principi della Carta del Lavoro che, dopo aver stabilito la regola secondo la quale "lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della nazione", prevedeva che "l'organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l'organizzatore dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d'opera, tecnico, impiegato ed operaio, è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro.
Per riferimenti sulla Carta del Lavoro, si veda A. TURATI – BOTTAI, *La carta del lavoro illustrata e commentata*, Roma, 1929, 1; N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, 70.
Con riferimento al rapporto tra controllo giudiziario e responsabilità dell'imprenditore, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 39, che, riprendendo il pensiero di V. BUONOCORE, *L'impresa*, Torino, 2002, 5, osserva come la precisazione per cui la disciplina dell'articolo 343 risponde allo stesso spirito delle norme sulla responsabilità dell'amministratore, meriti un approfondimento, "atteso che, come è stato sottolineato in dottrina, si trattò della creazione di istituti tanto velleitari che nei tre anni di sopravvivenza del regime corporativo non ebbero alcun principio di attuazione".
Sul punto, anche C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa*, cit., 254, la quale osserva come "la regolarità delle scelte gestore e il corretto funzionamento degli organismi societari (di cui all'articolo 343 Libro del Lavoro e, successivamente, all'articolo 2409) "erano bensì oggetto di attenzione e tutela, ma nell'ambito di quello che Francesco Messineo definiva il tradizionale concetto privatistico di ordine pubblico, e non intersecava con le finalità più o meni efficacemente affidate ad altri istituti e altri controlli dei quali la caduta del regime ha poi, per un verso impedito di verificare la concreta applicazione non meno del disegno complessivo, per altro di riciclare, epurati da quel tanto di ideologia corporativa che originariamente li caratterizzava".

Dalla Relazione sembra emergere il tentativo del legislatore di superare il dualismo minoranza – maggioranza nel nome e a beneficio di un superiore interesse pubblico[72].

Analoghe riflessioni sono contenute nella Relazione al codice civile nel quale, come detto, all'articolo 2409 è stato integralmente riproposto l'articolo 343 del Libro del Lavoro.

Con la caduta del regime, la dottrina si interrogò circa l'opportunità di abrogare il codice civile e restaurare i vecchi codici liberali[73].

Con riferimento specifico all'articolo 2409, si propose di abrogare la prima proposizione del III comma[74] della disposizione nonché i successivi IV[75], V[76], e VI[77] comma, ma alla fine la disposizione in esame è uscita indenne dalla defascistizzazione e non è stata in alcun modo modificata fino alla riforma del 2003.

Nonostante ciò il controllo giudiziario è stato oggetto negli anni '50 – '60 di intensi ed accesi dibattiti, incentrati prevalentemente sulla ricostruzione della norma in chiave pubblicistica o privatistica[78].

La questione, come rilevato dalla dottrina rappresentava "un semplice capitolo della più complessa tematica incentrata sull'interesse sociale, sui

---

[72] Così V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 33, il quale evidenzia come nei Lavori Preparatori "si avverte un sensibile conflitto tra le due opposte concezioni dell'istituto societario: quella individualistica, da tempo imperante, della dottrina liberale, e quella pubblicistica, di recente elaborazione, della ideologia corporativa. Conflitto che doveva poi riversarsi sull'intera disciplina delle società per azioni e che è causa, non ultima, dei dissensi, in dottrina e giurisprudenza, sulla interpretazione del testo legislativo".

[73] Cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 2001, 27, che, riprendendo Santoro Passarelli, osserva come all'indomani della caduta del fascismo – contro la proposta di abrogazione del codice civile del '42 e di un ritorno al vecchio codice liberale – i giuristi del mondo accademico potevano difendere a buon ragione i lavori di quella riforma, maturata in settant'anni di onesto ed assiduo lavoro dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana e approdata in un'opera che al di là delle novità particolari non poteva considerarsi, rispetto alla tradizione, come sostanzialmente nuova".

[74] In particolare si propose di abrogare il riferimento ai provvedimenti cautelari.

[75] Il quarto comma prevedeva che l'amministratore giudiziario potesse esperire l'azione di responsabilità nei confronti dei precedenti amministratori e sindaci.

[76] Il quinto comma individuava i provvedimenti che doveva adottare l'amministratore giudiziario prima della scadenza del suo incarico.

[77] Il sesto comma disciplinava la legittimazione attiva del pubblico ministero.

[78] Parte della dottrina, come vedremo ampiamente nel prosieguo, individua nella tutela degli azionisti di minoranza l'interesse primario al quale ricondurre l'interpretazione dell'articolo 2409; altri autori, invece, individuano la finalità del controllo giudiziario nella tutela del generale interesse alla corretta amministrazione.

criteri per distinguerlo dagli interessi individuali dei soci e dall'interesse pubblico ad una corretta gestione delle imprese"[79].

Di conseguenza, nell'analizzare l'articolata tematica degli interessi tutelati dalla procedura di controllo giudiziario, appare utile, anche in questa sede, muovere dall'esame della nozione di "interesse sociale".

[79] G. TERRANOVA , *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 108.

Capitolo 2

L'interesse sociale e gli interessi protetti dalla procedura di controllo giudiziario

2.1 L'interesse sociale secondo le teorie istituzionalistiche e contrattualistiche. Sviluppi storici.

La definizione di interesse sociale[80] ha da sempre rappresentato "il problema fondamentale delle società per azioni"[81]. E' su questa nozione, infatti, che si ritiene essere fondato il sistema del diritto societario[82].

---

[80] Preliminare alla definizione dell'interesse sociale è quella di "interesse". Con tale espressione si indica "la relazione intercorrente tra un soggetto, cui fa capo un bisogno e il bene idoneo a soddisfare il suddetto bisogno, determinata nella previsione generale ed astratta di una norma". La definzione è di P. JAEGER, *L'intesse sociale*, cit., 3. Nello stesso senso, F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, 3; J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1960, il quale osserva come "*A thing is said to promote the interest, of an individual when it tends to add to the sum total of his pains*".

Il concetto di interesse, come rilevato da Jaeger, deve poi essere distinto dalle diverse nozioni di "scopo" che denota la soddisfazione del bisogno proprio del soggetto portatore dell'interesse.

[81] Così, P. JAEGER, *L'interesse sociale*, 1, il quale osserva come la definizione dell'interesse sociale rappresenti "la ricerca dei principi essenziali dell'istituto (societario) visto sotto il suo aspetto funzionale. Secondo i metodi della *Interessenjurisprudenz*, al cui sviluppo ed alle cui fortune sono, com'è evidente, strettamente legati la posizione e l'approfondimento di questo problema, esso assume rilevanza dogmatica primaria non soltanto per l'identificazione del ruolo delle società per azioni nel sistema giuridico, ma anche e (diremmo) soprattutto, come strumento per l'interpretazione del diritto positivo". Nello stesso senso, si era già espresso L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc*., 1956, 441, che sottolineva come "la definizione di interesse sociale, in quanto attiene alla definizione dello scopo della società, è il problema fondamentale della dottrina della società per azioni. Dipende dalla soluzione di questo problema l'atteggiamento dell'interprete di fronte ad una serie di questioni vuoi di diritto positivo, vuoi connesse alla riforma del diritto azionario che ormai è urgente". Particolarmente interessanti le riflessioni dell'Autore con riguardo al potere della maggioranza. Si tratta, secondo Mengoni, di un concetto che "ha un valore meramente empirico. Dal punto di vista giuridico, cioè, formale non sussistono poteri della maggioranza". Quest'ultima, infatti, non è qualificabile né come un gruppo definito di azionisti, giuridicamente identificabile all'interno dell'organizzazione societaria né come un organo preposto all'esercizio di poteri della società. La maggioranza è soltanto "un momento dialettico del processo di formazione di una data delibera assembleare, e al tempo stesso un criterio di scelta della volontà destinata a valere come volontà collettiva o, in termini rousseauiani, generale".

Cfr., anche, G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio,* in *Riv. dir. civ*., 1956, 318, che, relativamente al dibattito tra istituzionalisti e contrattualisti,

Proprio per tale ragione la problematica della definizione dell'interesse sociale torna periodicamente in rilievo[83], riaprendosi il dibattito tra tesi istituzionalistiche e contrattualistiche[84].

---

evidenzia come il dilemma "interesse comune – interesse dell'impresa in sé" è mal posto, poiché non esiste un interesse dell'impresa in sé che prescinda dal fine che si propone l'imprenditore.

[82] Sul punto, si veda L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria*, cit., 434, che con riferimento alla questione del conflitto di interessi nelle deliberazioni assembleari, sottolinea come il problema della tutela dell'interesse sociale nelle deliberazioni assembleari risponde all'esigenza di impedire, per quanto è possibile, il pericolo di una falsificazione della volontà sociale, il pericolo cioè, che attraverso una meccanica applicazione del principio maggioritario, sia imputata alla collettività una volontà espressa da una maggioranza orientata verso la realizzazione di interessi particolari configgenti con l'interesse sociale.

[83] A. GUACCERO, *Obblighi ed interessi nella disciplina delle offerte pubbliche di acquisto*, Roma, 2007, 96, che osserva come la tematica dell'interesse sociale torna in rilievo sia quando in concreto si manifestano deviazioni (almeno apparenti) dal paradigma classico dell'interesse sociale – come, ad esempio, nei gruppi di società – sia quando l'ordinamento caratterizza particolari tipi di impresa societaria intervenendo sul rispettivo contesto operativo, com'è avvenuto per l'impresa pubblica, per quella bancaria e, più recentemente, per quella quotata. In tutte queste ipotesi si è posto il problema di accertare se l'impresa societaria "fosse ancora animata dall'interesse sociale classico ovvero se l'interesse sociale concreto fosse integrato da quelli ulteriori protetti dall'ordinamento".

[84] In realtà, la ripartizione tra teorie istituzionalistiche e contrattualistiche non deve intendersi come la rigida contrapposizione tra due gruppi di tesi chiaramente identificabili, ma piuttosto come la divisione di gruppi di opinioni aventi in comune alcuni elementi, di modo che tesi che per alcuni aspetti sono classificabili nello stesso gruppo, per altri profili sono profondamente diverse. Così. P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 2; C. SILVETTI – G. MARULLI, *Le società per azioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, II, fondata da W. BIGIAVI, Torino, 1983, 109. Nel presente lavoro, per ragioni di opportunità espositiva e seguendo la dottrina dominante, classificheremo tra le teorie contrattualistiche quelle che qualificano l'interesse sociale come l'interesse comune dei soci e tra le tesi istituzionalistiche quelle che identificano l'interesse sociale in un interesse che trascende dall'interesse personale dei soci e si identifica nell'interesse dell'«impresa in sé».

In ordine alla problematica dell'interesse sociale, oltre agli autori finora citati, si veda T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1951, 1145; A. ASQUINI, *I battelli del Reno,* in *Riv. soc*., 1959, 617; A. GAMBINO, *La disciplina del conflitto di interesse del socio,* in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 376; ID. *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm*., 1994, I, 841; ID., *Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 1987, 231; B. GATTAI, *Conflitto di interessi e azioni di responsabilità,* in *Giur. comm*., 1985, II, 339; D. PREITE, *Il conflitto di interesse del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare,* in *Riv. soc.*, 1988, 361; ID., *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni*, Milano, 1992; ID., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E COLOMBO – G.B. PORTALE, Torino, 1993, vol 3°, 9; F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "Battelli sul Reno" alle "Navi vinchinghe",* in *Foro it.,* 1988, V, c., 48.

2.2. **La concezione istituzionalistica dell'interesse sociale: dalle teorie sorte in Germania all'elaborazione della dottrina italiana.**

Le teorie istituzionalistiche, nate in Germania dopo la prima guerra mondiale, si fondano sull'analisi della situazione economica dell'Europa di quegli anni: il fenomeno più rilevante sembra essere lo sviluppo della grande impresa, sotto forma di società per azioni e di gruppi societari[85].

L'impresa di grandi dimensioni, staccandosi dai soci-proprietari e dai loro interessi privati, viene ad assumere autonoma rilevanza come elemento dell'economia collettiva. Essa deve essere lasciata libera di perseguire i propri fini, vale a dire, costruire ricchezza per la comunità, favorire il progresso scientifico e offrire lavoro[86].

La concezione istituzionalista si fonda sul principio secondo cui l'economia di mercato non può essere lasciata al libero ed incontrollato gioco tra le parti senza che l'intero sistema, le sue possibilità di espansione e le sue stesse possibilità di sopravvivenza ne subiscano un pregiudizio[87]. Pertanto, occorre che l'attività dei singoli sia controllata dall'alto: è necessario l'intervento dello Stato.

Le società rappresentano soltanto dei meccanismi di questa economia collettiva, meccanismi per migliorare la produzione ed aumentare la ricchezza[88].

---

[85] W. RATHENAU, *La realtà delle società per azioni. Riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari,* in *Riv. soc.*, 1960, 918, che in ordine allo sviluppo della grande impresa, osserva come l'impresa di piccole dimensioni e, nella specie, l'impresa familiare "non poteva durare, in parte per ragioni sociali, perché una classe di nuovi ricchi mutava impaziente di generazioni in generazione i propri desideri e le proprie mete, in parte perché il concetto di industria moderna presuppone uno sviluppo rapido ed esige pertanto un afflusso continuo di capitali, che il ceppo familiare non è in grado di fornire".

[86] Secondo questa ricostruzione, i piccolo azionisti sono i più pericolosi nemici dell'impresa nonché l'ostacolo maggiore per il raggiungimento delle finalità sopraindicate. Ciò, in quanto questi soci di minoranza, mossi dall'istinto del lucro personale, esigono che al loro interesse al guadagno immediato sia sacrificato l'interesse generale.

[87] W. RATHENAU, *La realtà delle società per azioni*, cit., 915. L'illustre Autore osserva come il problema dell'economia moderna è quello della distribuzione della ricchezza che non può in nessun caso essere considerato un affare privato, ma deve essere – al pari dell'organizzazione economica – un affare della collettività intera. Di conseguenza, nei suoi scritti Rathenau auspica l'avvento di uno Stato democratico spinto fino al limite del socialismo, uno Stato fortemente corporativo.

[88]Secondo la tesi in esame, come rilevato da P. VERRUCOLI, *op. loc. cit.,* occorre l'intervento nell'economia di una superiore istituzione, quale lo Stato, che sia capace di evitare che manovre di speculatori, lotte di gruppi

In questa ricostruzione, l'interesse sociale viene identificato nell'interesse dell'impresa in sé, un interesse superiore a qualunque altro, al quale sono subordinati gli interessi dei soci, siano essi intesi singolarmente o come collettività[89].

La teoria in esame, la cd. *Unternehmen an sich*, afferma la prevalenza dell'oggetto sullo scopo sociale e con ciò il predonominio dell'organo amministrativo su quello assembleare. Viene così sancito il rafforzamento del gruppo di controllo, depositario e interprete dell'interesse sociale[90].

---

all'interno, cattiva condotta degli affari possano incrinare o comunque pregiudicare la saldezza dell'organismo, compromettere l'interesse degli investitori e dei creditori e risultare dannose per altri più generali interessi. In proposito, F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., 62, ha osservato come la teoria istituzionalistica dell'impresa e il controllo pubblico sulle società per azioni da essa caldeggiato sono il portato di una determinata strategia del capitalismo puro. "Anche se può comportare, com'è accaduto nei paesi anglosassoni, una notevole ingerenza dei pubblici poteri nella vita interna alla società per azioni, il controllo ad altro non mira se non a garantire il rispetto delle regole di funzionamento del sistema produttivo; esso non si propone, invece, di condizionare il sistema produttivo, di influire sul suo sviluppo. Le scelte fondamentali del "che cosa produrre", del "quanto", del "come", del "dove" produrre trovano indifferente lo Stato-controllore; sono scelte rimesse esclusivamente, al libero gioco dell'iniziativa privata".

[89] L'interesse dell'impresa, in altri termini, è un interesse superiore a tutti gli altri interessi collegati alla società, che nello stesso si annullano. Esso diventa, quindi, un interesse comune ai soci, ai creditori sociali, ai dipendenti della società, se non addirittura un interesse proprio dell'intera collettività nazionale, di fronte al quale ogni altro interesse particolare, anche quello dei gruppi di comando della società, è destinato a soccombere. La teoria istituzionalistica, in altre parole, nega ogni contrasto di interessi e quindi, in definitiva, la dinamica interna dell'impresa. In proposito, A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., evidenzia come, secondo l'orientamento istituzionalista, tutto sembra inquadrarsi in una visione idilliaca della società, in cui gli interessi (quelli dell'imprenditore, dei suoi dipendenti e dei terzi) sono composti in un'armonia superiore, con soluzione, sul piano politico, di solidarietà corporativa. Una società così pacificata, afferma l'Autore, non può che essere una società dimidiata, che al progresso, derivante dal contrasto dialettico delle diverse forze in campo, sostituisce una pianificazione dall'alto.

La dottrina in esame osserva ancora come, se il fenomeno societario viene analizzato più dettagliatamente, si scopre che dietro all'apparente idillio che si creerebbe tra i diversi soggetti che ruotano intorno alla società, si cela un "continuo e reciproco ricatto: da un lato la tendenza ad imporre alla collettività statale le decisioni prese nell'ambito delle comunioni contrattuali di interessi, e i dipendenti, entrati a far parte dei consigli direttivi sovente nella condizioni di ostaggi o di complici; dall'altro lo Stato, il quale non solo si serve di della politica fiscale come strumento di politica economica, non solo attraverso un sistema di autorizzazioni e di controlli sembra rifarsi a sistemi concessionistici, non solo agita la permanente minaccia della nazionalizzazione, ma scende in campo come diretto competitore: ed ecco la creazione di imprese pubbliche che spesso affrontano la competizione su una base di privilegio e che, per il loro continuo aumento e la loro espansione nei rami più vari, sembrano snaturare, da mezzo a fine, l'intervento dello Stato sul piano economico".

[90] A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., 731, il quale, commentando la tesi dell' *Unternehmen an sich*, osserva come il potere non è più collegato al rischio, eliminato il profitto come propulsore dell'attività economica, acquisita una nozione quasi mistica dell'impresa e considerati gli amministratori, sottratti al

Da quanto esposto, emerge come la posizione interpretativa richiamata sia contraddistinta da una impostazione marcatamente pubblicistica per la quale la società per azioni non è uno strumento privato in mano ai soci per perseguire un proprio profitto personale ma, al contrario, diventa uno dei principali strumenti per lo sviluppo dell'economia nazionale[91].

Contestualmente la teoria dell'*Unternehemen an sich* si caratterizza, da un lato, per la tendenza a sottrarre ai soci, dominati da egoistici scopi di guadagno personale, il controllo dell'impresa, affidato ad una stabile amministrazione, il più possibile indipendente dalle "mutevoli maggioranze di mutevoli azionisti" e, dall'altro, per la propensione a "ridurre i diritti degli azionisti, condizionati al superiore interesse dell'impresa, verso la quale essi hanno un obbligo di fedeltà e per la conseguente subordinazione dei diritti dei soci (diritto di voto, diritto agli utili, diritto all'impugnazione delle delibere assembleari) ad un uso conforme all'interesse sociale".

L'orientamento ora analizzato è stato oggetto di numerose critiche.

In primo luogo, si è affermato come, sebbene sia incontestabile il riconoscimento della rilevanza pubblica dell'attività economica (e delle aspirazioni dei lavoratori partecipare alle decisioni dell'impresa), "ciò non introduce nuovi principi nel diritto azionario, rappresentante la posizione e la soluzione di problemi che rimangono estranei alla struttura e alla disciplina delle società, investendo altri campi del diritto come il diritto pubblico e quello del lavoro"[92]. La società per azioni, al contrario, resta un istituto di diritto privato volto non al perseguimento di astratti fini generali, ma alla concreta realizzazione di un guadagno.

---

giudizio della minoranza e solo responsabili di fronte al gruppo di controllo, investiti di un potere carismatico, il passaggio dall'interesse dell'impresa in sé a quello generale è più facile di quanto si possa immaginare.

[91] A questo scopo, come rilevato da P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 23, la dottrina *dell'Unternehmen an sich* favorisce la prassi, esistente in alcune grandi società, di emettere azioni a voto plurimo o di riservare il diritto di voto ad un numero relativamente piccolo di azioni , detenute dal *Vorstand.*

In proposito, occorre osservare come nel dopoguerra dottrina e giurisprudenza erano favorevoli, anche in Italia, all'introduzione di azioni a voto plurimo. La dottrina, in particolare, osservava come la creazione di azioni a voto plurimo rispondesse spesso a "sane esigenze di tutela dell'amministrazione", mentre la Suprema Corte aveva sancito la validità di tali azioni, sul presupposto che l'articolo 164 del codice di commercio riservava ad ogni azionista il diritto di voto, ma non escludeva "la creazione di disuguaglianze tra gli azionisti, purché queste vengano fatte nell'atto costitutivo". Sul punto, A. ARCANGELI – T. ASCARELLI, *Il regime della società per azioni*, cit., 164.

[92] Questo è il pensiero di Horriwitz, ricostruito da P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 25.

Secondariamente, si è osservato come portatori di interessi sono solo gli individui singoli e come "poiché l'impresa non è altro che uno strumento di cui i capitalisti si servono per ottenere dei profitti, se qualcosa realizza gli interessi di questi si potrà ben dire, usando una forma ellittica, che essa è nell'interesse dell'impresa, ma non si potrà mai attribuire a quest'ultima uno scopo proprio, che non possa ridursi allo scopo perseguito da un particolare gruppo di uomini"[93].

Infine, si è rilevato come la tesi dell'*Unternehmen an sich* non tuteli l'interesse pubblico, ma lo danneggi, concentrando la ricchezza in poche mani e sottraendo, mediante l'eccessiva limitazione dei diritti dei soci, l'attività delle organizzazioni economiche al controllo di coloro che possono maggiormente risentire di eventuali abusi, i soci di minoranza.

Gli interessi delle minoranze azionarie sono, invece, presi in considerazione da una seconda corrente istituzionalistica, la cd teoria della *Person in sich*[94], incentrata più che sul concetto di impresa su quello di persona giuridica[95].

Questa seconda posizione interpretativa muove dalla considerazione che la società per azioni è un soggetto autonomo dai soci, dotato di personalità

---

[93] P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 26, che specifica come l'assunto secondo cui l'impresa deve essere difesa dai suoi stessi proprietari (i soci), non è un principio accolto dal diritto positivo.

[94] L'espressione "*Person in sich*" sembra essere stata utilizzata per la prima volta da F. MARX, *Ein Vorschlag*, Berlin, 1880, 13.

[95] Questo secondo orientamento si rifà alla concezione della "realtà" della personalità giuridica di OTTO VON GIERKE, *DieGenossenschaftheorie und die Deutsche Rechtssprechun*, Berlin, 1887, 124. Critico riguardo alla posizione di Gierke P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 119, secondo il quale "la persona giuridica può essere soltanto titolare di diritti, o comunque di situazioni esclusivamente giuridiche; non sono viceversa concepibili relazioni di fatto fra una persona giuridica e una cosa o una persona fisica, dal momento che tali rapporti sarebbero sempre riferibili ad un uomo, anche se inserito nell'organizzazione della persona giuridica stessa. Pertanto alla persona giuridica fanno capo solo dei beni *sui generis*, costituiti appunto da situazioni e da rapporti creati dal diritto, che sono stati definiti da taluno beni esclusivamente giuridici, e dei quali è stata rilevata, come caratteristica fondamentale, quella di essere beni di natura esclusivamente strumentale, cioè inidonei a soddisfare direttamente un bisogno, ma capaci soltanto di consentire il raggiungimento di beni, atti, questi ultimi, a soddisfarlo. Ne consegue che coi beni diretti entrano in relazione soltanto i soggetti umani, e che gli interessi tutelati appartengono sempre a questi ultimi, dato che l'interesse al bene strumentale non può distinguersi, in questo caso, dall'interesse al bene diretto che mediante quello si consegue". Analogamente, B. LIBONATI, *Holding e investement trust*, Milano, 1969, 29, secondo cui l'errore di Gierke è quello di aver ignorato che i soci costituiscono la società proprio per agire "in comune".
L'Autore da ultimo citato osserva ulteriormente come "il riconoscimento di una personalità giuridica non è diretto a contrapporre la società ai soci, ma a permettere che la gestione unitaria dell'attività che le parti hanno deciso di esercitare in comune abbia luogo nel migliore dei modi".

giuridica e caratterizzato da un interesse proprio, superiore a quelli degli azionisti.

E proprio il principio della personalità giuridica – principio che rappresenta il fondamento della teoria della *Person in sich* – è utilizzato per tutelare le minoranze azionarie dagli abusi della maggioranza[96].

Più nel dettaglio, si afferma che il voto è concesso agli azionisti non nell'interesse individuale di ognuno di essi, ma in qualità di organi della società; conseguentemente, i soci debbono esercitare tale diritto esclusivamente nell'interesse sociale. Gli interessi esterni alla società, di contro, non possono assumere alcuna rilevanza nelle deliberazioni assembleari[97].

In questa prospettiva i poteri della maggioranza trovano un limite nel rispetto dell'interesse sociale ed è attribuito all'autorità giudiziaria il potere di valutare i motivi ispiratori e persino la convenienza obbiettiva per la società delle deliberazioni assembleari e di dichiarare invalide quelle che risultano contrarie ad esso.

Notevoli, quindi, le differenze dalla teoria dell'*Unternehmen an sich,* che, come visto, concede alla maggioranza azionaria la più ampia discrezionalità nella determinazione della politica sociale[98].

Al fine di completare il quadro delle dottrine istituzionalistiche tedesca, occorre analizzare un'ultima teoria, tradizionalmente riconducibile ad Hausmann[99].

---

[96]Il concetto di impresa, secondo l'orientamento in commento, si riduce ad esprimere lo scopo dell'*Aktiengetsellschaft*, ossia l'attività economica assunta come oggetto sociale e non qualcosa di esterno alla società come, invece, viene sostenuto dai fautori della *Unternehmen an sich*.

[97] In tal senso, alcune decisioni della giurisprudenza tedesca, tra le quali quella del famoso caso Hibernia, (in *R.G.Z.*, 68, 235), nel quale la Corte Suprema ha affermato che la volontà della maggioranza deve prevalere su quella dei soci di minoranza, solo ove "la prima persegua gli interessi della società".

[98] Cfr. P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 34, al quale il conflitto tra i due orientamenti appare insanabile. L'esempio più macroscopico di tale conflitto, secondo l'Autore, si ha quando la società faccia parte di un gruppo. "Questa circostanza, infatti, rimane del tutto irrilevante per i seguaci della dottrina della *Person in sich,* dato che l'interesse del *Korzen* è, comunque, un interesse estraneo alla società, e non può in alcun modo essere fatto valere come giustificazione di deliberazioni di organi sociali che danneggino obbiettivamente la società medesima. Invece per gli autori dell'*Unternehmen an sich* questo interesse si pone su un piano superiore a quello della singola società partecipante al *Korzen*, e gli azionisti rimasti in minoranza non possono attaccare la deliberazione che li danneggi allegando che questa è stata ispirata da un interesse extrasociale".

Quest'ultimo, in contrapposizione agli orientamenti sopra esaminati, afferma che l'impresa non è titolare di alcun interesse. Ciò in quanto, gli interessi possono essere attribuiti esclusivamente alle persone fisiche.

L'impresa è, tuttavia, un "organismo vivente", un organismo, cioè, nel quale confluiscono diversi soggetti: gli azionisti, i membri della *Verwaltung* e dell'*Aufsichtrat*, i dipendenti, i creditori.

Tutti costoro sono titolari di un medesimo intesse, l'interesse sociale, che risulta dalla somma dei loro interessi individuali, collegati nell'impresa.

Hausmann, differentemente dai sostenitori dell'*Unternhemen an sich,* nega rilevanza all'interesse pubblico nella disciplina societaria e sottolinea lo scopo di lucro dei partecipanti all'impresa, da lui concepito come l'effettivo interesse comune a tutti i soggetti collegati all'organizzazione sociale[100].

Nonostante ciò tra le due posizioni interpretative sembrano ravvisabili anche dei punti in comune. In particolare, al pari dei fautori della tesi dell'*Unternhemen an sich*, anche la dottrina in commento tende a limitare l'importanza del problema delle minoranza azionarie, ravvisando nell'organizzazione sociale una costante coincidenza di interessi[101].

Prima di passare all'analisi dell'evoluzione delle teorie istituzionalistiche in Italia, appare utile muovere qualche precisazione relativamente al rapporto tra lo sviluppo delle concezioni istituzionalistiche e l'avvento in Germania del regime nazista.

Tradizionalmente, si tende, infatti, a collegare l'affermazione degli orientamenti istituzionalistici con lo sviluppo di questa ideologia totalitaria[102].

---

[99] M. HAUSMANN, *Gesellchaftsinteresse und Interessenpolitik in der Aktiengesellschaft* in *Bank-Archiv*, 1930, 58. Per una ricostruzione dettagliata della posizione di tale autore, si veda anche P. JAEGER, L'interesse sociale, cit., 34.

[100] La tesi di Hausmann sembra molto vicina alle tesi contrattualistiche, sulle quali si vedano i prossimi paragrafi.

[101] Secondo Hausmann, solo in rare ipotesi sono individuabili degli abusi dei soci di maggioranza nei confronti delle minoranze azionarie.

[102] P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit. 15, il quale osserva come la storia successiva alla caduta del regime nazista dimostra invece l'irreversibilità di quei fenomeni di intervento e di controllo dello stato sulla vita economica che inizialmente erano parsi manifestazione eccezionali e temporanee, ma che successivamente

A tal proposito, occorre osservare come, se è innegabile che sotto il regime nazista le teorie istituzionalistiche hanno avuto un particolare sviluppo e che lo stesso – "se ne impadronì subito dando alle tesi istituzionalistiche una decisa tinta politica e sovrapponendole ai propri slogans"[103], è pur vero che analoghe dottrine, nel periodo del dopoguerra, si sono sviluppate anche sotto regimi e in climi politici di democrazia liberale, quali quello francese[104] e quello americano[105]. Conseguentemente, sembra preferibile inquadrare le dottrine istituzionalistiche come "un tipico prodotto del neocapitalismo, inteso non già come un'ideologia particolare, ma come estesa gamma di ideologie, che hanno in comune il riconoscimento del controllo privato dei mezzi di produzione della libertà non assoluta, ma sottoposta a limiti di diverso genere, nell'uso di tale controllo"[106].

---

avrebbe trovato giustificazione nel riconoscimento di un interesse generale nelle attività produttive di nuova ricchezza.

[103] Cfr. P. JAEGER, *op. loc. cit*.

[104] Cfr. M. HAURIOU, *La theorié de l'institution et de la fondation,* in *La cité moderne et les transformations du droi. Cahiers de la nouvelle journeé*, Paris, 1925, 12, il quale individua il principio fondamentale del contratto nella "pura speculazione", contrapponendolo al principio di collaborazione proprio delle istituzioni e, di conseguenza, esclude la sussistenza di un contratto tutte le volte che si incontra una qualsiasi organizzazione di mezzi e di persone per uno scopo comune. Alla luce di ciò, tutte le persone giuridiche, comprese le società, sono delle istituzioni.

[105] A, BERLE, *The Modern Corporation*, e *La rivoluzione capitalistica del XX secolo* (trad. it), Milano, 1956; E. DODD, *For Whom are Corporate Managers Trustee,* in *Harw. Lav Rev*., 1931-1932, 1145, che evidenzia come la grande impresa (la *large corporation*) non è una semplice associazione di azionisti formata per il loro privato utile, ma una istituzione economica che deve esplicare un servizio sociale, oltre ad adempiere una funzione di produzione di utili. Analogamente M, GOYDER, *L'avvenire dell'impresa privata* (trad. it.), Milano, 1955, 17; M. FRIEDMANN, *Corporate Power Governement by Private Groups and Law*, in *Col. Law Rev,* 1957, 155; P. DRUKER, *Concept of the Corporation*, New York, 1946, 209, secondo cui lo scopo della società non è quello di creare profitti (il profitto piuttosto costituisce un limite alla libertà di decisione dell'imprenditore che non può permettersi di condurre a lungo operazioni in perdità), ma è, al contrario, quello, in primo luogo, di adempiere le proprie funzioni di strumento di sviluppo economico, creatore di innovazioni utili, per la conquista di nuovi mercati ed il potenziamento di quelli esistenti. La "*large corporation*", in altri termini, è secondo la dottrina citata, uno strumento ed un organo della società moderna. E' un'istituzione sociale, o meglio, l'istituzione sociale per eccellenza. Ciò, in quanto l'attività economica della *large corporation* è solo uno degli aspetti con cui essa influisce sulla vita della nazione; ed, infatti, accanto ad esso, non meno importante è il suo aspetto di "corpo politico e sociale" con il compito di realizzare "*the basic beliefs of American society*" e, cioè, gli ideali fondamentali della società americana (la tutela dell'individuo nei confronti dello stato e la dignità del cittadino attraverso il lavoro).

[106] P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 77.

2.3 Le teorie istituzionalistiche in Italia

Sotto il vigore del codice di commercio, al pari che negli altri paesi, si sono manifestate anche in Italia tendenze istituzionalistiche. Indubbiamente, anche la nostra dottrina era influenzata dallo sviluppo della grande impresa nonché dai numerosi interventi dello Stato sull'economia[107].

Si affermava che lo Stato non dovesse essere agnostico di fronte all'attività dei singoli e che, al contrario, dovesse intervenire per la soddisfazione di interessi superiori[108].

La dottrina italiana fondava la propria ricostruzione sulla personalità giuridica della società anonima, soggetto autonomo ed indipendente dai soci che la costituiscono, titolare di un interesse, l'interesse sociale, diverso e superiore da quelli degli azionisti.

Una simile concezione dell'interesse sociale si riteneva trovasse il proprio fondamento nei principi generali che informavono la politica economica dello Stato italiano e che erano espressi nella Carta del Lavoro.

I sostenitori della concezione istituzionalistica utilizzavano il concetto di interesse sociale soprattutto per risolvere i problemi attinenti alla protezione delle minoranze azionarie resi, oltretutto, particolarmente acuti dalla circostanza che il codice di commercio non conteneva una normativa specifica in materia di conflitto di interesse[109].

Al pari dei fautori della *Person in sich*, anche gli istituzionalisti italiani affermavano che i soci, mediante il voto, erano tenuti a perseguire l'interesse della società, della quale si consideravano organi. Il voto dato

---

[107] A. ARCANGELI – T. ASCARELLI, *Il regime della società per azioni*, cit., 159; G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze azionarie,* in *Riv. dir. comm*., 1934, I, 723; T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni, ivi*, 1930, I, 735.

[108] Nella specie, A. ARCANGELI – T. ASCARELLI, *op. loc. cit*., rilevano come "i diritti delle minoranza e dei singoli azionisti debbono perciò venire intesi anche quale strumento per la tutela mediata del pubblico interesse, ed è solamente su questo terreno che le esigenze della tutela dell'amministrazione di fronte a minoranze che indubbiamente perseguono spesso dei propri interessi egoistici in contrasto con quelli della società, possono venire conciliate con quelle della tutela e della minoranza e dell'azionista singolo".

[109] Come osservato da P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 78, non essendo prevista una specifica normativa sul conflitto di interesse del socio, la disciplina relativa si desumeva o dall'applicazione in via analogica dell'articolo 150 cod. comm., in materia di conflitto di interessi degli amministratori o da principi generali.

per un interesse diverso dall'interesse sociale era considerato come viziato[110].

Alla luce di ciò, si specificava che "la validità della deliberazione maggioritaria anche nei confronti dei soci dissenzienti trova appunto la sua giustificazione nel principio secondo cui la maggioranza è l'interprete migliore della volontà e degli interessi sociali, ma questa giustificazione viene meno quando la maggioranza agisca nei propri interessi egoistici in contrasto con gli interessi sociali"[111].

In seguito all'emanazione del codice civile, la dottrina ha abbandonato quasi totalmente le posizioni istituzionalistiche[112] che sono state, invece, mantenute dalla prevalente giurisprudenza[113].

---

[110] A. ARCANGELI – T. ASCARELLI, *Il regime delle società per azioni*, cit., 166, secondo cui "i diritti di ogni azionista e qui tanto i poteri della maggioranza quanto quelli della minoranza, non vengono concessi dalla legge nell'interesse della maggioranze e della minoranza, ma nell'interesse superiore della società ed è a questo interesse che essi debbono essere subordinati".
Si veda anche P. JAEGER, *op. loc. cit*., il quale osserva come l'unica differenza tra la posizione della dottrina italiana e i sostenitori della *Person in sich* sembra individuabile nel fatto che mentre il diritto tedesco disciplinava espressamente l'ipotesi di voto viziato, gli autori italiani, non essendo prevista nel nostro ordinamento una simile regola, ricorrevano al concetto di eccesso di potere, mutuato dal diritto amministrativo. In altri termini, si riteneva che il voto esercitato contro l'interesse sociale è viziato come è viziato l'atto amministrativo compiuto non nell'interesse pubblico, ma nell'interesse particolare delle persone investite dell'ufficio. In proposito, si veda A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 18; P. JAEGER, *L'interesse sociale,* cit., 82.

[111] A. ARCANGELI – T. ASCARELLI, *op. loc. cit.,* 170, i quali chiariscono ulteriormente che "non è già che l'autorità giudiziaria possa sindacare il merito delle deliberazioni: gli è che, costatato che la maggioranza sia stata spinta da motivi egoistici in contrasto con l'interesse sociale, cessa la giustificazione del suo potere, perché questo è concesso nell'interesse sociale e non può venire quindi lecitamente esercitato se non in detto interesse". La dottrina in esame osserva, inoltre, che una regola analoga a quella sopra esposta è espressamente prevista dall'articolo 678 del codice civile in materia di comunione e che le due ipotesi devono essere trattate egualmente.

[112] Fra le voci isolate che si sono levate in senso opposto, si veda L. MOSSA*, Trattato del nuovo diritto commerciale, IV, Società per azioni*, Padova, 1957, 69 e *Problemi attuali delle società per azioni*, in *Nuova riv. dir. comm*.,1951, I, 1, che definisce la società come "organizzazione formale dell'impresa" e quest'ultima come un organismo istituzionale nel quale rilevano tanto gli interessi degli azionisti quanto quelli dei prestatori di lavoro e dei creditori. L'imprenditore, di conseguenza, pur esercitato delle funzioni direttive non è altro che un organo tenuto ad agire per il bene superiore della comunità. Nello stesso senso, V. CERAMI, *Il controllo,* cit., 39.

[113] Nella specie, si afferma che la società, in quanto persona giuridica, "è un soggetto di diritti, distinto dai soci che ne sono solo degli organi", In questo senso si è, ad esempio, posto il Tribunale di Milano che ha ripetutamente affermato come l'interesse sociale sia l'interesse che trascende quello dei soci, dell'ente personificato a vedere il suo patrimonio destinato al conseguimento dell'oggetto sociale, attraverso un'organizzazione aziendale ed un'autonomia finanziaria idonea a realizzare il massimo profitto per l'ente e, conseguentemente, la possibilità per i soci di distribuzioni di dividendi più frequenti e sostanziosi.

Nella specie la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito il principio secondo cui "la società organizzata su base capitalistica, e avente quindi spiccata personalità giuridica propria, non si atteggia come una mera comunione di interessi di cui soggetti siano i soci e soltanto i soci attuali, ma come la personificazione di un interesse superiore e distinto, non sempre necessariamente coincidente con quello dei singoli soci predetti e, appunto perché tale, oggetto di un'autonoma tutela giuridica, rispetto alla quale è ben configurabile l'ipotesi di un conflitto tra l'interesse dell'ente e quello della stessa totalità dei soci"[114].

Ed anzi, secondo la Suprema Corte proprio il fatto che il legislatore ha disciplinato l'ipotesi di conflitto di interessi tra società e soci dimostrerebbe il riconoscimento da parte dello stesso di un interesse sociale superiore e distinto da quello dei soci[115].

In quest'ottica anche il controllo giudiziario – come si vedrà nel prosieguo – era visto dalla prevalente giurisprudenza come mezzo per tutelare l'interesse generale e superiore ad una corretta amministrazione

---

Analogamente, Tribunale Milano, 17 settembre 1987, in *Giur. comm*., 1987, II, 797; Tribunale Milano, 15 ottobre 1987, in *Società,* 1988, 225; Tribunale Milano, 9 novembre 1987, , in *Giur. comm*., 1988, II, 975.

[114] Cassazione, 25 ottobre, 1958, n. 3471, in *Giur. it*, 1959, I, 869. La Suprema Corte rileva, altresì, come il sacrifico dell'interesse sociale non sia giustificato nemmeno nel caso nel quale sia la totalità dei soci a volere il danno della società per il conseguimento di un contingente interesse loro personale. Analogamente, Cassazione, 20 giugno 1958, n. 2148, in *Foro it*., 1959, I, 1150, secondo cui "riconosciuta all'ente societario una propria personalità giuridica, esso si pone non come un punto di riferimento di una comunione di interessi di cui sono soggetti i soci e soltanto i soci, sibbene come la personificazione di un interesse superiore distinto da quello dei singoli soci, oggetto come tale di una autonoma tutela giuridica ". La conseguenza nel caso della Suprema Corte è stata di dichiarare invalida la delibera adottata all'unanimità dai soci che versavano in una situazione di conflitto di interessi con la società. Entrambe le sentenze si trovano anche in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1959, II, 27, con nota di G. FERRI*, Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, il quale, criticando l'orientamento della Suprema Corte, osserva come "affermare che l'interesse sociale è superiore e distinto in funzione dei soci futuri, mentre da un lato significa accettare le basi della concezione contrattualistica e considerare la società in funzione dei soci, dall'altro lato, significa trascurare che le società, almeno quelle lucrative, sono, a differenza delle associazioni dei gruppi chiusi". Sul punto si veda il successivo paragrafo sulle concezioni contrattualistiche.

Ulteriore critica mossa da Ferri alle sentenze sopra citate sta nel fatto che le stesse hanno paragonato l'ipotesi di conflitto di interessi di cui all'articolo 2373 cod. civ. (vecchia disciplina) all'ipotesi di conflitto tra rappresentante e rappresentato di cui all'articolo 1394 cod. civ. In proposito, si osserva, per un verso, "come "alquanto diversa è la situazione di una persona giuridica che agisce attraverso i suoi organi" e, per altro verso, "come per le società vi è una regolamentazione propria e diversa della situazione di conflitto".

[115] La Suprema Corte rileva, altresì, che il concetto di interesse sociale, come fondamento e limite all'azione dei singoli soci nell'ambito della società, permane integro anche nelle ipotesi di società costituita da due soli soci.

tutte le volte che gli amministratori, commettendo gravi irregolarità, si fossero allontanati dal perseguimento dello stesso per soddisfare interessi individuali a danno della società e dell'intera collettività.

2.4 Le teorie contrattualistiche.

Le teorie conttrattualiste[116], come si è già anticipato, concepiscono l'interesse sociale come l'interesse comune dei soci[117].

Tali tesi partono dal riconoscimento dei contrasti di interessi all'interno delle società e, lungi dal predeterminare il contenuto specifico dell'interesse

---

[116] Cfr. F. GALGANO, *La società per azioni,* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* Padova, 1984, vol. VII, 63, il quale rileva come le teorie in esame si autodefiniscano polemicamente "contrattualistiche per sottolineare il fatto che esse respingono la concezione della società come "istituzione" staccata dalla persona dei soci e la configurano, all'opposto, quale rapporto contrattuale fra più persone che non involge altro interesse, se non quello delle parti contraenti.

[117] G. FERRI, *Poteri della maggioranza e diritti del socio*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1952, II, 160; ID, *Poteri e responsabilità nell'evoluzione delle società per azioni,* in *Riv. soc*., 1956, 47; D. PETTITI, *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo,* Milano, 1957, 53; ID *Appunti per una revisione della teoria del conflitto di interessi nelle deliberazioni assembleari delle spa,* in *Riv. soc*., 1956, 434; G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio, in Riv. dir. civ*., I, 1956. 316; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 240; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale,* in *Riv. dir. soc.*, 1958, 749; M. MICCIO, *Interesse sociale e interesse individuale del socio nella società di capital,* in *Giur. compl. Cass. civ.,* 1953, IV, 92; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni,* in *Trattato sulle società per azioni*, a cura di G.E. COLOMBO- G.B.PORTALE, Torino, 1992, III, 2, 10; F. CARNELUTTI, *Tutela penale*, cit., 398; V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 225.

L'interesse sociale, secondo le tesi contrattualistiche, è un interesse collettivo. In proposito, P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit 9, osserva come "il termine interesse collettivo non esprime altro che una solidarietà di interessi, nella quale si può ritrovare la spiegazione di ogni manifestazione della vita giuridica, dai negozi alle forme associative, più semplici e via via sempre più complesse, fino a quelle che abbracciano tutti i cittadini (ordinamento statuale) o addirittura (ordinamento internazionale) l'umanità intera.

Occorre ancora rilevare come parte della dottrina (G. FERRI, *Eccesso di poteri e tutela delle minoranze*, cit., 737; L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi,* in *Riv. soc.*, 1956, 443; G. MINERVINI, *L'interesse sociale*, 748) ritenga preferibile parlare di "interesse obiettivo e astratto". Tale terminologia è stata criticata da P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 87, nt. 1, poiché "da un lato, l'interesse è sempre obiettivo, soggettiva essendo la valutazione di esso. Dall'altro, non è corretto contrapporre "interessi astratti" ad "interessi concreti", giacché l'interesse può essere considerato, a seconda dei punti di vista, sempre "astratto", come ogni concetto giuridico o sempre "concreto", come ogni situazione da cui discendono conseguenze pratiche".

sociale[118], si limitano a predisporre il procedimento per la sua concreta individuazione, affidando in definitiva ai soci la realizzazione di questo loro interesse comune[119].

Più nel dettaglio, i fautori delle concezioni contrattualistiche affermano che la società è "cosa propria dei soci"[120]: sono questi che con la loro manifestazione l'hanno creata, che ne hanno costituito il patrimonio, che possono modificarne la struttura e l'attività, il capitale e che possono decretarne la fine. E l'interesse della società, così disciplinato, non può che risolversi nel loro interesse[121].

L'interesse sociale, in altre parole, è "il minimo comune denominatore che unisce i soci dalla fondazione della società al suo scioglimento".

A sostegno della tesi contrattualistica sembrano deporre, oltretutto, alcune disposizioni codicistiche.

Innanzitutto, l'articolo 2247 che assegna alla società, che si costituisce mediante contratto, lo scopo della divisione tra i soci degli utili di un'impresa esercitata in comune dai soci stessi.

---

[118] In tal senso, A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., 744, che dopo aver chiarito che l'interesse sociale non è che la tendenza allo scopo della società, osserva come "non è esatto sostenere che l'articolo 2247 non determina quale dei due interessi, astrattamente riconducibili ad interesse comune dei soci sia tutelato: se quello immediato ed egoistico a percepire gli utili o quello, per così dire, a lungo termine, diretto cioè al rafforzamento economico dell'impresa sociale, le due versioni essendo egualmente compatibili con lo schema casuale lucrativo dell'articolo 2247, non è esatto perché unico è l'interesse, quello diretto al raggiungimento dello scopo, e non di diverso interesse, ma di diversa valutazione si può parlare a proposito dei mezzi da dispiegare per il raggiungimento di quello, l'impresa sociale solo impropriamente potendo essere concepita come scopo a se stante, e non nel suo profilo funzionale".

[119] Così C. ANGELICI, *Attività e organizzazione*, cit., 98, il quale alla nota 58 richiama T. ASCARELLI, *L'interesse sociale*, cit., 97, laddove afferma che "*En refléchissant sur ce que nous connaisons des constitutions des anciens peuples, on voit qu'ils cherchèrent beaucoup plus à controbalancer les intéréts et les passions des différentes corps qui entraient dans la constitution d'un état, qu'à obtenir de leurs décisions des resultats conformes à la vérité*".

[120] B. LIBONATI, *Holding e investement trust*, Milano, 1969, 329.

[121] Cfr. B. LIBONATI, *op. loc. cit*.; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 240, secondo il quale è contraddittorio e *contra legem* attribuire alle società "istituzionalmente, il perseguimento di interessi e scopo diversi da quelli comuni ai soci. La situazione non muta neanche nell'ipotesi in cui alla società partecipi lo Stato, sia quale azionista totalitario o di maggioranza sia quale azionista di minoranza: in questi casi l'interesse pubblico che fa capo alla Pubblica Amministrazione è da considerarsi alla stregua dell'interesse extrasociale del singolo azionista e, poiché lo Stato agisce *uti privatus*, esso non è in grado di limitare o di prevalere né sugli interessi individuali degli altri soci né sull'interesse sociale". Sul punto, si veda anche G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato:l'interesse pubblico come interesse extra-sociale,* in *Riv. soc.,* 1958, 43; P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 136.

Da ciò sembra desumersi che l'impresa non è destinata a impersonare un interesse superiore, oggetto di un'autonoma tutela giuridica, ma è concepita come strumento al servizio dei soci, come punto di riferimento di una comunione di interessi di cui sono soggetti i soci e soltanto i soci[122].

Ulteriore argomento a sostegno della tesi contrattualistica è tradizionalmente individuato nell'articolo 2377 che non permette ai soci assenzienti di impugnare le delibere assembleari. Tale norma appare incompatibile con l'idea di un interesse superiore che, al contrario, dovrebbe condurre, per un verso, all'obbligatorietà del voto e, per altro verso, alla possibilità di impugnare anche le delibere unanimi[123].

E' evidente come "l'espressione «interesse comune dei soci», pur introducendo un importante criterio distintivo nel campo, praticamente illimitato, degli interessi che possono far capo alle persone degli azionisti […], non definisce un interesse tipico e specifico[124], poiché è possibile

---

[122] Così L. MENGONI, *op. loc. cit*., che specifica come siano i soci a costituire il substrato materiale della persona giuridica, con la quale, in sostanza, "l'ordinamento giuridico unifica la collettività che si presentava ancora amorfa al momento della costituzione: onde la personalità giuridica della società è soltanto l'espressione di una particolare tecnica normativa degli atti e dei soci e di un particolare criterio di imputazione dei medesimi".

[123] L. MENGONI, *op. loc. cit*., che individua un altro appiglio alla tesi contrattualistica nell'articolo 2373 del codice civile (il riferimento è alla norma nella sua formulazione originaria). "Se oggetto della tutela fosse un interesse superiore, distinto e sovraordinato a quello comune dei soci, si dovrebbe riconoscere un conflitto di interessi, e quindi l'impugnabilità della deliberazione da parte degli amministratori e dei sindaci, anche in ipotesi di questo genere: A, B, C, soci in pari tempo della società X e della società Y, nell'assemblea della seconda società deliberano concordemente la stipulazione di un contratto con la società X, a condizioni assai svantaggiose per la società Y. Viceversa è fuori dubbio che in questo caso la deliberazione è pienamente valida, salva l'azione revocatoria a favore dei creditori della società Y. Ciò significa che l'interesse sociale, cui la deliberazione prevista dall'articolo 2373 reca pregiudizio, non deve essere commisurato all'interesse dell'impresa in sé, sibbene all'interesse comune ai soci".

Contra, G. ROSSI, *Controllo pubblicistico sulle società per azioni,* in *Riv. soc*., 1958, 520, secondo cui "né dall'articolo 2373 né dall'articolo 2377 può desumersi un granché, a meno di non ridursi a una petizione di principio, dal momento che il concetto di interesse sociale è dedotto dalle premesse contrattualistiche, che invece dovrebbe dimostrare". In replica a Rossi, A. MIGNOLI, *L'nteresse sociale*, cit., 743, che, a nostro giudizio correttamente, evidenzia come il rilievo di un interesse sociale come interesse dei soci trova il suo fondamento in primo luogo nella stessa nozione di società di cui all'articolo 2247 cod. civ. Sul punto si veda quanto già detto in precedenza.

[124] Senza considerare che la formula "interesse comune dei soci", come rilevato dalla dottrina, è formula alquanto equivoca: essa, infatti, postula l'esistenza nella società per azioni di un interesse definibile come comune a tutti i soci mentre nella società per azioni è, per contro, connaturata un'interna contrapposizione fra opposte serie di interessi, della quale sono portatori, rispettivamente, i soci di maggioranza e quelle di minoranza. La formula in questione, di per sé, non specifica se vuole tutelare l'interesse delle minoranze

(soprattutto nelle società con un ristretto numero di azionisti) che in un determinato momento essi si trovino ad essere titolari di un interesse collettivo indipendentemente dalla loro qualità di soci"[125].

Al fine di distinguere l'interesse sociale dagli altri interessi collettivi di cui possono essere titolari i membri della società, la dottrina prevalente[126] specifica che l'interesse sociale è l'interesse comune agli azionisti «in quanto tali»[127], mentre tutti gli altri interessi, collettivi od individuali, che

azionarie o piuttosto quello dei soci di comando e, di conseguenza, al di là della formula, occorre verificare la concreta posizione dei diversi autori che la utilizzano. In tal modo si può facilmente constatare che all'espressione "interesse comune ai soci" sono attribuiti diversi significati.

[125] P. JAEGER, *L'interesse sociale,* cit., 87. L'ipotesi nella quale gli azionisti possono essere titolari di interessi collettivi a prescindere dalla loro qualità di soci si ha, ad esempio, nel caso di società familiare i cui membri hanno interessi comuni non solo in quanto partecipanti alla società, ma in quanto membri della famiglia.

[126] T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro diritti,* in *Riv. dir. comm.,* 1959, I, 169; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., 741; A. DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali,* cit., 395; P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 147; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 241; U. BERTINI, *Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti*, Milano, 1951, 9; R. NOBILI, *Contributo allo studio del diritto di opzione nelle società per azioni,* Milano, 1958, 207; A, GUERRA, *Le società di partecipazione*, Milano, 1957, 138; B. PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche,* Milano, 1957, 138; A. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti della società,* in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 28; il quale rileva come con il contratto di società più persone, aventi ciascuna dei propri interessi individuali, si accordano per esercitare in comune – e quindi con un interesse comune – un'impresa, apprestando una organizzazione per la gestione di questo interesse comune. Quest'ultimo, presso ciascuno dei partecipanti, si coordina con l'interesse individuale dello stesso, "ma non si identifica con esso, anzi ne rimane nettamente distinto. Presso ciascuno coesistono, perciò, sin dalla fase di costituzione della società due interessi: quello individuale contrastante con l'interesse individuale degli altri, in quanto ognuno mira a realizzare il massimo utile proprio dalla combinazione sociale e quindi ad ottenere che il punto di incontro e di composizione degli interessi sia il più vicino possibile al proprio interesse individuale; e l'interesse di partecipante all'organizzazione e all'impresa, che è il riflesso soggettivo dell'interesse comune, euguale in tutti, perché afferente non all'individuo come tale, ma all'individuo come elemento della comunità".

[127] A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit, 229, osserva come il significato di tale espressione risiede nell'identificazione dell'interesse della società con quello del gruppo sociale. L'Autore osserva ulteriormente come talvolta si tende ad escludere la rilevanza di un interesse di gruppo, distinto dall'interesse dei soci *uti singuli*, poiché si ritiene che ammettere la sussistenza del suddetto interesse di gruppo significherebbe ammettere l'esistenza di un superiore interesse istituzionale. L'assunto sembra superabile considerando che "la distinzione interesse individuale e interesse di gruppo attiene al riconoscimento di un autonomo centro di imputazione, mentre l'affermazione di un interesse istituzionale, superiore a quello dei soci, è collegata al diverso problema della natura degli interessi rilevanti (e cioè, in particolare, se l'interesse sociale comprenda anche l'interesse dei terzi e l'interesse pubblico)".

possono far capo agli azionisti, sono interessi estranei alla società (interessi extrasociali)[128].

In altri termini, l'interesse sociale – secondo questa concezione – è un interesse tipico e necessariamente comune a tutti i soci, in quanto riferibile non tanto alle persone fisiche degli stessi, quanto alla loro posizione giuridica all'interno della società[129].

Nel tentativo di specificare ulteriormente la nozione di interesse sociale, alcuni autori hanno osservato come "l'interesse sociale debba tener conto della variabilità dei soci nel tempo" [130].

Tale posizione interpretativa sembra molto vicina alle concezioni istituzionalistiche dell'interesse sociale. Ed, infatti, qualificato l'interesse sociale come interesse tipico e immutabile sembra avere scarso rilievo che

---

[128] T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza*, cit., 188, rileva come la disciplina delle relazioni interne nelle società per azioni concerne, da un lato, i limiti entro i quali l'interesse sociale può prevalere su quelli extrasociali degli azionisti e cioè i limiti entro i quali la minoranza deve subire un danno nel suo interesse extrasociale di fronte al prevalente interesse sociale, dall'altro, i poteri dei soci di maggioranza nell'interpretare l'interesse sociale e la prevalenza di quello che si potrebbe dire l'interesse sociale della maggioranza su quello sociale della minoranza. L'Autore specifica, poi, come la prevalenza dell'interesse sociale su quello extrasociale del socio trovi un limite nell'esistenza di un diritto inderogabile dell'azionista (anche se questi vi ha rinunciato). In altre parole, "l'impero della maggioranza, quale interprete dell'interesse sociale prevalente su quello individuale dei soci, presuppone che si tratta di problemi nella cui soluzione l'interesse sociale deve prevalere su quello individuale dei soci e perciò la mancanza di un diritto inderogabile (dalla maggioranza) dell'azionista".

Cfr., anche, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 132 che specifica come l'ordinamento di gruppo (che caratterizza le società) resta uno strumento dell'autonomia privata e non è destinato a dare tutela paritaria ad interessi diversi da quelli dei suoi componenti. Particolarmente interessante, poi, quanto affermato dall'Autore da ultimo citato in ordina al rapporto ordinamento-istituzione (p. 134).

[129] P. JAEGER, *op. loc. cit*.

[130] A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., 618; il quale evidenzia come l'interesse sociale – inteso come interesse comune dei soci in funzione dell'oggetto dell'impresa – si differenzia dall'interesse comune in senso statico che si ha, generalmente, nella comunione, in quanto anche prescindendo da ogni componente pubblicistica, l'interesse sociale deve tener conto della variabilità dei soci nel tempo, tipica delle società per azioni, e comunque dell'interesse, anche non attuale, perché a lungo termine, dei soci attuali.

Cfr., altresì, G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio,* in *Riv. dir. comm*., 1956, 319; G. ROSSI, *Controllo pubblicistico sulle società per azioni,* in *Riv. soc*., 1958, 521; G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze,* in *Riv. dir. comm*.., 1934, I, 732; R. NOBILI, *L'esclusione del diritto di opzione*, in *Riv. soc*., 1958, 776, che evidenzia come non è possibile contrapporre gli interessi del socio presente a quelli del socio futuro, dal momento che il futuro dell'impresa interessa altrettanto il socio presente, che dalle buone prospettive future vede accresciuto il valore economico attuale della sua partecipazione.

In giurisprudenza, si veda Cassazione, 25 ottobre 1958, n. 3471 nella quale si nega che la società consista in una "mera comunione di interessi, di cui soggetti siano i soci, e soltanto i soci attuali".

esso venga attribuito all'insieme dei soci ovvero alla società (intesa come ente distinto dagli azionisti)[131].

In contrapposizione all'orientamento ora esposto, la dottrina prevalente[132] ritiene che per identificare l'interesse sociale rilevino esclusivamente i soci attuali[133]. Ciò in quanto le società – almeno quelle lucrative – a differenza delle associazioni, sono dei gruppi chiusi. "Con la conseguenza che se si

[131] P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit. 89, che specifica poi come la tesi in esame individua l'interesse collettivo dei soci non tanto nell'interesse finale che li ha determinati ad aderire alla società (interesse che viene definito come quello che si pone al conseguimento, attraverso la ripartizione degli utili sociali, di un reddito variabile, ma comunque il più elevato possibile), quanto in un interesse strumentale rispetto ad esso, il quale tende alla migliore efficienza possibile ed al migliore funzionamento dell'impresa societaria.

[132] T. ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale,* in *Riv. soc.*, 1959, 666; A. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze*, cit., 28; G. AULETTA, *Il diritto assoluto d'esclusione nelle società di persone*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, III, 667, il quale distaccandosi – almeno parzialmente – dalla dottrina prevalente, identifica l'interesse del socio "in quanto tale" con "l'interesse sociale individuale" e, cioè, con "l'interesse al rapporto più conveniente per ciascun socio tra l'utile realizzato mediante l'impresa sociale ed il sacrificio che egli deve sopportare per l'impresa stessa".

[133] Cfr. A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., 749, secondo cui, se si intendesse anche l'interesse dei soci futuri, la nozione di interesse sociale verrebbe completamente snaturata. "La teoria che vuol ricomprendere nell'interesse sociale quello dei soci futuri non è che un aspetto di quella che ha a sua base la preoccupazione di tutelare le generazioni future, a detrimento della presente, tante volte affermata sul piano politico: lo sfasamento della durata della società con quella della vita umana riporta all'analogia con lo Stato, da cui per tanti aspetti la società deriva la sua fisionomia, il suo modo di procedere, il suo destino. Ma questa analogia non va portata oltre un certo limite: anzitutto si rischierebbe di divinizzare (come si è purtroppo fatto per lo Stato) la società […], e poi perché il fine economico, l'ultimo che in ordine di tempo lo Stato si sia assegnato, e più come mezzo per il raggiungimento dei suoi scopi che come scopo esso stesso, non ha certo prevalenza fra i suoi compiti".

Sulla rilevanza dei soci attuali si veda, altresì, P. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarat'anni dopo),* in *Giur. comm.*, 2000, 795 che analizzando la disposizione di cui all'articolo 2441, osserva come apparentemente la redazione non troppo felice della norma sembrerebbe suggerire la necessità che la realizzazione dell'interesse sociale sia condizionata all'accettazione, da parte dell'assemblea, di una soluzione che escluda il perseguimento dell'interesse degli azionisti attuali a favore di altre categorie di soggetti (come, ad esempio, i dipendenti della società), senza l'accettazione della quale la società stessa potrebbe subire un danno, più o meno grave. Una simile interpretazione, tuttavia, come rilevato dall'Autore succitato, sembra essere stata drasticamente ridimensionata dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale. "Quanto alla limitazione del diritto di opzione dei soci attuali a favore dei dipendenti, essa è resa possibile a norma dell'articolo 2441, e nei limiti dell'ultimo comma dello stesso, ma deve passare attraverso l'acquisizione, da parte dei dipendenti stessi, della qualifica di soci. Ciò conferma che, con tale norma, il patrio legislatore non ha certamente preso posizione a favore delle tesi istituzionalistiche; mentre essa rappresenta un ulteriore argomento per riconoscere i limiti della tutela degli azionisti attuali".

Sul diritto di opzione, Jaeger osserva come la preoccupazione del legislatore, che sta alla base dell'articolo 2441, è quella di evitare che l'esclusione o la limitazione del diritto di opzione vengano utilizzate per danneggiare gli azionisti di minoranza, meno attenti od organizzati per trovare argomenti e strumenti utili a contestare un disegno volto a ridurre le loro partecipazioni.

ammette il risolversi della società nella collettività dei soci, questa non può essere rappresentata che dalla collettività dei soci attuali[134].

Nello stesso senso, si è sottolineato che le società costituiscono delle comunioni volontarie di interessi e, proprio per il fatto di essere volontarie, delle comunioni di scopo. "La comunione di scopo si coordina con un interesse comune a tutti i partecipanti sicché nei confronti di ciascun partecipante si può distinguere un interesse extrasociale e un interesse che, pur proprio di ciascun, è a tutti comune"[135].

Quest'interesse è quello assunto a scopo della persona giuridica ed è sentito dai singoli soci come membri del gruppo stesso[136].

Più nel dettaglio si specifica che l'interesse sociale è identificabile con l'interesse – comune a tutti gli azionisti – a che l'organizzazione societaria realizzi "la massimizzazione dell'utile sociale"[137].

---

[134] G. FERRI, *Fideiussioni*, cit., 34, il quale sottolinea come proprio perché la società è un gruppo chiuso si riconosce al socio il diritto alla liquidazione della quota in caso di recesso, mentre nella stessa ipotesi si nega ogni diritto patrimoniale dell'associato. Nella società, l'organizzazione e gli elementi patrimoniali su cui la stessa si fonda sono di pertinenza dei soci, nell'associazione l'organizzazione ha una sua autonomia e una sua funzionalità a prescindere dalle persone degli associati.

L'assunto secondo cui la differenza tra società e associazioni si fonderebbe sulla circostanza che le prime sono dei gruppi chiusi e le seconde no è criticato da T. ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capitale sociale*, cit., 737, nota 2, che rileva come, se tale fosse il fondamento della distinzione tra società e associazioni, si dovrebbe concludere nel senso che la società cooperativa (data la variabilità del capitale) è un'associazione, mentre ciò è unanimamente negato.

[135] T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, cit., 1146, che evidenzia come le comunioni volontarie si distinguono tanto dalle comunioni accidentali che da quelle necessarie.

[136] A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., 743, secondo cui, l'interesse sociale non è che la tendenza allo scopo e l'adeguamento dei mezzi necessari al suo conseguimento, adeguamento che può essere variamente valutato e scelto in base ad un procedimento che si fonda sul principio maggioritario.

L'interesse individuale è, invece, l'interesse sentito dal socio come persona isolata indipendentemente dalla società di cui fa parte. In tal senso, G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze,* in *Riv. dir. comm*., 1934, 737, che sottolinea come il socio, posto che attraverso l'esercizio del diritto di voto concorre a formare la volontà sociale, deve dirigere la sua manifestazione verso lo scopo sociale. Ogni azionista, difatti, non è portatore di un interesse autonomo ed indipendente, ma "l'elemento di una totalità che porta il suo contributo per giungere alla formazione della volontà di questa totalità; è pertanto necessario che la sua manifestazione si ispiri a questo interesse". Cfr., anche, G. MINERVINI, *Sulla tutela*, cit., 320, che sottolinea come "se lo scopo sociale è comune ai soci, ed anzi il contratto di società è il tipico contratto con comunione di scopo, ben può definirsi comune ai soci anche l'interesse sociale, che è l'interesse idoneo a soddisfare lo scopo sociale, Ma occorre non dimenticare che questo interesse sociale è comune in un senso obiettivo e astratto, che è dato appunto dalla sua relazione funzionale con lo scopo sociale". Nello stesso senso, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 232.

[137] T. ASCARELLI, *Fideiussione; conflitto d'interesse* , cit., 739, il quale riconosce come sia proprio questo elemento fisso (dello scopo di conseguire utili da dividere tra i soci) che spiega perché di detto interesse

Con riferimento a tale concezione, occorre osservare come la dottrina più moderna – affrontando la tematica dell'interesse sociale con riguardo alle società per azioni[138] – ha evidenziato, in maniera pienamente condivisibile, come la massimizzazione del lucro, la realizzazione dello scopo sociale, può essere perseguita secondo diverse modalità[139] e, nella specie, sia incrementando la redditività dell'esercizio dell'impresa al fine della distribuzione dei dividendi, sia accrescendo il valore di scambio dello strumento finanziario partecipativo[140].

---

comune sia interprete la maggioranza e perché esso sfugga, almeno in via generale, alla possibilità di una diversa valutazione di merito nel caso concreto". Analogamente, A. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio,* in *Riv. dir. comm.,* 1956, 314. L'Autore sottolinea come non possa esistere un interesse dell'impresa in sé diverso dall'interesse che l'imprenditore si propone e, dato che il fine della società è lo scopo di lucro, essa deve tendere all'autosufficienza economica, alla realizzazione dell'equilibrio economico-finanziario dell'esercizio e, quindi, alla produzione di frutti sufficienti ad attrarre – tenuto conto del rischio - i capitali onde l'ente ha bisogno per il proprio finanziamento.

[138] Per maggiori dettagli, A. GUACCERO, *Obblighi e interessi nella disciplina delle offerte pubbliche di acquist*o, cit., 100.

[139] Sussistono, in altre parole, diversi interessi collettivi, appartenenti a tutti i membri del gruppo sociale, compatibili con la causa del contratto di società. Sul punto, oltre a P. JAEGER, *L'interesse sociale,* cit., 201, si veda D. PRETE, *Abuso di maggioranza*, cit., 24, il quale riconosce la sussistenza di una serie di interessi tipici della società, primo fra tutti quello alla massimizzazione del profitto sociale, inteso "come massimizzazione del valore aggregato delle azioni e non del valore del patrimonio della società".

[140] A. GUACCERO, *op. loc. cit.,* osserva come "limitare la massimizzazione del lucro societario a favore degli azionisti alla sola ottimizzazione del risultato d'esercizio, e quindi, all'incremento patrimoniale, lascia fuori una gamma di opzioni gestore funzionali all'aumento del valore di scambio delle azioni, che possono produrre un identico *surplus* patrimoniale dell'investimento azionario individuale".

Con riferimento all'interesse sociale, relativamente alle società quotate, oltre l'Autore da ultimo citato, si veda P. JAEGER, *L'interesse sociale rivistato,* cit., 797, il quale, evidenziato come negli ordinamenti moderni sono individuabili due tipi di società, la *Stakeholder society* e la *Shareholder society*, osserva come la teoria della *Shareholder value*, in particolare, sembra rappresentare la più radicale delle concezioni contrattualistiche. L'interesse sociale viene qualificato – senza alcuna possibilità di contemperamento con altri interessi – con l'interesse dei soci all'aumento del valore delle proprie azioni. Si tratta, pertanto, di un interesse esclusivo dei soci, intesi come gruppo. Rispetto alle teorie contrattualistiche tradizionali, sono necessarie alcune precisazioni. Innanzitutto, come rilevato da Jaeger, "l'interesse è dei soci attuali, ma sembra destinato ad essere soddisfatto pienamente solo con la perdita della qualità di socio. Questo poiché l'aumento di valore delle azioni (chiaramente ci si riferisce ad azioni cedibili) rappresenta, prima della vendita delle stesse, una soddisfazione virtuale che diventa reale esclusivamente al momento della cessione.

Secondariamente, occorre osservare come in quest'ultima prospettiva "l'interesse è di gruppo, ma non è il gruppo che può definirlo. L'interesse è tipizzato una volta per tutte. Tutti i soci si presumono (senza possibilità di prova contraria) interessati esclusivamente ad un obiettivo: l'aumento di valore delle loro azioni".

Alla luce di quanto esposto, sembra che per la teoria della *Shareholder value* non sussistono ipotesi di conflitto tra gli interessi di gruppo sociali e quelli extrasociali. Se così è, tuttavia, viene da chiedersi che differenza vi sia tra questa tesi e la concezione istituzionalistica dell'interesse sociale. La *Shareholder value*, in altri termini, potrebbe sembrare una versione moderna dell'istituzionalismo.

Alla luce di ciò si osserva come sia impossibile definire in modo univoco l'interesse sociale, poiché occorre verificare quali siano nel caso concreto le modalità più idonee a soddisfare lo scopo sociale[141].

Altri autori[142], ancora, qualificano l'interesse sociale come l'interesse dell'ipotetico "socio medio" – che si presume non abbia ulteriori interessi personali rispetto a quelli che allo stesso fanno capo in qualità di socio – e specificano come l'interesse sociale muti con il variare dei bisogni dei soci nelle diverse fasi della vita dell'organizzazione societaria[143].

Ebbene, a mio giudizio, la suddetta teoria recepisce argomenti sia dalla teoria istituzionalistica che da quella contrattualista e probabilmente dimostra, come rilevato da Jaeger, il superamento di entrambe le teorie.
Sulla *Shareholder value* si veda altresì A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 126; A. BERLE JR, *Corporate Power as Power* in *Trust*, 44, Harw. L. Rew, 1049 (1931); P.L. DAVIES, *Shareholder value, company law and securities market. A British view*, in *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, su http://papers.ssrn.com.

[141] In tal senso, D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi*, cit., 20 il quale rileva come la tesi secondo cui non sussiste un'unica nozione di interesse sociale appare compatibile anche con con il testo degli articolo 2373 e 2241. Nella specie, l'Autore individua i seguenti interessi sociali: l'interesse alla massimizzazione del profitto sociale (artt. 2392, 2393 cod. civ.), l'interesse alla percezione dei dividendi nel corso dell'attività sociale (art. 2433 cod. civ.), l'interesse a controllare ed influenzare la gestione della società (argomentato dalle norme sui poteri di controllo delle minoranze e sul potere di eleggere gli amministratori), l'interesse all'opportunità di conservare il proprio grado di influenza sulla gestione sociale anche in presenza di variazioni di capitale ed alla conservazione del valore della propria quota in caso di entrata di nuovi soci (artt. 2441 e 2504-*octies)*, l'interesse alla determinazione del grado di rischio dell'attività sociale (argomentato dalle modifiche statutarie che consentono il recesso del socio), l'interesse a contribuire a determinare la durata del proprio investimento in rapporto alle proprie esigenze economiche personali (argomentato dalle norme sullo scioglimento delle società) ed, infine, l'interesse all'alienabilità della propria partecipazione sociale. Individuati in tal modo i diversi interessi sociali che possono caratterizzare un'organizzazione societaria, la dottrina succitata osserva come "il principio di buona fede è idoneo non solo a stabilire il dovuto contemperamento dei diversi interessi sociali, ma anche quali interessi sociali le parti avrebbero indicato nel contratto, se ne avessero prevista la necessità e se l'indicazione non fosse troppo costosa".
Si veda anche. F. D'ALESSANDRO, *Le categorie di azioni e gli aumenti di capitale,* in *Giur. comm*., 1990, I, 586.

[142] D.S. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 520; A. Berle – G. Means, *The Modern Corporation*, che, definendo l'interesse del socio medio, specificano che "*In general, it is to his interest, first that the company should be made to earn the maximum profit compatibile with a reasonable degree of risk; second, that as large a proportion of these profits should be distributed as the best interests of the business permit, and that nothing should happen to impair his rigetto receive his equitable share of those profits which are to be distributed; and finally, that his stock should remain freely marketable at a certain price*".

[143] Sul punto, P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit. 93, osserva come la mutabilità dell'interesse sociale rappresenta il principale elemento di novità della tesi sopra esposta "anche se le formule proposte risultano eccessivamente empiriche e vaghe (con quale criterio dovrà essere identificato il modello di socio medio? Come si potrà "depurare" l'interesse sociale da quelli extrasociali del singolo azionista?), e conseguentemente finiscono col presentare per l'interprete scarsa utilità".

Le teorie ora analizzate, si caratterizzano tutte per una rigida contrapposizione tra interesse sociale e interessi extrasociali.

Un'autorevole corrente dottrinaria[144], distaccando – almeno in parte – dalle posizione finora analizzate, ha cercato di attenuare la suddetta contrapposizione, osservando come, sebbene l'interesse sociale non coincida con la somma degli interessi individuali[145] dei singoli soci, sono proprio questi interessi concreti il punto di partenza per la determinazione del primo.

L'interesse sociale, quindi, è un concetto "essenzialmente relativo in quanto risulta da una valutazione oggettiva degli interessi particolari di cui sono portatori, in un dato momento, coloro che partecipano alla società"[146].

In altre parole, l'interesse comune è l'interesse dei soci come tali, "ossia l'interesse la cui realizzazione si risolve in una proporzionale soddisfazione dell'interesse individuale di ciascun socio"[147].

Infine, un ultimo filone interpretativo, identifica l'interesse sociale con quello "individuato di volta in volta come tale dalla maggioranza assembleare"[148], libera di esprimere come vuole la volontà della società con l'unico limite dell'illegalità[149].

---

[144] L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria,* cit., 443, che sottolinea come l'interesse sociale non sia una entità immutabile, ma un concetto essenzialmente relativo che si concreta in varia maniera, a seconda delle circostanze che caratterizzano la società. *Contra* G. BRACCO, *L'esclusione del diritto di opzione nella società in accomandita per azioni,* in *Riv. dir. comm.,* 1962, II, 182.

Una posizione simile a quella di Mengoni è assunta da quella parte della dottrina (J: BERGIER, *L'abus de majorité dan les sociétés anonymes*, Lausanne, 1933, 66) che qualifica l'interesse sociale come interesse tipico del socio "*uti socius*" e lo individua in ogni rapporto di solidarietà fra gli interessi individuali degli azionisti. Più nello specifico, l'Autore da ultimo citato osserva come "*l'intéret social n'est qu'un reflex et une résultant de l'intéret des actionnaires*". In contrapposizione, G. MINERVINI, *Deliberazione assunta da tutti i soci in conflitto di interessi con la società*, cit., 585, che sottolinea come "l'interesse comune in concreto a tutti i soci nel determinato momento storico può divergere dall'interesse sociale, se ed in quanto per tutti i soci, ed in eugual misura, sussiste un identico interesse extrasociale: la sommatoria di tali interessi extrasociali non costituisce, con tutta evidenza, l'interesse sociale".

[145] Sugli interessi individuali dei soci si veda L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria*, op. loc. cit.; T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza*, cit., 170 che suddivide in diritti individuali dei soci in diritti inderogabili e derogabili.

[146] L. MENGONI, *op. loc. cit*.

[147] L. MENGONI, *op. loc. cit*.

[148] F. CANDIAN, *Il diritto del socio nelle società cd di capitali,* in *Dir. fall*., 1961, I, 238; L. LORDI, *Il cosi detto eccesso di potere nelle società anonime,* in *Riv. dir. comm*., 1937, I, 140.

[149] L. LORDI, *Il così detto eccesso di potere*, cit., 159, sottolinea come, al di fuori dei deplorevoli casi di sopraffazione delle minoranze azionarie (che sono quasi totalmente disciplinati con gravi sanzioni penali) e

La suddetta tesi sembra essere viziata da un errore concettuale, poiché confonde l'interesse con la valutazione dello stesso[150].

Senza considerare le assurde conseguenze che discenderebbero dall'accoglimento di siffatta teoria, prima fra tutte, quella che si dovrebbero ritenere necessariamente valide tutte le delibere assembleari, poiché approvate dalla maggioranza dei soci.

2.5 Le teorie contrattualistiche e il diritto di voto.

Le diverse tesi contrattualistiche sono ulteriormente classificabile in base alla posizione che adottano in relazione alla dibattuta questione se i soci e gli organi della società siano, nella loro attività, vincolati al perseguimento dell'interesse sociale[151].

Il problema si pone soprattutto con riguardo al voto dei soci in sede assembleare[152].

---

delle ipotesi di violazioni di legge, atto costitutivo, statuto, le deliberazioni assembleari anche se danneggiano gli interessi dei soci di minoranza non possono essere impugnate per eccesso di potere. "Che la maggioranza approvi i bilanci con riserve eccessivamente prudenziali; che approvi bilanci in perdita o senza utili per rafforzare la compagine dell'azienda; che maggioranze speciali deliberino l'anticipato scioglimento della società, quando invece sarebbe preferibile tenerla ancora in vita, è inconveniente relativamente lieve. Peggio sarebbe se l'autorità giudiziaria, col pretesto di ravvisare eccesso di potere, potesse sovrapporre i propri criteri amministrativi a quelli della maggioranza che per forza di cosa dovevano essere insindacabili, sempre che non vi sia violazione di legge, dell'atto costitutivo o dello statuto".

[150] P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 96, per il quale la distinzione tra interesse sociale e valutazione dello stesso è fondamentale per la comprensione di ogni problema giuridico.

In proposito, si veda anche L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria*, cit., 435, che osserva – a mio giudizio correttamente – come "il principio maggioritario non è certo inteso dalla legge come sanzione della prevalenza dell'interesse della maggioranza, in quanto interesse più forte: esso è introdotto invece come criterio di organizzazione dei soci, e perciò come mezzo di tutela dell'interesse comune dei soci".

[151] Per una dettagliata ricostruzione delle diverse posizioni si veda P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 97.

Le teorie contrattualiste possono ulteriormente suddividersi in relazione ai poteri attribuiti al giudice nella valutazione dell'interesse sociale. In proposito, si veda Cassazione, 12 maggio 1951, n. 1177, con nota di A. SCIALOJA, *Sui poteri del giudice nel procedimento di impugnazione di deliberazioni assembleari di società, in Riv. dir. comm.*, 1951, 694. In dottrina, T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto, op. loc. cit.*; A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., 632.

[152] V. A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 81, il quale evidenzia come "la difficoltà del problema e la inesauribilità del dibattito, se svolto in astratto, derivano precisamente da ciò che nell'attività dei gruppi l'interesse personale è strettamente intrecciato con l'interesse altrui. Nella valutazione normativa può essere attribuito prevalente rilievo all'interesse individuale, per il quale i singoli hanno costituito la società e danno

Parte della dottrina[153], in proposito, afferma sussistere in capo ai soci un obbligo giuridico di perseguire, mediante il voto, l'interesse sociale[154].

L'orientamento in esame, muove dalle seguenti considerazioni. Il socio, votando in assemblea, agisce per la soddisfazione di un interesse comune a tutti gli azionisti, un interesse di cui egli non è l'unico titolare. Di conseguenza, egli deve votare *uti socius* in vista dell'interesse sociale,

---

vita alla stessa: si ritiene, in adesione al classico orientamento liberale, che lo strumento più idoneo per il conseguimento del bene comune al gruppo sia la libera espressione degli interessi e moventi individuali, che si compongono attraverso il dibattito e l'applicazione de principio maggioritario. Oppure può essere considerato inadeguato quello strumento di libertà, poiché viene riconosciuta l'esistenza di gruppi di controllo nella realtà della vita associativa o anche perché si intende curare la tutela di terzi estranei al gruppo. E' possibile allora vincolare i membri del gruppo al perseguimento di un interesse, che non coincide necessariamente con quello individuale. O ancora, in coerenza con i motivi ispiratori del vigente ordine costituzionale, può offrirsi una soluzione di libertà nella determinazione dell'attività di gruppo, ponendo però un controllo esterno per il caso di prevalenza di specifici interessi extrasociali: si risolve il problema nel senso di imporre limiti al diritto soggettivo piuttosto che una direzione positiva al potere. E' chiaro che per la soluzione di tale delicato problema di politica legislativa non offre alcun aiuto la costruzione, sul piano della logica formale, della nozione generale dell'organo, indipendente dalla valutazione degli interessi specific i concretamente rilevanti".

[153] F. CARNELUTTI, *Tutela penale della minoranza nelle società per azioni,* in *Riv. soc*., 1956, 393; F. CANDIAN, *op. loc. cit. Contra* G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale*, cit., 330, che, criticando la posizione assunta dall'ultimo degli autori indicati in materia di conflitto di interessi, rileva come "non è esatto che la *ratio* della disciplina del conflitto di interessi sia di assicurare che i partecipanti alle deliberazioni siano ispirati al perseguimento esclusivo dell'interesse del gruppo, nel senso che il loro intento esclusivo debba essere il conseguimento dell'interesse sociale". Innanzitutto, rileva Minervini, "la previsione di un requisito psicologico di questa sorta presupporrebbe un legislatore del tutto fuori dalla realtà sociale". Inoltre, nemmeno il dato normativo, rileva l'Autore, sembra idoneo suffragare una simile ipotesi. Difatti, minimo comune denominatore degli articoli 2373, 2391, 2631 (il riferimento è alle formulazioni delle disposizioni anteriori alla riforma del 2003) sembra essere la presenza di un interesse del socio in senso obbiettivo, in conflitto con l'interesse sociale.

[154] La fedeltà alla comunità, di cui il socio fa parte, diviene essa stessa oggetto di un rapporto obbligatorio. Il principio generale, che impone l'esecuzione del rapporto obbligatorio con uno spirito di fedeltà agli impegni assunti e alle legittime aspettative dell'altra parte, si evolve in un autonomo obbligo di fedeltà, che vincola il socio alla comunità di cui è membro. La sua violazione rappresenta un abuso di diritto non tollerato dall'ordinamento giuridico. E la fedeltà comporta precisamente l'obbligo di perseguire l'interesse della comunità, con esclusione del proprio interesse personale.

Alla luce di ciò, la dottrina succitata ritiene viziati non solo i voti non rispondenti a questo scopo, ma anche le deliberazioni raggiunte da parte della maggioranza con la violazione dell'obbligo sopramenzionato.

In proposito, si veda A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 97, il quale rileva, altresì, come il principio secondo il quale ai soci è vietato di perseguire, in seno alla società, interessi extrasociali, è stato collegato alla normativa in materia di illiceità dei motivi. Più nel dettaglio, si è qualificato come motivo illecito il fine di conseguire nella società vantaggi particolari a danno degli altri soci.

interesse sovraordinato rispetto agli interessi che ciascuno socio ha *uti singulus*[155].

Ciò, del resto, sembrerebbe trovare un appiglio in diverse disposizioni legislative sia in materia amministrativo che di diritto privato.

Quanto al settore amministrativo, il riferimento è alla normativa sull'invalidazione degli atti della Pubblica Amministrazione, emanati per la soddisfazione di un interesse diverso da quello della collettività.

Per quanto concerne il diritto privato, invece, parebbero espressione del principio sopra indicato sia l'articolo 1394 cod. civ., in materia di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato sia la normativa sul conflitto di interessi[156].

Secondo questa tesi – ma pare logico – il diritto di voto non è qualificabile come un diritto soggettivo (diritto per definizione libero nel suo esercizio), ma come una potestà[157].

---

[155] Cfr. P. JAEGER, *L'interesse sociale*, op. loc. cit., che, nel descrivere la tesi in commento, chiarisce che secondo tale posizione interpretativa, quando il voto del socio "confluisce nella maggioranza dei voti espressi, esso determina, insieme a tutti questi, la manifestazione di una volontà che la legge imputa alla persona giuridica, e che la legge stessa dichiara vincolante per tutti i membri della società. Pertanto il socio, ogni socio, si trova nella posizione di chi sia titolare di un potere giuridico che si ripercuote sulla sfera dell'interesse di altri soggetti, ma siccome è principio generale dell'ordinamento che un potere di questo genere non possa essere esercitato altro che per perseguire tale particolare interesse, in funzione del quale il diritto lo riconosce e lo tutela, così l'espressione del voto non può essere libera, ma deve venir diretta al fine in tal modo predeterminato, cioè la realizzazione dell'interesse sociale".

[156] In senso contrario, G. FERRI, *Fideiussione,* cit., 27.

[157] Così F. CARNELUTTI, *Tutela penale*, cit., 398. Più nel dettaglio, tale Autore osserva come diritto soggettivo e potestà hanno in comune l'elemento (formale) del potere (possibilità di comando), ma diverso l'elemento (sostanziale) dell'interesse sul quale opera il comando. Il diritto soggettivo viene esercitato nell'interesse proprio, la potestà nell'interesse altrui. "Si fa presto a capire, dopo ciò, che il potere spettante all'azionista di riscuotere il dividendo non è identico al potere, che egli esercita, deliberando nell'assemblea: con il primo egli tutela l'interesse proprio, col secondo l'interesse della società; e questa sì anche quando la legge non lo dice, è un soggetto di interessi e perciò di rapporti giuridici distinti dai soci"

L'Autore sopra menzionato si preoccupa altresì di distinguere le figure del diritto soggettivo e della potestà da quella del "diritto pubblico soggettivo" che rappresenta una figura intermedia tra quelle ora indicate: si riferisce, infatti, a quei casi in cui il potere opera nell'interesse proprio e altrui. Apparentemente potrebbe sembrare che il caso del socio che vota in assemblea rientri in questa ipotesi, tuttavia, secondo l'Autore, "il diritto pubblico soggettivo cede alla potestà quando l'interesse proprio e l'interesse di tutti è unificato secondo il diritto, il che avviene appunto nelle società".

Si discosta parzialmente da questo orientamento G. SENA, *Il voto*, cit., 123; che, per non abbandonare del tutto il concetto del diritto, ritiene che il diritto di voto sia qualificabile come "diritto soggettivo collettivo". Esso "si collocherebbe, come categoria intermedia fra le figure giuridiche del diritto soggettivo e della potestà e deriverebbe la sua qualifica dalla particolare posizione di chi ne è investito, il quale non è un terzo rispetto al

In contrapposizione a quest'ultimo orientamento, parte della dottrina[158] nega la sussistenza di un obbligo giuridico per i soci di perseguire attraverso il voto l'interesse sociale.

Alcuni autori specificano, poi, che il diritto di voto viene concesso al socio "nel suo interesse individuale come socio e cioè per la tutela di quel suo interesse che è tuttavia comune anche agli altri soci nonché come strumento per il funzionamento della società" [159]; altri[160], invece, ritengono che l'interesse sociale rappresenti un limite esterno (e non un limite funzionale, come invece sostenuto dall'orientamento appena illustrato) al diritto di voto. Secondo quest'ultima posizione interpretativa, che appare la più condivisibile, ogni socio è libero di perseguire, mediante il voto, i propri interessi extrasociali, purché essi non si pongano in contrasto con l'interesse comune degli azionisti[161].

---

titolare dell'interesse, ma non ne è neppure esclusivamente il titolare, perché è uno fra i più soggetti cui fanno capo gli interessi in questione. Nello stesso senso, A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit. 631.

Cfr. altresì P. GRECO, *Le società*, cit., 242; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relatività. Théorie dite de l'abus de droit*, Paris, 1927, 368;

[158] T. ASCARELLI, *Interesse sociale*, cit., 1160.

[159] Per tutti, T. ASCARELLI, *Interesse sociale, op. loc. cit.*; ID *Sui poteri della maggioranza*, cit., 190. Egli afferma che l'azionista è libero di esprimere come meglio crede, con il voto, la valutazione degli scopi cui deve tendere l'attività della società, ma poi afferma che la suddetta valutazione deve costituire un'interpretazione dell'interessse comune, cioè dell'interesse tipico di cui tutti i soci, in quanto tali sono titolari.

Ciò sarebbe confermato dalla disciplina del voto del socio in conflitto di interessi (il riferimento è alla normativa anteriore alla riforma del 2003), il cui fine è proprio quello di evitare che l'interesse extrasociale prevalga su quello sociale.

[160] L. MENGONI, *Appunti per la revisione della teoria*, cit., 445; G. FERRI, *Poteri della maggioranza e diritti del socio,* in *Banca, borsa, tit. cred*., 1952, II, 163; M. GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova, 1937, 16, n. 4; GOWER, *The Principles of Modern Company Law*, cit, 519 che rileva come "*Do the shareholder, like the directors, have to ignore their own interestsand consider those of the company alone? Is it sensibile, or even possibile, to ask this of them where it is a question of adjusting the rights of different interests within the company?".*

In una posizione parzialmente differente si collocano quegli autori che ritengono che l'interesse sociale assuma rilevanza esclusivamente nelle ipotesi nelle quali la legge lo riconosca espressamente. In proposito, si veda P. CASELLA, *Note marginali sull'articolo 2441, comma 3, cod. civ. e sull'interesse sociale,* in *Temi,* 1961, 331.

[161] L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria del conflitto*, cit., 444, così giustifica la sua posizione. La normativa delle società per azioni si fonda su un dato insopprimibile: la partecipazione di ciascun socio all'organizzazione è determinata da motivi egoistici, cosicché la realtà della società si caratterizza - nel suo sorgere e nel suo sviluppo – per molteplici contrasti tra i suoi partecipanti, contrasti alimentati anche dalle diverse combinazioni di interessi che si identificano nell'economia individuale di ciascuno. Sta qui, secondo l'Autore, la chiave del concetto di interesse estraneo alla società. Spesso l'interesse del socio

Affermare che il diritto di voto sia concesso al socio nel suo individuale interesse (e non sia, al contrario, riconosciuto dall'ordinamento in funzione di uno scopo verso il quale deve essere obbligatoriamente diretto il suo esercizio) importa, chiaramente, la qualificazione dello stesso come diritto soggettivo, e precisamente come "diritto potestativo", diritto, che "come

---

nell'organizzazione è condizionato da altri suoi interessi, che concernono altre attività ed investimenti e che, quindi, non hanno nulla a che fare con la società. "E il legislatore si rende perfettamente conto che non è umanamente possibile pretendere che l'azionista isoli il proprio interesse come socio dagli altri interessi che con il primo si intrecciano e ne sono condizionati". Non sembra esistere, un principio che proibisca all'azionista di perseguire nell'assemblea una politica di interessi ispirata da fini estranei alla società. La rinuncia del legislatore ad introdurre un simile principio appare all'Autore sopra menzionato essenziale nel sistema economico moderno, caratterizzato dal processo di concentrazione industriale e dal connesso fenomeno dell'inscatolamento delle società. "In questa situazione il problema giuridico sorge dall'esistenza di fissare un limite alla perseguibilità, attraverso il voto, di interessi estranei alla società. Il limite si esprime appunto nel concetto di interesse comune dei soci, funzionalmente coordinato con lo scopo comune in vista del quale la società si è costituita. Di fronte al diritto, nessuno degli interessi particolari in gioco ha titolo di prevalere sugli altri, l'uno vale l'altro: e ciò perché la posizione giuridica delle parti del rapporto sociale, a differenza dei rapporti di scambio è qualitativamente uguale. Né certo possono venire in considerazione, di fronte al diritto, che è essenzialmente un sistema di valori, le differenze quantitative tra i vari interessi".

Cfr. anche A. MIGNOLI*, L'interesse sociale*, cit., 741, che sottolinea come la norma dell'articolo 2373 segna un limite all'esercizio di voto del singolo socio, ma non gli impone una direzione nel perseguire l'interesse sociale. Invero, nessuna norma gli impone di perseguirlo ed anzi la legge stesse ammette che il socio sia mosso da interessi extrasociali. Il perseguimento di tali interessi, tuttavia, non deve arrecare danno alla società.

Particolarmente interessante le considerazione successivamente svolte dall'Autore sulla disciplina del conflitto di interessi. Mignoli osserva, infatti, come "la norma dell'articolo 2373 cod. civ. ha un solo significato, e cioè quello di impedire che il principio maggioritario, espediente tecnico escogitato dal legislatore per consentire la produzione della volontà dell'ente collettivo, si trasformi in una sopraffazione della maggioranza sulla minoranza: ma non è assolutamente lecito servirsi di questa norma per inserire dei contenuti estranei a quelli che sono i rapporti dei soci tra loro e con la società".

Analogamente, G. FERRI, *Poteri della maggioranza e diritti del socio,* in *Banca, borsa, tit. cred*., 1952, II, 163; M. GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova, 1937, 16, n. 4; GOWER, *The Principles of Modern Company Law*, cit, 519 che rileva come "*Do the shareholder, like the directors, have to ignore their own interestsand consider those of the company alone? Is it sensibile, or even possibile, to ask this of them where it is a question of adjusting the rights of different interests within the company?"*.

In una posizione parzialmente differente si collocano quegli autori che ritengono che l'interesse sociale assuma rilevanza esclusivamente nelle ipotesi nelle quali la legge lo riconosca espressamente. In tal senso sembra porsi P. CASELLA, *Note marginali sull'articolo 2441, comma 3, cod. civ. e sull'interesse sociale,* in *Temi,* 1961, 331.

Si veda anche A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 23, che osserva come il limite dell'interesse sociale è stato affermato anche per l'esercizio degli altri diversi diritti corporativi diversi dal voto come, ad esempio, con riferimento al diritto di discussione in assemblea che trova un limite nel perseguimento dell'interesse sociale. In tal senso, Tribunale di Montepulciano, 15 novembre 1962, in *Dir. fall.,* 1963, II, 177; Corte d'Appello Firenze, 14 gennaio 1965, in *Foro it*., 1965, I, 317.

tale non incontra di per sé altro limite che non sia quello segnato dagli effetti giuridici che il socio è legittimato a produrre"[162].

2.6 Le concenzioni più recenti.

Come sopra anticipato, la dottrina italiana sembra ormai unanimemente riconoscere il carattere contrattuale della società[163] e, conseguentemente, dell'interesse sociale.

Del resto, anche il legislatore del 2003, accentuando i profili di autonomia privata all'interno delle società per azioni, sembra aver voluto affermare proprio la natura contrattuale dell'organizzazione societaria[164].

---

[162] Cfr. L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria*, cit., 461, il quale specifica come, tuttavia, il concreto esercizio di voto, in quanto atto negoziale, è soggetto ai limiti generali cui è subordinato il riconoscimento giuridico degli atti di autonomia privata.

Nello stesso senso, si veda P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 105, che evidenzia come, per la posizione dottrinale in esame, il diritto soggettivo incontra, tuttavia, dei limiti nella necessità di non lasciare sforniti di tutela gli interessi dei terzi. "Il socio può rendersi conto di non essere in grado di soddisfare i propri scopi personali se non mediante il sacrificio di diversi interessi, che appartengono a lui come a tutti gli altri consociati, e malgrado ciò decidere di perseguire tali scopi individuali, oppure può (per quanto l'ipotesi sia evidentemente meno frequente della precedente) essere mosso unicamente dall'intenzione di nuocere altri soci". In questi casi il voto è viziato e viziata è la delibera che consta di una maggioranza di questi voti. Alcuni autori, in specie, ritengono che gli esempi fatti configurino un'ipotesi di motivo illecito, altri un caso di atti di emulazione, ed altri ancora, infine, una violazione del principio di buona fede.

[163] La questione della natura contrattuale della società sarà ampiamente illustrata nei successivi capitoli. Sul punto, si veda F. DI SABATO*, Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa – G.B. Portale, 1, Torino, 2007, 133; F. D'ALESSANDRO, "*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata" Ovvero esiste ancora il diritto societario,* in *Riv. soc*., 2003, 37, che sottolinea come tale contratto essendo un accordo non inteso allo scambio, ma ad organizzare e disciplinare un'attività comune delle parti, presenti delle caratteristiche peculiari. Nella specie, esso, "in deroga ai principi fondamentali dell'autonomia privata, spiega effetti metaindividuali, di valore reale, ossia *ultra partes*".

[164] Più nel dettaglio, nell'articolo 2, lett. *a)* e *b)* della legge delega si chiarisce che obiettivo principale della riforma è quello di favorire l'efficienza e il libero sviluppo delle potenzialità imprenditoriali del paese e come il suddetto scopo si raggiunga esclusivamente lasciando alle parti la più ampia autonomia decisionale. Nel commentare questo articolo F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario,* cit., 39, osserva come "se la società è il regno dell'autonomia privata, allora non vi dovrebbero essere dubbi circa la concezione contrattualistica della società stessa e dell'interesse sociale".

L'Autore sottolinea ulteriormente come nel sistema precedente la tipicità-imperatività del diritto societario trovava giustificazione nella necessità di tutelare i terzi, nei confronti dei quali, il contratto di società, facendo eccezione alla fondamentale regola dell'efficacia invece solo interna degli atti di autonomia privata, è idoneo a spiegare effetti. Nel sistema successivo alla riforma, questo tradizionale principio sembrerebbe caduto, "e

Il problema forse oggi è più quello della disomogeneità delle parti. La diversificazione delle tipologie di azioni ha fatto sì che si sono moltiplicati gli interessi dei soci e, conseguentemente, appare sempre più difficile individuare un unico interesse sociale o meglio delle modalità condivise da tutti per il raggiungimento dello scopo della società[165].

L'interesse comune sembra, in altri termini, essersi frantumato negli interessi delle diverse categorie di partecipazioni sociali e di strumenti finanziari[166].

Occorre, conseguentemente, chiedersi se la formula "interesse sociale" sia, così come affermato in passato, effettivamente in grado di fondare il sistema delle società per azioni[167].

---

l'autonomia privata sarebbe sottoposta a limiti inderogabili non già a tutela di terzi, ma invece solo ed in quanto ciò fosse necessario per proteggere gli investitori provenienti dal risparmio diffuso. Ma questi ultimi non sono, appunto, terzi, bensì parti (o future parti) del contratto. Il pilastro basilare dell'imperatività del diritto societario non è dunque più da collegarsi con il rilievo reale, cioè *ultra partes*, del contratto sociale, bensì con un'istanza del tutto diversa: diciamo, pressappoco, con la tutela del contraente debole, del possessore di risparmio diffuso e ignaro che cerca proficue occasioni di investimento sul mercato del capitale di rischio".

Per completezza occorre osservare come parte della dottrina, in contrapposizione all'orientamento dominante individui in alcune modifiche introdotte con la riforma del 2003 nuovi elementi a sostegno della tesi istituzionalistica. E', ad esempio apparso in contrasto con una concezione contrattuale dell società il riconosciuto potere della maggioranza di "trasformare il rapporto sociale in un rapporto diverso (associazione non riconosciuta, comunione, fondazione), addirittura con il possibile abbandono della attività economica (sul punto si veda G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma*, cit.19). L'assunto desta qualche perplessità, poiché il potere di trasformare il rapporto sociale, come rilevato da E. LA MARCA, *op. loc., cit*., costituisce in qualche maniera un *minus* rispetto al potere di scioglimento anticipato che da sempre spetta alla maggioranza azionaria. "Se con lo scioglimento anticipato la partecipazione dell'azionista di minoranza si riduce al diritto alla quota di liquidazione, con la trasformazione del rapporto sociale, il recesso converte il diritto alla quota di liquidazione in diritto alla liquidazione della quota".

[165] P. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato*, cit., 800, secondo cui il riferimento all'interesse sociale come limitato ai soci attuali deve essere ridimensionato alla luce degli sviluppi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile*, cit., 42, che osserva come lo spettro delle varianti possibili nelle posizioni individuali all'interno di una medesima compagine sociale genera complessi problemi nella formazione della volontà sociale.

[166] G. OPPO, *Quesiti in tema di azioni e di strumenti finanziari, in Il nuovo diritto delle società Liber Amicorum Gian Franco Campobasso,* diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, t. 1, Torino, 2007, 717. Cfr. anche G. ROSSI, Il conflitto epidemico, Milano, 2003, 37; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario,* cit. 123.

[167] Così come affermato dai maggiori studiosi dell'interesse sociale. Sul punto, cfr. C. ANGELICI, *Recenti decisioni in tema di interesse sociale e personalità giuridica*, in *Attività e organizzazione*, cit.,195, il quale osserva come pare ormai acquisita la consapevolezza che la formula della personalità giuridica" non può in quanto tale rappresentare una "premessa per il discorso operativo del giurista e, qualora utilizzata, costituisce soltanto un momento concettuale della motivazione, non la reale *ratio decidendi*".

Significativa, al fine della risoluzione della questione, appare la considerazione per cui le discussioni in materia di interesse sociale, particolarmente accese fino alla fine degli anni '70, sembrano oggi essersi sopite[168]. La dottrina più recente, pare negare, infatti, il rilievo precedentemente attribuito alla definizione dell'interesse sociale[169].

In proposito, si osserva che lo scemare del dibattito su tale figura sembra corrispondere alla demitizzazione del problema della tutela del piccolo azionista, problema alla cui risoluzione, come visto, si volgeva, soprattutto, il dibattito sul concetto di interesse sociale[170].

Contemporaneamente si evidenzia come la realtà societaria ha assunto caratteri talmente complessi ed articolati per cui formule, come quella dell'interesse sociale, sembrano del tutto inadeguate al compito che dovrebbero svolgere[171].

D'altra parte, non si può nascondere che le differenti definizione dell'interesse sociale – l'interesse comune dei soci ovvero l'interesse dell'impresa – rappresentano degli schemi generali, suscettibili, come si è visto, di assumere sul piano operativo i più diversi ed eterogenei significati.

---

[168] Analogo discorso può farsi relativamente alle collegate discussioni in materia di personalità giuridica.

[169] Così C. ANGELICI, *op. loc. cit.*, secondo cui la circostanza che la tematica dell'interesse sociale e della personalità giuridica hanno perso valore non è forse "una vicenda del tutto irrilevante, o soltanto riferibile ad un mutamento di moda, se è vero, come sembra indubitabile, che la stessa scelta dei temi operata dalla dottrina rappresenta comunque un dato di primaria importanza storica". L'Autore osserva ulteriormente come "potrebbe del resto, se ci si limitasse ad una considerazione esteriore, apparire singolare che la demitizzazione della persona giuridica venga motivata con l'esigenza di cercare, al di là di meri schemi formali, la reale *Interessenlage* presente nel sistema, mentre poi a ciò non si accompagni un'accresciuta attenzione per il concetto che in tal senso focalizza il dibattito".

[170] Cfr. C. ANGELICI, *op. loc. cit.*, il quale rileva come "è logico che, se la prospettiva di una revisione globale della disciplina societaria ha rappresentato un decisivo stimolo per l'elaborazione di ampie costruzioni di insieme, la sua sostituzione con provvedimenti solo parziali non può non riflettersi anche nel tipo di ricerche per cui la dottrina si sente sollecitata".

[171] E cioè fondare l'intero sistema societario. Sul punto, si osserva ulteriormente come, del resto, il discorso sull'interesse sociale non ha mai ricompresso l'intero agire societario, ma è stato sostanzialmente confinato ai soli problemi assembleari. In tal senso, C. ANGELICI, *Recenti decisioni in tema di interesse sociale*, cit., 196. L'illustre Autore osserva come sia necessario distinguere tra "l'interesse sociale" nell'articolo 2373 e nell'articolo 2391. E ancora diversi sembrano dover essere diversi i criteri da utilizzare per quanto riguarda l'articolo 2409 e il 2441. Sul punto, Angelici osserva come "sembra così caratteristico che, come mostra l'attuale ben noto dibattito giurisprudenziale, il principale terreno su cui è ora concretamente affrontato il problema della protezione della tutela delle minoranze azionarie sa quello del bilancio: dei problemi quindi che, comunque formalmente costruiti, non si risolvono sul mero piano dei rapporti tra i soci, ma attengono sostanzialmente a una dialettica di cui polo centrale è certo l'organo amministrativo".

Senza considerare che le moteplici concezioni dell'interesse sociale risolvono i problemi attinenti ai rapporti tra i differenti interessi rilevanti all'interno della società solo da un punto di vista formale, mentre per risolvere efficacemente i conflitti tra i soci sarebbe opportuno superare il piano astratto e passare ad un'analisi sostanziale dei rapporti tra gli azionisti.

Alla luce di ciò, sembra condivisibile l'orientamento dottrinale secondo cui sarebbe opportuno superare la tradizionale contrapposizione tra contrattualismo ed istituzionalismo, "mostrarne il carattere astratto e in definitiva scarsamente significativo per i concreti contenuti decisori"[172].

E' interessante osservare come la giurisprudenza straniera già da qualche decennio, in ipotesi nelle quali era necessario tutelare le minoranze azionarie, ha cercato di staccarsi dai concetti, quale quello di interesse sociale o quello di personalità giuridica, per andare ad esaminare le posizioni concretamente assunte dagli azionisti e gli effettivi conflitti esistenti tra gli stessi.

Per fare un esempio, si può considerare la nota sentenza della Corte di Cassazione francese del 22 aprile 1976[173]. La fattispecie proposta all'attenzione della Corte era la seguente. L'azionista di minoranza di una società costituita da tre soci, di cui gli altri due (che costituivano la maggioranza assembleare) anche amministratori, aveva impugnato una serie di delibere assembleari, nelle quali era stato pattuito di non distribuire i dividendi[174]. La Suprema Corte ha riconosciuto, nel caso di specie, un'ipotesi di *abus de droit* e ha affermato la sussistenza di un pregiudizio

[172] C. ANGELICI, *Recenti decisioni in tema di interesse sociale*, cit., 197. Nello stesso senso, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza,* cit., 3 che analizzando la giurisprudenza straniera (qualche esempio sarà fatto successivamente) evidenzia una manifesta indifferenza a dedurre i principi fondamentali che governano le società per azioni dalla concezione istituzionalistica ovvero da quella contrattualistica. Tale orientamento giurisprudenziale, secondo l'autore, "stimola ad evitare una pregiudiziale posizione di premesse da cui dedurre, con carattere di necessità logica, la soluzione postulata; insieme rappresenta l'intuizione di una valutazione specifica del rapporto societario, non riferibile ad alcuno dei due orientamenti - istituzionalista e contrattualista – che, pur con sfumature diverse nelle singole posizioni dottrinali, dominano nell'interpretazione del diritto societario".

[173] La sentenza in commento è pubblicata su *Dalloz- Sirey*, 1977, 4. Si veda anche le riflessioni mosse sulla sentenza da C. ANGELICI, *op. loc. cit.*

[174] Nel caso di specie la mancata ripartizione dei dividendi si era protratta per oltre venti anni, senza servire a scopi di autofinanziamento.

per l'azionista di minoranza, rilevando come lo stesso "*a raiçon des décision litigieuses qui lui étaient imposées par les deux associés majoritaires Peters et Tillinger, exerçant des fonctions de direction et recevant à ce titre chaque année de la société un salaire et des avantages substantiels, Roizot, seul associé minoritaire et étranger à la gestion des affaires sociales, s'est trouvé, en l'absence de tout dividende , privé de seul avantage que présentait sa qualità de porteur de parts*"[175].

La sentenza sembra offire importanti spunti di riflessione. La Corte di Cassazione francese supera la nozione tradizionale di *abus de droit*[176]. Tale fattispecie, infatti, non viene più individuata nella circostanza che la deliberazione tende a discriminare i soci, "bensì nel fatto che essa inserendosi in una struttura societaria nella quale di fatto è diversa la loro posizione, assume nei loro confronti una portata non omogenea e lede gli specifici, in quanto diversi interessi della minoranza[177]".

In questo modo, la Suprema Corte francese sembra aver voluto affermare il significato giuridico della distinzione tra "soci risparmiatori" e "soci investitori" e la necessità di individuarne il diverso ruolo che assumono nell'organizzazione societaria.

Come rilevato da attenta dottrina[178], la *ratio decidendi,* così individuata, svaluta nella sostanza un discorso generico in termini di interesse sociale ed, al contrario, impone un'analisi delle caratteristiche della singola società.

---

[175] La Suprema Corte francese, come risulta dalla parte di sentenza riportata, osserva come mentre i due soci di maggioranza hanno ottenuto un vantaggio corrispondente alla somma che percepiscono in qualità di amministratori (somma, peraltro, che stabiliscono, rappresentando anche la maggioranza assembleare), l'azionista di minoranza, non essendo distribuiti i dividendi, non ha avuto alcun vantaggio dalla partecipazione in società.

[176] Tradizionalmente, *l'abus de droit* si configura nel caso nel quale una decisione viene presa *contrareiment a l'intéret général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité.*

[177] C. ANGELICI, *Recenti decisioni in tema di interesse sociale*, cit., 199.

[178] C. ANGELICI, *op. loc. cit*., il quale propone un ulteriore esempio che dimostra come la giurisprudenza straniera, già, da tempo ha cercato di staccarsi da una nozione astratta di interesse sociale. Il riferimento è al caso Clemens v. Clemens Bros. Ltd, sentenza della House of Lords, in *A. C*., 1973, 361. Nel caso *de quo*, il socio di minoranza di una società, che possedeva originariamente il 45% delle azioni, lamentava un'*oppression* a seguito di un aumento di capitale, successivamente al quale, essendo le nuove azioni state attribuite ai *directors* e agli impiegati della società, aveva visto ridurre la sua partecipazione al di sotto il 25% del capitale (trovandosi così escluso da ogni interferenza nella gestione sociale). Anche tale decisione abbandona ogni riferimento al *benefit of company as a whole* e fonda l'intero ragionamento sulla

La scelta dalla giurisprudenza francese di superare l'astratto concetto di interesse sociale appare a chi scrive pienamente condivisibile, poiché solo considerando le effettive posizione assunte dai vari azionisti e i rapporti che si instaurano tra di essi, sembra possano essere tutelati in maniera efficace i soci di minoranza.

I conflitti, generalmente, non nascono tra socio e società, ma tra socio e socio, o meglio, tra azionisti di maggioranza e azionisti di minoranza[179] e, pertanto, al fine di proteggere efficacemente gli interessi di questi ultimi è necessario verificare caso per caso le dinamiche che si instaurano tra i contrapposti gruppi di soci.

2.7 Gli interessi protetti dalla procedura di controllo giudiziario.

Si è sopra accennato che la tematica dell'interesse sociale è da sempre strettamente connessa con quella relativa all'individuazione delle finalità perseguite dall'articolo 2409 cod. civ.

Con riguardo a quest'ultima questione, nel vigore della precedente disciplina, modulando secondo diversi gradi di equilibrio il rapporto interessi privati-interessi pubblici a livello dottrinale si sono evidenziate tre linee di pensiero fondamentali[180]. Un primo orientamento[181] individuava la

---

discriminazione operata a danno della minoranza. Viene, in altri termini, abbandonato lo schema "dell'ipotetico socio medio" e si postula, di contro, un esame della concreta posizione dei soci nella singola organizzazione societaria e dei rapporti che la caratterizzano. Consequenziale, come rileva C. Angelici, "diviene perciò ritenere "*unwise to try to produce a principle, since the circumstances of each case are infinitely varied:* un rifiuto in sostanza di formulazioni astratte e l'esigenza ora espressamente affermata di verificare il tipo concreto di struttura della società ed il modo in cui in essa si inseriscono gli interessi dei soci".

[179] Nelle società, come già detto, è innegabile l'esistenza di interessi confliggenti tra azionisti di maggioranza e azionisti di minoranza Oggettiva è la divergenza tra le due categorie di soci: quelli di maggioranza perseguono il potenziamento e l'espansione dell'impresa sociale attraverso le risorse finanziarie interne, mentre, al contrario, quelli di minoranza, tendono a conseguire nella misura più alta possibile la remunerazione del loro investimento. Cfr. A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO, *Le irregolarità*, cit., 11.

[180] Cfr. V. CERAMI, *Il controllo*, cit. 39; A. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze*, cit., 26; A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, 298.

[181] In tal senso, V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 38; G. VISENTINI, *In tema di aziende di credito società per azioni,* in *Banca , borsa, tit. credito*, 1971, I, 1; R. SMIROLDO BONGIORNO, *Rassegna delle principali questioni controverse in tema di controllo giudiziario delle società di capitali secondo l'articolo 2409 c.c.,* in *Dir. fall.*,

finalità principale del controllo giudiziario nella salvaguardia di un interesse pubblico, qualificato come l'interesse generale ad una corretta amministrazione delle società e affermava che solo indirettamente il procedimento in esame tutelasse le minoranze azionarie; una seconda posizione interpretativa[182], ribaltando la prospettiva, riteneva tutelate in via diretta le minoranze azionarie (e, al più, solo indirettamente l'interesse pubblico) e, infine, un ultimo orientamento[183] affermava che entrambi gli

---

1957, I, 226; M. F. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, 82, F. MARTORANO, *Ispezione della società e consulenza tecnica,* in *Foro it*., 1953, I, 186; D. PETTITI, *Ancora sul procedimento dell'art. 2409 c.c.,* in *Riv. dir comm*., 1953, II, 53; C. GIANNATTASIO, *Ancora sul tema di denuncia per gravi irregolarità degli amministratori e dei sindaci,* in *Foro pad.*, 1960, I, 211; R. PROVINCIALI, *Procedimenti* ex *articolo 2409 e trasformazione di società di capitali in società di persone,* in *Dir. fall.*, 1973, I. 39; A JANNACCONE, *Il procedimento regolato dall'articolo 2409 cod. civ.,* in *Società*, 1984, 656; R. DABORMIDA, *Il controllo giudiziario negli enti di diritto speciale o soggetti a controlli di tipo pubblico: in particolare dell'applicabilità dell'articolo 2409 cod. civ. alle società sportive,* in *Giur. comm*., 1988, II, 447; F. FRANCHI, *Natura del procedimento* ex *articolo 2409 cod. civ.,* in *Nuova riv. dir. comm*., 1950, II, 39; F. CANDIAN, *In margine all'articolo 2409,* in Temi, 1952, 97.

[182] A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, cit., 298, G. FERRI, Le *Società*, cit., 58, secondo cui "la regolare gestione della società è nell'interesse dei soci e dei creditori sociali e indirettamente è nell'interesse della generalità". Cfr. anche A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., 745; A. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli delle società,* in *Riv. dir. comm*., 1953, 32; V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 78; T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 140; V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze,* in *Giur. comm*., 1980, II, 754; A. GRAZIANI, *L'articolo 2409 è applicabile alle società cooperative?,* in *Riv. soc.,* 1956, 85; M.J. BONELL, *Intervento giudiziario* ex *art. 2409 c.c. e "gravi irregolarità",* in *Riv. dir. comm*., 1969, II, 229; F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1984, 528; G. FAUCEGLIA, *Delibera di scioglimento anticipato della società e sindacato giudiziario*, in *Giur. comm*., 1980, II, 955; A. VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I, 1948, 193; F. CONTE, *Sugli interessi tutelati dall'art. 2409 c.c*., in *Giur. comm*., 1986, I; BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, vol. II, Milano, 1948, 406; BRUNELLI, *Il libro del lavoro in commento al codice civile italiano*, Milano, 1943, 256; G. RAFFAELLI, *Rassegna di giurisprudenza onoraria in materia di società*, in *Riv. dir. comm*., 1944, I, 85; M. PORZIO, *Interessi pubblici e interessi privati nella disciplina del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1973, I, 1, il quale specifica come la procedura di controllo giudiziario sia diretta a tutelare l'interesse dei soci e quello "interno" della società ad una corretta amministrazione, mentre l'interesse pubblico viene meglio tutelato dalla procedura di amministrazione straordinaria delle aziende di credito di cui all'articolo 57 della legge bancaria.

[183] G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 202; W. BIGIAVI, *Ancora sulla nomina senza richiesta, di un amministratore giudiziario della società per azioni ai sensi dell'articolo 2409 c.c.,* cit., 214; V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'articolo 2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni*, cit., 692; R. PROVINCIALI, *Natura giuridica, impugnabilità e intervento del pubblico ministero nel procedimento* ex *art 2409 cod. civ.,* in *Dir. fall.,* 1956, II, 311 e *Aspetti del controllo giudiziario sulle società per azioni di cui all'articolo 2409 cod. civ.,* in *Dir. fall*., 1955, II, 383; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale,* in *Diritto delle società,* II, Torino, 1992, 374, nota 2; V. SALAFIA, *Il procedimento* ex *articolo 2409 cod. civ*., in *Società* 1995, 1273, il quale osserva come la costituzione, il funzionamento e l'organizzazione delle società di capitali ricevono nel nostro ordinamento una disciplina in gran parte

ordini di interessi, concorrenti o incrociati, rientrassero nella tutela predisposta dal legislatore del '42.

L'introduzione nella nuova formulazione dell'articolo 2409 dell'elemento del danno potenziale e l'esclusione, per quanto riguarda le società chiuse, della legittimazione alla denuncia del pubblico ministero, hanno ravvivato il dibattito dottrinale in ordine alla individuazione degli interessi tutelati dalla procedura in esame.

Nei seguenti paragrafi si analizzeranno le diverse teorie sviluppatesi in materia, per poi verificare se le modifiche apportate dalla riforma del diritto societario all'istituto del controllo giudiziario hanno effettivamente importato qualche variazione in relazione alla tipologia di interessi tutelati dalla procedura *ex* articolo 2409.

2.8 L'orientamento della tutela diretta e prevalente dell'interesse generale ad una corretta amministrazione della società.

Una parte della dottrina, come sopra anticipato, nel vigore della precedente disciplina, affermava, il carattere pubblico del controllo giudiziario ed individuava il fine principale di tale istituto nella tutela di una serie di interessi pubblici[184], tutti riconducibili al più generale interesse ad una corretta amministrazione della società[185].

---

inderogabile ed in parte collegata ad interventi del p.m. La spiegazione di ciò, secondo Salafia, sembra doversi ricercare nella circostanza che le società di capitali costituiscono uno degli elementi portanti dell'economia nazionale, le cui vicende anche se direttamente incidono nelle sfere di coloro che hanno apprestato i capitali di funzionamento, colpiscono anche l'interesse all'ordinato e proficuo sviluppo delle aziende societarie, interesse che può dirsi generale, poiché le predette organizzazioni contribuiscono alla produzione della ricchezza nazionale e sono, di conseguenza, fonte di benessere collettivo.

[184] In proposito, si veda G. VISENTINI, *In tema di aziende*, cit. 36, secondo cui l'articolo 2409 faccia riferimento "non ad uno specifico interesse pubblico, in senso tecnico, che non si saprebbe dove trovare, bensì all'interesse pubblico generale che sovrintende alla predisposizione legislativa e che consiste nell'osservanza della legge da parte di coloro ai quali si indirizza".

[185] Nella specie, alcuni Autori (per tutti A. JANNACCONE, *Il procedimento regolato dall'articolo 2409,* in *Società*, 1984, 656), ma sono una ristretta minoranza, asserivano che il controllo giudiziario fosse volto alla tutela esclusiva del pubblico interesse. Altra parte della dottrina, invece, affermava che il procedimento era sì volto alla tutela di tale interesse, ma la protezione dello stesso si risolveva indirettamente in una difesa anche delle posizioni di soggetti privati. Cfr. V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 38, secondo il quale "che l'articolo 2409 attenga anche ai rapporti tra maggioranza e minoranza, è convinzione che si può accettare; ma che la finalità di

esso sia la protezione immediata e diretta degli interessi della minoranza, non mi sembra. Ritengo piuttosto che la finalità dell'articolo 2409 sia la tutela, in via principale, dell'interesse della società e dell'interesse pubblico, e (solo) di riflesso degli interessi della minoranza ad una corretta amministrazione". Nello stesso senso, G.VISENTINI, *In tema di aziende,* cit. 1; R. SMIROLDO BONGIORNO, *Rassegna delle principali questioni controverse in tema*, cit. 226, che sottolinea come l'articolo 2409 è diretto, soprattutto, alla tutela dell'economia generale, del credito e della produzione, alla tutela, cioè, dell'interesse pubblico al buon andamento dell'organismo societario; G. BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.,* in *Riv trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 516 che, quanto agli interessi, paragona il controllo giudiziario al fallimento. Nella specie, egli osserva come "nella diversità di opinioni, di sicuro si può dire che la procedura di cui all'articolo 2409 è diretta alla tutela contemporanea di due interessi: quello ad una corretta e legale amministrazione della società, che trascende dal potere di disposizione del singolo socio ed assume rilevanza generale, e l'interesse privato a che gli amministratori ed i sindaci non esorbitino dai limiti legali e statutari del loro mandato, arrecando pregiudizio al patrimonio dei soci. Esattamente come accade nel fallimento, dove il procedimento per la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza, secondo la concezione pubblicistica del legislatore del 1942, è diretto ad eliminare dal mondo economico quelle imprese che, continuando a contrarre disordinatamente obbligazioni con una serie indeterminata ed indeterminabile di soggetti, arrecano grave pregiudizio al tessuto sociale e all'ordine pubblico".
In entrambi i casi, secondo la dottrina in commento, è lo Stato che, attraverso i propri organi giudiziali, assume la veste di "supremo arbitro dell'instaurazione della procedura", al fine di accertare se ricorrono le condizioni per impedire che l'impresa, incapace di assolvere i compiti che le sono stati affidati dall'ordinamento, continui ad operare arrecando danno alla collettività.
Cfr. anche G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 118 che, in chiave storica, evidenzia come "l'aver collocato l'interesse alla legalità degli atti e alla regolarità dell'azione amministrativa al posto dell'interesse dello Stato ad un inciso controllo sulle iniziative economiche private ha consentito di dare un senso alla disciplina contenuta nell'articolo 2409 cod. civ. anche dopo la parziale eliminazione del contesto normativo, in cui, in origine, la predetta disposizione si collocava: il più delle volte ricordato ordinamento corporativo". L'Autore osserva, poi, come tale operazione se, per un verso, è servita a coprire un evidente conflitto di principi (quello autoritario dello Stato fascista e quello liberale del nuovo ordinamento), per altro, ha lasciato aperte alcune contraddizioni, che costituiscono la ragione principale della debolezza e della inefficienza dell'istituto del controllo giudiziario.
In giurisprudenza, si veda Tribunale Chiavari, 12 giugno 2001 (ord.), in *Riv. dir. comm*., 2001, II, 157; Corte d'Appello Milano, 4 maggio 1994; Trib. Milano, 27 settembre 1991 (secondo cui, la finalità perseguita dal procedimento *ex* articolo 2409 è "quella di tutelare l'interesse generale ad una corretta amministrazione delle società di capitali; la legge intende evitare che la violazione degli obblighi posti a presidio dell'ente collettivo che l'ordinamento riconosce munito di soggettività e personalità autonoma, recando danno al patrimonio della società, pregiudichi anche i terzi che nel patrimonio sociale possano aver fatto affidamento; Trib. Venezia, 11 dicembre 1987, in *Società,* 1988, 284; Tribunale Milano, 28 aprile 1988, in *Società*, 1988, 1064; Tribunale Milano, 21 dicembre 1987, in *Società*, 1988, 410; Tribunale Padova, 24 dicembre 1986, in *Riv. dir. comm*., 1988, II, 357; Tribunale Napoli, 18 dicembre 1987, in *Società*, 1988, 409; Tribunale Milano 18 settembre 1986, in *Giur. comm*., 1986, II, 459; Tribunale Milano, 15 ottobre 1985, in *Giur. comm*., 1986, II, 459; Tribunale Roma, 14 luglio 1982, in *Società,* 1983, 12; Corte d'Appello Napoli, 13 maggio 2002, in *Società,* 2002, 1524, che, nel giustificare la circostanza che sotto la previgente disciplina la società non era parte del procedimento, evidenzia come la procedura di controllo giudiziario miri a verificare se l'interesse generale connesso alla corretta amministrazione della società di capitali (al quale si accompagna, di solito, ma non si sostituisce, l'interesse particolare dei soci di minoranza denunzianti a difendere contro le deviazioni degli organi espressi dalla maggioranza, quando non intenda reagirvi con i rimedi endosocietari) sia stato violato dalle condotte denunziate.

I soci di minoranza, secondo l'orientamento *de quo,* agivano non *uti singuli*, ma *uti socii*, per la tutela di interessi che li riguardavano, non per la loro individualità, ma quali portatori di un interesse sociale generale[186].

La posizione interpretativa in esame si fondava su una ricostruzione pubblicistica delle società di capitali e, in particolare, delle società per azioni. Nei paragrafi precedenti si è visto come, con il codice del 1942, fosse stata abbandonata la concezione rigorosamente privatistica del codice di commercio e fosse stata riconosciuta l'immanenza dell'interesse pubblico nell'organizzazione delle società di capitali, considerate come strumenti fondamentali ed essenziali per lo sviluppo dell'economia nazionale[187].

Scopo principale di queste organizzazioni era la soddisfazione dell'interesse generale alla tutela del risparmio e allo sviluppo dell'economia. L'attività sociale, si affermava non potersi svolgere in contrasto con i suddetti interessi generali.

Il controllo giudiziario rappresentava uno degli strumenti predisposti a tutela di tali interessi nei casi nei quali gli amministratori perseguissero interessi personali con essi confliggenti; solo in via indiretta il procedimento *de quo* costituiva uno strumento di protezione degli interessi delle minoranze.

---

[186] In altre parole, si riteneva che la legge attribuisse alle minoranze il potere di denuncia a garanzia del rispetto di doveri "che non sono correlativi ad un diritto soggettivo dei denunzianti" Così V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 42, il quale ritiene che la disposizione di cui all'articolo 2409 sia la dimostrazione dell'accoglimento da parte del legislatore del 1942 della concezione istituzionalistica dell'interesse sociale. Cfr., anche, G. BUONGIORNO, *Il procedimento*, cit., 518; G. VISENTINI, *In tema di aziende*, cit. 36, che osserva come il regolare funzionamento della società interessa in primo luogo l'ordinamento giuridico per la quantità di interessi che ne restano coinvolti.

[187] V. CERAMI, *Il controllo*, cit. 38. Sul punto, si veda anche V. SALAFIA, *Controlli giurisdizionali anche alla luce delle direttive C.E.E*, secondo il quale il controllo giudiziario trova il suo fondamento politico nel fatto che le società sono strumenti economici e giuridici di raccolta del risparmio collettivo per la realizzazione del benessere generale. L'Autore osserva, poi, come "porre in evidenza l'interesse generale che dall'attività delle società di capitali e cooperative viene toccato, non significa, peraltro, ridurre le suddette società a strumenti di esclusivo perseguimento di interesse generali. Le società di capitali (e le cooperative) sono anzitutto strutture create dai privati per il conseguimento di finalità individualistiche, nella cui creazione e funzionamento l'interesse privato rappresenta la molla essenziale e in relazione al quale l'attività sociale deve essere interpretata. L'interesse generale rimane nello sfondo dello scenario come esigenza con cui la vita sociale deve confrontarsi nel senso che non può svolgersi in contrasto, ma compatibilmente con esso, può realizzare i fini che ne consentano la soddisfazione. L'interesse generale, quindi, funziona come limite agli atti organizzativi e funzionali ed è espresso da regole la cui osservanza è imperativamente posta".

La finalità pubblicistica dell'amministrazione giudiziaria sembrava dimostrata, *in primis*, dall'attribuzione della legittimazione attiva al pubblico ministero, il quale è istituzionalmente portatore di interessi sociali e non individuali, pubblici e non privati[188].

Altro argomento a favore della tesi pubblicistica era individuato nella circostanza che l'articolo 2409 attribuiva all'autorità giudiziaria il potere di gerire direttamente la società. Più nel dettaglio, si affermava non potersi trattare della tutela dell'interesse privato di un singolo azionista o di un gruppo "se l'autorità giudiziaria si può ingerire nell'organismo societario prima con ampia ispezione a carattere inquisitorio, poi attraverso la gestione e direzione sociale per mezzo di un suo ausiliare (l'amministratore

[188] In questo senso D. PETTITI, *Sul procedimento di denuncia al tribunale ai sensi dell'articolo 2409 cod. civ.,* in *Riv. dir. comm*., 1961, II, 278.V. SALAFIA, *Poteri istruttori del Tribunale*, in *Società*, 1982, 659; R. SMIROLDO BONGIORNO, *Rassegna delle principali questioni controversie in tema di controllo giudiziario delle società di capitali secondo l'articolo 2409 c.c*., in *Dir. fall*., 1957, I, 230, secondo cui è indubbio che il pubblico ministero sia portatori di interessi pubblici più che privati; "esso interviene in quei procedimenti che per i particolari interessi in discussione, esulano dal campo meramente privatistico".
In giurisprudenza, Tribunale Milano, 30 ottobre 1986, (decr.), con nota di E. PROTETTÌ, *Controllo* ex *art. 2409 cod. civ. in pendenza di impugnazione di bilancio,* in *Società*, 1987, 185 e in *Riv. dir. comm*., 1987, II, 375, con nota di G. FERRI, *Procedimento* ex *articolo 2409 cod. civ. in corso di impugnativa della deliberazione di approvazione del bilancio*, che evidenzia come l'interesse del p.m. è diretto ed autonomo rispetto all'interesse della minoranza e sussiste anche nei casi di approvazione a maggioranza o all'unanimità dell'operato degli amministratori (e dei sindaci) da parte dell'assemblea o di società con un unico azionista o di rinuncia al ricorso proposto dai soci, di maggioranza o di minoranza, che abbiano o no approvato l'operato dell'organo amministrativo.
I giudici milanesi nel giustificare l'attribuzione al p.m. della predetta legittimazione sottolineano, poi, come tale attribuzione si spiega agevolmente con la considerazione che la corretta amministrazione è, nella mente del legislatore, un "valore" sia per lo stato che per la stessa società ed una garanzia tanto per i soci quanto, indirettamente, per tutti coloro che entrano in rapporto con la società. *Contra,* F. CONTE, *Sugli interessi tutelati,* cit., 467; G. FERRI, *Le società*, cit., 599 che nega che il carattere pubblico del controllo giudiziario possa fondarsi sul riconoscimento della legittimazione alla denuncia attribuita al pubblico ministero. Ciò in quanto, secondo l'Autorevole studioso, l'articolo 2409 si ricollega al precedente articolo 2408 e appresta ai soci un mezzo ulteriore per il ripristino della legalità nella gestione nel caso nel quale le stesse non siano eliminate attraverso un intervento dell'assemblea. Questo ulteriore mezzo di tutela si ritiene sia stato previsto in funzione del determinarsi di una situazione obbiettiva di pericolo e non per la tutela di specifici interessi. "La legittimazione del p.m. ha quindi lo stesso identico fondamento di quella dei soci e trova una ragion d'essere in ciò che, essendo il potere di denuncia riservato ad una minoranza qualificata notevolmente elevata e irraggiungibile praticamente nelle società di maggior rilievo, si è voluto consentire ai soci, la cui partecipazione azionaria non consenta l'esercizio diretto del potere, di realizzare il risultato voluto attraverso l'intervento del p.m.". In tal modo, secondo Ferri si contempera l'esigenza di non attribuire ai soci un potere sproporzionato rispetto all'interesse economico che essi hanno nella società con l'esigenza di non lasciare gli azionisti senza alcuna difesa contro gli abusi dell'organo amministrativo (e del collegio sindacale) solo perché non raggiungano la parte di capitale richiesta dalla legge.

giudiziario), che può addirittura promuovere la messa in liquidazione dell'ente"[189].

La stessa formula "gravi irregolarità" sembrava far pensare" più che ai soci lesi direttamente in un loro proprio interesse, a qualcosa di più ampio, che superi la sfera del singolo azionista; alla lesione dell'interesse sociale, se non addirittura dell'interesse generale alla produzione"[190]

La vocazione pubblicistica del procedimento pareva, poi, ulteriormente dimostrata, per un verso, dal fatto che il tribunale, nella scelta dei provvedimenti da adottare, non era vincolato dalla richiesta dei denunzianti[191] e, per altro verso, dal tipo di provvedimenti che l'autorità giudiziaria poteva emettere e cioè la revoca degli amministratori e dei sindaci e la nomina dell'amministratore giudiziario.

Infine, parte della dottrina cercava di giustificare il carattere pubblicistico della procedura di controllo giudiziario attraverso una lettura costituzionale (art. 41 Cost.) dell'articolo 2409.

---

[189] Ciò a differenza di quanto stabilito dall'articolo 153 cod. comm. Cfr. R. SMIROLDO BONGIORNO, *Rassegna delle principali questioni controversie in tema di controllo giudiziario delle società di capitali secondo l'articolo 2409 cod. civ.,* cit., 230; G. VISENTINI, *In tema di aziende,* cit., 34. Quest'ultimo Autore osserva come attraverso la previsione dell'articolo 2409 il legislatore ha voluto rafforzare la disciplina delle società di capitali, prevedendo un ulteriore strumento atto a garantire l'osservanza delle leggi da parte degli amministratori e dei sindaci. Tale strumento è predisposto nell'interesse dell'ordinamento. Infatti, il regolare funzionamento della società, secondo la dottrina in esame, interessa prima di tutto l'ordinamento giuridico per la quantità di interessi che ne restano coinvolti. "Più sono infatti gli interessi che una norma coinvolge e più si sente la necessità che essa venga osservata. Non per questo tuttavia la società perde la caratteristica di essere uno strumento per la realizzazione di interessi privati. L'attuazione degli interessi che attraverso la società si perseguono rimane, infatti, sempre di privata competenza, a nulla rilevando in senso contrario cbe le norme mediante le quali l'interesse privato deve esprimersi siano più o meno imperative".
Nessuna contraddizione sembra, d'altra parte, sussistere nel fatto che l'ordinamento si preoccupi in maniera particolare dell'osservanza della disciplina della società, prevista per la composizione di rapporti privati. Ed invero anche l'istituto della proprietà, tipico strumento di diritto privato, è penalmente tutelato, poiché il suo rispetto interessa all'ordinamento costituito.

[190] R. SMIROLDO BONGIORNO, *Rassegna delle principali questioni controversie in tema di controllo giudiziario delle società di capitali secondo l'articolo 2409 cod. civ*., cit., 230.

[191] M. MARTORANO, *Ispezione della società e consulenza tecnica*, in *Foro it.,* 1953, I, 693. *Contra* A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 298, il quale rileva come l'argomento per cui l'esistenza di un interesse pubblico sarebbe dimostrato dal fatto che il tribunale non è vincolato dalla richiesta dei denunzianti non è probante. "Non tanto si vuole alludere ai validi rilievi che sono stati sollevati contro questa pretesa discrezionalità del tribunale, e che quindi già rendono l'assunto più che dubbio. Ci si vuole piuttosto riferire al fatto che, anche laddove l'Autorità giudiziaria ha sicuramente un'ampia sfera entro cui determinarsi, in relazione alle concrete esigenze del caso, non è detto che non debba perseguire interessi che non siano privati". In proposito, si veda il prossimo paragrafo.

Più nel dettaglio si affermava che "se i Costituenti hanno stabilito, da un lato, che l'iniziativa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, dall'altro che la legge determini i controlli opportuni perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, ciò implica che l'attività d'impresa e dunque pure quella societaria, cessano di essere fattispecie esclusivamente coinvolgenti gli interessi privati ad essi connessi"[192].

Le predette attività non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale[193]. E proprio per garantire la predetta utilità – considerata l'importanza assunta nel sistema economico moderno dalle società per azioni e la pluralità di interessi collegati alle stesse – si ammetteva, attraverso l'intervento dell'autorità giudiziaria, un'ingerenza dello Stato nella vita delle società[194].

Tale conclusione è stata criticata da autorevole dottrina[195], la quale ha evidenziato come, sebbene l'interesse alla corretta gestione societaria

---

[192] M.F. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità*, cit., 233. Una posizione analoga sembra essere recentemente stata assunta da V. BUONOCORE, *L'impresa,* Torino, 2002, 27, che rileva come "il *corpus* legislativo degli anni '90 ha delineato il volto di un'impresa il più possibile rispecchiante i principi contenuti nell'articolo 41 Cost. e che, quindi, non goda solo della libertà garantitele dal comma 1° di questa norma ma si faccia carico di alcuni problemi vitali della comunità in cui opera, sia per essa fonte di ricchezza, e costituisca luogo di composizione di tutti gli interessi che al suo interno si sono presentati. L'identità dell'impresa non può che identificarsi con la sua funzione istituzionale che è quella di produrre o di intermediare qualunque sia il regime in cui opera: ed è ciò che in definitiva descrive l'articolo 2082 cod. civ. e che vale per ogni imprenditore".

Contra G. U. TEDESCHI, *Controllo giudiziario sulla gestione di società di capitali ed interessi tutelati,* in *Scritti in onere di G. Minervini*, III, Società, Napoli, 1996, 715; G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata,* in *Riv. dir. civ*., 1958, I, 618 che sottolinea come "il Fanelli, allorché nel 1950 parlava del valore funzionale dell'impresa, quale manifestazione di autonomia funzionale del soggetto imprenditore, intendeva in realtà riferirsi alla funzione dell'impresa come destinazione dell'attività al mercato, al produrre o scambiare per il mercato, escludendo ogni finalità ulteriore di perseguimento di interessi estranee all'imprenditore.

[193]Più nel dettaglio, M.F. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità*, cit., 87, afferma che senza dover arrivare a dire che per l'impresa è necessario perseguire l'utilità sociale, la circostanza che quest'ultima non può svolgere la propria attività in contrasto con tale utilità, legittima la conclusione per cui esiste un interesse generale alla corretta gestione. "In altre parole, occupandoci direttamente della società per azioni che rappresenta il referente di questa operazioni interpretativa e ricostruttiva, e calandola nella realtà costituzionale di un sistema economico attento alla salvaguardia della più generale utilità sociale, riteniamo si possa effettivamente considerare immanente in questo un interesse generale alla regolare gestione della stessa da parte degli organi sociali".

[194] M.F. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità*, cit., 88.

[195] G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in G. OPPO, *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, IV, Padova, 2000, 29. Particolarmente interessanti le riflessioni mosse dall'illustre Autore circa la

giustifichi l'intervento dell'autorità giudiziaria, ciò non importa "un'ingerenza dello Stato nella gestione delle società" e rappresenta esclusivamente "un momento di presenza dello Stato come regolatore che trova nell'utilità sociale il limite entro il qual l'attività economica deve essere espletata"[196].

In altri termini, lo Stato non avrebbe poteri di programmazione del mercato; l'intervento pubblico sull'iniziativa privata sarebbe volto esclusivamente alla rimozione degli ostacoli al funzionamento ottimale dello stesso[197].

Il controllo giudiziario altro non rappresenterebbe che uno degli strumenti attraverso i quali lo Stato svolge la predetta funzione regolatrice[198].

---

non perfetta coincidenza tra la nozione di "interesse pubblico" e quella "interesse generale": "se per interessi pubblici si intendono quelli fatti propri, regolati e gestiti dallo Stato, l'espressione non abbraccia tutto ciò che nel diritto dei privati – come regola di tutela e di condotta dei singoli e dei gruppi – eccede dall'interesse individuale o comune a più soggetti o collettivo tra più soggetti. Sarebbe allora forse più proprio contrapporre o giustapporre a questi interessi gli interessi generali almeno nel senso di interessi di ognuno e di tutti, radicati nell'essenza dell'uomo e nella coscienza sociale prima ancora che in un ordinamento giuridico dato. Se la proprietà privata è di interesse generale anche nel suo significato di appartenenza, l'impresa privata è di interesse generale per la sua produttività e quindi in prospettiva dinamica; di più coinvolge l'interesse generale per la sua presenza e la sua azione di mercato che la fanno interferire con altri interessi, particolari o generali. Perciò, come ognuno sa, la disciplina privatistica dell'impresa è fatta da un lato di norme di favore, dall'altro di norme di cautela e di tutela degli interessi esterni".

[196] Così A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 84, ricostruisce il pensiero di Giorgio Oppo.

[197] G. OPPO, *op. loc. cit*. L'Autore afferma che il rapporto con il pubblico è, o dovrebbe essere, rapporto con l'utilità sociale e con gli altri valori al cui rispetto quello dell'economicità è subordinato. Essi giustificano l'iniziativa pubblica e l'intervento pubblico sulla iniziativa privata in forma di liquidazioni, controlli, sollecitazioni e sostituzioni, secondo noti precetti costituzionali. Cfr., altresì, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario sul governo societario*, cit., 85.

[198] Sulla funzione regolatrice dello Stato, si veda A. LA SPINA – G. MARONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 23, i quali definiscono lo Stato regolatore come uno Stato che svolge per lo più un'attività regolativa che si riferirà di norma ad ambiti di attività svolte dai privati, di cui attraverso la regolazione vengono poste condizioni di funzionamento efficiente.

Gli autori ora citati rilevano, altresì, come l'idea di uno Stato regolatore non sia affatto una idea nuova. E, difatti, l'attività regolatrice dello Stato, inteso come terzo *super partes* munito di poteri normativi e autoritativi, dal quale ci si attende un impiego di tali poteri efficace e pubblicamente giustificabile, in quanto sorretto da buone ragioni, risponde ad esigenze che appartengono a tutte le società politiche liberal-democratiche e non soltanto alle società moderne.

2.9 Segue: le critiche alla tesi della tutela prevalente dell'interesse generale alla corretta gestione della società.

La tesi della tutela prevalente dell'interesse alla corretta gestione della società, anteriormente alla riforma del 2003, era oggetto di numerose critiche, a nostro parere per la maggior parte condivisibili.

Innanzitutto, si rilevava come, sebbene fosse indiscutibile che l'attribuzione della legittimazione alla denuncia oltre che alla minoranza qualificata dei soci, anche al pubblico ministero dimostrasse la volontà del legislatore di tutelare un interesse generale, da ciò non sembrava potersi desumere che l'istituto del controllo giudiziario tutelasse in via esclusiva o prevalente l'interesse sopra menzionato[199].

Ciò per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, la ricostruzione pubblicistica delle società non sembrava adeguata ad un'economia moderna come la nostra[200].

Inoltre, il riconoscimento della legittimazione passiva *in primis* ai soci di minoranza sembrava dimostrare l'intento del legislatore di volere tutelare anche gli interessi privati degli azionisti.

---

[199] Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit, 298. In una posizione parzialmente difforme, F. CONTE, *Sugli interessi tutelati dall'articolo 2409*, cit., 467.

[200] Nello stesso senso, W. BIGIAVI, *Ancora sulla nomina senza richiesta, di un amministratore giudiziario della società per azioni ai sensi dell'articolo 2409 c.c.*, in *Riv. dir. civ.,* 1955, 212, il quale afferma "per ciò che riguarda il preteso "carattere pubblicistico" assunto dalle società di capitali nel nostro ordinamento attuale, mi si lasci dire che ci troviamo di fronte ad una semplice affermazione che, secondo me, non trova riscontro nella realtà. Come si può dire, infatti, che le società di capitali abbiano carattere pubblicistico quando esse sono, oserei scrivere, per definizione, se non temessi di compromettermi un po' e di generalizzare troppo, enti privati? Ammetto di buon grado che l'espressione "carattere pubblico" non va presa alla lettera e che impiegandola si è voluto solo dire che, nella nuova regolamentazione di questi enti privati, il legislatore italiano avrebbe inteso di dare maggiore rilievo all'interesse "generale" o "pubblico". Senonchè a me sembra che, pur così modificato tale assunto non trovi riscontro nella realtà.

Dopo aver chiarito ciò, Bigiavi ricostruisce in maniera del tutto originale l'annosa questione degli interessi tutelati dal procedimento di controllo giudiziario distinguendo l'ipotesi prevista dal I comma della norma da quella regolamentata dall'ultimo comma della stessa. "A me sembra che il legislatore abbia così ragionato: quando la minoranza è consistente (si intende il caso nel quale sia raggiunto il quorum richiesto dal I° comma per proporre la denunzia), le dò il diritto di denunciare le scorrettezze al tribunale e, in questo caso (che è quello di gran lunga più frequente) ottengo che attraverso la diretta tutela dell'interesse privato (della minoranza consistente), sia indirettamente protetto anche l'interesse pubblico. Quando invece la minoranza è inconsistente o quando nessun socio si muove, allora concedo il diritto di iniziativa al p.m. In questo caso io legislatore miro in primis alla tutela dell'interesse pubblico e solo in via indiretta alla tutela dell'eventuale interesse privato leso".

Né, d'altra parte, apparivano probanti le considerazioni inerenti al potere attribuito all'autorità gudiziaria di gerire, tramite l'amministratore giudiziario, l'attività della società, l'assunto che nell'emanazione dei provvedimenti il tribunale non è vincolato alle richieste dei denunzianti e le osservazioni circa i particolari provvedimenti (revoca degli amministratori e dei sindaci) che potevano essere emessi dall'autorità giudiziaria.

Partendo da quest'ultimo argomento, è opportuno osservare che la nomina e la revoca giudiziale degli amministratori sono previste anche in ipotesi nelle quali è indubbiamente esclusa la componente pubblicistica[201].

Ad esempio, in ambito di comproprietà di beni tra più soggetti l'articolo 1105 cod. civ. dispone che se vi è conflitto tra i comproprietari in ordine all'amministrazione della cosa comune, ciascun partecipante alla comunione può adire l'autorità giudiziaria che può anche nominare un amministratore giudiziario.

Analoghe considerazioni potevano svolgersi anche con riferimento all'osservazione per cui la natura pubblica degli interessi tutelati sarebbe stata dimostrata dal potere attribuito al giudice di gerire l'attività della società. Poteri simili sono, infatti, attribuiti all'autorità giudiziaria anche in una serie di ipotesi nelle quali rilevano esclusivamente interessi di natura privata. L'articolo 1129 cod. civ., ad esempio, in materia di condominio, prevede che, qualora l'assemblea dei condomini non nomini un amministratore, la nomina può essere fatta (su richiesta dei condomini) dall'autorità giudiziaria.

Infine, con riguardo all'affermazione secondo cui il carattere pubblicistico del controllo giudiziario sarebbe stato dimostrato dal fatto che il tribunale nell'emanazione dei provvedimenti non è vincolato alle richieste dei denunzianti, premesso che la presunta discrezionalità del tribunale è

[201] Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 300, che rileva come anche l'articolo 1129 cod. civ. e l'articolo 592 c.p.c. prevedono la revoca degli amministratori pur non caratterizzandosi le ipotesi disciplinate da tali norme da alcuna componente pubblicistica. Secondo l'Autore in questi casi, come anche nell'ipotesi prevista dall'articolo 2409, la considerazione per cui il potere di revoca viene sottratto al suo normale titolare (l'assemblea) può spiegarsi "in base ad altri motivi che non siano quelli dell'esistenza si un interesse pubblico".

tutta da provare[202], è opportuno osservare come nel nostro ordinamento sussistano numerose ipotesi nelle quali l'autorità giudiziaria ha un'ampia sfera entro la quale determinarsi, anche in fattispecie nelle quali l'intervento della stessa è volto alla esclusiva tutela di interessi privati. Si pensi, per fare un esempio, agli articolo 261 e 872 del codice della navigazione, in materia, rispettivamente, di comproprietà di una nave e di un aeromobile. Tali norme prevedono che qualora i comproprietari siano divisi circa le deliberazioni da prendere nella gestione dei suddetti beni e sia adito il tribunale, quest'ultimo è libero di prendere i provvedimenti che ritiene opportuni nell'interesse comune di tutti i comproprietari. Nelle fattispecie ora descritte, nonostante gli interessi a tutela dei quali interviene l'autorità giudiziaria siano evidentemente di natura privata, il legislatore lascia all'autorità giudiziaria la più ampia discrezionalità nello scegliere i provvedimenti da adottare nel caso concreto[203].

Le osservazioni finora svolte dimostrano che, anche nel vigore dell'originario articolo 2409, non era accoglibile la tesi che individuava la funzione del controllo giudiziario nella tutela esclusiva, o comunque prevalente, dell'interesse pubblico alla corretta amministrazione.

2.10 L'orientamento della tutela diretta e prevalente dei soci di minoranza.

Passiamo ora ad analizzare l'orientamento secondo il quale la funzione dell'amministrazione giudiziaria è quella di tutelare l'interesse privato che i

[202] L'orientamento dottrinale prevalente ritiene che l'autorità giudiziaria nell'emanazione dei provvedimenti necessari all'eliminazione delle gravi irregolarità sia vincolata alle domande dei denuncianti. Sul punto, si veda W. BIGIAVI, *Ancora sulla nomina senza richiesta, di un amministratore giudiziario della società per azioni ai sensi dell'articolo 2409 cod. civ.,* cit., 219; A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 298.

[203] Senza considerare che, all'opposto, sono individuabili diverse ipotesi nelle quali l'interesse pubblico appare "evidentissimo", ma l'autorità giudiziaria non può andare oltre alle richieste degli istanti e, soprattutto, emettere provvedimenti più gravi di quelli che le sono stati richiesti. Si pensi, ad esempio, ai casi di interdizione o inabilitazione di cui agli articoli 417 e 418 cod. civ.

soci, soprattutto quelli di minoranza[204], hanno alla corretta gestione dell'amministrazione[205].

Questo seconda posizione interpretativa si fondava su una ricostruzione privatistica delle società di capitali, il cui scopo fondamentale era quello di soddisfare l'interesse sociale, inteso, secondo la teoria contrattualistica[206], come l'interesse comune dei soci.

Il controllo giudiziario si riteneva uno strumento predisposto a tutelare principalmente questo interesse[207].

L'orientamento "privatistico" interpretava anche l'attribuzione della legittimazione attiva al pubblico ministero in chiave di tutela delle

---

[204] La denuncia *ex* articolo 2409 per la dottrina e la giurisprudenza dominanti può essere richiesta anche dalla maggioranza , o addirittura dalla totalità, dei soci. Cfr. E. PROTETTÌ*, L'ispezione dell'amministrazione delle società,* in *Società,* 1984, 1310; G. STOLFI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni,* in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 186; A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984, 687. Conformi in giurisprudenza, Tribunale Genova, 24 marzo 1989, in *Società,* 1989, 961; Tribunale Roma, 9 gennaio 1970, in *Dir. fall.,* 1970, II, 216.

[205] Si veda A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 298; G. FERRI, *Le Società*, cit., 58; A. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli delle società,* in *Riv. dir. comm*., 1953, 32; V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 78, che nega chiaramente la funzionalizzazione dei doveri degli organi gestori al perseguimento di interessi esterni alla società, affermando che se proprio si vogliono individuare gli interessi tutelati, i provvedimenti *ex* articolo 2409 non sono diretti alla tutela di un interesse pubblico ma, al contrario, finalizzati alla difesa delle minoranze sociatarie. Analogamente, G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a.,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. RESCIGNO, 16, Torino, 1985, 589; V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze,* in *Giur. comm.,* 1980, II, 754, il quale afferma che "la denuncia al tribunale *ex* art. 2409 è tipico istituto di tutela delle minoranze e costituisce una peculiarità dell'ordinamento italiano. Com'è noto, per comprendere a pieno la *ratio*, l'istituto deve essere posto in connessione con la disciplina dell'azione sociale di responsabilità, il cui esercizio deve essere preventivamente deliberato dall'assemblea. Si esclude cioè che una minoranza di soci eserciti in via surrogatoria l'azione sociale o ne determini l'obbligo di esercizio da parte della società. La scelta del legislatore italiano risale alla metà dell'Ottocento […] e fu compiuta con l'intento di evitare che gli amministratori fossero "importunati"da azioni temerarie o ricattatorie di minoranze o di singoli soci. Nei confronti di tale pericolo si volle opporre un duplice schermo: quello della valutazione del giudice sulla fondatezza della accusa agli amministratori e ai sindaci di aver compiuto irregolarità e quello, ulteriore, della decisione dell'amministratore giudiziario sull'opportunità concreta di esercizio dell'azione. Tale rimane ancora oggi il senso dell'articolo 2409, che dunque resta finalizzato alla possibilità di esercizio di una azione di responsabilità, come conclusione di una precedente procedura iniziata su impulso di una minoranza, ed in funzione sostitutiva dell'azione sociale minoritaria di responsabilità".
In giurisprudenza: Appello Milano, 26 ottobre 1979, in *Giur. comm*., 1980, II, 745; Tribunale Pordenone, 29 gennaio 1986, in *Società*, 1986, 752; Appello Lecce, 10 luglio 1974, in *Giur. comm.,* 1976, II, 415.

[206] Sulla concezione contrattualistica dell'interesse sociale si veda il capitolo precedente.

[207] Conseguentemente, secondo la tesi in esame, non sussistono doveri degli amministratori e dei sindaci correlati a interessi pubblici: interessi delle finanze pubbliche, dell'economia pubblica, dei consumatori, dei lavoratori, della tutela e dell'ambiente, etc.

minoranze societarie. Più nel dettaglio, si affermava che il pubblico ministero dovesse intervenire non per tutelare degli interessi pubblici, ma per proteggere l'interesse sociale ogni volta che i soci di minoranza non fossero in grado di raggiungere la percentuale richiesta dall'articolo 2409 per la proposizione della denuncia[208].

Anche la tesi della rilevanza esclusiva della tutela degli interessi privati non appariva, nel vigore della vecchia disciplina, condivisibile. Se l'orientamento che attribuiva un carattere pubblico al controllo giudiziario era criticabile per la scarsa rilevanza che riconosceva alla tutela delle minoranze azionarie, la tesi ora analizzata, all'opposto, non attribuiva sufficiente importanza alla tutela degli interessi pubblici e, in particolare, al potere di denuncia riconosciuta al pubblico ministero.

[208] In particolare, si escludeva che l'intervento del p.m. fosse posto a tutela dell'interesse del fisco. Sul punto F. CONTE, *Sugli interessi tutelati dall'articolo 2409*, cit., 466. L'Autore replicando a quanto affermato da G. Visentini, per cui nessuna limitazione può essere posta all'intervento del p.m., afferma che "tale considerazione è erronea: nell'articolo 2409 è infatti contenuta un'implicita limitazione al potere di intervento del p.m., limitazione che è costituita dalla previsione normativa dell'addebito alla società delle spese dell'eventuale ispezione, indipendentemente dall'esito della stessa. E'noto, infatti, che le spese per le verifiche e le ispezioni previste allo specifico scopo di accertare infrazioni tributarie non sono mai a carico del contribuente; mentre d'altra parte in materia penale, anche nel caso di accertamento di reati compiuti dagli amministratori della società e di loro conseguente condanna, tutte le spese, comprese quelle delle eventuali perizie contabili disposte d'ufficio, sono addossate al reo e non alla società da questa amministrata.
Ora, è chiaro che sarebbe irrazionale prevedere, a tutela di interessi determinati, l'applicazione di specifici strumenti di controllo della amministrazione delle società per azioni le cui spese fossero a carico della collettività, laddove fosse previsto uno strumento generale di controllo le cui spese fossero a carico delle società stesse, e pertanto si deve necessariamente concludere per l'inammissibilità di un intervento del p.m. ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 2409 finalizzato alla tutela dell'interesse del fisco e tendente a perseguire fatti concretanti ipotesi di reato. In altre parole un'attenta lettura dell'ultimo comma dell'articolo 2409 consente di escludere che con tale articolo possano essere tutelati interessi estranei alla società e ai suoi soci". Si veda anche quanto affermato da L. ABETE, *Le gravi irregolarità nel novellato testo dell'articolo 2409,* in *Società,* 2004, 1477, che esclude che la legittimazione del pubblico ministero, nel sistema previgente, valesse a giustificare "l'identificazione dell'interesse pubblico suscettibile di salvaguardia con l'aspirazione alla funzionalizzazione dell'attivitò d'impresa". Ciò, in quanto la caducazione degli artt. 2089 e seguenti, a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo, "induce a negare recisamente che il pubblico ministero, fosse abilitato ad attivarsi ai fini della realizzazione di dati obiettivi di politica economica, in particolare ai fini dell'efficiente operatività dell'imprese societarie giacché fattori di pubblica e privata ricchezza".

Non si può sottovalutare, infatti, la circostanza che a quest'ultimo era attribuita la legittimazione attiva indipendentemente dalla volontà dei soci di denunciare le gravi irregolarità commesse dagli amministratori[209].

Tale circostanza non può che trovare giustificazione nella necessità di tutelare un interesse che, essendo diverso da quello dei soci di minoranza, non può che identificarsi con un interesse di carattere generale.

Del resto, anche la Relazione al codice civile del 1942 prevedeva che il controllo giudiziario fosse posto a tutela, oltre che delle minoranze, anche "dell'interesse generale ad una corretta amministrazione della società".

Senza considerare che la procedura di amministrazione giudiziaria, a partire dagli anni ottanta, è stata utilizzata in settori particolari del nostro ordinamento con finalità prettamente pubblicistiche. Si pensi, ad esempio, al campo delle società editrici, ovvero alle società sportive.

Quanto alle prime, l'articolo 48 della legge 5 agosto 1981, n. 416[210], prevede che su istanza del garante, di qualsiasi cittadino o del Pubblico Ministero, il tribunale competente per territorio, laddove gli amministratori della società non rispettino le regole previste dalla medesima legge a tutela della trasparenza del mercato, può revocare gli amministratori delle società editrici di giornali e quotidiani e nominare un amministratore giudiziario ai sensi dell'articolo 2409.

La *ratio* della norma, come emerge dalla Relazione alla legge 416 del 1981, è quella di "garantire la trasparenza della proprietà e delle fonti di finanziamento, di impedire le concentrazioni, di attuare il principio costituzionale di cui all'articolo 21 della Costituzione, favorendo il

---

[209] G. BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'articolo 2409*, cit., 520, che ribadisce come l'interesse del p.m. è diretto ed autonomo rispetto a quello della minoranza. L'organo pubblico non supplisce all'inattività del titolare di un diritto soggettivo individuale, ma interviene per fare osservare il diritto oggettivo, laddove gli amministratori ed i sindaci abbiano gravemente trasgredito ai doveri dettati a tutela di interessi pubblici.
Ciò comporta, come evidenzia l'Autore, che la legittimazione del p.m. sussiste anche quando l'operato degli amministratori e dei sindaci sia stato approvato all'unanimità, ovvero se i soci di minoranza abbiano rinunciato al ricorso . In tal senso, si veda anche Tribunale Milano, 15 ottobre 1985, in *Giur. comm*., 1986, II, 459.

[210] Articolo successivamente modificato dall'articolo 10 della legge 30 aprile 1983, n. 137, ripreso poi dalla legge 25 febbraio 1987, n. 67. Per un'analisi dettagliata della norma si veda P. MARCHETTI, sub *art. 48*, in *Le nuove leggi civili, commentate*, Padova, 1983, 676.

risanamento delle imprese per tutelare la completezza e l'imparzialità dell'informazione".

E' chiaro che in questa ottica l'articolo 2409 è utilizzato solo in ragione degli effetti della procedura di controllo, prescindendo dalla sua *ratio* e dalla sua struttura[211]. E l'interesse tutelato, l'interesse al risanamento economico dell'impresa editrice, è chiaramente un interesse comune non solo alla società e ai soci, ma anche ai terzi, alla collettività[212]. E' evidente, quindi, la diversa funzione che la procedura di controllo giudiziario assume quando è applicata nell'ambito della editoria[213].

Per quanto concerne le società sportive, invece, l'articolo 13 della legge 23 marzo 1981, n. 91 (così come modificato dall'articolo 4 della legge 18 novembre 1996, n. 586) attribuisce alle federazioni sportive[214] il potere di

---

[211] Così A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario, cit., 78; A. PATRONI GRIFFI, La denunzia al tribunale*, cit., 158; P. MARCHETTI, *op. loc. cit*., secondo cui il procedimento di cui all'articolo 48 si colloca in un rapporto di specie a genere all'interno di quello generale di cui all'articolo 2409, con la conseguenza che la disciplina comune resta applicabile ove non espressamente derogata da quella speciale.

[212] A. PRINCIPE, *op. loc. cit*., osserva come l'interesse in questione "può ritenersi in astratto unitario e comune alla società, ai soci e ai terzi, ma poiché la realizzazione di esso è rimessa a provvidenze specifiche erogate in ragione di una riorganizzazione *ex lege*, questo passaggio può spezzare l'unitarietà per l'interesse particolare della proprietà dell'impresa a non voler sottoporsi ai provvedimenti imposti dalla legge ai fini dell'ottenimento delle stesse provvidenze. E' comunque una scelta fatta dal legislatore: si tratta di verificare se questo uso dell'articolo 2409 sia rimasto isolato od invece rappresenti un modello di riferimento per altre leggi speciali".

[213] In questo campo, come rilevato da P. MARCHETTI, *op. loc. cit*., si cerca di raggiungere un equilibrio tra le esigenze di favorire l'accesso alle provvidenze (e, conseguentemente, la tenuta delle testate) ed il rispetto dell'autonomia privata "alla quale è tuttora consentito essere editore di giornali attraverso imprese non allineate e pertanto esclude dalle provvidenze". Il suddetto punto di equilibrio si raggiunge, probabilmente, "da un lato, attraverso i limiti che incontra l'amministratore giudiziario, dall'altro, con la possibilità della società di sciogliersi per sottrarsi ai provvedimenti di allineamento. La circostanza, dunque, che l'amministratore giudiziario nominato *ex* art. 48 possa risultare un profeta se non disarmato, certo poco armato per imporre l'adeguamento, non appare solo il frutto di una imperfezione della norma, quanto anche il risultato necessario di un sistema che non vuole né può condizionare obbligatoriamente l'attività editoriale dei giornali a schemi organizzativi rigidi".

[214] Quanto ai peculiari poteri delle federazioni sportive, oltre all'articolo 13 sopra menzionato bisogna ricordare l'articolo 12 della legge 91 del 1981, secondo il quale le società sportive sono sottoposte all'approvazione e ai controlli sulla gestione da parte delle federazioni sportive nazionali cui sono affiliate, per delega e secondo le modalità previste dal CONI.

La norma prevede altresì che tutte le deliberazioni concernenti esposizioni finanziarie, acquisti, vendite di beni immobili e tutti gli atti di straordinaria amministrazione, sono soggetti ad approvazione da parte delle federazioni sportive cui sono affiliate le società.

Sull'applicazione di queste norme, Tribunale Taranto, 4 dicembre 1984, in *Riv. dir. sport.*, 1986, 50, Tribunale Napoli, 20 maggio 1986, in *Riv. dir. sport*., 1986, 470 e in *Giur. comm*., 1988, II, 447; Corte d'Appello Campobasso, 12 maggio 1990, in *Società,* 1990, 1113.

denunciare al tribunale *ex* articolo 2409 le gravi irregolarità commesse dalle società sportive[215].

Anche in questo caso la procedura di controllo giudiziario viene ad essere utilizzata per tutelare interessi di natura generale, prescindendo dalla sua *ratio* e dalla sua struttura tipica[216].

Ulteriore ipotesi nella quale l'amministrazione giudiziaria è utilizzata con finalità prettamente pubblicistiche è quella disciplinata dall'articolo 2 del D.l. 5 giungo 1986, n. 233 (convertito con modificazioni nella L. 1 agosto 1986, n. 430)[217]. Tale disposizione prevede che il commissario liquidatore delle società fiduciarie e di revisione può proporre denuncia ai sensi dell'articolo 2409 contro gli amministratori ed i sindaci delle predette società.

L'attribuzione della legittimazione attiva al commissario liquidatore risponde ancora una volta ad esigenze di carattere pubblico: l'obiettivo è il ripristino dell'ordine gestionale compromesso dalla *mala gestio* degli amministratori e del collegio sindacale[218].

Probabilmente l'interesse alla base della procedura in esame è lo stesso che ha indotto il legislatore a prevedere per le società fiduciarie

---

[215] Tale regola è stata introdotta dall'articolo 4 del D.L. 20 settembre 1996 e poi confermata dal D.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37. L'originaria formulazione dell'articolo 13 prevedeva soltanto che nel caso di gravi irregolarità nella gestione le federazioni sportive potessero richiedere al tribunale la messa in liquidazione della società, senza compiere nessun accenno all'articolo 2409 cod. civ. In proposito, cfr. il commento all'articolo 13 di C. FOIS, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1982, 643.

[216] Per maggiori dettagli sull'applicazione del controllo giudiziario alle società sportive, si veda R. DABORMIDA, *Il controllo giudiziario negli enti di diritto speciale o soggetti a controlli di tipo pubblico: in particolare dell'applicabilità dell'articolo 2409 cod. civ. alle società sportive,* in *Giur. comm*., 1998, II, 447; G. VOLPE PUTZOLU, *Le società sportive*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, VIII, Torino, 1992, 332; G. VITRÒ, *Controllo giudiziario*, cit., 15; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 76.

Cfr., altresì, A. PRINCIPE*, Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 76, che rileva come l'articolo 13 ha determinato un'estensione dell'ambito di applicazione della procedura di amministrazione giudiziaria "in quanto strumento utile di pressione e deterrente contro le peggiori avventure, ridefinendo nel contempo gli ambiti di competenza del controllo amministrativo e del controllo giudiziario".

[217] Sulle società fiduciarie, F. DI MAIO, *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995, 161.

[218] Sul punto, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 79.

l'applicazione della disciplina della liquidazione coatta amministrativa, ispirata a soddisfare un interesse prevalentemente pubblico[219].

Infine, un ultimo caso nel quale la procedura di controllo ha delle finalità prettamente pubblicistiche sembra essere quello individuato dall'articolo 89 del D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, in base al quale, nel caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, la legittimazione alla denuncia è attribuita al commissario giudiziale, al commissario straordinario e al curatore dell'impresa dichiarata insolvente contro gli amministratori ed i sindaci delle società facenti parte del gruppo[220].

E' noto come la procedura di amministrazione straordinaria sia preordinata a tutelare, oltre gli interessi dei soci e dei creditori sociali, una serie di interessi di carattere generale. Ebbene, anche l'istituto del controllo giudiziario, laddove sia utilizzato all'interno della più complessa procedura concorsuale, sembra volto a proteggere interessi di carattere generale

[219] F. DI MAIO, *La società fiduciaria*, cit., 165. Altro caso nel quale la procedura di controllo giudiziario aveva delle finalità prettamente pubblicistiche era quello disciplinato dall'articolo 13 della legge 2 gennaio 1991, poi abrogata dall'articolo 214 del D.L. 24 febbraio 1998, n. 58. La disposizione in esame attribuiva al commissario nominato dal Ministro del Tesoro per la tutela e la restituzione dei patrimoni di proprietà dei clienti della società di intermediazione mobiliare, il potere di denunciare *ex* articolo 2409 la società di intermediazione ed anche i soci della stessa. Come rilevato dalla dottrina (A. PRINCIPE, *op. loc. cit*.), l'estensione della denuncia anche ai soci della SIM si poteva spiegare nell'ottica della tutela dei clienti della Sim e più in generale del pubblico risparmio e della stabilità dei mercati.
Per un'analisi più dettagliata delle finalità della normativa sulle SIM si veda A. ANTONUCCI, *Note introduttive alla legge 1 del 2 gennaio 1991 sull'intermediazione mobiliare,* in *Dir. banca merc. fin*., 1992, 51; F. CAPRIGLIONE, *La legge sulle SIM*, in G. ALPA (a cura di), *I valori mobiliari*, Padova, 1991, 576.
Si veda anche A. PATRONI GRIFFI, *op. loc. cit.,* che, nel giustificare l'estensione della denuncia (anche) contro i soci, sottolinea come la stessa sembra riecheggiare quella diffusa dottrina statunitense degli obblighi fiduciari che attribuisce al socio di controllo quegli stessi obblighi nei confronti delle minoranze azionarie, dei creditori e dei terzi, che gravano sull'organo amministrativo e sul collegio sindacale. Analogamente, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 80, secondo cui il riferimento ai soci di maggioranza si giustifica in base al particolare rapporto di corresponsabilizzazione che gli stessi hanno con gli amministratori ed i sindaci in ordine alle scelte gestionali e alle concrete strategie di attuazione nelle quali finivano per concretarsi i comportamenti irregolari.
[220] La norma da ultimo citata, come affermato da A. PRINCIPE, *op. loc. cit.,* sembra rafforzare lo spirito del V° comma dell'articolo 3 della legge 3 aprile 1979, n. 95 – legge ora abrogata – che attribuiva al commissario la legittimazione alla denuncia in considerazione della rilevanza speciale riconosciuta ai collegamenti infragruppo qualora il gruppo sia in crisi. In proposito, si veda anche A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia*, cit. 158.

Dall'analisi ora svolta sembra discendere che il procedimento di controllo giudiziario, nel vigore della precedente disciplina, era volta alla tutela sia di interessi privati che di interessi pubblici[221].

2.11 L'orientamento della tutela paritaria dell'interesse privatistico della minoranza e dei creditori sociali e dell'interesse generale ad una corretta amministrazione della società.

Alcuni autori, criticando le impostazioni "puriste" (privatistica e pubblicistica), affermavano che per individuare quale fosse l'ambito degli interessi tutelati attraverso il procedimento di controllo giudiziario era necessario analizzare le norme che disciplinavano i doveri degli amministratori e dei sindaci[222].

---

[221] Analogamente, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 81 che evidenzia come l'esame delle leggi sopra citate "nel confermare l'uso dell'articolo 2409 cod. civ., a tutela di una pluralità di interessi, evidenzia l'esigenza per certi tipi di attività, ma anche per una particolare configurazione dell'impresa, in ragione di specifici interessi, di un ampliamento della disciplina originaria, di un suo rafforzamento operato prevalentemente attraverso l'estensione della legittimazione alla denunzia: in tal modo se, da un lato, si produce in concreto uno snaturamento dell'istituto del controllo giudiziario rispetto almeno alla sua impostazione originaria, dall'altro, se ne evidenzia l'insostituibilità per sanzionare l'operato di amministratori e sindaci e per raddrizzare la gestione societaria, che rappresenta l'interesse di fondo sul quale fu costruita la disciplina".

[222] G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 202; W. BIGIAVI, *Ancora sulla nomina senza richiesta, di un amministratore giudiziario della società per azioni ai sensi dell'articolo 2409 cod. civ*., cit., 214; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, in *Diritto delle società,* II, Torino, 1992, 374, nota 2, nella quale afferma che si deve attribuire uguale peso alla tutela degli interessi di minoranza e dei creditori e a quella dell'interesse generale alla corretta amministrazione della società. Nello stesso senso, A. PATELLI, *La legittimazione del socio a proporre la denuncia,* in *Società,* 1990, 1194; F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, 1973, 150; F. CASELLA, *Rilievi marginali sulla pratica dell'articolo 2409 cod. civ*., in *Riv. soc.,* 1960, 58; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 1987, 433; M. RUBINO DE RITIS, *Legittimazione dei soci* ex *articolo 2409 e squeezeouts of minority,* in *Giur. comm*., 1996, II, 285.

In giurisprudenza, si veda Corte d'Appello Venezia, 2 aprile 1992 (ord.), in *Giur. it*., 1993, I, 2, c. 134; Corte d'Appello Milano, 18 aprile 1989, in *Dir. fall*., 1989, II, 826; Corte d'Appello Venezia, 14 settembre 1987, in *Società,* 1988, 277; Corte d'Appello Roma, 4 luglio 1981, in *Società,* 1982, 291. In senso contrario: Cassazione, 18 luglio 1973, n. 2113, in *Riv. dir. comm*., 1974, II, 127; Tribunale Milano, 21 dicembre 1988 (decr.), in *Società*, 1989, 610, che specifica come l'azione proposta *ex* articolo 2409 non è diretta in modo esclusivo alla tutela di un solo interesse individuale del denunziante. La natura non meramente privata degli interessi tutelati, secondo i giudici milanesi, è manifestata dall'attribuzione di una legittimazione concorrente anche al pubblico ministero, sicché il procedimento previsto risulta oggettivamente preordinato a garantire una

Si riteneva, infatti, sussistere una necessaria corrispondenza tra gli interessi tutelati da tali disposizioni e quelli che il legislatore aveva voluto salvaguardare attraverso l'istituto del controllo giudiziario[223].

---

retta amministrazione della società ed è idoneo anche a proteggere l'affidamento riposto dai terzi (che hanno rapporti con la società) nella regolarità della gestione.

Infine, il tribunale di Milano specifica che "il perseguimento di questi interessi generali coincide con la tutela dell'interesse individuale di colui che, avendo diritto di voto nell'assemblea, esercita la funzione e il diritto di concorrere nella formazione della volontà collettiva della società. Quando l'operato degli amministratori non è reputato conforme alle norme della buona e regolare amministrazione, colui che ha diritto di voto è legittimato all'esercizio delle iniziative che servono, sia in sede assembleare, sia in sede giudiziale, a ricondurre il comportamento dell'organo amministrativo al modello di regolarità gestionale voluto dalla legge".

Isolato V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'articolo 2409*, cit., 693, il quale afferma che per individuare gli interessi tutelati dalla procedura di amministrazione giudiziaria occorre distinguere l'ipotesi di gravi irregolarità da quella delle irregolarità più gravi. Per le prime, secondo l'Autore, gli interessi in gioco possono considerarsi circoscritti nell'ambito della società. Ciò sembra dimostrato dalla circostanza che l'assemblea – organo attraverso il quale si esprime l'autonomia dell'ente – decide con pieni poteri sui modi di attuazione degli interessi, valutando a suo giudizio irregolarità e rimedi. Al contrario, nel caso di irregolarità più gravi gli interessi trascendono la sfera dell'ente ed assumono una portata più generale. Proporzionati a tale qualifica appaiono l'intensità e la natura dei mezzi conferiti al tribunale. Si osserva, infatti, come la revoca degli amministratori e dei sindaci e la nomina di un amministratore giudiziario sono rimedi radicali che limitano fortemente (per tutto il tempo della loro durata) l'autonomia dell'organizzazione societaria e si possono spiegare solo considerando il carattere pubblico degli interessi in questione. Inoltre – e questo sembra il punto centrale – si rileva come il tribunale e l'amministratore giudiziario possono adottare anche provvedimenti che arrechino pregiudizio alla società e ne importino, eventualmente, la liquidazione.

Chiarito quanto ora esposto, la dottrina in esame conclude nel senso che "poiché al momento nel quale sorge il fondato sospetto non si è ancora in grado di stabilire l'entità più o meno grave delle irregolarità e non si può escludere l'alternativa massima che tali irregolarità vengano a colpire interessi pubblici, ciò importa che tutta la norma è orientata dalla necessità eventuale di difendere l'interesse pubblico, ed è quindi da interpretare in senso pubblicistico, almeno finché il procedimento non giunga alla pronuncia del tribunale, la quale soltanto, decidendo il rimedio meno grave, è in grado di restringere ad ambito minore gli interessi messi in pericolo".

Contra A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 300, secondo il quale, l'affermazione per cui in relazione alle irregolarità più gravi gli interessi trascendono l'ente ed assumono una connotazione pubblicistica è una mera petizione di principio che andrebbe dimostrata. L'Autore rileva ulteriormente come sussistono delle ipotesi di "più gravi irregolarità" che tutelano interessi privati.

[223] G.U. TEDESCHI, *op. loc. cit*., il quale analizza *in primis* le norme sulla responsabilità degli amministratori, osservando come gli articoli 2392, 2393 cod. civ. sono volti a tutelare l'interesse sociale, l'articolo 2394 l'interesse dei creditori delle società ed, infine, l'articolo 2395 gli interessi individuali dei soci e dei terzi e, secondariamente, le norme penali, contenute nel V libro del codice civile,. Anche queste ultime norme tendono alla tutela, oltre che degli interessi patrimoniali della società e dei soci *uti singuli,* degli interessi dei terzi che possono trovarsi in rapporto di affari con la società, tra i quali sono ricompresi quelli dei creditori sociali ed anche quelli dei possibili (futuri) soci o creditori. "Con la conseguenza che la cerchia degli interessi tutelati si estende fino a comprendere l'interesse generale dell'economia e del paese, per le ripercussioni che sull'economia stessa può avere il funzionamento delle società commerciali. Le norme penali proteggono così un vero e proprio fascio di interessi, da quelli patrimoniali della società all'interesse generale dell'economia pubblica; ma in ogni caso è tutelato l'interesse generale al regolare funzionamento delle società commerciali".

Poiché le norme (anche penali[224]) che impongono doveri agli organi gestori e di controllo tutelano interessi eterogenei – e, in particolare, quelli della società, dei soci, dei creditori, dei terzi non creditori, dell'economia o della fede pubblica, della collettività in generale - la posizione interpretativa in esame riteneva che lo strumento disciplinato dall'articolo 2409 fosse volto tanto alla tutela tanto di interessi pubblici quanto di interessi privati[225].

Nella specie, poteva verificarsi la lesione "dell'interesse: diretto della società, e indiretto del socio; diretto della società e dei creditori sociali, e indiretto del socio; esclusivo dei creditori sociali; esclusivo del terzo non creditore; della società, del socio, del creditore sociale, del terzo non

---

La dottrina in commento osserva altresì come non potrebbe affermarsi che la procedura *ex* articolo 2409 è volta a tutelare interessi pubblici o privati a seconda che l'iniziativa provenga rispettivamente dal p.m. o dalla minoranza, poiché si tratterebbe soltanto di diversa qualificazione degli stessi interessi, offesi dalle medesime irregolarità. Tale distinzione si rivelerebbe ancor più erronea qualora il giudizio fosse promosso dal p.m. o dai soci di minoranza.

In contrapposizione alla dottrina ora indicata, L. ROVELLI, *I soggetti del procedimento e posizione processuale,* in *Società,* 1990, 1187, secondo il quale i doveri degli organi gestori alla cui tutela è finalizzato il presidio in esame sono quelli all'osservanza dei principi e dei comportamenti propri della struttura organizzativa della società di capitali. Al contrario, i doveri che riguardano i rapporti con i terzi (ad esempio con il fisco, i lavoratori ovvero i consumatori) o rilevano come sintomo di disfunzione e scorrettezza amministrativa o, come tali, hanno la loro tutela in strumenti anche giudiziari da attivare contro la società.

L'Autore osserva, altresì, come "la stessa relazione al codice civile (n. 985) fa menzione di un interesse generale alla corretta amministrazione della società che giustifica l'attribuzione dell'iniziativa al P.M.; ma precisa che si è così attribuito a tale soggetto un diritto di iniziativa per tutelare nei casi più gravi l'interesse sociale di fronte ad amministratori e sindaci scorretti e negligenti, confermando così che l'interesse generale (che sta alla base dell'attribuzione di potere di iniziativa al P.M.) altro non è che lo specifico interesse a che sia tutelato l'interesse sociale di fronte ad amministratori e sindaci infedeli".

Infine, Rovelli rileva come dietro a una ricostruzione in chiave pubblicistica dell'istituto del controllo sembrano risorgere "tentazioni di antistorico ritorno a teoriche istituzionalistiche".

[224] Con riguardo alle norme penali, come evidenziato da A. PATRONI GRIFFI, *La denunzia al tribunale* ex *articolo 2409 cod. civ. Gli interessi tutelati*, in *Giur. comm*., 1999, I, 156, parte della dottrina, nel vigore della disciplina previgente, osservava come il riferimento agli articoli 2621 cod. civ. e seguenti quali fonti alle quali fare riferimento per individuare gli interessi tutelati, non forniva, in realtà indicazioni dotate di sufficiente concretezza. Ciò in quanto, quando si parla di delitti contro la fede pubblica, l'economia pubblica, il patrimonio, si utilizzano espressioni che ricomprendono una serie molto ampia di interessi, anche diversi tra loro e riferibili a più soggetti.

[225] G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit. 202; ID, *Il controllo giudiziario, gli altri controlli e l'interesse tutelato. Profili comparatistici,* in *Società*, 1990, 1171; G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulle società per azion*i, cit., 589; L. ROVELLI, *op. loc. cit*., che nell'identificare le norme violate, rileva come si tratti di "norme di relazione", ma limitatamente al rapporto fra la società e i suoi organi gestori.

Nell'articolo 2409, secondo Rovelli, il conflitto non è tra l'interesse individuale del socio e un prevaricante interesse sociale. L'istituto *de quo* è volto a tutelare l'interesse sociale contro la maggioranza azionaria.

creditore; della società e dei soci nonché dell'economia e della fede pubblica, della collettività in generale[226] e dell'ordine economico al regolare funzionamento della società commerciali"[227].

La tesi ora esposta, alla luce della disciplina anteriore alla riforma, sembra, a parere di chi scrive, la più corretta. In effetti, il tenore estremamente generale della precedente formulazione dell'articolo 2409 non permetteva di definire in maniera univoca gli interessi tutelati attraverso il procedimento di controllo giudiziario, prestando, quindi, entrambe le teorie "puriste" il fianco a critiche difficilmente superabili.

Oltretutto, una conferma al fatto che l'istituto disciplinato dall'articolo 2409 fosse posto a tutela sia di interessi privati che di interessi pubblici era individuabile nella già richiamata Relazione al codice civile del 1942 che, come detto, faceva riferimento ad entrambe le tipologie di interessi[228].

Per completezza, occorre ancora osservare, come parte della dottrina riteneva irrilevante distinguere e scegliere tra la posizione cd pubblicista e quella privatista[229].

---

[226] Tra gli interessi pubblici che possono essere offesi vengono inclusi quelli dei risparmiatori, quelli dei consumatori, dei dipendenti e di tutti gli altri soggetti in rapporti vari con la società per azioni.

[227] G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., 205, che specifica come la coincidenza tra l'interesse sociale e i vari interessi tutelati dall'articolo 2409 può essere solo parziale, limitata cioè ai casi di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri imposti nell'interesse della società. Cfr. F. GALGANO, *Le società*, cit., 291, secondo il quale l'articolo 2409 dimostra come l'interesse al regolare adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci non sia concepito dal codice civile come un interesse esclusivo dei soci (che conseguentemente possono liberamente disporne). "Se i soci non reagiscono alle irregolarità commesse dagli amministratori o dai sindaci - se non vi reagisce la maggioranza con la revoca o con l'azione di responsabilità, né vi reagisce la minoranza con la denuncia al tribunale a norma del comma I dell'articolo 2409 – può reagire il pubblico ministero, a norma dell'ultimo comma. C'è la stessa Relazione ministeriale a precisare - un generale interesse a che la società per azioni sia regolarmente amministrata".

In giurisprudenza: Appello Milano, 26 ottobre 1979, in *Giur. comm.,* 1980, II, 750, secondo il quale il procedimento di controllo giudiziario "è ordinato per una finalità d'interesse privato cui si ricollega un interesse pubblico alla retta amministrazione delle società di capitali".

[228] Non bisogna dimenticare come il legislatore del 1942 era indubbiamente influenzato dalla ricostruzione in chiave pubblicistica delle società per azioni, ricostruzione che, all'epoca, era sostenuta dalla prevalente giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria.

[229] Cfr. M. BONELL*, Intervento giudiziario* ex *art. 2409 c.c. e "gravi irregolarità,* in *Riv. dir. comm*., 1969, II, 221. Tale Autore afferma che "la legittimazione alla denuncia, sia da parte della minoranza qualificata dei soci sia da parte del p.m, nel sistema della legge non tanto è legata ad uno specifico interesse, ma è posta in relazione ad una situazione ed è riconosciuta direttamente dalla legge, in base ad una valutazione tipica ed astratta, non appena si sospettino gravi irregolarità nel funzionamento della organizzazione sociale, e

Il procedimento di controllo giudiziario, secondo questo orientamento, era in funzione di una situazione oggettiva, il fondato sospetto di gravi irregolarità", non in funzione della lesione di eventuali interessi. La regolare gestione della società si affermava essere realizzata nell'interesse della stessa impresa, dei suoi soci, dei suoi creditori e, seppur indirettamente, anche nell'interesse della generalità; tuttavia, ai fini del procedimento, non sembrava presentare alcuna utilità il ricercare quali fossero questi interessi, rilevando invece l'individuazione della situazione oggettiva alla quale la legge si riferisce: la commissione di gravi irregolarità[230].

In verità una simile posizione interpretativa suscitava notevoli perplessità. Innanzitutto, come più volte ribadito, la stessa Relazione al codice civile collegava l'istituto del controllo giudiziario alla tutela di specifici interessi (l'interesse delle minoranze azionarie e l'interesse generale ad una corretta amministrazione).

In secondo luogo, occorre osservare che il nostro ordinamento, quando attribuisce la legittimazione ad agire ad un soggetto, lo fa in quanto riconosce la necessità di tutelare un determinato interesse (del soggetto stesso, ovvero, nei casi di sostituzione processuale, di un altro).

---

l'intervento dell'autorità giudiziaria non è diretto all'accertamento e alla reintegrazione di un dato interesse, ma è diretto all'accertamento e alla possibile eliminazione delle irregolarità denunziate".

Quello che rileva, secondo la posizione sopra indicata è esclusivamente la natura e la portata delle gravi irregolarità denunziate, ossia di quelle irregolarità che minacciano, turbano, falsificano la partecipazione di tutti o di taluni soci nella misura della parte di capitale posseduta, alla gestione e ai risultati economici dell'impresa sociale e/o minacciano di intaccare la cd integrità del capitale sociale. Tale natura e portata delle gravi irregolarità denunziate sembra essere l'unico dato rilevante e decisivo, per giustificare l'intervento del tribunale *ex* articolo 2409.

Nello stesso senso, G. FERRI, *Procedimento* ex *articolo 2409 cod. civ. in corso di impugnativa della deliberazione di approvazione di bilancio*, in *Riv. dir. comm*., II, 384, e in *Società*, cit., 585; M. RUBINO DE RITIS, *Legittimazione dei soci* ex *articolo 2409* e *squeezouts of minority*, in *Giur. comm.,* 1986, 285.

[230] Così G. FERRI, *Le società*, cit., 585, che evidenzia come in sede di articolo 2409, la legge "considera le gravi irregolarità per le conseguenze che esse possono provocare in futuro e cioè come situazione di pericolo, non come situazione di danno, e le considera appunto per al fine di eliminare questa situazione di pericolo e di assicurare per il futuro il regolare funzionamento della società. L'intervento dell'autorità giudiziaria è in funzione di una situazione oggettiva "fondato sospetto di gravi irregolarità", non in funzione della lesione di determinati interessi ed è diretto al ripristino della regolarità e non alla tutela degli interessi eventualmente lesi".

Ciò emerge chiaramente dall'articolo 100 del codice di procedura civile, secondo cui l'attività processuale è condizionata alla necessità di tutela di un interesse concreto ed attuale delle parti.

Senza considerare, che l'orientamento che qui si critica, se da un lato, affermava la rilevanza esclusiva, ai fini dell'apertura della procedura *ex* 2409, della situazione oggettiva di gravi irregolarità, dall'altro, quando era chiamato a valutare la gravità delle stesse, ammetteva la sussistenza di gravi irregolarità solo qualora le scorrettezze gestionali fossero "idonee a procurare guasti sensibili e gravi turbamenti all'attività sociale"[231], riportando, quindi, il discorso sul versante degli interessi lesi e dimostrando, conseguentemente che non può prescindersi dalla valutazione degli stessi.

2.12 La nuova formulazione dell'articolo 2409 e la tutela delle minoranze azionarie.

La nuova formulazione dell'articolo 2409, come già accennato, ha rianimato il dibattito dottrinale in relazione agli interessi protetti dalla procedura di controllo giudiziario.

Un primo orientamento, a nostro giudizio condivisibile, afferma che l'introduzione del danno potenziale e l'eliminazione della legittimazione attiva del pubblico ministero sono indici della volontà del legislatore di escludere l'interesse generale ad una corretta amministrazione dall'ambito degli interessi tutelati dall'articolo 2409[232]; alcuni autori, al contrario,

[231] V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 87.

[232] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 137, il quale afferma il profilo più rilevante della riforma è stato l'aver introdotto, accanto al presupposto delle gravi irregolarità l'ulteriore requisito che esse siano tali da poter arrecare danno alla società. Nello stesso senso, M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit., 1214, che sottolinea come "attraverso l'introduzione del requisito del danno privato, in una con l'eliminazione della legittimazione del pubblico ministero, mi sembra che sia stata finalmente effettuata una selezione degli interessi tutelabili con il procedimento *ex* articolo 2409 c.c. In questo modo, per effetto della introdotta rilevanza del danno (anche potenziale) alla società controllante o alle società da esse controllate lo scenario degli interessi tutelati sembra modificarsi per effetto della necessità di dover registrare tre "no" ed un "sì". I tre "no" sono: a) no all'interesse generale connesso alla corretta amministrazione, per usare le parole della Relazione al Re, o all'interesse pubblicistico o del fisco; b) no a

ritengono che le novità apportate dalla riforma non abbiano in alcun modo influito sulla tipologia di interessi protetti dalla procedura di amministrazione giudiziaria[233], interessi sia di natura pubblica che privata.

Quanto all'introduzione del requisito del danno potenziale, i sostenitori di quest'ultima posizione dottrinale rilevano come tale innovazione sia stata

---

irregolarità di gestione che siano in suscettibili di cagionare danni, anche solo potenziali; c) no a irregolarità suscettibili di danneggiare solo i soci".

Analogamente, L. ABETE, *Le gravi irregolarità nel novellato testo dell'articolo 2409 cod. civ.: brevi riflessioni,* in *Società,* 1475, secondo cui mentre nel sistema previgente l'interesse pubblico presidiato dal controllo *ex* articolo 2409 "era da riconnettere all'esigenza di salvaguardare dei limiti, di cui all'articolo 41, comma 2, della Costituzione, alla libertà di iniziativa economica privata, nel sistema della riforma l'estremo del pericolo di danno, che ai sensi dell'articolo 2409 cod. civ., qualifica le gravi irregolarità, identifica, viceversa, il fondamento e la finalità del controllo in via esclusiva con la tutela dell'interesse patrimoniale della società alla sua proficua amministrazione. L'Autore osserva ulteriormente come in questa prospettiva, limitatamente alle società che fanno ricorso al mercato del capitale, la legittimazione del p.m. è da ricondurre, più esattamente, all'esigenza di accordare protezione a siffatti organismi collettivi "in quanto caduti in una sorta di transeunte incapacità, esigenza di rilievo indubbiamente pubblicistico nonostante la valenza privatistica delle ragioni patrimoniali che ai medesimi organismi societari fanno capo e che, in tal guisa, risultano salvaguardate".

Si veda anche S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina,* (a cura di) S. AMBROSINI, Torino, 203, 84. Interessanti, poi, le riflessioni di N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 31, che evidenzia come il profilo del danno finisce inevitabilmente per legarsi a quello dell'interesse sociale. "Fermo restando il diverso piano di operatività, infatti, è chiaro che un approccio delle irregolarità da parte di tutti i soci ne elimina il carattere dannoso ed in qualche modo svaluta l'approccio valutativo basato sull'interesse generale".

[233] L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 96, che sottolinea ulteriormente come l'esigenza che le irregolarità comportino un danno (almeno potenziale) alla società indicherebbe esclusivamente l'ordine di priorità degli interessi relativi al buon funzionamento della società individuato dal legislatore delegato . Nello stesso senso, M. G. PAOLUCCI, *Denuncia al Tribunale (art. 2409),* cit., 997; C. D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità*, in *Società,* 2004, 443, per il quale il procedimento *ex* articolo 2409 continua a proteggere (direttamente ed esclusivamente) non diritti soggettivi dei singoli, ma l'interesse (di rilevanza pubblicistica) all'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci. Ciò significa, secondo l'Autore da ultimo citato, che la coesistenza delle filosofie contrattualistica ed istituzionalistica nel nuovo impianto normativo delle società di capitali impregna anche il nuovo articolo 2409, nel quale l'amplificazione della impostazione endosocietaria del controllo, sia sul piano dei rimedi che sul piano della legittimazione, non esclude il permanere di una vocazione pubblicistica. In tal senso, anche F. MAINETTI, sub *articolo 2409*, cit., 398.

In giurisprudenza, si veda Tribunale Napoli, 22 giugno 2004 (decr.), in *Giur. comm*., 2006, Ii, 949. I giudici partenopei, affermano che la finalità del procedimento *ex* articolo 2409 è quella di tutelare l'interesse pubblicistico alla regolare amministrazione della società. Rilevano, tuttavia, l'incidenza restrittiva che l'introduzione del danno potenziale ha sugli interessi tutelati dalla norma. Secondo i magistrati, dal fatto che il legislatore abbia richiesto ai fini dell'accoglimento della denuncia il pregiudizio potenziale nei confronti della società o delle società controllate conseguirebbe l'impossibilità di attivare il controllo giudiziario in caso di irregolarità compiute ai danni di singoli soci, dei creditori sociali.

voluta dal legislatore al solo scopo di evitare ricorsi meramente pretestuosi dei soci di minoranza[234].

L'elemento del danno, secondo l'orientamento in commento, sarebbe, inoltre, "perfettamente coerente con gli interessi eterogenei collegati all'organizzazione societaria, tutti riconducibili ad una scorretta gestione della stessa da cui deriva, appunto, un potenziale pregiudizio per la società o per le sue controllate"[235].

Senza considerare, rilevano i sostenitori della posizione in esame, che il requisito del danno, nonostante non espressamente previsto, era ritenuto necessario, per la configurazione delle gravi irregolarità, anche prima della riforma del 2003, quando era indubbio che il controllo giudiziario tutelasse anche interessi di carattere generale[236].

---

[234] ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) G. OLIVIERI – G. PRESTI – F. VELLA, Bologna, 2003, 171; F. ACCETTELLA, *Il nuovo controllo giudiziario, presupposti oggettivi ed interessi tutelati*, nota a Tribunale Napoli, 22 giugno 2004, in *Giur. comm*., 2006, II, 957.

[235] Cfr. L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 96, che evidenzia come ciò non importa, "che sia venuta meno la rilevanza degli interessi diversi da quello sociale, come conseguenza dell'introduzione del requisito del danno: sarebbe come dire che ora sia irrilevante anche l'interesse del socio, a non essere egli danneggiato dalla gestione scorretta".

236 Invero, parte della giurisprudenza nel vigore della precedente disciplina affermava che l'intrusione del giudice nella vita privata delle società e l'irrogazione di una sanzione sono giustificate solo ove è presente una serie minaccia per gli interessi tutelati dall'articolo 2409. "Pertanto violazioni "banali" od ipotesi di irregolarità meramente astratte o, perfino, una singola isolata irregolarità non possono essere considerate come irregolarità rilevanti ed idonee a dar vita al procedimento di controllo. Per la promozione del controllo giudiziario, occorre un vero e proprio sistema di operazioni anomale che arrechi un danno potenziale alla società", così Tribunale Trapani, 10 agosto 2001, in *Società,* 2002, 868. Nello stesso senso, Corte d'Appello Milano, 15 luglio 1997, in *Società,* 1997, 1495; Tribunale Milano, 7 luglio 1995, in *Giur. it*., 1995, I, 2, 593; Tribunale Napoli, 10 giugno 1994, in *Riv. dir. sport*., 1994, 690.

In dottrina, sul tema del danno prima della riforma, si veda V. PANUCCIO, *Il procedimento*, cit., 715; A. PATRONI GRIFFI, voce *Società,* cit. 15; G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 195; M. CERA, *Controllo giudiziario*, cit., 405.

In particolare, la dottrina tendeva a collegare il requisito della potenzialità dannosa con "gli opportuni provvedimenti cautelari" che il tribunale poteva disporre nell'ipotesi di gravi irregolarità. Sul punto S. AMBROSINI, Nota a App. Milano, 27 febbraio 1992, in *Società*, 1992, 1078, ha affermato che "l'esistenza di un semplice pericolo di danno, come condizione minima per l'attivazione del procedimento di controllo, risulta confortata dalla stessa lettera della legge, prevedendo il terzo comma dell'articolo 2409 c.c. l'adozione, da parte del tribunale, di opportuni provvedimenti cautelari in casi di accertata sussistenza delle irregolarità denunciate. E sebbene, come è stato rilevato, si tratta di una natura cautelare *sui generis*, essa non può incidere, nel senso di obliterarlo, su uno dei presupposti imprescindibili per la sua operatività, ossia sulla sussistenza di una situazione di pericolo". Nello stesso senso, V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari sulle società di capitali*, Milano, 1992, 96; A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO, *Le irregolarità degli amministratori nelle società per azioni*, cit., 88. In giurisprudenza: App. Milano, 27 febbraio 1992, secondo il

Anche l'abolizione, con riferimento alle società chiuse, della legittimazione attiva del pubblico ministero non sembra particolarmente rilevante ai fini dell'individuazione degli interessi tutelati dall'articolo 2409[237]. La *ratio* di tale modifica parebbe, infatti, individuabile nella circostanza – riconosciuta dal legislatore del 2003 – che nelle società chiuse la tutela (anche) degli interessi generali è sufficientemente garantita dalla denuncia del socio e degli organi di controllo[238].

Ed anzi, il permanere di una vocazione di matrice pubblicistica sembrerebbe ulteriormente dimostrato proprio dall'estensione del potere di iniziativa al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo della gestione[239].

---

quale "stante la loro natura *latu sensu* cautelare, i provvedimenti disciplinati dall'articolo 2409 cod. civ., possono essere adottati solo in presenza di una situazione che tuttora comporti l'attualità non tanto di un pregiudizio quanto piuttosto di un pericolo di danno per la società irregolarmente amministrata".

[237] F. ACCETTELLA, *Il nuovo controllo giudiziario*, cit., 963, in proposito, rileva come la presenza di interessi pubblici tutelati contro dal controllo giudiziario è giustificata non dalla legittimazione attiva del p.m., ma dall'esistenza di alcuni doveri degli amministratori, protetti da sanzioni penali, posti a tutela dell'interesse generale al rispetto della legalità nell'amministrazione delle società per azioni come, ad esempio, il dovere, previsto dall'articolo 2628 cod. civ. di non acquistare o sottoscrivere quote sociali, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale. L'Autore, dopo aver riconosciuto che l'articolo 2409 tutela anche interessi pubblici, rileva tuttavia che, se alla base dell'articolo 2409 permane un interessi di carattere generale al rispetto della legalità nell'amministrazione delle società per azioni, è pur vero che le modifiche apportate dalla riforma del 2003 ne riducono significatamene il rilievo, determinando una tutela mediata di tale interesse.

[238] L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 209, che evidenzia come "l'abolizione del potere di richiesta del pubblico ministero, salvi i casi speciali, non significa però che il legislatore abbia escluso la rilevanza di ogni interesse non privatistico nel procedimento di controllo di cui all'articolo 2409, ma soltanto che la denuncia dei soci e del collegio sindacale è reputata in sé idonea ad esprimere anche tali interessi metaindividuali alla corretta gestione della società. Si noti che, ai sensi dell'articolo 2436, nel procedimento di omologazione degli atti societari è tuttora necessario il parere obbligatorio del pubblico ministero: il funzionamento delle società riveste pur sempre una rilevanza pubblica". L'Autrice osserva ulteriormente come a prescindere dalle modifiche introdotte in punto di legittimazione del pubblico ministero, egli possa sempre intervenire nel procedimento ai sensi degli articoli 70 e 71 del codice di procedura civile. Tali disposizioni, com'è noto, regolamentano i poteri di intervento del pubblico ministero: l'articolo 70 prevede che il p.m. possa sempre intervenire autonomamente in ogni procedimento nel quale ravvisi un pubblico interesse; il successivo articolo 71 dispone che nella medesima ipotesi (ossia qualora ravvisi in un procedimento la sussistenza di interessi pubblici) il Tribunale possa sempre disporre la comunicazione degli atti dei procedimento al pubblico ministero. Orbene, sebbene simili riflessioni siano condivisibili, non sembra possono essere d'ausilio alla tesi per cui la procedura di controllo giudiziario sia volta alla tutela di interessi pubblici. Ciò in quanto la normativa ora citata attribuisce al p.m. il potere di intervento solo in ipotesi particolari nelle quali sia ravvisabile in concreto la sussistenza di interessi pubblici. Né sembra condivisibile l'assunto per cui i soci sarebbero i "tutori" anche di interessi esterni alle società.

[239] Così C. D'AMBROSIO, *op. loc. cit.*,

Un ultimo appiglio alla tesi in esame sembra poi individuabile nel fatto che non sussistono validi motivi per giustificare l'attribuzione di una funzione differente al controllo giudiziario a seconda che sia promosso nell'ambito delle società chiuse o in quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, nelle quali – essendo tuttora prevista la legittimazione attiva del pubblico ministero – il procedimento di controllo sembra possa essere promosso anche a tutela di interessi generali.

Le motivazioni addotte a sostegno del carattere pubblico degli interessi protetti dall'articolo 2409 non paiono condivisibili.

Partendo dall'eliminazione, per quanto riguarda le società chiuse, della legittimazione attiva del pubblico ministero, occorre osservare come nella Relazione al D.lgs 6 del 2003 si specifica che soltanto per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio "*il notevole numero dei soci può giustificare un'iniziativa di tale organo pubblico*".

Dalla lettera della Relazione emerge come il pubblico ministero abbia esclusivamente una funzione "sostitutiva" delle minoranze, nel caso nel quale, in considerazione della diffusione delle azioni, per i soci sia difficile (se non impossibile) raggiungere la percentuale minima richiesta per la proposizione della denuncia dall'articolo 2409[240].

Si può discutere circa la scelta del legislatore di non ritenere necessario per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'intervento sostitutivo del pubblico ministero[241], ma è indubbio che lo

[240] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 136, osserva come, già nel vigore della disciplina precedente, posto che l'iniziativa ordinaria per chiedere un controllo da parte della magistratura era messa nelle mani di qualificate minoranze di soci, si sarebbe potuto sostenere, senza forzature, che l'intervento del pubblico ministero doveva essere considerato come un filtro per denuncie pretestuose presentate da un numero di azionisti troppo esiguo, per essere legittimato ad un autonomo intervento.

[241] A giudizio di chi scrive, sarebbe stato preferibile che la legittimazione sostitutiva del pubblico ministero fosse stata mantenuta anche per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale. Ed, invero, come rilevato da parte della dottrina (M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit., 1220), ipotizzare che in una società aperta, anche se non quotata chi ha lo 0,0001% del capitale sociale possa stimolare il pubblico ministero, mentre in una società chiusa il 9.99% del capitale sociale non possa farlo, sembra una disparità di trattamento di difficile giustificazione.

D'altra parte, le stesse Commissioni riunite Finanza e Giustizia della Camera, nell'esaminare lo schema del decreto 6 del 2003 avevano invitato il Governo a provvedere ad estendere l'attivazione del pubblico ministero a tutte le società, temendo di lasciare come soli arbitri del procedimento di controllo gli organi di controllo interno che, per la problematicità del loro *status*, certamente non possono sostituire la posizione del pubblico ministero. In proposito si veda E. DALMOTTO, *op. loc. cit*., 1242; G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto*

stesso, nei casi nei quali ha mantenuto la legittimazione (al pari dei soci e degli organi di controllo) è chiamato ad intervenire per tutelare gli interessi privati della società e non interessi generali.

D'altra parte, anche nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio non sembra potersi affermare, come invece sostiene parte della dottrina, che la legittimazione del pubblico ministero[242] sia volta a tutelare interessi di carattere generale.

Infatti, mentre nel vigore della precedente formulazione, non essendo in alcun modo individuati i caratteri delle gravi irregolarità, poteva concludersi in tal senso, l'attuale formulazione dell'articolo 2409 subordina

---

commerciale, Torino, 2003, 277; G. DOMENICHINI, *sub articolo 2409*, cit., 782, secondo cui è ormai riconosciuto che i doveri degli organi gestori non sono funzionali al perseguimento di interessi esterni alla società. Da ciò deriva, per lo studioso ora citato, che gli interessi tutelati dal controllo giudiziario sono esclusivamente quelli dei soci e dei creditori sociali ad una corretta gestione dell'impresa sociale ed al rispetto delle regole poste dall'organizzazione.

[242] In ordine alla legittimazione del pubblico ministero con riferimento alle società quotate, particolarmente interessante le riflessioni di M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *articolo 2409*, cit., 1216, e già in *Procedimento* ex *art. 2409 cod. civ.: nuove legittimazioni nel quadro dei controlli delle società quotate*, in *Giur. comm*., 2000, I, 339 e in *La denuncia al Tribunale per gravi irregolarità (art. 2409 cod. civ.). Rapporti fra volontaria giurisdizione ed autonomia privata*, Atti dell'incontro di studi in Roma, 5 febbraio 1999, Luiss Edizioni, Ceradi, 2000, 41, che, osservato come l'articolo 91 del T.U.F. attribuisca alla Consob il compito di tutelare sia interessi privati sia interessi pubblici, si chiede se sia logico mantenere per le società quotate la legittimazione a proporre la denuncia *ex* 2409 da parte del p.m., considerato che analogo potere è attribuito alla Consob. Due sembrano le possibili soluzioni. Se il procedimento di controllo giudiziario vuole tutelare altri interessi generali oltre quelli normalmente protetti dalla Consob, si deve riconoscere la permanenza della legittimazione del p.m. Se, al contrario, si esclude che l'amministrazione giudiziaria tuteli interessi diversi da quelli protetti dalla Consob, si deve concludere nel senso che la legittimazione di tale organo schiaccia quella del pubblico ministero.

E' chiaro che un simile ragionamento presuppone che la Consob sia legittimata ad agire tanto contro gli amministratori quanto contro gli organi di controllo, nonostante l'articolo 152 del T.u.f. faccia riferimento solo a questi ultimi.

Ciò, come evidenziato dall'Autore sopra citato, sembrerebbe dimostrato dalla circostanza che, se così non fosse, si dovrebbe ammettere che:

"a) se l'irregolarità è comune ad amministratori e sindaci, l'iniziativa della Consob, poiché potrebbe riguardare solamente i sindaci, precluderebbe comunque al tribunale di revocare gli amministratori (se non interviene il pubblico ministero);

b) che il tribunale non può revocare i sindaci perché non si sa chi li sostituirebbe".

Un ulteriore appiglio alla tesi per cui la Consob può denunciare anche le irregolarità commesse dall'organo amministrativo sembra individuabili nella circostanza che, in base alla nuova disciplina del controllo giudiziario, non rilevano più le infrazioni dei soli sindaci. Se così è, è evidente che la Consob possa denunciare anche le irregolarità degli amministratori e che, di conseguenza, "non ha più senso che nelle società quotate il pubblico ministero sia legittimato a proporre il ricorso *ex* articolo 2409 cod. civ."

anche l'intervento del pubblico ministero alla sussistenza di gravi irregolarità "potenzialmente dannose per la società"[243].

Conseguentemente, la violazione di norma poste a tutela di interessi esterni (ad esempio, norme fiscali, sulla tutela dell'ambiente, sulla concorrenza) deve oggi considerarsi esclusa dall'ambito di applicazione dell'amministrazione giudiziaria salvo, chiaramente, il caso nel quale la stessa si traduca in un potenziale pregiudizio anche per gli interessi sociali[244].

Quanto al riferimento alla legittimazione degli organi di controllo, non appare assolutamente condivisibile l'affermazione per cui la *ratio* dell'estensione del potere di denuncia a questi soggetti sarebbe individuabile proprio nella circostanza di tutelare interessi di carattere pubblico. La tutela offerta dagli organi di controllo sembra, infatti, esplicarsi esclusivamente su un piano endosocietario[245]. Ciò in quanto, gli articoli 2397-2408, 2409-*novies* e 2409-*octiesdecies* del codice civile, articoli che regolamentano, rispettivamente, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo della gestione, non attribuiscono ai suddetti organi poteri inerenti a pubblici interessi.

Passando all'introduzione dell'elemento del danno potenziale, contrariamente a quanto affermato dalla dottrina sopra esaminata, tale innovazione rappresenta una delle principali modifiche introdotte dal legislatore in materia di amministrazione giudiziale[246].

---

[243] *Contra* F. MAINETTI, sub *articolo 2409*, cit., secondo cui nella nuova formulazione dell'articolo 2409 ci sarebbe una diversificazione degli interessi protetti in base al grado di apertura delle società di capitali al pubblico risparmio: nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio si tutelerebbero interessi sia privati che pubblici, nelle altre solo interessi privati.

[244] Infra si vedrà come deve essere interpretato il requisito del danno potenziale.

[245] Cfr. A. CHIZZINI, *Modifiche al controllo giudiziale sulla gestione nel novellato articolo 2409 cod. civ.,* in *Riv. dir. civ.*, 2004, 727, il quale, commentando la perdita di legittimazione da parte del p.m., osserva come evidentemente tale mancanza non può ritenersi sostituita dalla facoltà di richiedere i provvedimenti *ex* articolo 2409 anche da parte del collegio sindacale e dagli organi di controllo, poiché l'iniziativa di tali organi non può porsi, a fronte dell'interesse pubblico, sullo stesso piano di quella del pubblico ministero: "e questo non sul piano strutturale ma su quello funzionale. L'interesse tutelato dall'azione di quegli organi sarà sempre evidentemente endosocietario".

[246] Cfr. G. TERRANOVA, *op. loc. cit.;* M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit., 1216.

Né del resto la rilevanza della modifica può essere sminuita dalla considerazione che anche prima della riforma la giurisprudenza riconoscesse il requisito della dannosità delle irregolarità. Invero, l'orientamento giurisprudenziale prevalente, come sopra visto, parlava, generalmente, di "danno agli interessi tutelati dalla

Ed, invero, il requisito del danno catalizza l'attenzione della procedura sull'interesse potenzialmente leso, l'interesse della società, relegando gli altri interessi collegati all'organizzazione societaria ad un ruolo secondario e marginale.

Sembra, in altre parole, che attraverso l'introduzione dell'elemento del danno, si sia voluta effettuare una selezione degli interessi tutelabili *ex* articolo 2409, escludendo quelli pubblicistici e generali[247].

Questa innovazione, del resto, pare perfettamente conforme alla volontà del legislatore del 2003[248] di completare il procedimento volto all'eliminazione dal nostro ordinamento di ogni riferimento alla ricostruzione pubblicistica delle società per azioni, propria del periodo corporativo[249].

Alla luce di siffatte considerazioni, sembra potersi concludere nel senso che la procedura di controllo giudiziario è volta esclusivamente alla tutela di interessi privati.

Questa affermazione necessita, tuttavia, di essere ulteriormente puntualizzata. Si è visto in precedenza come il procedimento di controllo

---

procedura di controllo *ex* articolo 2409" e, anche laddove riconosceva la rilevanza del danno allo società, collegava lo stesso non solo all'interesse sociale, ma anche ad interessi di natura pubblica.

In proposito, si veda F. CONTE, *Sugli interessi tutelati*, cit., 468, il quale, ricostruendo la posizione interpretativa in esame, evidenzia come la giurisprudenza, che riconosceva già antecedentemente alla riforma il carattere dannoso delle gravi irregolarità, non ha tratto da tale affermazione le dovute conseguenze. Ciò in quanto, "se l'intervento del p.m. è subordinato alla sussistenza di un danno attuale o potenziale per la società, esso dovrebbe tendere a tutelare e a proteggere la società stessa e non a procurarle ulteriori danni nel nome di un interesse generale alla corretta amministrazione della società. La giurisprudenza, tuttavia, si è limitata ad affermare acriticamente che una volta che nell'amministrazione di una società siano state compiute violazioni di norme civili, penali e tributarie dalle quali potesse derivare un concreto pregiudizio al patrimonio della società, il p.m. potrebbe attivarsi autonomamente a prescindere da qualsiasi sollecitazione e indipendentemente dal fatto che il proprio intervento possa arrecare un maggior danno alla società".

[247] In proposito, si veda G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela della minoranza*, cit., 137, che evidenzia come l'inserimento del carattere del danno "implica un radicale mutamento di prospettiva, perché rende esplicito che non sono le irregolarità, in quanto tali, il presupposto e la causa finale della procedura: quest'ultima non mira ad una pura e semplice regolarizzazione dell'attività amministrativa, ma è rivolta alla tutela di specifici interessi".

[248] Volontà espressa anche nella Relazione al D.lgs. 6 del 2003.

[249] Cfr. M. BUSSOLETTI, *op. loc. cit*., il quale, in relazione alla presunta esclusione dell'interesse generale alla corretta amministrazione dall'ambito di interessi tutelati dall'articolo 2409, afferma che "l'innovazione in esame completa il procedimento di eliminazione dei pochissimi segnali in tal senso presenti nel nostro ordinamento: gli artt. 2088 e ss. c.c., sulla responsabilità dell'imprenditore, e la previsione che gli iscritti nel ruolo dei revisori ufficiali dei conti fossero pubblici ufficiali "a tutti gli effetti di legge".

giudiziario sia impiegato in alcuni settori particolari dell'ordinamento per tutelare interessi di carattere generale. Si pensi, ad esempio, all'ambito delle società sportive ovvero a quello dell'editoria.

In tali campi, come si è detto, il legislatore utilizza la procedura di cui all'articolo 2409 prescindendo dalla sua *ratio* e dalla sua struttura e considerando esclusivamente gli effetti della stessa.

In questi settori il procedimento *de quo*, non essendo espressamente richiesto il requisito della dannosità delle irregolarità, sembra continui a tutelare anche interessi di carattere pubblico[250].

[250] Con riferimento alle normative speciali di settore, particolare attenzione sembra doversi attribuire all'articolo 152 del Testo Unico sull'intermediazione mobiliare. La suddetta disposizione, mentre nel I comma, nel riconoscere la legittimazione alla denuncia al collegio sindacale e agli altri organi di controllo, riprende testualmente l'articolo 2409, specificando essere rilevanti solo le irregolarità "che possono recare danno alla società o ad una o più società controllate", nel II comma prevede che la Consob possa esperire la denuncia laddove sussistano genericamente delle "gravi irregolarità". E' dubbio se il mancato riferimento al carattere dannose di tali violazioni rappresenti una svista del legislatore o sia stato voluto per differenziare le irregolarità denunciabili da parte del collegio sindacale e degli altri organi di controllo da quelle denunciabili da parte della Consob. Forse, il legislatore, rimanendo generico quanto alle irregolarità denunciabili dalla Consob, ha voluto attribuire alla stessa il potere di tutelare attraverso la procedura di controllo giudiziario anche interessi di carattere generale, mentre, in linea con quanto sopra affermato, ha escluso la possibilità che tali interessi siano tutelati dagli organi di controllo interni della società.

Capitolo 3

L'oggetto del controllo: le gravi irregolarità.

Individuati gli interessi tutelati dalla procedura di controllo giudiziario, occorre esaminare il presupposto oggettivo per l'applicazione della stessa: le gravi irregolarità[251].

Nel vigore della precedente disciplina, l'estrema genericità della formulazione dell'articolo 2409 aveva dato luogo ad un intenso dibattito circa l'identificazione delle violazioni rilevanti ai fini della denuncia[252].

---

[251] Per accostarsi maggiormente al tema che si indaga, appare preliminare definire in termini oggettivi, il concetto di irregolarità, per poi andare ad esaminare i caratteri peculiari delle irregolarità di cui all'articolo 2409. Nel comune lessico, con il termine "irregolarità" si designa la mancata corrispondenza dell'umano agire ad un precetto o ad una consuetudine comunemente riconosciuta o rispettata. E' irregolare qualsiasi forma di infrazione alla legge, ad una norma o ad una specifica disciplina (Così, G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1987, 586). Sul piano giuridico, in specie, sussiste una situazione di irregolarità ogniqualvolta sia violato un precetto giuridico. In tal senso, R. RORDORF, *La irregolare amministrazione della società*, in *Società*, 1990, 1201.

Più nel dettaglio, con riferimento al campo delle società per azioni, si può definire "irregolare quel funzionamento della società che non si adegua al complesso di norme e principi che la legge intende debbano presiedere all'attività degli organi sociali", così G. FERRI, *op. loc. cit.*

[252] In generale, anteriormente alla riforma, dottrina e giurisprudenza manifestavano una profonda insoddisfazione per la formula "gravi irregolarità, giudicata "vaga e indeterminata (cosa si deve intendere per «irregolarità», in base a quali parametri può stabilirsene la «gravità»; qual è il criterio discriminatore tra le irregolarità gravi e quelle più gravi di cui al IV comma dell'articolo 2409?)", così G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 787.

Con specifico riguardo al tema delle gravi irregolarità ante-riforma, si veda V. CERAMI, *Il controllo*, cit., 51; G. SILVETTI – G. MARULLI, *Le società per azioni*, cit., 1001; G. FERRI, *Le società*, cit., 842; G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione,* cit., 189 e *Il controllo giudiziario sull'amministrazione di società di capitali*, Padova, 1965, 77; A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO, *Le irregolarità*, cit., 71; S. ROSSI, *Il controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 2409 cod. civ. nelle società di capitali*, Milano, 2002, 94; F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., 284; A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale* ex *articolo 2409,* cit., 145; V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità*, cit., 745; M. CERA, *Controllo giudiziario* ex *articolo 2409 e messa in liquidazione della società,* in *Giur. comm*., II, 400.

Per una panoramica generale, B. QUATRARO – E. TOSI, *Il controllo giudiziario delle società* ex *art. 2409 cod. civ.,* Milano, 1994, cit., 146; e, più recentemente, N. ROCCO DI TORREPADULA,, cit., il quale, per un verso, ribadisce come la difficoltà nel definire il concetto di gravi irregolarità discenda dalla genericità della formulazione dell'articolo 2409 e, per altro verso, individua un ulteriore motivo di difficoltà nella circostanza che nel settore delle società per azioni "difficilmente è dato trovare norme comportamentali che precedono la sanzione; e cioè disposizioni che individuano espressamente la condotta che gli amministratori debbano tenere in determinate situazioni e, comunque, nella gestione della società. Non vi sono, in altri termini, norme che aiutano a riempire di contenuto la nozione di «gravi irregolarità». Quelle poche che si trovano sono alquanto generiche. Una svolta al riguardo sembra fornita dalla recente riforma. Ne sono dimostrazione, ad esempio, l'articoli 2380-*bis* cod. civ., che attribuisce agli amministratori il compito di compiere le operazioni

Un primo orientamento, più risalente, affermava rilevare tutte le violazioni di norme civili, penali o tributarie che disciplinano specifici obblighi di amministratori e sindaci[253].

In contrapposizione a questa ricostruzione, parte della dottrina preferiva qualificare come grave irregolarità ogni violazioni del dovere degli amministratori di agire nell'interesse della società e di osservare i limiti dell'oggetto sociale[254]. Secondo questo orientamento, rientravano nell'ambito delle gravi irregolarità non solo le violazioni dei doveri specificatamente disciplinati dalla legge, ma anche le inosservanze "degli obblighi generali di gestire la società con diligenza, nell'interesse sociale e senza conflitto di interessi"[255].

Infine, un ultimo filone intepretativo – partendo dalla considerazione che il legislatore avrebbe volutamente utilizzato una formula caratterizzata da un'alta dose di elasticità – ampliava ulteriormente la nozione di grave irregolarità, identificando il presupposto del controllo giudiziario in uno stato di diffusa illegalità[256].

---

necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; l'articolo 2381, ultimo comma, che obbliga gli amministratori ad agire informati; e l'art. 2392 che impone agli amministratori di adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze".

[253] In tal senso, Cassazione, 12 novembre 1965, 2359; in *Giust. civ.,* 1966, I, 1153; Corte d'Appello Bologna, 27 giugno 1973, in *Giur. comm.,* 1974, II, 192; Tribunale Pavia, 20 giugno 1977, in *Giur. comm*., 1978, II, 400.

[254] P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 173; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., 749; F. BONELLI, *La responsabilità,* cit., 58; G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 189; V. ALLEGRI, *Contributo*, cit., 120; R. WEIGMANN, Responsabilità e potere legittimo degli amministratori, Torino, 1974, 122.

[255] Cfr. G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario*, cit., 600. Tale orientamento era seguito anche dalla giurisprudenza prevalente. Tribunale Brescia, 17 luglio 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 3384; Tribunale Napoli, 23 marzo, 1992, in *Società*, 1992, 1097, con nota di FATTORI, *Procedimento di controllo di irregolarità nella gestione sociale*; Tribunale Vicenza, 22 aprile 1983, in *Società,* 1983, 1399. Più recentemente, Cassazione, 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società,* 2004, cit., 1517.

[256] Così R. RORDORF, *La irregolare amministrazione della società,* cit., 1200, che evidenzia come il legislatore del '42 ha compiuto una scelta non equivoca a favore dell'atipicità, rinunciando ad ogni tentativo di catalogazione dei comportamenti irregolari rilevanti ai fini del controllo giudiziario sulla amministrazione delle società di capitali ed optando invece per l'uso di concetti dotati di una buona dose di elasticità. Di ciò, secondo la dottrina in esame, "l'interprete deve necessariamente tenere conto e, pur a prezzo di qualche inevitabile incertezza sul piano applicativo, anch'egli deve quindi rinunciare alla tentazione di classificare rigorosamente le situazioni giustificanti l'intervento del giudice *ex* articolo 2409 ed acconciarsi all'idea che la corretta soluzione dei singoli problemi derivi soprattutto dall'esatta individuazione delle linee di tendenza dell'istituto, degli interessi che con esso il legislatore ha mostrato di voler tutelare, nonché delle potenzialità e

Dubbi interpretativi riguardo al significato da attribuire alla nozione di "gravi irregolarità" permangono anche alla luce della nuova formulazione dell'articolo 2409.

E' pur vero, tuttavia, che la nuova disposizione, pur mantenendo lo scheletro normativo della precedente, è stata resa meno elastico attraverso l'inserimento di alcuni specifici correttivi: è stata utilizzata la locuzione "in violazione dei loro doveri" al posto di quella "nell'adempimento dei loro doveri"; si è precisato che sono rilevanti solo le irregolarità commesse nella gestione societaria, è stato escluso il riferimento alle irregolarità commesse dai sindaci; ed, infine, è stato introdotto l'elemento della potenzialità dannosa delle irregolarità, del quale si è già in parte accennato parlando degli interessi tutelati dall'articolo 2409.

A questo punto dell'indagine appare, quindi, utile analizzare gli elementi ora indicati nonché quelli rimasti invariati a seguito della riforma – il fondato sospetto di irregolarità e il carattere attuale delle stesse – al fine di meglio individuare le gravi irregolarità, presupposto del controllo giudiziario.

3.1. Il fondato sospetto di gravi irregolarità.

La denuncia al tribunale, ai sensi dell'articolo 2409, può essere inoltrata esclusivamente qualora sussista un "fondato sospetto" della commissione da parte degli amministratori di gravi irregolarità.

L'espressione – oggetto di ampi dibattiti nel vigore della disciplina precedente alla riforma[257] – è ormai unanimemente interpretata nel senso che

---

dei limiti che all'istituto medesimo derivano dall'essere collocato all'interno di un complesso di norme costituenti l'intero diritto societario".

Analogamente, S. LA CHINA, voce *Società,* cit., 1158; S. ROSSI, *Il controllo giudiziario*, cit., 11; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., 534, nota, 12. Cfr., altresì, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 10, che sottolinea, in maniera pienamente condivisibile, come questa interpretazione del concetto di gravi irregolarità portava "ad un'ampia area di operatività dell'intervento giudiziario, aprendo il controllo – sia pur per il tramite della legittimità – ad un vasto ventaglio di situazioni". In giurisprudenza, Corte d'Appello Milano, 7 novembre 1989, in *Società*, 1990, 778.

[257] Sul punto, si veda B. QUATRARO – E. TOSI, *Il controllo giudiziario delle società* ex. *art. 2409 cod. civ*., Milano, 1994, 334; C. SILVETTI - G.CAVALLI – M. MARULLI, *La società per azioni*, cit., 800.

la denuncia è proponibile solo se sussistono elementi che, sebbene non siano atti a provare le violazioni lamentate, costituiscano tuttavia indizi gravi della sussistenza delle stesse ovvero forniscano solide ragioni per dedurne l'esistenza[258].

In altre parole, il fondato sospetto è da concepirsi come quel compendio di fatti e circostanze che fanno rientrare nella sfera del probabile, e non del provato, le infrazioni degli amministratori e dei sindaci[259].

---

[258] In tal senso, Tribunale Napoli, 22 giugno, 2004 (decr.), cit., secondo cui "se è vero che per attivare il procedimento *ex* 2409 non è necessaria l'acquisizione di una prova, ma solo la ricorrenza di un fondato sospetto, è pur vero che il fondato sospetto non può desumersi da mere prospettazioni di parte"; Tribunale Chiavari, 12 giugno 2001 (ord.), in *Riv. dir. comm*., 2001, II, 162, secondo il quale "sebbene nella procedura *ex* articolo 2409 non si debbono fornire prove rigorose delle irregolarità denunciate, tuttavia si debbono almeno proporre elementi indiziari atti a suffragare l'assunto, non potendo all'evidenza essere sufficienti mere affermazioni".

Cfr., altresì, Tribunale Palermo, 24 dicembre 1999, in *Società*, 2000, 867; Corte d'Appello Lecce, 9 luglio 1990, in *Giur. merito*, 1990, 927; Tribunale Verona, 15 febbraio 1988, in *Società*, 1988, 648; Corte d'Appello Milano, 14 ottobre 1986, ivi, 1986, 676; Tribunale Roma, 12 marzo 1984, in *Società,* 1985, 92; Tribunale Roma, 19 maggio 1993, ivi, 1983, 1285.

In dottrina: D. PETTITI, *Ancora sul procedimento dell'art. 2409 cod. civ.,* in *Riv. dir. comm*., 1961, II, 54; G. U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G. B. PORTALE, V, Torino, 1988, 189; V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'art. 2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni,* in *Riv. trim., dir. proc. civ*., 1954, 689; V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 87; E. TOSI, *Il controllo dei soci nella società di capitali*, in *Arch. civ*., 1998; F. MAINETTI, sub *articolo 2409*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, t. 1, Bologna, 2004, 936; A. MARCINKIEWCITZ – A. PATELLI, sub *articolo 2409,* in *Codice commentato delle nuove società,* Milano, 2004, 565; E. DALMOTTO, sub articolo 2409, in *Il nuovo processo societario*, diretto da S. CHIARLONI, Bologna, 2004, 1232; V. SALAFIA, *I presupposti del controllo giudiziario sulle società di capitali* ex *articolo 2409 cod. civ.,* in *Società*, 1995, 1273; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario,* cit., 111, la quale rileva come, peraltro, la denuncia non può consistere in mere supposizioni, perché occorrono comunque riscontri delle violazioni denunziate; F. FUNARI, *Note sul significato di "fondato sospetto di gravi irregolarità" ai sensi dell'art. 2409 cod. civ*., nota a Tribunale Palermo, 24 dicembre 1999, in *Società*, 2000, 866.

Isolata la posizione di V. CERAMI, *Il controllo giudiziario,* cit., 50. L'Autore ritiene non convincente la tesi per cui non sia necessario che i fatti denunciati costituiscano delle gravi irregolarità, ma sia sufficiente che gli stessi abbiano valore presuntivo di altri fatti costituenti gravi irregolarità. "Invero, se il primo comma dell'articolo 2409 (si riferisce al vecchio testo) parla di denunzia di "fatti", il terzo comma parla di denunzia di "irregolarità". E, data l'interdipendenza tra i due commi, si deve presumere che il legislatore, adoperando i due termini "fatti" e "irregolarità", abbia inteso esprimere lo stesso concetto; a meno che si voglia riscontrare in essi una diversità di contenuto che io non saprei proprio ravvisare". Nel prosieguo del discorso si vedrà come la tesi ora esposta non possa essere condivisa.

[259]Cfr. F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1987, 446; S. LA CHINA, *Società (ispezione giudiziaria),* in *Enc, giur*., Milano, 1990, XLII, 1152; F. FUNARO, *Note in tema di «fondato sospetto di gravi irregolarità» ai sensi dell'art. 2409 cod. civ*.., in *Società* 2000, 866 ; A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO, *Le irregolarità degli amministratori nelle società per azioni*, Milano, 2001, 100. Questi ultimi affermano che i ricorrenti *ex* art.

Sul piano concettuale, quindi, si è soliti riconoscere la sussistenza di un parallelismo tra "fondato sospetto" e presunzione *ex* art. 2727 cod. civ.

In realtà, forse, sarebbe più corretto affermare che il "fondato sospetto" è addirittura qualcosa meno della prova presuntiva, poiché "può essere giustificato da semplici anomalie gestionali, o da contraddizioni nel modo di rappresentare la situazione dell'azienda (nella relazione degli amministratori si afferma che essa è prospera, ma poi si evidenziano perdite contabili), che fanno temere condotte poco corrette da parte dell'organo amministrativo, anche se le une e le altre (le anomalie e le contraddizioni) non hanno i requisiti di gravità, precisione e concordanza, richiesti dall'articolo 2729 cod. civ."[260].

Del resto, il fatto che l'articolo 2409 non richieda per la proposizione della denuncia la prova delle irregolarità sembra desumersi anche dal confronto tra il primo e il quarto comma della disposizione in esame.

Il primo comma, come sopra detto, dispone che i soci possano denunciare i fatti al tribunale qualora vi sia un fondato sospetto che gli amministratori abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione della società. Il quarto comma, invece, riferendosi alla seconda fase del procedimento, prevede che "se le violazioni denunciate sussistono [...] il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni[261]".

2409 devono indicare fatti " dai quali il Tribunale potrà trarre illazioni per formare il suo convincimento circa la serietà e l'ammissibilità della denuncia e se dovesse riscontrare, *prima facie*, che la denuncia non deduce fatti gravi, precisi e concordanti, in grado di offrire un alto grado di probabilità della sussistenza delle irregolarità, il Tribunale dovrà dichiarare la inammissibilità della domanda sostanzialmente congetturale. Il procedimento di controllo giudiziario non tende ad esplorare, nelle interne vicende, eventuali o possibili irregolarità; al contrario può attivarsi se il sospetto, avanzato dal denunciante, riguardi la sussistenza, in concreto, delle lamentate disfunzioni e non la astratta idoneità dei fatti ad essere qualificati come gravi irregolarità."

[260] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze,* cit., 140.

[261]La precedente versione della norma utilizzava l'espressione "provvedimenti cautelari". La modifica, accolta con favore dai primi commentatori del nuovo articolo 2409 cod.civ., è stata voluta dal legislatore per escludere definitivamente l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 669-*bis* e seguenti cod.civ. all'ipotesi di controllo giudiziario. Per un'ampia analisi dei provvedimenti provvisori, L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 285. Sui problemi interpretativi sorti nel vigore della vecchia disciplina in ordine alla applicazione dei provvedimenti cautelari in ambito di controllo giudiziario si veda F. DI SABATO, *Provvedimenti cautelari di cui all'art. 2409 c.c.,* in *La denunzia al Tribunale per gravi*

L'ipotesi contemplata dal primo comma, nella quale si richiede un semplice "fondato sospetto di irregolarità", è evidentemente differente da quella prevista dal quarto comma, nella quale è necessario che "sussistano le gravi irregolarità"[262]. Il fondato sospetto è requisito necessario e sufficiente per la proposizione della denuncia, ma non per l'emanazione dei provvedimenti di cui al quarto comma.

La scelta del legislatore di subordinare il procedimento di controllo giudiziario alla sola presenza di un fondato sospetto di gravi irregolarità appare, d'altra parte, pienamente condivisibile.

Da un lato, infatti, richiedere la prova delle violazioni avrebbe potuto rappresentare un onere eccessivamente gravoso per i ricorrenti[263], con il rischio di diminuire l'efficacia dello strumento del controllo giudiziario.

Dall'altro, richiedendo almeno la sussistenza del fondato sospetto delle irregolarità gestionali, si sono volute evitare denunce meramente pretestuose, fondate su nozioni arbitrarie o su indimostrate asserzioni[264;265].

---

irregolarità (art. 2409 c.c.), Atti del convegno di studi organizzato dalla Università Luiss in Roma, 5 febbraio 1999, Roma, 2000, 52.

L'espressione "provvedimenti provvisori" sembra sottolineare, inoltre, il carattere atipico dei provvedimenti che il tribunale può adottare, dovendovi rientrare tutte le misure idonee ad evitare la reiterazione delle irregolarità lamentate o l'aggravarsi delle conseguenze pregiudizievoli da esse derivate, in attesa delle deliberazioni dell'assemblea. In tal senso, M. G. PAOLUCCI, *Denuncia al Tribunale (art. 2409),* cit., 1013.

Sull'analisi dell'espressione provvedimenti provvisori, cfr. anche M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409,* Relazione al Convegno su "*La riforma delle società di capitali*", tenutosi presso l'Università Luiss in Roma, 9-10 maggio 2003, in *Riv. soc*., 2003, 1224.

Per una esemplificazione dei provvedimenti provvisori adottabili dall'autorità giudiziaria, si veda il paragrafo 3.1.

[262] L'autorità giudiziaria, difatti, potrà disporre gli opportuni provvedimenti solo ove vi sia la prova delle irregolarità (Cfr. Trib. Milano, 26 novembre 1993, in *Società*, 1994, 1215, con nota di A. PATELLI, *Limiti al sindacato giudiziario* ex. *art. 2409 del codice civile*). Senza considerare, come rileva A. RAFFAELLI, *Rassegna di giurisprudenza onoraria sulle società per azioni (1955.1960),* in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, 283, che se si fosse posto in capo ai soci di minoranza denunzianti l'onere di provare *ab initio* l'esistenza delle irregolarità, non si sarebbe previsto nel secondo comma dell'articolo in esame che il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori ed i sindaci, possa ordinare l'ispezione della società. L'ispezione, infatti, è strumento di indagine conoscitiva volto all'accertamento delle irregolarità in funzione della denuncia presentata.

[263] Il controllo giudiziario, nella generalità delle ipotesi, è richiesto dai soci di minoranza che, com'è noto, si trovano in una posizione di estrema debolezza all'interno della società, ragion per cui per tali soggetti potrebbe risultare molto difficile (se non impossibile) fornire delle prove concrete circa le scorrettezze gestionali commesse dagli amministratori.

[264] Sul punto, Tribunale Palermo, 24 dicembre 1999, in *Società*, 2000, 866; Corte d'Appello Lecce, 9 luglio 1990, in *Giur. merito*, 1990, 927; Tribunale Napoli, 31 gennaio 1991, in *Società,* 1991, 1094. In dottrina si

3.2 La violazione dei doveri degli amministratori.

La nuova formulazione dell'articolo 2409, come sopra detto, specifica essere rilevanti ai fini del controllo giudiziario solo le irregolarità commesse dagli amministratori "*in violazione dei doveri loro imposti nella gestione della società*".

Nella versione precedente le gravi irregolarità non erano riferite alla "violazione dei doveri degli amministratori", ma all'adempimento degli stessi[266].

---

veda L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 111; E. TOSI, *Il controllo dei soci nella società di capitali,* in *Arch. civ.*, 1998, 129.

[265] Sotto un diverso profilo, pare opportuno precisare che il fondato sospetto deve avere per oggetto irregolarità specifiche e determinate, non potendosi riferire in via astratta all'operato degli amministratori. Esso, inoltre, può riguardare solo la sussistenza in concreto delle violazioni denunziate e non l'idoneità in astratto dei fatti medesimi ad essere qualificati quali "gravi irregolarità" (in tal senso, C. SILVETTI - G.CAVALLI – M. MARULLI, *La società per azioni*, cit., 801; G. U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 191, il quale specifica che deve distinguersi tra "«prova» del fondato sospetto e «fondato sospetto» delle gravi irregolarità). In giurisprudenza, la sussistenza di un fondato sospetto di gravi irregolarità è stata affermata, ad esempio, nell'ipotesi di assenza prolungata degli amministratori dalla sede della società e di occupazione assidua in altre imprese, in quella di sussistenza di una doppia contabilità (Corte d'Appello Roma, 11 gennaio 1960, in *Foro it*., 1960, I, 829), nel caso di mancata convocazione dell'assemblea per i provvedimenti necessari alla copertura delle perdite del capitale (Corte d'Appello Napoli, 29 gennaio 1988, in *Dir. fall*., 1989, II, 826), nel caso di deposito nella cancelleria del Tribunale di un verbale dal quale risulti, contrariamente al vero, essersi tenuta un'assemblea totalitaria dei soci (Tribunale Milano, 22 maggio 1984, in *Società,* 1984, 1354); o, infine, nell'ipotesi di pagamento di acconti su futuri utili dichiarati in bilancio, ma di cui non risulti documentazione (quietanza sottoscritta dai soci: Trib. Roma, 31 ottobre 1984, in *Società*, 1985, 632).

[266]La norma, oltretutto, si riferiva all'adempimento dei doveri sia degli amministratori che dei sindaci. *Infra* sarà analizzata la questione della mancanza nella nuova disposizione di alcun riferimento alle irregolarità dei sindaci.

Sul collegamento tra irregolarità e adempimento dei doveri, nel vigore della precedente formulazione, si veda G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 192, secondo il quale il predetto collegamento era più ampio rispetto a quello tra irregolarità ed "obbligazioni", consentendo di prendere in considerazione anche scorrettezze non consistenti in irregolarità relative all'adempimento delle obbligazioni.

Sulla nuova formulazione, A. MARCINKIEWICTZ – A. PATELLI, *sub articolo 2409*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, 564; M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *articolo 2409*, cit., 1212, V. BUONOCORE, *La riforma delle società,* Milano, 2004, 51; V. ALLEGRI, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, 223; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, 128; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 15; G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 144, secondo cui la nuova formulazione è più elegante e precisa della precedente perché "non solo ha eliminato l'ossimoro di un'irregolarità compiuta in adempimento di un dovere; ma soprattutto perché ha precisato - raccogliendo un'interpretazione ormai pacifica – che non occorre guardare alla colpa, giacché ai

La nuova dizione non sembra determinare una modifica rilevante del presupposto oggettivo del procedimento, rappresentato dalla violazione di norme di legge e di statuto[267], tuttavia appare preferibile da un punto di vista logico, giacchè, più correttamente, collega le irregolarità alla violazione di doveri e non al loro adempimento[268].

Si è osservato come la nuova locuzione sembri enfatizzare l'azione illecita del violare[269] e, conseguentemente, si è avanzato il sospetto che le "nuove" gravi irregolarità sarebbero esclusivamente quelle che nascono da un'attività violatrice positiva, ossia da una "consapevole partecipazione degli amministratori al compimento di atti gestionali"[270]. Sarebbero, invece, irrilevanti le irregolarità che nascono da semplici comportamenti omissivi.

L'assunto non convince poiché alcuni comportamenti omissivi degli amministratori indubbiamente determinano una violazione dei doveri

---

fini dell'avvio della procedura (e poi della rimozione dell'organo amministrativo), conta soltanto il fondato sospetto di irregolarità (gravi o più gravi), considerate come fatti oggettivi, mentre l'elemento soggettivo (del dolo o della colpa) rileva solo ai fini delle eventuali azioni di responsabilità. In ordine all'irrilevanza dell'elemento psicologico, si veda il paragrafo 3.10.

[267] Cfr. D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, in *Società,* 2004, 448; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 92, la quale sostiene che la modifica "non ha conseguenze quanto al contenuto della fattispecie: le irregolarità presuppongono tuttora la violazione delle norme, di vario tenore (civili, penali e amministrative), che regolano l'agire gestorio" e continua "i comportamenti integranti gravi irregolarità sono i medesimi individuati alla luce della disciplina previdente e, quindi, potranno consistere in fatti commissivi od omissivi, purché attuali".

[268] In tal senso, G. TERRANOVA, *op. loc. cit.*; S. DE VITIS, sub *articolo 2409*, cit., 607; M. G. PAOLUCCI, *La denuncia al tribunale (art. 2409),* cit., 1005, che rileva come "sicuramente la previsione che le gravi irregolarità debbono essere compiute in violazione dei doveri, anziché in adempimento degli stessi, è più appropriata, oltre che coerente con il nuovo assetto normativo concernente gli amministratori".

[269] Cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 17, secondo cui, ciò sembra evidente ove si consideri che nella nuova formulazione il termine violazione è richiamato ben tre volte all'interno dell'articolo 2409 e come le espressioni "gravi irregolarità" e "violazione" sia utilizzati indifferentemente tra loro al pari di sinonimi.

[270] Così A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO, *Le irregolarità*, cit., *Appendice*, cit. 6, che sottolineano come "poiché concettualmente violazione è consapevolezza di trasgredire, la nozione di irregolarità tenuta presente dal legislatore ha i connotati soggettivi della convinta partecipazione degli amministratori alla trasgressione dei loro doveri". In senso contrario, N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. loc. cit.*

Anche con riferimento alla precedente formulazione parte della dottrina riteneva rilevassero solo i comportamenti "attivi di amministratori e sindaci". *Contra* A. PATRONI GRIFFI, voce *Società,* 12, che evidenzia la rilevanza tanto dei comportamenti attivi degli amministratori quanto dei comportamenti omissivi; R. RORDORF, *La irregolare amministrazione*, cit., 1201.

Per una ricca casistica in materia di comportamenti omissivi rilevanti ai fini dell'intervento *ex* articolo 2409, cfr. B. QUADRATO – E. TOSI, *Il controllo giudiziario*, cit., 113.

attribuiti agli stessi dalla legge. Si pensi, ad esempio, al caso nel quale l'organo amministrativo non predisponga i bilanci di esercizio[271].

E' chiaro, peraltro, che non tutti i comportamenti omissivi integrano condotte suscettibili di denuncia al tribunale, ma solo quelli che, come detto, determinano una violazione di un dovere espressamente previsto a carico degli amministratori ovvero del generale dovere di correttezza che incombe sugli stessi, ai sensi dell'articolo 1175 cod. civ.[272].

Al contrario, "la mera inattività di fronte all'opportunità di compiere atti imprenditoriali vantaggiosi per la società, non è in sé motivo di denuncia *ex* 2409"[273].

Tale inattività, se non è qualificabile come "grave irregolarità", può, peraltro, legittimare la revoca dell'amministratore per giusta causa, ai sensi dell'articolo 2383 del codice civile, considerato che presupposto della revoca può essere anche la sopravvenuta carenza di fiducia dei soci nella competenza o nell'efficienza degli amministratori[274].

---

[271] Cfr. Tribunale Milano 21 dicembre 1988, in *Società*, 1989, 610. Secondo i giudici milanesi "le gravi irregolarità da valutare non consistono necessariamente in comportamenti attivi degli amministratori che abbiano violato le norme che stabiliscono i doveri loro imposti. Anche l'omissione di un comportamento doveroso può tradursi in un grave turbamento della regolarità della gestione sociale e può essere fonte di danni anche irreparabili non soltanto per i soci, ma anche per i creditori". Analogamente, Tribunale Milano, 10 gennaio 1990, in *Società*, 1990, 791, secondo cui la mancata predisposizione dei bilanci di esercizio e la mancata convocazione dell'assemblea per la relativa approvazione integrano non soltanto il sospetto di irregolarità, ma gli estremi di gravi irregolarità amministrative tali da giustificare la revoca dell'amministratore.

In proposito, si veda anche N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., che evidenzia come l'opinione per cui i comportamenti omissivi degli amministratori non integrerebbero gravi irregolarità non può essere condivisa anche perché "le irregolarità sono viste dal legislatore nella loro oggettività". Questa riflessione non convince del tutto. Il fatto che le irregolarità rilevino nella loro oggettività ha sicuramente delle conseguenze sotto il profilo dell'irrilevanza dell'elemento psicologico nella commissione delle stesse, ma non sembra idoneo a giustificare la rilevanza, ai fini della denuncia, dei comportamenti omissivi degli amministratori.

[272] In tal senso, Corte d'Appello Milano, 20 giugno 1989, in *Giur. it*., 1990, I, 2, 400, che evidenzia come l'omissione di una condotta, se non specificatamente dovuta in base ad una norma di legge ovvero ad una disposizione convenzionale, non è censurabile *ex* articolo 2409 ed ancora come "l'istituto del controllo giudiziario, infatti, mira a colpire organi negligenti o scorretti, ma non inetti".

Sull'applicazione del principio di correttezza in ambito societario si veda il quarto capitolo.

[273] L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 109.

[274] Con riferimento alla differenza tra gravi irregolarità e giusta causa di revoca, si veda il successivo paragrafo su "l'irrilevanza dell'elemento psicologico".

3.3 Le irregolarità nell'amministrazione.

Altra novità contenuta nel nuovo testo dell'articolo 2409 sembra individuabile nella scomparsa dal primo comma della norma di ogni riferimento alle irregolarità commesse dai sindaci[275].

La scelta è stata voluta per sottolineare la maggiore indipendenza che, a seguito della riforma del 2003, l'organo sindacale possiede rispetto a quello amministrativo.

Il nuovo disposto dell'articolo 2403, attribuisce, infatti, ai sindaci oltre che il ruolo di controllori dell'osservanza della legge e dello statuto anche il compito di vigilare sulla corretta amministrazione della società.

La mancanza di un riferimento espresso alle irregolarità commesse dai sindaci, insieme all'attribuzione agli stessi della legittimazione attiva alla denuncia *ex* articolo 2409 ed alla revoca soltanto eventuale da parte del tribunale, nell'ipotesi nella quale siano state accertate gravi scorrettezze gestionali, sembrano essere tutti indici di questo nuovo ruolo assunto dal collegio sindacale all'interno dell'organizzazione societaria.[276]

Tuttavia la specificazione che rilevano esclusivamente le irregolarità commesse nell'amministrazione della società sembra avere, nella pratica, una portata modesta, implicando solo la preclusione di una denuncia avente ad oggetto irregolarità imputabili al solo organo di controllo, non essendo dubitabile la possibilità di denunciare, oltre ad irregolarità commesse dagli amministratori, anche correlate irregolarità commesse dai sindaci per omessa vigilanza[277].

---

[275] In proposito, è opportuno osservare che il parere approvato dalle Commissioni riunite II (Giustizia) e VI (Finanze) della Camera dei Deputati richiedeva di mantenere ferma la menzione delle gravi irregolarità dei sindaci nel I comma del 2409. L'invito non è stato accolto probabilmente ritenendo sufficienti per affermare la legittimazione passiva del collegio sindacale gli altri richiami effettuati disposizione all'organo di controllo.

[276] L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 95. L'Autrice, richiamando le riflessioni mosse in sede di analisi dell'articolo 152 del T.u.f. da M. BUSSOLETTI, *Procedimento* ex *articolo 2409: nuove legittimazioni nel quadro dei controlli sulle società quotata,* in *Giur. comm., 2000,* I, 339, afferma che l'eliminazione del riferimento alle irregolarità dei sindaci e l'attribuzione ad essi del potere di denunzia hanno lo scopo di "rompere il fronte comune amministratori-sindaci".

[277] G. DOMENICHINI, *sub articolo 2409*, cit., 789.

La circostanza che i membri del collegio sindacale sono tuttora legittimati passivi del procedimento sembra, infatti, emergere con evidenza dalla lettura complessiva dell'articolo 2409[278].

In particolare, il secondo comma della norma prevede che i sindaci siano ascoltati in sede di audizione delle parti; il terzo dispone che possano essere revocati dall'assemblea che intenda spontaneamente sostituire gli organi sociali, allo scopo di eliminare le gravi irregolarità ed ottenere il decreto di improcedibilità; il quarto comma attribuisce al tribunale il potere, una volta accertata l'esistenza di gravi scorrettezze nella gestione societaria, di revocare oltre gli amministratori anche i sindaci della società; ed il quinto, infine, prevede che l'amministratore giudiziario possa esperire l'azione di responsabilità anche contro i sindaci, senza necessità della preventiva autorizzazione dell'assemblea[279].

---

[278] Cfr. DE VITIS, sub *articolo 2409*, cit., 2003, 243; C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario*, cit., 1132, la quale sottolinea come "sia necessario escludere tra esse (le novità della riforma) la scomparsa dei sindaci come sospettati di grave irregolarità"; G. DOMENICHINI, sub *articolo 2409*, cit., 789.

Nello stesso senso, sembra A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 129, secondo cui "non ci sono presupposti per dubitare sulla possibilità di denunciare oltre alle irregolarità degli amministratori anche le irregolarità del collegio sindacale".

In una diversa prospettiva, G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 147, che rileva come "sul piano pratico l'innovazione (l'eliminazione del riferimento alle irregolarità commesse dai sindaci) sembra ragionevole, anche se in linea astratta non si potrebbe escludere che proprio il mancato funzionamento dell'organo di controllo possa costituire un'irregolarità capace di nuocere ai soci di minoranza che vedrebbero ridotte le garanzie previste anche a loro tutela dalla legge. A ben guardare, però, si può ritenere che gli amministratori dovrebbero essere i primi a denunciare il fatto in assemblea, se non vogliono macchiarsi, a loro volta, di un'irregolarità; e, comunque, non vi può essere dubbio che le decisioni pregiudizievoli alla minoranza vengano assunte dall'organo di gestione, non certo dell'organo di controllo, al quale si può solo imputare d'essersene fatto complice, qualora, pur conoscendole, non le abbia contrastate e denunciate".

Analogamente, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 32, che evidenzia come, ai sensi della disciplina attuale, rimangono prive di importanza le irregolarità commesse dai sindaci. L'Autore osserva, poi, come nella stessa direzione è da ritenere che anche quelle irregolarità che riguardano il controllo contabile restano fuori dal procedimento di controllo giudiziario.

Si veda anche V. SALAFIA, sub *articolo 2409*, cit., 304, il quale giudica il nuovo testo dell'articolo 2409 fortemente riduttivo nei limiti in cui non menziona le gravi irregolarità commesse dai sindaci.

[279] Il quarto comma dell'articolo 2409 prevede che nei casi più gravi il tribunale può revocare "gli amministratori ed eventualmente i sindaci. L'aggiunta nella nuova formulazione dell'avverbio eventualmente" (prima era previsto che nei casi più gravi il tribunale potesse revocare "amministratori e sindaci") ha definitivamente risolto (in senso negativo) il dibattito sorto nel vigore della precedente disciplina circa la necessità che il tribunale revocasse tutti gli amministratori e tutti i sindaci.

La giurisprudenza prevalente riteneva che la *ratio* della norma imponesse la revoca contestuale di amministratori e sindaci; la dottrina, al contrario, affermava non essere necessario revocare in tutte le ipotesi il collegio sindacale insieme all'organo amministrativo. Per una panoramica sul punto si veda L. LAMBERTINI,

Tutti questi riferimenti dimostrano, a nostro parere, che i sindaci, al pari degli amministratori, sono parti del procedimento di controllo giudiziario[280].

3.4 Gravi irregolarità e gestione della società.

Si è già anticipato che la nuova formulazione dell'articolo 2409 cod. civ. richiede la commissione di gravi irregolarità da parte degli amministratori, "*nella gestione*" della società.

La precisazione, secondo alcuni autori, è stata voluta al fine di escludere dall'ambito delle irregolarità rilevanti "la sola violazione delle norme relative alla redazione del bilancio, in particolare le falsità"[281].

In una lettura restrittiva del nuovo articolo 2409 si è quindi affermato che i ricorrenti non potrebbero più denunciare la semplice violazione degli articoli 2423 e seguenti del codice civile, considerato che per "atti di gestione" devono intendersi solo quelli propriamente operativi, e non anche la redazione del conto della gestione[282].

Un ruolo per i sindaci anche in pendenza di amministrazione giudiziaria, cit., 40; D. FINARDI, *Sulla necessità della revoca dei sindaci di società sottoposta ad amministrazione giudiziaria,* in *Giur. it*., 2000, 2103. In giurisprudenza: Trib Verona, 14 dicembre 2001, in *Società*, 2002, 858; App. Milano, 1 giugno 1994, in *Giur. it*., 1995, I, 2, 749; App. Torino, 27 ottobre 1995, ivi, 1996, I, 2, 13.

[280] Come rilevato da L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 198, si tratta di "momenti di grande rilievo" poiché "l'audizione non è una mera disposizione a sommarie informazioni da parte di soggetti estranei alla procedura ed informati dei fatti, come ad esempio i testimoni, ma è un interrogatorio delle parti in giudizio; poiché la revoca li priva addirittura della carica in modo definitivo; poiché la citazione in giudizio da parte dell'amministratore giudiziario per i danni cagionati alla società elimina una situazione di sicuro privilegio, qual è la condizione di procedibilità rappresentata dall'autorizzazione assembleare".

Senza considerare che vi sono numerose disposizioni di leggi speciali – come, ad esempio, l'articolo 152 del T.u.f. ovvero l'articolo 89 della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi – che, anche successivamente alla riforma, includono espressamente i sindaci quali legittimati passivi della denuncia *ex* 2409.

[281] L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 93; D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, cit., 448. Quest'ultimo Autore rileva come "nel corso dei lavori preparatori la precisazione "nella gestione" era finalizzata ad escludere la rilevanza tra le gravi irregolarità della violazione delle norme di redazione del bilancio da parte degli amministratori, anche se è lecito dubitare che con questa modifica si sia escluso la rilevanza della violazione di tali norme, atteso che tali violazioni sono spesso il sintomo dell'esistenza di altri inadempimenti gestori".

[282] In altre parole, secondo l'orientamento in commento, il termine "gestione" ha un significato più ristretto di "amministrazione", la prima, infatti, si riferirebbe esclusivamente al governo dell'impresa, mentre la seconda

Questa premessa non appare tuttavia condivisibile, poiché la redazione del bilancio, nonostante sia una mera attività documentativa, rappresenta sempre il presupposto indispensabile per la gestione dell'impresa e per la realizzazione dell'oggetto sociale[283].

Più in generale, sembra potersi affermare che all'interno della nozione di "gestione" debba rientrare anche tutta l'attività svolta sul versante dei rapporti tra soci e società e tra i diversi organi sociali. Questo, come rilevato da autorevole dottrina, per un verso, perché la maggior parte delle irregolarità gestionali attengono proprio ai rapporti che intercorrono tra soci ed organo amministrativo ovvero tra consiglio di amministrazione, collegio sindacale e assemblea e, per altro verso, "perché intrattenere i rapporti con i soci e predisporre il progetto di bilancio significa «gestire» il più importante rapporto finanziario della società, quello con il capitale di rischio"[284].

---

includerebbe l'attività svolta sul versante dei rapporti con i soci e con gli altri organi della società (predisposizione del progetto di bilancio, convocazione dell'assemblea, impugnazione delle delibere invalide, etc.). Si veda in proposito A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 139; P. FLORIO, sub *articolo 2367*, *convocazione su richiesta dei soci*, in G. COTTINO – G. BONFANTE – O CAGNASSO – P. MONTALENTI, cit., 509.

[283] Così in dottrina L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione,* cit., 93. Cfr., anche, M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *articolo 2409*, cit., 1215.

[284] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 145, che prosegue osservando come "sarebbe ben strano, pertanto, se in un'epoca come quella attuale, nella quale si esalta la funzione «finanziaria» della società per azioni, si finissero con il trascurare proprio i rapporti con i soci estranei al gruppo di controllo (che potrebbero, però, rappresentare la maggioranza del capitale sociale), la cui fiducia deve esser incoraggiata, se si vuol dare un futuro alle nostre imprese".

In proposito, si veda altresì A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 130, che rileva come, la specificazione che le irregolarità debbono essere commesse nella gestione, se è stata voluta dal legislatore per rafforzare i poteri dell'organo societario, "non può che confermare la dilatazione dei poteri degli amministratori che sono chiamati a rispondere per la gestione della società, gestione: gestione che deve ispirarsi, come si desume dall'articolo 2403 cod. civ., all'osservanza della legge e dello statuto, al rispetto dei principi di corretta amministrazione ed, in particolare, all'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e al suo funzionamento".

L'Autrice osserva, ulteriormente, come la vera novità della riforma non sta nel fatto che ha ridotto l'ambito delle gravi irregolarità quanto piuttosto nel fatto che l'accertamento delle stesse appare modificato nella sostanza, divenendo più complesso in ragione della valutazione della procedimentalizzazione dei modelli di organizzazione aziendale espressi nell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e dal suo concreto funzionamento. Questa procedimentalizzazione, rileva la Principe, è, infatti, finalizzata, a garantire che ogni fase della vita societaria sia improntata a perseguire risultati conformi ad un parametro di amministrazione corretta. In questo contesto, l'adeguatezza dell'assetto sembra consistere "nella realizzazione di un sistema integrato e coordinato di operazioni idoneo a ridurre le possibilità di errore in ragione della

Alla luce di ciò, pare corretto affermare che la differente formula adottata dal legislatore del 2003 non ha modificato in maniera determinante il presupposto del procedimento: la violazione di norme di legge o di statuto che presiedono l'agire amministrativo, con conseguente gestione illegale e scorretta della società.

La precisazione che costituiscono irregolarità rilevanti solo quelle commesse dagli amministratori "nella gestione" della società ha il solo scopo di responsabilizzare gli amministratori, mediante il riferimento univoco alla loro attività, ma non esclude la rilevanza delle violazioni delle norme sul bilancio[285].

L'applicazione dell'articolo 2409 non sarà quindi esclusa nelle ipotesi di violazioni cd. "amministrative"[286], posto che, come sopra evidenziato, esse nelle generalità dei casi sono il sintomo di altri inadempimenti gestori.

La tesi qui sostenuta sembra altresì confermata dalla lettura della legge delega n. 366 del 2001, nella quale in materia di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio[287] è utilizzata la precedente dizione "*nell'adempimento dei doveri*", senza alcuna precisazione sul fatto che le irregolarità debbono essere perpetuate nella gestione sociale.

Del resto la volontà del legislatore di responsabilizzare gli organi amministrativi delle società emerge anche da altre novità introdotte con la riforma del 2003, sempre nell'ambito del controllo giudiziario. Si pensi, ad esempio, all'eliminazione del riferimento alle irregolarità poste in essere dai sindaci, della quale abbiamo sopra discusso, e al conferimento a questi ultimi della legittimazione attiva alla denuncia[288].

---

suddivisione per fasi di diversi processi". Si vedano anche M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 75; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose all'articolo 2381 commi terzo e quinto, del codice civile,* in *Giur. comm*., 2006, 9.

[285] Così L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 93, che specifica come la nozione di atti di gestione debba essere intesa in senso soggettivo, come atti compiuti dagli amministratori, e non in senso oggettivo, come atti diversi dal bilancio.

[286] Ad esempio, si può pensare alla costituzione di fondi neri, all'omissione degli adempimenti dovuti in caso di perdite superiori ad un terzo del capitale sociale, alla gestione fuori bilancio.

[287] Art. 4, II comma, lett. a), n. 4 della legge 366 del 2001.

[288] Il VII comma dell'articolo 2409, analogamente a quanto in precedenza stabilito, solo per le società quotate, dall'articolo 152 del T.u.f., attribuisce la legittimazione alla denuncia anche al collegio sindacale e agli altri organo di controllo previsti nei sistemi di amministrazione alternativi a quello ordinario. Nel vigore della vecchia disciplina, dottrina e giurisprudenza apparivono profondamente divise relativamente al riconoscimento

Chiarito ciò, occorre ancora osservare come quando si parla di "gestione" sembra doversi intendere ogni forma di gestione sia ordinaria che straordinaria. Nella specie, si ritiene che nell'ambito della gestione "straordinaria" rientri anche quella liquidatoria e che, conseguentemente, il procedimento di controllo giudiziario sia applicabile anche alle società in liquidazione[289].

Un'ultima notazione appare, infine, necessaria: il riferimento alla gestione in endiadi con il richiamo alle irregolarità al plurale, sembrano

---

della legittimazione attiva anche all'organo sindacale. L'orientamento prevalente riteneva inammissibile la denuncia proposta dai sindaci, sia perché la lettera della disposizione attribuiva la legittimazione soltanto ai soci, sia perché l'organo sindacale avrebbe avuto validi strumenti per eliminare le irregolarità ravvisate nella gestione sociale, ivi compresa la possibilità di subentrare agli amministratori in funzione attiva nei casi previsti dalla legge. Tale orientamento non sembrava, tuttavia, condivisibile, considerato che non sempre i sindaci riescono, con i mezzi ordinari di controllo interno, ad evitare od eliminare le irregolarità gestorie poste in essere dall'organo amministrativo. L'attribuzione della legittimazione alla denuncia anche all'organo sindacale sembra, quindi, un'innovazione da apprezzare. Per maggiori indicazioni circa il dibattito relativo al riconoscimento della legittimazione attiva in capo ai sindaci si veda Cassazione, 17 settembre 1997, n. 9252, in *Società,* 1998, 1025; Corte d'Appello Bari, 5 maggio 1989, in *Società*, 1989, 1073; in dottrina V. SALAFIA, *La riforma del collegio sindacale*, in *Società*, 1997, 1123; G. U. TEDESCHI, *Controllo giudiziario richiesto da un sindaco*, in *Società*, 1989, 1073, G. BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'articolo 2409* c.c., in *Riv. trim., dir. proc., civ*., 1995, 526.

[289]Ciò in quanto, lo scioglimento della società e l'entrata della stessa in liquidazione, sebbene determinino un mutamento funzionale dell'organizzazione societaria ed un diverso equilibrio degli interessi rilevanti, non producono un mutamento del contratto sociale, né tanto meno la cessazione dell'impresa. La liquidazione è anch'essa attività di impresa, come del resto emerge dalle nuove disposizioni di cui agli articoli 2487, comma I, lett. c) e 2490, comma V., ove è oggi espressamente disciplinata l'ipotesi di esercizio provvisorio dell'impresa in liquidazione, ai fini della conservazione del suo valore e dalla continuazione anche parziale dell'attività d'impresa. In tal senso, G. DOMENICHINI, *sub articolo 2409*, cit., 597; M. CERA, *Ancora sull'applicabilità dell'articolo 2409 alle società in liquidazione*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 616; G. FERRI, *Le società*, cit., 844; A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 342; E. MARCHISIO, *Spunti in tema di denunzia al tribunale* ex *articolo 2409,* in *Società*, 2008, 1245, secondo cui con il termine gestione deve intendersi qualunque attività compiuta nell'esecuzione della funzione di amministratore nell'interesse della compagine sociale In giurisprudenza, Corte d'Appello Milano 10 gennaio 2005 (decr.), in *Dir. fall*., 2007, 181; Cassazione, 11 agosto 1983, n. 5356, in *Giust. civ*., Mass., 1985, 1759; Corte d'Appello Milano, 2 novembre 1994, in *Società,* 1995, 523; Corte d'Appello Milano, 6 dicembre 1990, in *Società*, 1991, 196; Tribunale Genova, 22 dicembre 1995, *ivi,* 1996, 689; Tribunale Bergamo, 3 aprile 2001, in *Giur. comm*., II, 632. *Contra,* N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 36 secondo cui "la gestione liquidatoria, come mette in luce la dottrina aziendalistica, non è una vera e propria attività di gestione". Nello stesso senso, V. CERAMI, *Il controllo*, cit. 55. In giurisprudenza questo secondo orientamento è stato accolto da Tribunale Ragusa, 26 ottobre 2001, in *Giur. comm*., 2002, II, 632; Tribunale Pisa, 23 maggio 2001, in *Società*, 2001, 1223. Per maggiori dettagli circa l'ammissibilità della procedura di controllo giudiziario in fase di liquidazione, mi permetto di rinviare alla mia nota "*Controllo giudiziario e liquidazione delle società per azioni"*, in *Dir. fall*., 2007, II, 181.

indice del fatto che la prospettiva di indagine del tribunale debba collocarsi "nella dimensione non del singolo atto illecito, bensì dell'attività"[290].

La dottrina dominante ritiene, quindi, che le irregolarità rilevabili ai fini dell'applicazione dell'articolo 2409 implicano una valutazione che non si limiti ad analizzare la violazione di singoli obblighi, ma che riguardi, più in generale, il comportamento complessivo degli organi di governo societario, dal quale risulti definitivamente compromessa la prosecuzione del rapporto fiduciario di gestione e di controllo sulla società[291].

Il ricorso *ex* articolo 2409 sembra, in altre parole, giustificabile esclusivamente di fronte ad una situazione oggettiva di grave crisi, caratterizzata da una pluralità di violazioni di norme e clausole statutarie.

L'opinione maggioritaria non convince del tutto. Infatti, anche una sola condotta sembra idonea ad integrare il presupposto per la denuncia, qualora per "le modalità di attuazione, gravità e pregnanza, la condotta degli amministratori palesi l'esigenza di un intervento del tribunale, apparendo particolarmente significativa della scorretta gestione o dell'inadeguato controllo"[292].

E' chiaro che, se una sola è la condotta irregolare per eliminare le scorrettezze gestionali, probabilmente, non sarà necessario revocare amministratori e sindaci, ma saranno sufficienti provvedimenti meno

---

[290] Così C. ANGELICI, *La riforma delle società. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2004, 132, che evidenzia come la nuova prospettiva riguardi non tanto (e non soltanto) singole violazioni "quanto una conduzione dell'impresa sociale non coerente con le regole per essa dettate: un tema che si colloca così nelle dimensioni non del singolo atto illecito bensì dell'attività. Analogamente, B. LIBONATI, *L'impresa e la società*, cit., 278; G. DOMENICHINI, *sub articolo 2409*, cit., 788; S. LA CHINA, voce *Società (ispezione giudiziaria),* in *Enc. dir*., XLII, Milano, 1990, 1159; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 115, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 16. In giurisprudenza Corte d'Appello Roma, 20 marzo 1997, in *Giur. comm*., 1997, II, 547, secondo cui nella valutazione delle gravi irregolarità occorre attenersi "ad un criterio globale in relazione all'intera attività della società ed alle irregolarità complessivamente e qualitativamente emerse". Nello stesso senso, Tribunale Milano, 7 luglio 1995, in *Giur. it*., 1995, I, 2, c. 293.

[291] A sostegno di questa tesi si riportano anche argomenti sulla normonogenesi della disposizione: il legislatore del 1942 avrebbe sostituito l'espressione al singolare "grave irregolarità", contenuta nell'articolo 153 del codice di commercio, con quella al plurale proprio per evidenziare che quello che rileva ai fini della denuncia *ex* articolo 2409 è una situazione generale di irregolarità.

[292] Così L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 106. Cfr. anche V. SALAFIA, *Scorretta redazione del bilancio di esercizio e gravi irregolarità degli amministratori*, nota a Tribunale Trapani, 10 agosto 2001, e Corte d'Appello Palermo, 22 marzo 2002, in *Società*, 2002, 868. Cfr., anche, Corte d'Appello Roma, 20 marzo 1997, in *Giur. comm*., II, 547.

invasivi per la società come, ad esempio, la concessione di un termine interlocutorio per la spontanea eliminazione della irregolarità e dei suoi effetti. Solo qualora ciò non avvenga l'autorità giudiziaria nominerà un amministratore giudiziario per porre in essere quanto necessario ad eliminare la condotta inadempiente e le conseguenza della stessa[293].

3.5 Gravi irregolarità e danno.

Il profilo più rilevante della riforma, come si è già detto parlando degli interessi tutelati dalla procedura di controllo giudiziario, è indubbiamente quello di aver introdotto, accanto al presupposto delle gravi irregolarità, l'ulteriore requisito che le stesse siano tali da poter "arrecare un danno alla società e alle sue controllate"[294].

Si è già chiarito come il riferimento al danno segni "una svolta culturale che fa piazza pulita della concezione pubblicistica dell'istituto del controllo giudiziario[295].

Occorre ora interrogarsi circa il significato della locuzione "danno alla società", giacchè, solo analizzando tale concetto, potremmo renderci conto di quale sia l'attuale ambito di applicazione della procedura *ex* 2409.

La dottrina prevalente rileva come la necessaria presenza del danno (potenziale[296]) restringa la sfera delle irregolarità rilevanti e, conseguentemente, riduca l'ambito di tutela delle minoranze[297].

---

[293] L. NAZZICONE, *op. loc. cit*.

[294] Così G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 137; nello stesso senso M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *articolo 2409*, cit., 1213; S. DE VITIS, sub *articolo 2409, op. loc. cit*.; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit. 149, che rileva come "prima le gravi irregolarità avevano un rilievo autonomo rispetto al danno: ciò diversamente dall'azione di responsabilità *ex* articolo 2395 cod. civ., spettante al singolo socio o al terzo qualificata, di fatto, come unica espressione di tutela dei soci di minoranza al di fuori del ricorso ai sistemi di controllo del collegio sindacale o del tribunale, che in quanto finalizzata al risarcimento del danno presuppone un danno diretto subito dal singolo socio o dal terzo dall'attività illecitta degli amministratori". *Contra* C. D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale*, cit., 448, per il quale aver postulato che le irregolarità gestionale siano idonee a produrre un danno alla società rappresenta una novità priva di contenuto realmente innovativo.

[295] G. TERRANOVA, *op. loc. cit*.; M. BUSSOLETTI, *op. loc. cit*., secondo cui, come si già accennato parlando degli interessi tutelati dalla procedura, per effetto della introdotta rilevanza del danno potenziale, lo scenario degli interessi tutelati sembra modificarsi: nella disciplina attuale rilevano solo interessi di natura privatistica.

In particolare, si ritengono escluse dalla sfera di applicazione dell'amministrazione giudiziaria le irregolarità cc.dd. informative[298].

Tale esclusione sembra giustificarsi, considerando che i soci dispongono di altri ed adeguati strumenti per reagire alle violazioni di carattere informativo.

L'assunto non convince. Ci sono, ad esempio, alcune irregolarità informativa che non sono tutelabili in via cautelare. Si pensi all'ipotesi di bilancio particolarmente lacunoso. In tal caso, per colmare il vuoto informativo sarebbe inutile la sospensione della delibera assembleare di approvazione del bilancio inutile, e molti anni trascorrerebbero prima che gli amministratori, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento dell'impugnativa della deliberazione assembleare, redigeranno un nuovo documento di bilancio. Di contro, laddove si attivasse un procedimento *ex* 2409, il documento di bilancio sarebbe disponibile in termini brevi (o, comunque, relativamente brevi)[299].

---

[296] Durante i lavori preparatori si era ipotizzato di inserire il requisito del danno effettivo alla società (e non quello del danno potenziale). Ciò avrebbe costituito veramente una novità dirompente, poiché esigere la prova del danno concreto avrebbe alterato le stesse finalità del controllo giudiziario. Tale istituto, infatti, mira a ripristinare la corretta gestione societaria e non ad individuare delle responsabilità in capo agli amministratori, con conseguente risarcimento del danno a favore della società e dei suoi soci. Se tale proposta fosse stata accolta, la denuncia al tribunale sarebbe divenuta molto simile ad una azione risarcitoria e sarebbe stata vanificata la sua applicazione tutte le volte che dall'atto inadempiente non fosse possibile ravvisare la conseguenza di un danno immediato, al momento della proposizione del ricorso.

[297] Cfr. V. SALAFIA, *La riforma del controllo giudiziario prevista dall'articolo 2409 cod. civ.*, in *Società* 2002, 1330; S. DE VITIS, sub *articolo 2409*, cit., 606.

[298] V. SALAFIA, *La riforma del controllo giudiziario*, cit., 1330, il quale definisce le irregolarità informative come quelle irregolarità configurabili "nei bilanci di esercizio e nelle situazioni patrimoniali, redatte in occasione di speciali eventi della vita sociale, rispetto alle quali la configurabilità di un danno, anche solo potenziale per la società, è quantomeno problematica". Nello stesso senso, M. G. PAOLUCCI, Art. 2409 (Denuncia al tribunale), cit., 1002. Cfr., altresì, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit. 30, il quale sottolinea come "se d'ora innanzi potranno essere prese in considerazione solo le gravi irregolarità che siano dannose, è evidente che a subirne le maggiori conseguenze è la teoria dell'illegalità. Non tutte le trasgressioni degli amministratori potranno essere prese in considerazione". L'Autore prosegue, poi, osservando come "il profilo del danno finisce inevitabilmente per legarsi a quello dell'interesse sociale. Fermo restando il diverso piano di operatività, infatti, è chiaro che un'approvazione delle irregolarità da parte di tutti i soci ne elimina il carattere dannoso ed in qualche misura svaluta l'approccio valutativo basato sull'interesse sociale. Ciò non significa che il consenso generale trasforma un fatto da irregolare in regolare, ma solo che alcuni fatti (quelli dannosi) sono rilevanti ed altri no. Il che si basa sull'idea di fondo che l'intervento giudiziario assume di regola carattere suppletivo e si giustifica unicamente nei casi in cui esita un conflitto da contrapporre."

[299] L'esempio è di M. BUSSOLETTI, *op. loc. cit*.

Senza considerare che, nel caso proposto, la violazione del diritto d'informazione potrebbe in ogni modo arrecare un danno – almeno in via potenziale – alla società, qualora i soci impugnassero la delibera di approvazione del bilancio.

Sembra, quindi, potersi affermare che, almeno per il profilo in questione, l'area delle irregolarità rilevanti non è stata particolarmente ridotta: le irregolarità informative, al pari di ogni altra violazione, sono escluse dall'ambito di applicazione delle gravi irregolarità, solo ove le stesse non arrechino, neppure in via potenziale, un danno alla società.

3.6 Segue: danno alla società e danno ai soci.

Nei paragrafi precedenti, da un lato, si è chiarito che presupposto fondamentale del procedimento è il danno, almeno potenziale, alla società e, dall'altro, si è dimostrato che la procedura di controllo giudiziario è volta a tutelare gli interessi delle minoranze azionarie

Alla luce di ciò, occorre porsi un'ulteriore domanda: considerato che l'istituto in esame è volto a proteggere le minoranze azionarie, occorre chiedersi se non sarebbe stato più opportuno individuare il presupposto della procedura nel danno ai soci che presentano la denuncia.

Su un piano meramente teorico la scelta del legislatore del 2003 di considerare il solo danno alla società sembrerebbe pienamente comprensibile, poiché l'amministratore giudiziario deve agire nell'interesse dell'intero sodalizio e non certo nell'interesse di un gruppo determinato di soci[300].

Se dal piano astratto si passa al piano concreto, ci si rende, però, conto che diverse delle irregolarità commesse dagli amministratori a danno dei soci di minoranza procurano un danno a questi ultimi, pur senza arrecare un danno, nemmeno potenziale, alla società.

[300] Così G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 139.

Per fare qualche esempio, si pensi all'ipotesi di una società nella quale non si proceda per anni all'evidenziazione di utili, pur in presenza di un'impresa solida e produttiva.

L'eventuale politica gestionale volta all'accumulo (irragionevole) di risorse – non arreca alcun pregiudizio alla società né sotto il profilo della redditività dell'investimento né, tanto meno, sotto il profilo di un possibile smobilizzo, ma, evidentemente, rende sterili e prive di valore le partecipazioni azionarie della minoranza[301].

Ebbene, applicando letteralmente il disposto dell'articolo 2409, l'ipotesi ora indicata, non comportando un danno immediato alla società, non potrebbe costituire irregolarità rilevante ai sensi dell'articolo 2409.

Occorre tuttavia osservare come, i soci di minoranza, nel caso *de quo*, potrebbero decidere di impugnare la delibera di approvazione del bilancio per abuso di diritto, e come, conseguentemente, la società subirebbe, sebbene in via indiretta, un danno, identificabile nelle spese di difesa, nella sospensione di delibere, nell'eventuale risarcimento.

Pertanto, nelle ipotesi sopra esaminate, sembra individuabile un danno, almeno potenziale, alla società e, dunque, pare applicabile il controllo giudiziario.

In tal senso, la dottrina prevalente afferma che la litigiosità tra i soci e tra soci e società arreca sempre un danno (patrimoniale) all'ente collettivo, con la conseguenza che tale requisito sarebbe individuabile in ogni iniziativa giudiziaria dotata di qualche fondamento.

Se è indubbiamente apprezzabile il tentativo di estendere l'ambito di applicazione della procedura di controllo giudiziario anche ad ipotesi caratterizzate da un danno diretto nei confronti solo di alcuni soci (e non della società), occorre riconoscere che una simile soluzione è molto pericolosa.

Come rilevato in dottrina[302], infatti, ammettere che in ogni ipotesi contenziosa sussista un pericolo di danno per la società potrebbe comportare

[301] G. TERRANOVA, *op. loc. cit*.

[302] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 142 che, pur riconoscendo la necessità di attribuire rilevanza anche alle ipotesi nelle quali le irregolarità comportano un danno per i soli soci, nel commentare la tesi in base alla quale è configurabile un danno alla società in ogni caso nel quale sono

il rischio di annullare la rilevanza dell'elemento del danno, tornando ad un sistema nel quale unico presupposto per l'apertura della procedura sia, prescindendo dall'effettiva causazione del danno, la commissione oggettiva di gravi irregolarità.

E' per questo, che alcuni autori ritengono preferibile individuare il presupposto della procedura in tutte quelle situazioni caratterizzate dal venir meno del rapporto di fiducia tra minoranza ed organo amministrativo.

Secondo tale ricostruzione, il bene tutelato dalla procedura di controllo non sarebbe il patrimonio della società, ma "la vita associativa nel suo complesso, con le sue regole che tutelano interessi collettivi, ma anche interessi individuali dei soci"[303].

E' evidente come anche una simile interpretazione forzi la lettera della legge, purtuttavia (al pari della tesi sopra esposta), sembra pienamente condivisibile l'intento dal quale è mossa: garantire una tutela effettiva alle minoranze anche in quelle ipotesi nelle quali l'attività dell'organo amministrativo danneggi i soci di minoranza, senza arrecare un danno alla società[304].

E' inutile dire che, per garantire un'efficace tutela ai soci di minoranza, sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse annoverato tra i presupposti del controllo giudiziario la lesione dell'interesse dei soci accanto al danno alla società. Così non è stato e, quindi, pare necessario cercare di ampliare in via interpretativa l'ambito applicativo del controllo giudiziario.

---

individuabili dei profili di litigiosità tra i soci, osserva come una simile soluzione "lascia l'amaro in bocca, non solo perché non vi sarebbe più un criterio sicuro per stabilire in quali casi il rimedio possa essere concesso o negato […], ma soprattutto perché verrebbe vanificato lo sforzo compiuto dal legislatore per dare una connotazione nuova all'istituto: se il pericolo di danno per la società dovesse ritenersi esistente in ogni affare contenzioso, a prescindere da altre connotazioni, il presupposto essenziale della procedura tornerebbe ad essere costituito dalle gravi irregolarità, obiettivamente considerate, con buona pace di chi si oppone ad una concezione pubblicistica dell'istituto".

[303] G. TERRANOVA, *op. loc. cit*., il quale è consapevole che tale interpretazione forzi il tenore letterale della norma, ma osserva contestualmente come, dato che la formulazione della norma è quella che è, sembra "più elegante fare riferimento alle ragioni del sodalizio, piuttosto che utilizzare espedienti, come quelli che s'appigliano alle spese di liti e simili".

[304] Si veda anche L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 97, secondo cui "danno per la società è anche la conduzione della vita societaria senza il rispetto delle norme che la regolano, idonea ad esporla alle azioni risarcitorie di soci e terzi".

La formulazione estremamente generica dell'articolo 2409 – nel quale si richiede semplicemente un "danno alla società" – non sembra, del resto, escludere che il pregiudizio alla società possa riguardare oltre al patrimonio della società, anche i suoi beni non patrimoniali[305].

In generale, sembra potersi configurare un danno alla società tutte le volte che ricorra una lesione all'interesse sociale. Ora, se tale interesse, come riconosciuto dalla dottrina prevalente[306], è identificabile nell'interesse alla realizzazione dello scopo comune[307], lo stesso appare violato ogniqualvolta gli amministratori e i soci di maggioranza esercitino arbitrariamente i loro poteri al fine di trarre un vantaggio a discapito della minoranza assembleare.

---

[305] Come, ad esempio, un danno all'immagine dell'ente societario. Cfr., L.NAZZICONE, *op. loc. cit*., 97; L. ABETE, *Le gravi irregolarità nel novellato testo dell'articolo 2409 c.c.: brevi riflessioni, in Società,* 2994, 1475, nota 37, che specifica, correttamente, come comunque il danno che la grave irregolarità deve essere atta a cagionare, è da riconnettersi essenzialmente alla menomazione di un interesse suscettibile di valutazione economica, tenuto conto che oggetto dell'attività societaria è propriamente l'esercizio di un'attività economica. L'Autore da ultimo citato, fa un'ulteriore riflessione, osservando come sia possibile collegare il «danno temuto» di cui al I comma dell'articolo 2409 al «danno sofferto» di cui all'articolo 2392 cod. civ., ed argomentare nel senso che il pregiudizio, la cui verificazione la denunzia mira a prevenire, è lo stesso pregiudizio di cui, mercè, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, si ambisce a conseguire il ristoro". *Contra*, S. DE VITIS, sub *articolo 2409*, cit., 606, secondo cui il controllo giudiziario può essere attivato solo allorquando vi sia un pregiudizio che possa avere immediati e diretti risvolti negativi sul patrimonio della società e non anche quando le irregolarità, pur incidendo su interessi della società, non investano profili patrimoniale pregiudizievoli.

Isolata la posizione E. DALMOTTO, sub *articolo 2409*, cit., 1236 che, consapevole del rischio di un'interpretazione del danno alla società di tipo strettamente patrimoniale, intende il requisito della dannosità come un semplice rafforzativo del requisito della gravità che deve connotare le irregolarità denunciate. Da ciò discende, secondo Dalmotto, che basterà "riferirsi a situazioni che mostrino un possibile turbamento dell'ordinato funzionamento secondo le norme di legge e di statuto, dei meccanismi di gestione, la cui compromissione rappresenterebbe, per definizione, un danno, di carattere non necessariamente patrimoniale, per la società". Se è condivisibile l'assunto per cui il danno potenziale può avere anche carattere non patrimoniale non si concorda sulla equazione "dannosità-gravità", in proposito si veda il paragrafo sulla gravità delle irregolarità.

In generale sul riconoscimento della titolarità di diritti non patrimoniali agli enti personificati, si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *5, La responsabilità*, Milano, 1994, 168 ed, in giurisprudenza, Cassazione, 5 dicembre 1992, n. 12951, in *Foro it*., 1994, I, 561.

[306] Cfr. cap. 2.

[307] In tal senso, si è espressa anche la Commissione Europea che nella *Motivazione alla Relazione sulla Comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione Europea – Un piano per progredire*, che ha ulteriormente specificato come l'interesse sociale è l'interesse dell'impresa a produrre e massimizzare il rendimento, creando in tal modo ricchezza che rappresenta occasione di sviluppo per la collettività.

In altre parole, posto che la società, come sopra visto, è una comunione di scopo, un danno all'organizzazione societaria sembra configurabile tutte le volte che le scelte gestorie deviano dal predetto scopo comune.

Ed, in tale ipotesi, sembra doversi attribuire ai soci di minoranza il diritto di adire il tribunale ai sensi dell'articolo 2409.

Ciò anche perché, se è vero i soci di minoranza hanno anche altri mezzi per far valere i propri diritti (il riferimento è all'azione individuale di responsabilità di cui all'articolo 2395 cod. civ.), è pur vero che molto spesso gli stessi non hanno i mezzi per dimostrare il pregiudizio subito e, conseguentemente, per proporre l'azione.

Il procedimento di controllo giudiziario, nella prospettiva qui suggerita, potrebbe rappresentare uno strumento fondamentale per le minoranze che, attraverso l'intervento del tribunale, potrebbero ottenere facilmente la prova del pregiudizio subito, per poi proporre azioni di carattere individuale contro gli amministratori e, come si vedrà nel prosiguo, anche contro i soci di maggioranza[308].

3.7 Il danno e il procedimento di controllo giudiziario nei gruppi di società.

Altra novità introdotta nella disciplina del controllo giudiziario è rinvenibile nell'estensione del procedimento anche alle ipotesi in cui le gravi irregolarità commesse dagli amministratori possono danneggiare "una o più società controllate".

Il legislatore sembra aver così accolto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "i fatti riguardanti le imprese controllate possono rilevare quali irregolarità nella gestione della capogruppo, tutte le volte che gli stessi palesino una condotta inadempiente dell'organo amministrativo della società

[308] Cfr. G. TERRANOVA, *op. loc. cit.,* che osserva come "la procedura tuteli tanto l'interesse patrimoniale della società quanto l'interesse patrimoniale dei soci. Il rilievo è importante, perché legittima un uso strumentale dell'istituto (del controllo giudiziario), nel senso di farne uno scalino per il successivo esercizio di diritti o azioni di natura individuale".

madre ovvero si riflettano sulla veridicità e chiarezza dei bilanci della controllante"[309].

L'estensione alle irregolarità commesse a danno delle società figlie appare in linea con le scelte effettuate dal legislatore in materia di gruppi di società[310] e sembra fondarsi sulla considerazione che, nell'ambito di tali organizzazioni, è immanente il pericolo di condotte degli amministratori

[309] Tribunale Roma, 17 luglio 1999, in *Giur. it*., 1999, 1458; Cfr. anche Tribunale Milano, 7 giugno 2002, in *Giur. it*., 2002, I, 2, 2098; Tribunale Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it*., 2000, I, 2, 2098; Tribunale Roma, 17 luglio 1998, *ivi*, 1999, I, 2, 1458; Tribunale Verona, 31 gennaio 1991, in *Società*, 1991, 1086; Tribunale Milano, 19 marzo 1993, in *Società*, 1993, 1247; Tribunale Mantova, 26 novembre 1992, in *Foro pad*., 1993, 102; Corte d'Appello Milano, 11 luglio 1991, in *Giur. it*., 1992, I, 2, 15, secondo cui "il controllo del giudice si può estendere al merito delle scelte compiute dagli amministratori della controllante, solo qualora, sia provato che tali scelte hanno comportato un effettivo nocumento alla controllata e che sono state compiute in pregiudizio di tale società"; Tribunale Milano, 6 giugno 1983, in *Foro it*., 1984,I, 1122. Sul punto, si veda anche M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *articolo 2409*, cit., 1215, il quale conferma come la regola in esame già doveva considerarsi presente nei principi, "poiché il danno cagionato alle società controllate è, indirettamente almeno, un danno anche per la società controllante, che sale su per i suoi rami"; C. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nelle società per azioni*, cit., 84; F. MAINETTI, sub *articolo 2409*, cit., che rileva come l'innovazione , "in esecuzione di precise direttive, formulate nell'articolo 10, lett., *a)*, della legge delega, rende più sottile anche in tema di controllo giudiziario la differenza tra gruppo e società che ne fanno parte, nella consapevolezza che sovente il gruppo costituisce terreno fertile per la prevaricazione delle maggioranze sulle minoranze".

Cfr., altresì, C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario nel gruppo*, cit., 413, la quale sottolinea come le gravi irregolarità di gruppo siano più ampie rispetto a quelle nelle quali possono incorrere amministratori e sindaci di società che non dirigano o non siano dirette, in quanto non si tratta di una maggiore quantità di possibili irregolarità, ma di una diversa qualità di irregolarità rilevanti.

In generale, sul tema della responsabilità degli amministratori della controllante prima della riforma, F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 138; A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari,* in *Giur. comm.*, 1993, I, 841; P. JAEGER, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori (ancora sull'art. 3 della legge sull'amministrazione straordinaria),* in *Riv. soc.,* 1985, 817; F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti intragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, in *Riv. dir. imp*., 1995, 243; G. COTTINO, *Divagazione in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, in *Atti del convegno internazionale di studio organizzato dalla Riv. soc*., Milano,1996, 1073; B. LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo (responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società,* in *Atti del convegno internazionale*, cit., 1499; P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 79; A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei gruppi di società, in Riv. soc*., 1984, 420; N. RONDINONE, *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 937.

[310] Sulla disciplina dei gruppi, si veda C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2004, 135; A. BASSI, *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, cura di V. BONOCORE, Torino, 2003, 199. Sul ruolo dei gruppi nell'economia moderna, si veda F. GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in tema di gruppi di società,* in *Contratto e Impresa*, 1991, 897, il quale evidenzia che i gruppi di società possono essere definiti come la forma di organizzazione caratteristica della grande o medio-grande impresa del nostro tempo.

della controllante poste in essere in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed idonee a cagionare un danno alle società controllate.

Per una corretta applicazione del procedimento di controllo giudiziario all'interno delle organizzazioni di gruppo, sembra che allo stesso debbano essere applicati i principi che disciplinano l'azione di responsabilità della capogruppo e, nella specie la regola dei vantaggi compensativi[311].

L'articolo 2497, com'è noto, esclude la responsabilità della capogruppo tutte le volte che il danno ai soci e ai creditori della controllata risulti mancante alla luce del risultato complessivo della attività di direzione e coordinamento. La singola operazione svantaggiosa per la società dipendente, in altre parole, non rileva ove ad essa si contrappongano risultati vantaggiosi per la stessa, derivanti dalla sua appartenenza al gruppo.

[311] La teoria dei vantaggi compensativi rappresenta il capolinea del dibattito sulla legittimità delle politiche di gruppo e sulla possibilità per la società controllante di imporre direttive alle controllate per esse svantaggiose, ma vantaggiose per altre società della medesima organizzazione e, quindi, in ultima analisi, per l'interesse del gruppo stesso. Tale concezione ritiene legittima la prevalenza dell'interesse di gruppo sull'interesse sociale delle singole affiliate solo qualora si realizzi una compensazione per la società dipendente, la quale riesca a trarre dei vantaggi dall'appartenenza al gruppo. Alla base della teoria in esame, è individuabile il riconoscimento dell'evoluzione organizzativa dell'impresa moderna e, in specie, la presa d'atto dei numerosi vantaggi che derivano, sia sul piano organizzativo che su quello produttivo e infine, su quello commerciale e finanziario, dall'utilizzo della forma organizzativa del gruppo. Partendo dal riconoscimento dei risultati positivi di questa tipologia imprenditoriale, la dottrina ha cercato, in questi ultimi anni, di legittimare l'organizzazione di gruppo anche da un punto di vista giuridico. In particolare si è reso necessario rendere compatibile l'interesse di gruppo con gli interessi delle società appartenenti allo stesso e con quelli dei soci di minoranza e dei creditori della società, ossia con quegli interessi che risultano, in via principale, pregiudicati dalle operazioni infragruppo. La dottrina ha, quindi, individuato dei sistemi di compensazione dei pregiudizi arrecati alle società controllate derivanti dalle decisioni ispirate al perseguimento dell'interesse di gruppo. E' così nata la teoria dei vantaggi compensativi, teoria poi espressamente adottata dal legislatore della riforma. In base alla teoria in commento la dannosità di un'operazione deve essere valutata nel quadro generale della politica di gruppo. Più nel dettaglio, la responsabilità della capogruppo viene meno ogni volta che il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento. Sulla teoria dei vantaggi compensativi si veda P. MONTALENTI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale,* in *Giur. it.,* 1999, 2318 e *Le linee della riforma,* in *La riforma del diritto societario*, atti e documenti del convegno tenutosi a Torino il 29 ottobre 2001; V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 391.

A parere di chi scrive, anche la valutazione in ordine alla sussistenza delle gravi irregolarità deve tenere in considerazione il complesso delle attività svolte all'interno del gruppo e non le singole operazioni[312].

Solo considerando la totalità delle operazioni infragruppo, infatti, è possibile stabilire se una società sia stata concretamente danneggiata dalla politica posta in essere dalla controllante e, conseguentemente, se i suoi soci abbiano subito un danno.

D'altra parte, ove si ritenessero rilevanti anche singole operazioni, si rischierebbe di paralizzare l'intera organizzazione di gruppo, organizzazione che si fonda proprio sulla maggiore elasticità che caratterizza le operazioni infragruppo rispetto a quelle realizzate tra società non collegate[313].

Premesso ciò, occorre osservare come l'articolo 2409, con riferimento ai gruppi di società, ponga due interessanti questioni di carattere processuale.

Da un lato, è dubbio chi siano i legittimati attivi a proporre la denuncia per le irregolarità commesse a danno delle società controllate.

Dall'altro, non è chiaro chi siano i legittimati passivi e se, in particolare, i provvedimenti *ex* articolo 2409 possano essere emanati solo nei confronti della controllante ovvero anche nei confronti delle società controllate.

Quanto al profilo della legittimazione attiva, ci si chiede se la stessa spetti ai soli soci della controllante od anche a quelli delle società figlie.

L'articolo 2409 non specifica nulla in proposito, parlando genericamente di "soci".

Tale espressione viene correttamente interpretata nel senso che sono legittimati tanto i soci della controllante quanto i soci della controllata. Solo attribuendo la legittimazione attiva anche a quest'ultimi, infatti, sembra che il disposto dell'articolo 2409 sia messo in condizione di operare pienamente e pare risultare correttamente attuata la direttiva, contenuta nella lettera *a)* dell'articolo 10 della legge delega che, in materia di

[312] Del resto, si è visto come anche con riferimento alle singole società generalmente si guarda al complesso delle attività. In tal senso, si è già citato C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 135.

[313] Qualora ai fini della denuncia rilevassero le singole operazioni, si dovrebbe, ad esempio, considerare sintomatica di una scorretta gestione l'operazioni di acquisto di materie prime sottocosto. Epperò, come suddetto, si tratta di un'operazione tipica all'interno del gruppo.

controllo societario, impone di non ignorare l'interesse dei soci di minoranza delle società controllate[314].

Ed, invero, occorre considerare come nella generalità delle ipotesi gli amministratori della controllante pongano in essere operazione dannose per le controllate, con l'unico scopo di favorire la società madre ed i soci della stessa.

Chiaramente tali soggetti non hanno alcun interesse a denunciare irregolarità che arrecano danno alle sole società figlie e, pertanto, se si escludessero dai legittimati attivi alla denuncia gli azionisti delle contrallate, gli stessi sarebbero privati di un'importante forma di tutela contro i comportamenti illegittimi dell'organo amministrativo della capogruppo[315]. E' per questa ragione che si ritiene preferibile interpretare la generica espressione "soci", contenuta nel I comma dell'articolo 2409, come includente tanto i soci della controllante quanto i soci della controllata[316].

---

[314] Così E. DALMOTTO, sub *articolo 2409*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da S. CHIARLONI, Bologna, 2004, 1238; C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario*, cit., 1134. *Contra*, ma senza motivare, F. MAINETTI, sub *articolo 2409*, cit. 938.

[315] In proposito, si vedano le riflessioni di G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 138, secondo il quale il riferimento al danno arrecato alle società controllate, appare ridondante - o, a seconda dei casi – ambiguo. "Infatti, delle due l'una: a) o ci si riferisce alle direttive che hanno indotto la controllata a stringere relazioni d'affari con imprese che fanno capo al socio di maggioranza, ma allora non vi era bisogno di specificare che si può denunciare il fatto, dato che l'operazione, se arreca pregiudizio alla controllata, danneggia anche la società sottoposta ad amministrazione giudiziaria; oppure b) ci si riferisce ad operazioni che hanno danneggiato la controllata a tutto vantaggio della controllante, ma allora appare ben strano che la minoranza possa denunciare l'irregolarità, giacché farebbe valere un interesse altrui (quello, cioè, degli eventuali soci di minoranza della controllata). Nel primo caso si imputerebbe al legislatore l'ineleganza d'aver aggiunto un dettaglio inutile, ma non si sconvolgerebbero le linee del sistema; nel secondo caso, si ritornerebbe all'idea che le irregolarità possono essere denunciate perché costituirebbero un male in sé, a prescindere dagli interessi tutelati dalla norma, con un ritorno a quelle concezioni istituzionalistiche, che il legislatore ha mostrato di voler superare".

[316] Cfr. E. DALMOTTO, *L'articolo 2409 e le irregolarità a danno delle società controllate: legittimazione attiva e passiva*, nota a Corte d'Appello Milano, 12 marzo 2004, su www.judicium.it , il quale osserva ulteriormente come se si accedesse alla tesi secondo cui legittimati attivi sono solo i soci della controllante e "qualora le irregolarità venissero compiute da amministratori di società chiuse, nel nuovo ordinamento non sarebbe nemmeno possibile invocare l'intervento del pubblico ministero, che oggi può proporre la denuncia solo in relazione a irregolarità commesse nella gestione di società dove si faccia ricorso al mercato del capitale di rischio. Se dunque non si ritenesse ammessa la legittimazione dei soci delle società controllate, si giungerebbe al paradosso di riconoscere loro una tutela minore di quella che avrebbero potuto trovare, sollecitando l'aiuto del pubblico ministero, nel previgente regime, nel quale mancava un'adeguata disciplina dei gruppi, ora regolamentati, nell'ottica di apprestare una maggiore tutela per le società controllate, agli articolo 2497 e seguenti cod. civ.".

Quanto alla legittimazione passiva, come detto, ci si domanda se destinatari dei provvedimenti *ex* 2409 siano oltre alla società controllante ed ai suoi amministratori, anche la società controllata ed il suo organo amministrativo.

In proposito, nella Relazione al D.lgs n. 6 del 2003 si afferma che la riforma ha introdotto la possibilità di "*denunciare anche le irregolarità delle società controllate*".

Tale conclusione pare però inaccettabile perché incompatibile con la lettera della legge, che espressamente si riferisce alle sole irregolarità commesse dagli amministratori della società controllante senza menzionare in alcun modo le violazioni compiute dagli amministratori delle società figlie[317].

Conseguentemente, unici legittimati passivi del procedimento sembrano essere gli amministratori della controllante[318].

Da ultimo, può osservarsi che, dal disposto dell'articolo 2409, il danno potenziale alle società controllate sembra rilevare, in mancanza di espresse previsioni contrarie, qualunque sia la forma di tali società. Sembra, quindi,

---

In senso contrario, sembra porsi G. DOMENICHINI, sub *articolo 2409*, cit. 790, secondo cui la legittimazione dei soci della controllante a ricorrere *ex* 2409 contro le gravi irregolarità nella gestione della controllata si spiega osservando che "il potenziale danno è destinato a riflettersi sulla controllante". L'assunto non convince: si trascura, infatti, che non esiste una correlazione necessaria tra danno alla controllata e danno alla controllante. Ed, anzi, come sopra detto, nella generalità delle ipotesi al danno alla società figlia corrisponde un vantaggio per la società controllante ed i suoi soci.

[317] Cfr. L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 100, che evidenzia come "altro è che la condotta irregolare degli amministratori delle società controllate abbia cagionato a queste ultime un danno, ed altro che questo danno sia stato cagionato dalla condotta irregolare degli amministratori della società controllante: la fattispecie dell'articolo 2409, I comma, cod. civ., contempla soltanto quest'ultima condotta e non appare in nessun modo estendibile alla prima, per il fatto che abbia menzionato il danno alle controllate, il quale è soltanto il secondo elemento della fattispecie oggettiva".

[318] In tal senso si è espressa la giurisprudenza prevalente. Cfr. Corte d'Appello Milano, 12 marzo 2004 (decr.), in *Società,* 2004, 1129, che sottolinea come l'articolo 2409 "pur consentendo che la procedura di controllo giudiziale si svolga al fine di sanzionare atti di gestione di una società idonei ad arrecare danno non solo ad essa, ma anche ad una o più società controllate, non contempla affatto la possibilità di adottare misure cautelari direttamente nei confronti delle società controllate, ma solo la possibilità di emanare provvedimenti incidenti sulla gestione della controllante".

Contra E. DALMOTTO, *op. loc. cit*., che, nel commentare la sentenza suindicata, osserva come nulla impedirebbe di notificare la denuncia non solo alla società madre, ma anche alla società controllata (ai suoi amministratori e ai suoi sindaci) e conseguentemente, contrariamente a quanto affermato dai giudici meneghini, non vi sarebbe ostacoli all'adozione di provvedimenti anche nei confronti della società figlia.

potersi trattare anche di società di persone ovvero di società a responsabilità limitata.

3.8 Il requisito dell'attualità.

Le irregolarità per essere rilevanti ai fini della denuncia *ex* articolo 2409 cod. civ., oltre ad essere commesse in violazione dei doveri degli amministratori, devono essere attuali[319].

[319] La dottrina e la giurisprudenza riconoscono unanimemente come presupposto del procedimento dell'art. 2409 l'attualità delle irregolarità, cfr. B. QUATRARO – E. TOSI, *Il controllo giudiziario delle società ex. art. 2409 cod. civ.*, cit., 316; G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a.*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1985, XVI, t. 2, 600; A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, 329, nota 367; F. CANDIAN., *In margine all'articolo 2409 cod.. civ.*, in *Temi*, 1952, 97; R. RORDORF, *La irregolare amministrazione*, cit., 1202; G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 229; E. PROTETTÌ, *Limiti del controllo giudiziario previsto dall'articolo 2409 cod. civ.*, in *Società*, 1987, 184. Più recentemente, G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 146; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le "gravi irregolarità" nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005, 39; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit. 110.

Per completezza è opportuno osservare come nel vigore della precedente disciplina era dubbio se il requisito dell'attualità fosse sottinteso all'art. 2409 cod. civ. ovvero fosse espressamente previsto dal terzo comma del medesimo articolo.

I fautori della prima tesi affermavano che, sebbebe l'articolo 2409 non menzionasse il requisito dell'attualità, lo stesso era "necessariamente e chiaramente sottinteso alla disciplina, in quanto solo l'attualità delle irregolarità può giustificare le eccezionali misure previste dall'art. 2409, mentre le mancanza di tale requisito fa venire meno lo stesso interesse dei soci ad avvalersi della facoltà di denuncia al tribunale. Quest'ultimo può essere chiamato ad intervenire solo in funzione dell'attualità di un malgoverno che è necessario ed urgente eliminare con il ripristino della legalità". Cfr. C. SILVETTI - G.CAVALLI - M, MARULLI, *La società per azioni* cit, 803;

L'opposto orientamento riteneva, invece, che il requisito dell'attualità fosse espressamente previsto dal III comma dell'articolo 2409, laddove si disponeva che "se le irregolarità sussistono il Tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti cautelari". L'uso del verbo «sussistere» nel modo indicativo presente realizzava, secondo questa posizione interpretativa, l'idea dell'attualità delle irregolarità, come momento necessario del procedimento e confermativo della già indagata funzione del controllo". Si veda A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO, *Le irregolarità,* cit., 90.

La soluzione della questione non appare particolarmente rilevante. Infatti, riconosciuta la necessità che le scorrettezze nella gestione siano attuali, non appare determinante stabilire se il suddetto requisito sia espressamente previsto dalla norma o discenda dalla funzione del controllo giudiziario.

Occorre ancora osservare come parte della dottrina distingua tra attualità e persistenza delle irregolarità. Sulla distinzione si veda A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO *Le irregolarità*, cit., Appendice, cit., 8; N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. loc. cit*., che con riferimento alla distinzione tra irregolarità attuali e persistenti osserva come la stessa riecheggi quella tra presupposto processuale e condizione dell'azione.

Il tribunale non può adottare alcun provvedimento qualora siano stati rimossi gli effetti delle scorrettezze gestionali compiute dall'organo amministrativo. Tutto ciò poiché, se le irregolarità risultano cessate prima che il giudice abbia provveduto sulla denuncia, viene meno la ragione stessa dell'intervento correttivo dell'autorità giudiziaria e, cioè, la necessità di ripristinare la legalità nella gestione sociale[320].

L'intervento eccezionale dell'autorità giudiziario, siccome preordinato al ripristino di un ordinato assetto contabile e amministrativo all'interno della società, presuppone necessariamente che la stessa non sia riuscita a procedere autonomamente al risanamento[321].

L'attualità deve riferirsi non al comportamento inadempiente degli amministratori, ma alle conseguenze derivate dallo stesso, le quali devono permanere nella vita sociale[322]. L'irregolarità, infatti, può consistere anche in un fatto a consumazione istantanea i cui effetti incidono, però, sulla gestione della società per un tempo indefinito, arrecando danni all'impresa e ai soggetti che vi gravitano anche successivamente alla estinzione del fatto dannoso[323].

---

[320] Senza considerare che, come rilevato da L. LAMBERTINI, *Ispezione ed amministrazione giudiziaria delle società di capitali*, Padova, 1998, 91, "è principio generale dell'ordinamento quello che richiede al giudice di risolvere questioni concrete ed attuali sollevate da chi abbia un interesse non teorico, ma reale alla loro soluzione o alla eliminazione dell'insorto contrasto". L'Autore osserva ulteriormente che "anche nel procedimento camerale viene in considerazione, non nel significato assunto dall'articolo 100 c.p.c. nel giudizio contenzioso, l'interesse del denunciante ad attivare i poteri ispettivi del Tribunale il quale, in via preliminare, dovrà stabilire se, attraverso l'instaurazione del procedimento, il socio e quindi la stessa società possono conseguire quell'utilità per la quale è stato predisposto dal legislatore il procedimento di controllo. La materiale esistenza dell'irregolarità denunciata, invece, attiene al merito del procedimento".

[321] Nell'ipotesi opposta, nella quale le irregolarità siano state sanate, non è più necessario che l'autorità giudiziaria si ingerisca nella gestione dell'organizzazione societaria. In altri termini, come rilevato da L. LAMBERTINI, *Ispezione ed amministrazione giudiziaria delle società di capitali*, cit., 91, il procedimento tende alla correzione di una irregolare gestione societaria onde consentire un immediato ripristino nell'ambito della legalità. Se la denunciate irregolarità risultano eliminate, al momento della denuncia, viene meno la ragione dell'intervento correttivo del giudice. Come sopra detto, il nostro ordinamento preferisce i rimedi di carattere endosocietario. Sul punto, in giurisprudenza, si veda Corte d'Appello Torino, 29 maggio 2007, in *Società*, 2008, 1245, ; Tribunale Milano, 7 giugno 2002, in *Giur. it*., 2002, 2098; Tribunale Venezia, 30 novembre 2001; Tribunale Roma, 17 luglio 1998, in *Giur. it.,* 1999, 1458; Tribunale Como, 10 giugno 1998, in *Società*, 1999, 89; Tribunale Milano, 7 luglio 1995, in *Giur. it*., 1995, I, 2, 593; Corte d'Appello Milano, 27 febbraio 1992, con nota di R. AMBROSINI, *ivi,* 1992, I, 2, 592; Corte d'Appello Milano, 22 marzo, 1990, in *Società,* 1990, 959; Corte d'Appello Bari, 5 maggio 1989, in *Società,* 1989, 1073;

[322] L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 110.

[323] Per un'analisi degli interessi tutelati dalla norma, si veda il capitolo precedente.

Nel vigore del vecchio articolo 2409, a proposito del requisito dell'attualità, ampio è stato il dibattito dottrinale riguardo all'ammissibilità del procedimento in esame, nell'ipotesi nella quale, prima della denuncia, venissero nominati dei nuovi amministratori, estranei alle scorrettezze gestionali in precedenza commesse.

La dottrina maggioritaria sosteneva che il rinnovo delle cariche sociali non comportasse, in via di principio, l'improcedibilità del controllo giudiziario, non rilevando i soggetti che hanno concretamente commesso le irregolarità, ma essendo determinante solo la circostanza che le conseguenze dannose delle violazioni continuano a permanere e ad incidere negativamente sulla società[324].

Altra questione profondamente dibattuta era quella se la spontanea eliminazione delle irregolarità denunciate nel corso del procedimento *ex* art. 2409, da parte di coloro che le hanno commesse o di eventuali nuovi amministratori, ne determini l'improcedibilità[325].

L'orientamento prevalente, partendo dalla considerazione che in una simile ipotesi viene meno il requisito dell'attualità delle irregolarità, propendeva per la soluzione positiva[326].

---

[324] D'altra parte, altrimenti, il rinnovo delle cariche sociali avrebbe rappresentato un comodo espediente per paralizzare la procedura *ex* 2409. Cfr. C. SILVETTI - G.CAVALLI - M, MARULLI, *La società per azioni*, cit., 803; V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'art. 2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni*, cit., 692; M. MASUCCI, *Note in tema di procedimento* ex *art. 2409 cod. civ. e di funzionamento del collegio sindacale,* in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 38.

Anche in giurisprudenza, nel vigore della vecchia disciplina, prevaleva l'orientamento secondo il quale il rinnovo delle cariche sociali non comporta l'improcedibilità del ricorso *ex* art. 2409. E' stato più volte ribadito che, se si ritenesse il procedimento ogni volta che mutano gli amministratori, la sostituzione degli stessi sarebbe un comodo espediente per vanificare l'azione delle minoranze. Si veda Trib. Roma, 12 agosto 1978, in *Giur. comm*., 1979, II, 37; App. Milano, 14 maggio 1969, in *Foro pad*., 1969, I, 902.

[325] In senso favorevole, successivamente alla riforma, Tribunale di Roma, 21 aprile 2004, inedito, che ha respinto il ricorso dopo che il nuovo consiglio di amministrazione, nominato dall'assemblea all'esito della ispezione, aveva esercitato l'azione di responsabilità verso i precedenti amministratori, ottenuto il sequestro conservativo dei loro beni, operato le rettifiche di bilancio necessarie, risolto i contratti dannosi per la società, esercitato l'azione di accertamento della nullità di alcuni contratti, istituito idonea procedura di controllo interno sull'operato dei dirigenti a tutela del patrimonio sociale.

[326] In giurisprudenza: App. Milano, 8 luglio 1960, in *Foro pad.,* 1960, I, 860; App. Bologna, 9 maggio 1975, in *Giur. comm*., 1975, II, 763; Tribunale Milano, 13 luglio 1984, in *Società*, 1984, 1357. La dottrina minoritaria reputava, invece, la rimozione delle irregolarità non idonea a bloccare il procedimento in esame. In specie, si sosteneva che, ammettendo l'improcedibilità del controllo giudiziario nell'ipotesi di eliminazione delle gravi irregolarità, si correva il rischio di svuotare di qualsiasi contenuto la norma e, in particolare, di privare di qualsiasi tutela l'interesse pubblico alla corretta gestione sociale.

In particolare, a livello giurisprudenziale si era sviluppata la prassi secondo cui, nell'ipotesi di sostituzione degli amministratori denunciati, il tribunale prima di procedere alla revoca degli organi sociali ed alla conseguente nomina dell'amministratore giudiziario, doveva accertare preventivamente se i nuovi componenti dell'organo amministrativo avessero posto in essere una condotta gestoria idonea a conseguire il risultato della rimozione delle irregolarità imputabili ai precedenti amministratori, se del caso concedendo al nuovo organo amministrativo un termine per descrivere tutte le iniziative assunte (o che si riprometteva di assumere), al fine di eliminare le irregolarità riscontrate.

In definitiva anche la suddetta prassi confermava come lo scopo dell'istituto non fosse (e non sia) quello di sanzionare gli autori delle irregolarità quanto piuttosto quello di eliminare queste ultime[327].

3.9 Segue, la sospensione prevista dal III comma dell'articolo 2409 cod. civ.

Il legislatore della riforma sembra avere voluto codificare la prassi giurisprudenziale sopra descritta nel terzo comma del nuovo articolo 2409, ove si prevede che "il Tribunale non ordina l'ispezione[328] e sospende[329] per

---

Per una disamina completa della questione, C. SILVETTI - G.CAVALLI - M, MARULLI, *La società per azioni*, cit, 803; V. PANUCCIO*, Il procedimento disciplinato dall'art. 2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni*, cit., 692; M. MASUCCI, *Note in tema di procedimento* ex *art. 2409 cod. civ. e di funzionamento del collegio sindacale, cit., 38.*

[327] Cfr. F.MAINETTI, sub *articolo 2409*, cit., 948; F. DI SABATO, *Manuale delle società,* Torino, 1999, 302, G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a.,* cit., 600.

[328] Cfr. L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 266, che evidenzia come, sebbene la nuova norma disponga esclusivamente che il tribunale "non ordina l'ispezione", è peraltro evidente "che, da un lato, ancor meno il giudice adotterà uno dei provvedimenti provvisori o finali di cui al quinto comma dell'articolo 2409; dall'altro, che, al termine del procedimento, un provvedimento sarà comunque assunto e sarà il rigetto dl ricorso (non la dichiarazione di improcedibilità, essendo l'attualità un requisito di accoglimento nel merito della denuncia).

[329] Non si tratta di una sospensione in senso tecnico ai sensi dell'articolo 296 cod. proc. civ., intesa questa come situazione di quiescenza del procedimento per volontà delle parti. Il tribunale, infatti, non è tenuto alla concessione del termine interlocutorio, sebbene gliene sia stata fatta richiesta; resta impegnato nell'opera di controllo sulla gestione anche dopo la concessione della sospensione, (dato che assegna un termine per l'eliminazione spontanea delle irregolarità e deve poi verificare l'opera compiuta dai nuovi amministratori);

un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivino senza indugio per accertare se le violazioni sussistano e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al Tribunale sugli accertamenti e le attività compiute"[330].

La dottrina[331] ha rilevato come la norma in questione riconsacri il ruolo dell'assemblea, la cui centralità è stata evidenziata anche dalla giurisprudenza, che ha più volte ribadito come "la funzione dei provvedimenti di cui all'articolo 2409 cod. civ. sia quella di impedire il ripetersi o l'aggravarsi delle conseguenze delle irregolarità denunciate in attesa che l'assemblea provveda a rimuovere le predette irregolarità"[332].

"Recuperando il ruolo dell'assemblea, il legislatore ha voluto ridisegnare il controllo giudiziario, rendendolo meno invasivo della sfera dell'autonomia privata ma nel contempo, responsalizzando l'organo sovrano della società ad un ricambio sostanziale dell'assetto di governo e controllo della società"[333].

---

può convocare le parti pure in pendenza della sospensione per ascoltarle in udienza. Inoltre, a differenza che nell'ipotesi di sospensione *ex* art. 296 cod. proc. civ., non è necessaria un'istanza per la riassunzione del procedimento.

[330] Pare evidentemente che anche la disposizione in commento si fonda sul principio secondo cui, se le irregolarità perdono il requisito dell'attualità. Cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 39, il quale osserva come il carattere dell'attualità è stato oggi ribadito "dato che, se prima della decisione le irregolarità vengono eliminate attraverso gli accertamenti e le attività compiute dai nuovi amministratori, nessun provvedimento può essere adottato". Lo studioso ora citato osserva ulteriormente come ad analoga soluzione si perviene nel caso nel quale le irregolarità vengono meno per un ravvedimento operoso dei vecchi amministratori. Sembra, quindi, all'Autore che "il legislatore preferisca i rimedi endo-societari: solo qualora le gravi irregolarità non sono eliminate all'interno della stessa organizzazione societaria, il tribunale può intervenire in "modo traumatico". Nello stesso senso, Tribunale Velletri, 28 settembre 1993, in *Dir. fall*., II, 347; Tribunale Venezia, 23 giugno 1983, in *Società,* 198, 554.

[331] Cfr. A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 158.

[332] Corte d'Appello Milano, 12 marzo 2004, in *Giur. comm*., 200, II, 643.

[333] A. PRINCIPE, *op. loc. cit*.

[333] A. PRINCIPE, *op. loc. cit*. Si veda anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, secondo il quale il III comma dell'articolo 2409 cod. civ. rappresenta "una sorta di apertura ad un dialogo tra il Tribunale e l'assemblea della società, così da prevenire l'intervento traumatico del primo". L'Autore rileva, altresì, come "l'interesse al regolare adempimento dei doveri degli amministratori è un interesse non più governabile o controllabile dai soli organi giudiziari, ma altresì da quello societari, introducendosi così, anche in tal caso una forma di negoziazione degli interessi societari".

Si veda anche N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 40, il quale, commentando l'istituto della sospensione del controllo giudiziario, osserva come dalla lettera del comma III dell'articolo 2409

La nuova norma ridisegna altresì il ruolo del tribunale, non più asettico sanzionatore dell'irregolare gestione, ma mediatore del conflitto interno all'organizzazione societaria[334]. L'autorità giudiziaria, infatti, deve verificare l'effettivo ravvedimento della maggioranza e la concreta attuazione di provvedimenti volti al definitivo superamento delle irregolarità[335].

Se, per gli aspetti ora evidenziati, l'intento di privatizzare l'indagine giudiziaria appare apprezzabile, il dettato del III comma dell'articolo 2409, per le ragioni che di seguito si chiariranno, non sembra andare esente da critiche[336].

---

sembra, apparentemente, che il fondamento della sospensione del procedimento sia "l'attività compiuta da parte degli amministratori" e non l'eliminazione delle gravi irregolarità. In altri termini, sembrerebbe avere valore la buona volontà e non il risultato del venire meno delle gravi irregolarità. In realtà, nonostante l'ambiguità della formulazione, da un'analisi complessiva dell'articolo 2409, emerge come, il vero fondamento della sospensione sia individuabile nell'eliminazione delle gravi irregolarità. Se vi è *stata nulla quaestio,* in mancanza, al contrario, non vi sono ostacoli all'adozione dei provvedimenti previsti dalla disposizione.

Ed invero ciò sembra dimostrato dal IV comma della norma in esame, laddove si specifica che il tribunale deve riaprire la procedura qualora le attività compiute dagli amministratori siano inidonee ad eliminare le accertate violazioni.

[334] In proposito, F. MAINETTI, sub *articolo 2409*, cit., 950, ha sottolineato l'aspetto collaborativi di questo tipo di intervento, volto a valorizzare soluzioni endosocietarie, aspetto che, oltretutto, sembra essere stato privilegiato dal legislatore della riforma anche in altri momenti della vita della società come, ad esempio, in fase di impugnativa delle delibere assembleari, laddove il giudice, ai sensi del IV comma dell'articolo 2378, può, ove lo ritenga utile, disporre "il tentativo di conciliazione, eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata". Sul punto, si veda anche A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 413.

[335] Considerata la nuova funzione assunta dall'autorità giudiziaria, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 159, osserva come non sembra essere una lacuna la mancata previsione per legge del tempo di sospensione del procedimento. Invero tale mancanza pare compensata dall'avverbio "senza indugio", riferito alla tempestività con la quale i nuovi amministratori ed i nuovi sindaci debbono verificare la sussistenza di gravi irregolarità ed attivarsi per risolverle.

[336] Critici rispetto alla disposizione in commento: M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit., 1223; S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 322; M. G. PAOLUCCI, sub *articolo 2409,* cit., 1012; C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. soc.*, 2004, 1143; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione,* cit., 275. Quest'ultima rileva che "il nuovo strumento corre il rischio di essere utilizzato dalla maggioranza per nominare nuovi organi, parimente compiacenti; mentre privo di tutela resta il ricorrente se i nuovi soggetti, nella relazione al tribunale riferiscono il falso".

Si veda anche G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 146, il quale commentando le critiche mosse dalla dottrina in relazione al disposto dell'articolo 2409 (e, nella specie, con riferimento al rilievo per cui la nomina e la sospensione sarebbero dovute essere ammesse solo successivamente all'ispezione), osserva come trattasi "di questioni di politica legislativa, sulle quali è difficile (e ormai inutile) dare indicazioni. Qui si può solo osservare che, se si condivide l'obiettivo di fondo, di ridurre l'impatto

Innanzitutto, se pare senz'altro condivisibile la scelta di sospendere il procedimento a seguito della nomina di nuovi amministratori, che si impegnino ad eliminare le gravi irregolarità, sarebbe stato preferibile che la sospensione fosse ammessa solo dopo l'ispezione, successivamente, cioè, all'effettivo accertamento dell'esistenza delle irregolarità denunciate. Questo perché, nella generalità delle ipotesi, l'autorità giudiziaria solo grazie all'ispezione riesce a valutare l'effettiva sussistenza delle violazioni denunciate ed a stabilire l'entità delle stesse[337].

Se così è, non si comprende come i giudici possano verificare se i nuovi amministratori pongono in essere delle attività idonee ad eliminare le summenzionate irregolarità, in una fase, quella precedente all'ispezione, nella quale le scorrettezze commesse dagli amministratori non sono state ancora determinate in modo definitivo[338].

E soprattutto, qualora sia disposta la sospensione, l'accertamento delle irregolarità viene ad essere svolto non da pubblici ufficiali (tramite l'ispezione appunto), ma dall'organo amministrativo e, quindi, da un soggetto parte del procedimento e non da un soggetto imparziale.

Senza considerare che i nuovi amministratori, non essendo pubblici ufficiali, non hanno il dovere – e la conseguente responsabilità penale – di adempiere fedelmente all'incarico loro conferito[339].

---

negativo della procedura sulla gestione dell'impresa, è difficile pensare di risolvere il problema, mandando prima gli ispettori, per poi soprassedere nell'assumere ulteriori iniziative: e non solo perché, se arrivano gli ispettori, il danno all'immagine è già fatto, ma soprattutto perché, se le irregolarità vengono accertate – e sono gravi o gravissime – vi sarebbe la prova provata che la minoranza non può riporre alcuna fiducia nella maggioranza con la conseguenza che sembrerebbe assurdo affidare a quest'ultima il rinnovo delle cariche sociali".

[337] M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit., 1223; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 161.

[338] In proposito, C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario*, cit., 1149, osserva come "da parte la vaghezza della formula legislativa, che desta forti perplessità anche per chi abbia molta fiducia nell'interprete, la norma in esame, in quanto collegata alla decisione di disporre l'ispezione, si "colloca" in un momento processuale nel quale il tribunale non dovrebbe essere in grado di valutare quali siano le irregolarità, delle quali ha percepito solo il *fumus*, e quindi, quali gli interventi effettivamente necessari per sanarle e, con ciò, le professionalità idonee, adeguate, a provvedere a tanto. Non mi pare dunque che possa, prima di disporre la sospensione del procedimento, valutare il programma dettagliato che costoro intendono realizzare per rimuovere le irregolarità imputabili agli organi precedenti, nonché tempi e modi di tale realizzazione".

[339] Cfr. M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit., 1223.

Se, ad esempio, il nuovo organo amministrativo nella relazione al tribunale riferisse il falso, operazione facilissima qualora si ricorra ad un'informazione parziale o reticente (che consenta anche di ben documentare l'apparente verità), l'istante non avrebbe nessun mezzo per far valere le proprie pretese, o comunque sarebbe molto difficile per quest'ultimo dimostrare la falsità di quanto affermato dagli amministratori[340].

E' stato, quindi, correttamente osservato come, sebbene sia indubbiamente ineccepibile cercare di proteggere la riservatezza degli affari sociali nell'ipotesi nelle quali la *disclousure* non sia indispensabile, la scelta legislativa del terzo comma dell'articolo 2409 "legittima ed esalta l'opacità, addirittura in una fase nella quale è già stato accertato il fondato sospetto di gravi irregolarità gestionali"[341].

Il disposto *de quo* appare poi poco chiaro anche con riguardo ai requisiti soggettivi che debbono presentare i nuovi amministratori al fine della concessione della sospensione.

La norma, infatti, si limita a disporre che l'assemblea sostituisca gli amministratori e i sindaci con "soggetti di adeguata professionalità", senza però specificare quali sono i parametri di riferimento che l'autorità giudiziaria deve utilizzare nella valutazione della suddetta professionalità[342].

L'orientamento prevalente in dottrina[343] ritiene che dovranno essere rispettati i requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza di cui all'articolo 2387.

Non è chiaro, tuttavia, se la valutazione nel concreto debba essere compiuta sulla base del notorio, di presunzioni legate all'iscrizioni in determinati albi, o di altro ancora, non sembrando sufficiente fare

---

[340] In tal senso, L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 275 e M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit., 1223.

[341] M. BUSSOLETTI, *op. loc. cit*., 1224.

[342] L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit, 274, che specifica che la professionalità è nozione la quale non ha riguardo alla circostanza che le persone scelte dall'assemblea siano professionisti iscritti agli albi, ma assume il significato più ampio di cui agli artt. 1176, 2387, 2392 cod. civ.: intesa, dunque, come capacità di diligente adempimento dei compiti per il cui espletamento i nuovi organi sono stati nominati dall'assemblea nella situazione specifica, che ha cagionato la proposizione della denuncia per la commissione di talune gravi irregolarità.

[343] S. DE VITIS., sub *articolo 2409*, cit., 610.

riferimento, come da taluno sostenuto "allo specifico settore di attività della società"[344]

Alla luce di quanto finora detto, vi è chi ha giudicato la disposizione di cui al III comma dell'articolo 2409 come "una delle peggiori scaturite dalla riforma"[345].

Un simile giudizio pare eccessivamente drastico. Se, infatti, è innegabile che l'introduzione del meccanismo della sospensione ha comportato un indebolimento della tutela delle minoranze, che il meccanismo del III comma dell'articolo 2409 – così come ora disciplinato – si presta facilmente ad essere utilizzato dalla maggioranza per eludere il controllo, che sarebbe preferibile introdurre un correttivo che, pur salvaguardando l'interesse a favorire una composizione endosocietaria, tuteli adeguatamente le ragioni delle minoranze, occorre osservare come "a ben guardare, a fronte d'una minore intrusività della procedura non si trova - sull'altro piatto della bilancia – una tutela necessariamente poco incisiva, ma si corre piuttosto il rischio di perder tempo – giacché, se i nuovi componenti degli organi amministrativi e di controllo non si mostrino sufficientemente autonomi da chi li ha eletti, il loro operato non troverà l'approvazione del tribunale, con la conseguenza di dover cominciare tutto da capo"[346].

Più che altro, come rilevato da autorevole dottrina[347], il vero pericolo da combattere (anche per evitare comportamenti elusivi da parte della maggioranza) è che l'autorità giudiziaria, nel valutare l'operato dei nuovi

---

[344] In tal senso, F. MAINETTI, sub *articolo 2409,* cit., 949, il quale specifica (nt.99) che non solo i managers del settore, ma anche i professionisti specializzati in campo giuridico ed economico (commercialisti, consulenti aziendali, avvocati, docenti universitari,), a seconda dei casi, potranno soddisfare il requisito della professionalità, a condizione che abbiano maturato un elevato livello di esperienza nei rispettivi settori.

[345] C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario*, cit., 1147.

[346] Così G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 146. Nello stesso senso, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, 162, che ribadisce come siano da ritenere ugualmente legittimi sia l'interesse a risolvere all'interno della struttura societaria le crisi provocate dalla cattiva gestione degli amministratori nominati dall'assemblea sia l'interesse della minoranza e di tutti i portatori di interessi coinvolti nella gestione dell'impresa, a rimuovere le irregolarità al fine di ripristinare la corretta gestione societaria.

L'Autrice rileva ancora come "l'aver il legislatore consentito alla società di evitare interventi traumatici esterni, in linea di principio, può risultare comprensibile anche nell'ottica di quella formazione primaria, accertata storicamente, del controllo giudiziario concepito come intervento di ultima istanza cui sono affidate le sorti estreme della società al fine di prevenire situazioni di crisi irreversibile".

[347] G. TERRANOVA, *op. loc. cit*.

amministratori, non si limiti ad una regolarizzazione puramente formale delle gravi irregolarità denunciate ma, al contrario, accerti concretamente se i soci di minoranza hanno ragione di sentirsi oppressi.

3.10 L'irrilevanza dell'elemento psicologico.

Nell'analisi delle caratteristiche delle gravi irregolarità pare ormai consolidato, sia a livello giurisprudenziale che dottrinale, l'orientamento secondo cui la nozione di irregolarità deve essere intesa e valutata in termini oggettivi e, quindi, indipendentemente dalla qualifica colposa o dolosa della condotta degli amministratori[348].

L'irrilevanza dell'elemento psicologico si giustifica in considerazione del fatto che il controllo giudiziario non mira a sanzionare l'organo amministrativo, ma solo a ripristinare una corretta gestione societaria.

---

[348] Sul punto, Tribunale Sanremo, 9 maggio 1983, in *Società,* 1984, 52; Tribunale Milano, 21 dicembre 1988, *ivi*, 1989, 611; Tribunale Napoli, 25 febbraio 1991, *ivi,* 1991, 1993; Tribunale Como, 30 ottobre 1998, in *Giur. it*., 1999, 1890. In dottrina, A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo giudiziario sulla),* in *Enc. giur. Treccani,* Roma, 1993, 13; R. RORDORF, *La irregolare amministrazione delle società*, in *Società*, 1990, 1203; G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a*., cit., 599, L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario*, cit., 102; A. Principe, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 112; A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO, *Le irregolarità degli amministratori nelle società per azioni*, cit., 113. *Contra* G. U. TEDESCHI, *Il controllo sulla gestione*, cit., 192, il quale ritiene che per integrare le gravi irregolarità sia necessaria la sussistenza della colpa grave o del dolo degli organi di gestione ed, in particolare, afferma che "mentre gli amministratori ed i sindaci incorrono in responsabilità *ex* artt. 2391, 2392 e 2407, per colpa lieve, che costituisce colpa ordinaria o normale, corrispondente all'omissione del grado di diligenza del buon padre di famiglia, cui essi sono tenuti, si deve escludere che tale difetto di diligenza sia sufficiente a costituire "gravi irregolarità" *ex* art. 2409. Ad integrare le stesse sarebbe necessario un inadempimento colposo o doloso degli amministratori e dei sindaci".

La tesi di Tedeschi, ormai superata, è stata aspramente criticata dalla dottrina dominante. In particolare, A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, cit., 323., ha specificato come l'irrilevanza della colpa e del dolo, nella valutazione delle gravi irregolarità, sia dimostrata storicamente dall'essere il procedimento del controllo giudiziario non direttamente collegato all'esercizio della azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. L'Autore, inoltre, ha osservato che, se si accogliesse la tesi per cui le gravi irregolarità sono caratterizzate dalla colpa grave o dal dolo, non si comprenderebbe quali caratteri, da un punto di vista soggettivo, dovrebbero caratterizzare le "più gravi irregolarità" che giustificano la revoca degli amministratori. La nozione di "gravi irregolarità" lungi dal voler riferirsi all'imputabilità soggettiva delle stesse, si spiega in una visuale storica e costituisce un'eredità del codice di commercio".

Di conseguenza, l'imputabilità soggettiva delle violazioni alle persone che le hanno effettivamente commesse non rileva nella valutazione delle scorrettezze gestionali poste in essere dagli amministratori.

La volontà del legislatore di non attribuire rilevanza all'elemento soggettivo sembra emergere chiaramente dalla ricostruzione storica dell'istituto del controllo giudiziario. Difatti, già nella Relazione Lampertico, che accompagnava il Progetto dell'Ufficio Centrale di riforma del codice di commercio, si specificava che l'intervento *ex* articolo 153 cod. comm – sulla cui falsariga è stato ricostruita la denuncia di cui all'articolo 2409[349] - non "è diretto a spostare le responsabilità, ma a prevenire i danni".

Tale espressione sembra dimostrare la volontà del legislatore di "sganciare l'intervento del tribunale da ogni questione attinente alla responsabilità degli amministratori, svincolando, quindi, il presupposto obiettivo dell'intervento da qualsiasi valutazione inerente al contegno soggettivo (esistenza del dolo o della colpa) degli amministratori stessi"[350].

E, d'altra parte, se l'originaria disposizione dell'articolo 2409, collegando l'irregolarità all'inadempimento dei doveri dell'organo amministrativo e del collegio sindacale, poteva generale qualche dubbio circa la rilevanza dell'elemento soggettivo, ogni incertezza sembra superata dalla nuova formulazione della disposizione che si riferisce all'oggettiva "violazione dei doveri"[351].

---

[349] Circa la ricostruzione storica dell'istituto del controllo giudiziario si veda il primo capitolo.

[350] A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, 86, il quale prosegue osservando come "caduto dunque ogni diretto collegamento ai giudizi di responsabilità, il perdurante riferimento «ai doveri degli amministratori e dei sindaci» è valso a circoscrivere i confini dell'intervento giudiziario, segnati appunto dal fatto obiettivo della ricorrenza di un comportamento degli amministratori e dei sindaci non conforme a quello previsto da determinate norme che loro impongono dei doveri. Dal che si desume ulteriormente esser fuori dall'ambito dell'intervento giudiziario quegli errori nella gestione, nella organizzazione o nel controllo della società che non concernano comportamenti degli amministratori e dei sindaci prescritti come dovuti". Si veda anche, A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 113, che accoglie la tesi dell'irrilevanza dell'elemento psicologico sia "sulla base di una lettura dell'art. 2409, incentrata sul concetto di irregolarità, sia sulla base della ricostruzione storica dell'istituto nella quale […] il ricorso alla denunzia rappresenta l'ipotesi estrema per l'impresa societaria di fronte ad una situazione oggettiva di grave crisi".

[351] E' pur vero, tuttavia, che anche sotto il vigore della vecchia disciplina tali perplessità potevano essere agevolmente superate analizzando la *ratio* dell'articolo 2409: il controllo giudiziario, come si è detto, mira esclusivamente a ripristinare la corretta gestione societaria e non ha finalità sanzionatorie nei confronti dei soggetti che hanno commesso le gravi irregolarità.

Senza considerare, che l'irrilevanza della condotta soggettiva pare dimostrata anche dal IV comma dell'articolo 2409, laddove si prevede che il tribunale "nei casi più gravi può (e non deve) revocare amministratori e (eventualmente) sindaci e nominare un amministratore giudiziario".

Tale regola non si spiegherebbe se ad integrare le gravi (e più gravi) irregolarità dovesse concorrere il dolo o la colpa degli amministratori o dei sindaci. Infatti, una volta accertata l'imputabilità del comportamento irregolare a titolo di dolo o di colpa, sarebbe stato conseguente imporre all'amministratore giudiziario l'obbligo - e non la semplice facoltà – di proporre l'azione di responsabilità contro l'organo di gestione e quello di controllo[352].

Premesso ciò, è opportuno osservare come, affinché possa configurarsi una grave irregolarità, occorre comunque che siano violate norme che regolano il legittimo agire dell'organo amministrativo, onde la nozione di grave irregolarità resta distinta da quella di giusta causa di revoca di cui all'articolo 2383 cod. civ.[353], che sussiste anche nell'ipotesi nella quale i soci abbiano perso la fiducia nell'amministratore a prescindere da un comportamento irregolare dello stesso[354].

Riassumendo quanto finora detto, sebbene la situazione soggettiva della colpa o del dolo sia rinvenibile nella maggior parte delle violazioni gestorie, il ricorrente non dovrà provarne l'esistenza, ma dovrà limitarsi ad indicare le infrazioni commesse dall'organo amministrativo.

Chiaramente, però, ove sia presente l'elemento della colpa o del dolo, questo potrà incidere sulla valutazione del giudice e sulla scelta dei provvedimenti che quest'ultimo deciderà di adottare per eliminare le gravi irregolarità.

---

[352] Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 327.

[353] L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 103.

[354] Ulteriore differenza è ravvisabile nel fatto che il tribunale nel valutare la giusta causa di revoca pone in essere anche una valutazione di merito dell'operato dell'organo gestorio, mentre nel caso di denuncia *ex* 2409, come si vedrà nel prosieguo, il controllo dell'autorità giudiziaria investe esclusivamente il versante della legittimità.

3.11 Le gravi irregolarità nel codice civile e nelle leggi di settore.

Con riferimento all'irrilevanza dell'elemento psicologico, appare interessante osservare come nella generalità delle ipotesi nelle quali l'ordinamento si riferisce al concetto di gravi irregolarità sembra non rilevare la condotta soggettiva di colui che commette le violazioni. A tal proposito, pare utile analizzare le norme del codice civile e le disposizioni di alcune leggi speciali che contengono la locuzione in esame.

Per quanto riguarda il codice, l'espressione "gravi irregolarità" è utilizzata in almeno altri due casi[355].

Innanzitutto, nell'articolo 1129 cod. civ., in materia di amministrazione di condominio, laddove si prevede che l'amministratore può essere revocato dall'autorità giudiziaria (su ricorso di ciascun condomino) se vi sono fondati sospetti di gravi irregolarità[356].

La revoca, anche in questo caso, è subordinata alla violazione da parte dell'amministratore dei doveri inerenti alla gestione di un patrimonio comune, costituito dall'immobile.

In proposito, la dottrina ha osservato come in questa ipotesi, al pari che nell'articolo 2409, le irregolarità rilevano nella loro obiettività e, soprattutto, rispetto al carattere di dannosità che le stesse rivestono.

La *ratio* della revoca risiederebbe, in altre parole, nell'esigenza di risolvere il rapporto amministratore-condomini qualora lo stesso "sia entrato in uno stadio di pericolosità"[357].

---

[355] In altri casi il codice non parla di "gravi irregolarità", ma di "irregolarità". Il riferimento è all'articolo 1530 in materia di pagamento a mezzo banca; all'articolo 1683 con riferimento al contratto di trasporto, all'articolo 2379, con riferimento alla convocazione delle società per azioni, all'articolo 2545-*sexiesdecies*, in tema di gestione commissariale delle società cooperative ed, infine, all'articolo 2545-*octiesdecies,* in materia di liquidazione della società cooperativa.

[356] Ed, altresì, nel caso nel quale per due anni non ha reso conto della sua gestione ovvero ricorre l'ipotesi di cui all'ultimo comma dell'articolo 1131 cod. civ.

[357] Così N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 49. Per un'analisi più dettagliata della *ratio* dell'articolo 1129, si veda BRANCA, *Comunione, Condominio negli edifici*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA- BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 488; G.D. COMPORTI, *Condominio negli edifici*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di P. BESSONE, Torino, 1998, 434; G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico pratico*, Milano, 1998, 428.

Analoghe considerazioni possono compiersi con riferimento all'articolo 710 del codice civile, in materia di sostituzione dell'esecutore testamentario[358].

Com'è noto, l'esecutore testamentario è colui che cura le disposizioni di ultima volontà del defunto nonché amministra, come un buon padre di famiglia, la massa testamentaria.

Compito dell'esecutore testamentario è, quindi, quello di gestire un patrimonio altrui, compiendo tutti gli atti di amministrazione necessari.

L'articolo 710, con riferimento alla sostituzione dell'esecutore, prevede che l'autorità giudiziaria, su istanza di ogni interessato, possa esonerare l'esecutore testamentario dal suo ufficio per gravi irregolarità nell'adempimento dei suoi obblighi[359].

La dottrina[360], anche in questo caso, ha specificato che le irregolarità devono essere considerate nella loro obiettività, prescindendo dall'eventuale dolo (o colpa) dell'esecutore testamentario. Obiettivo della revoca è quello di evitare un danno agli eredi e non quello di sanzionare l'esecutore testamentario[361].

Passando al Testo Unico Bancario, l'espressione "gravi irregolarità" è utilizzata nell'articolo 70, laddove si disciplina la procedura di amministrazione straordinaria. La norma in esame include tra i presupposti della procedura la sussistenza di "*gravi irregolarità nell'amministrazione*"[362].

---

[358] M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie,* in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, Bologna-Roma, 1965, 441; P. TRIMARCHI, voce *Esecutore testamentario*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 389; V. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 6, Torino, 1986, 1986, 376.

[359] L'esecutore testamentario può essere sostituito anche nell'ipotesi di inidoneità all'ufficio o per aver commesso azioni che ne menomano la fiducia. L'autorità giudiziaria, prima di provvedere, deve sentire l'esecutore e può disporre i dovuti accertamenti.

[360] M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., 539; V. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari*, cit., 386.

[361] E chiaro poi che, qualora le irregolarità siano state commesse con dolo o colpa da parte dell'esecutore testamentario, può essere fatta valere la responsabilità dello stesso. A tal proposito, la dottrina (V. CUFFARO, *op. loc. cit*.) ha evidenziato come la responsabilità dell'esecutore è indissolubilmente parametrata alla sua colpa, senza che assuma alcuna rilevanza la gratuità dell'incarico. Cfr., anche, G. BONILINI, *Esecutore testamentario*, in *Dig. sez. civ*., VII, Torino, 1991, 546.

[362] Per un commento più dettagliato dell'articolo 70, si veda G. BOCCUZZI, *Amministrazione straordinaria*, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P. FERRO LUZZI – G. CASTALDI, Milano, 1996, 1132; A.

I commentatori della disposizione hanno osservato come le gravi irregolarità sopra menzionate rappresentino un presupposto autonomo del procedimento, presupposto che si diversifica dagli altri e, nella specie, dalle gravi violazioni di disposizioni legislative, statuarie ed amministrative che regolano l'attività della banca. Più nel dettaglio, si è osservato come "le gravi irregolarità nell'amministrazione sono rilevanti di per sé, anche se non si traducono in una violazione delle disposizioni ora indicate"[363].

Anche in questo caso, sembra, in definitiva, venire in risalto la reazione dell'ordinamento rispetto ad un'amministrazione irregolare a prescindere dal tipo di violazione riscontrato.

Ciò appare ancora più rilevante ove si consideri che la procedura di amministrazione straordinaria, per quanto riguarda gli istituti bancari, è sostitutiva del controllo giudiziario, come espressamente previsto dal VII comma dell'articolo 70 (così come modificato dal D.lgs., 6 febbraio 2004, n. 37)[364].

Tale disposizione, riprendendo la nuova formulazione dell'articolo 2409, prevede che "se vi è fondato sospetto che i soggetti con funzioni di amministrazione, in violazione dei propri doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla banca o ad una o più società controllate, l'organo con funzioni di controllo od i soci che il codice civile abilita a presentare la denuncia al tribunale, possono denunciare i fatti alla Banca d'Italia, che decide con provvedimento motivato".

Al fine di completare l'analisi del disposto dell'articolo 70, occorre chiedersi se sussista una differenza tra le irregolarità indicate dal I comma della norma in esame (che, come detto, parla di "gravi irregolarità nell'amministrazione") e quelle di cui al VII comma (secondo cui rilevano

---

NIGRO, sub *articolo 70*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLI, G. CONTENTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, V. SANTORO, I, Bologna, 2003, 1142.

[363] N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 51. Nello stesso senso, A. Nigro, *op. loc. cit*., R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, 711, che reputa sufficiente per l'apertura dell'amministrazione anche quelle "situazioni che, pur non rilevando comportamenti illegittimi degli organi medesimi, determinano una grave disfunzione oggettiva nell'esercizio delle attività.

[364] In proposito, N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. loc. cit*., osserva come il fatto che l'amministrazione straordinaria è sostituiva della procedura di controllo giudiziario "dovrebbe portare a ritenere che le irregolarità di cui si discute sono, probabilmente le stesse di quelle previste dall'articolo 2409".

esclusivamente le "gravi irregolarità nella gestione potenzialmente dannose per la società).

Orbene, sembra che le irregolarità cui si riferisce il I comma siano una categoria ben più ampia, ricomprendendo anche quelle violazioni che non arrecano – neppure in via potenziale – un danno alla società.

La maggiore ampiezza della nozione contenuta nel I comma, del resto, pare del tutto giustificata: la norma, infatti, fa riferimento all'attività di vigilanza della Banca d'Italia alla quale il legislatore ha voluto lasciare il più ampio margine di operatività[365].

Ammettere che la disposizione da ultimo citata si riferisca ad un ambito di violazioni più ampio di quello disciplinato dal VII comma dell'articolo 70[366] non significa, tuttavia, ammettere la sussistenza di una diversità ontologica tra i due gruppi di irregolarità[367]: in entrambi i casi si fa, infatti, riferimento a fatti obiettivi che in qualche modo rappresentano una "non corretta amministrazione".

L'espressione gravi irregolarità, com'è noto, è utilizzata anche nel Testo Unico della Finanza, normativa nella quale si fa riferimento alle violazioni in esame in molteplici disposizioni. Non è questa la sede per analizzare tutte le norme del testo unico che richiamano le "gravi irregolarità", ma appare

---

[365] In tal senso, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 53.

[366] E quindi le irregolarità alle quali fa riferimento l'articolo 2409 cod. civ.

[367] Cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. loc. cit.*, che rileva come il fatto che la nozione di gravi irregolarità contenuta nel testo unico bancario sia più ampia di quella di cui all'articolo 2409 si ricava anche dall'analisi di altre norme del testo unico. Il riferimento è all'articolo 98 che disciplina l'amministrazione straordinaria della capogruppo nel caso nel quale una delle società facenti parte del gruppo abbia subito la nomina di un amministratore giudiziario a seguito della commissione, da parte dell'organo amministrativo, di gravi irregolarità nella gestione, e all'articolo 100 che prescrive la conversione della procedura di controllo giudiziario apertasi a seguito di gravi irregolarità nella gestione a carico di una società del gruppo bancario.
Interessanti, poi, le riflessioni dell'Autore relativamente all'articolo 132-*bis* del T.u.b. che, nel disciplinare il fenomeno delle banche di fatto, prevede che, qualora vi sia fondato sospetto che una società svolga attività di raccolta del risparmi, attività bancaria, attività di emissione di moneta elettronica o attività finanziaria in violazione degli articoli 130 e ss del T.u.b., la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano cambi possono denunciate i fatti all'autorità giudiziaria affinché prenda i provvedimenti di cui all'articolo 2409 cod. civ.
Secondo la dottrina sopraccitata, in questo caso l'apertura di controllo giudiziario prescinderebbe addirittura dalla sussistenza di gravi irregolarità nella gestione. In realtà, le circostanze richiamate dall'articolo 132-*bis* (e, quindi, il compimento di attività bancaria, di raccolta del risparmio, di emissione di moneta elettronica o di attività finanziaria, tutte senza le dovute autorizzazioni) sembrano comunque rientrare nelle "gravi irregolarità" *ex* articolo 2409. Sono, infatti, fatti illeciti compiuti dagli amministratori in violazione dei loro doveri, compiuti durante la gestione della società e potenzialmente dannose per la stessa.

utile fare qualche esempio per dimostrare come, anche nel settore finanziario, le irregolarità rilevino sempre da un punto di vista obiettivo a prescindere dalla condotta soggettiva di coloro che le commettono[368].

Le gravi irregolarità si ritrovano, innanzitutto, nell'articolo 53[369] del T.u.f. che individua nelle stesse uno dei presupposti per la sospensione degli amministratori delle Sim.

La norma non subordina la sospensione ad alcuna valutazione, da un punto di vista soggettivo, del comportamento tenuto dagli amministratori.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento al successivo articolo 56, secondo cui "il Ministro dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d'Italia o della Consob , può disporre lo scioglimento degli organi con funzione di amministrazione delle Sim, Sicav ed Sgr qualora risultino gravi irregolarità nell'amministrazione".

Anche la disposizione da ultimo citata non attribuisce alcuna rilevanza all'elemento soggettivo del dolo o della colpa[370].

Altra norma del testo unico che fa riferimento alla nozione di gravi irregolarità è l'articolo 163[371]. Più nel dettaglio, quest'ultima disposizione si

---

[368] In particolare, non si analizzerà l'articolo 152 del T.u.f, sul quale ci siano già intrattenuti parlando degli interessi tutelati dalla procedura di controllo giudiziario.

[369] Nella specie, la norma succitata attribuisce alla Consob il potere di disporre in via d'urgenza, ove sussistano situazioni di pericolo per i clienti o per i mercati, la sospensione degli organi di amministrazione della Sim e la nomina di un commissario che assume la gestione della società quando risultano "gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni di disposizioni legislative, amministrative o statutarie"

[370] In relazione all'amministrazione straordinaria di Sim, Sgr e Sicav, appare utile osservare come in tale settore, differentemente da quello bancario, la procedura di amministrazione straordinaria non sia disciplina come procedura sostituiva al controllo giudiziario. Conseguentemente, sembra doversi ammettere la concorrenza tra i due procedimenti (Cfr. N. ROCCO DI TORREPADULA, *La disciplina della crisi degli intermediari finanziari,* in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate,* a cura di A. PATRONI GRIFFI – M. SANDULLI – V. SANTORO, Torino, 1999, 283; A. PISANI MASSAMORBILLE, sub *articolo 56*, in *Testo Unico della Finanza*, Commentario, diretto da G.F. CAMPOBASSO, Torino, 2002, 469; M. CERA, *Le società di intermediazione mobiliare*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G. B. PORTALE, vol. 10, Torino, 1993, 106), anche se ciò, inevitabilmente, comporta un problema di conflitto tra gli stessi. Non è chiaro, infatti, come possano svolgersi in contemporanea ovvero se uno (e quale) debba prevalere.
Parte della dottrina, al fine di evitare ogni possibile problematica, osserva come l'amministrazione straordinaria dovrebbe aprirsi nel caso di gravi irregolarità nell'amministrazione delle società, mentre il controllo giudiziario nel caso di "gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alle stesse".
In contrapposizione a questo orientamento, si pongono quegli autori che ritengono non potersi ammettere una diversità ontologica tra le irregolarità disciplinate dall'articolo 56 T.u.f. e quelle previste dall'articolo 2409 cod. civ. (Così M. CERA, *op. loc. cit.*; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 56).

riferisce alle gravi irregolarità in diverse punti: il I comma attribuisce, ad esempio, alla Consob il potere di irrogare sanzioni alle società di revisioni che commettano irregolarità gestionali, modulate alla gravità delle stesse; mentre il III comma stabilisce la cancellazione dall'albo speciale delle società di revisione nel caso nel quale siano state commesse irregolarità particolarmente gravi".

Ancora una volta, la legge non richiede alcuna valutazione da un punto di vista soggettivo, del comportamento di coloro che compiono le suindicate violazioni.

Obiettivo della norma è esclusivamente quello di ripristinare una situazione di correttezza gestionale per evitare possibili danni a tutti i soggetti collegati alla società di revisione.

In conclusione il breve *excursus* compiuto, dimostra che nella visione del nostro legislatore le gravi irregolarità assumono importanza "quali elementi obiettivi nel compimento di un'attività di amministrazione di un patrimonio altrui", a prescindere dalla condotta dolosa o colposa dei soggetti che le compiono[372].

3.12 Gravi irregolarità e inammissibilità di un controllo di merito.

La nuova formulazione dell'articolo 2409 e l'introduzione della locuzione "in violazione dei doveri" escludono definitivamente che possano costituire irregolarità denunciabili censure relative al merito, e cioè, all'opportunità e

[371] Sull'articolo 163 del T.u.f. si veda P. VALENSISE, sub *articolo 163*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria,* cit., 881; A. CLEMENTE, sub *articolo 163,* in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit.,163; S. AMOROSINO – C. RABITTI BEDOGNI, *Manuale di diritto dei mercati finanziari,* Milano, 2004, 381.

[372] In proposito, N. ROCCO DI TORREPADULA, *op. loc. cit*., commentando le disposizioni del T.u.f. che parlano di gravi irregolarità osserva come "nonostante la disomogeneità dei dati, è possibile evidenziare che, pure nelle diverse fattispecie previste in questo settore, l'intervento sulle società (giudiziario o amministrativo) si fonda per lo più sulla violazione del principio di corretta amministrazione. Nel senso che le ipotesi a cui si fa riferimento si avvicinano (talvolta espressamente richiamando l'articolo 2409 cod. civ.) al nuovo carattere delle gravi irregolarità. In definitiva le gravi irregolarità, dotate oggi di un più alto grado di specificità, continuano ad essere un modello di riferimento".

alla convenienza dell'attività gestoria posta in essere dagli amministratori[373].

L'esame del Tribunale, nonostante non consti di un controllo di merito, tuttavia può, e anzi deve, investire anche i fatti di gestione economica capaci di rivelare che l'azione degli amministratori non si ispiri alla tutela e al perseguimento dell'interesse sociale, ma sia in contrasto, (anche soltanto indiretto e virtuale) con lo stesso.

In tale ipotesi, infatti, l'autorità giudiziaria non compie una valutazione nel merito delle scelte gestionali poste in essere dall'organo amministrativo, ma verifica la compatibilità delle predette scelte con il dovere di gestione diligente e fedele che lega gli amministratori medesimi alla società, con la conseguenza che il controllo del Tribunale si esplica sempre in funzione e nei limiti del controllo di legittimità che gli attribuisce l'art. 2409[374].

---

[373] G. DOMENICHINI, sub *articolo 2409* cit., 786; L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 92.

Del resto, a questa conclusione dottrina e giurisprudenza erano già giunte nella vigenza della precedente disposizione. Era opinione consolidata, infatti, che il tribunale nell'accertamento delle gravi irregolarità non potesse sindacare nel merito le scelte gestionali compiute dagli amministratori. In tal senso, Tribunale Como, 30 ottobre 1998, in *Società*, 1999, 463 e in *Giur. it*., 1999, 1890; Corte d'Appello Venezia, 29 giugno 1992, in *Società,* 1992, 1532; Corte d'Appello Bari, 4 dicembre 1988, in *Foro.it*.,1990, I, 651; Tribunale Vicenza, 2 giugno 1992, in *Società*, 1993, 201. In dottrina, G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario, gli altri controlli e l'interesse tutelato. Profili comparatistici*, in *Società,* 1990, 1170; F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia, Padova*, 1988, 91; R. DABORMIDA, *Controllo giudiziario nelle società in liquidazione*, in *Società*, 1991, 1056. Quest'ultimo sostiene che "se, infatti, è vero che integra il presupposto delle gravi irregolarità anche una serie innumerevole di inadempimenti di per se stessi non particolarmente qualificanti, purché diano luogo a grave turbamento nella attività sociale, sarebbe contrario allo spirito dell'art. 2409 cod. civ., consentire al tribunale un apprezzamento di merito sull'effettivo perseguimento dell'interesse della società da parte dell'amministratore. Non va dimenticato, infatti, che il controllo del tribunale, pur se rivolto a valutare l'esistenza di gravi irregolarità gestionali resta un controllo di legittimità e non di merito sulle scelte imprenditoriali.[…] Interventi giudiziari nella vita delle imprese sono assolutamente inaccettabili in un'economia di mercato se non in circostanze chiaramente patologiche".

Contra si rileva la posizione isolata di V. CERAMI, *Il controllo giudiziario*, cit., 57, nota 49, il quale respinge la tesi in base alla quale l'autorità giudiziaria può nell'ambito del controllo giudiziario esercitare solo un sindacato di mera legittimità e non di merito. "In tale ambito l'accertamento del giudice ha per oggetto, nell'interesse sociale e pubblico, la regolarità dell'intera amministrazione della società. Ora, per procedere ad un tale accertamento, è necessario che il giudice spinga la sua indagine oltre la legalità dell'atto, giacché sotto le apparenze di un atto legalmente valido può nascondersi un'amministrazione irregolare: è necessario, quindi, che il giudice controlli l'operato degli amministratori e dei sindaci, oltre che sotto l'aspetto della legalità, anche sotto altri aspetti".

[374] Cfr. Tribunale Milano, 26 novembre 1993, in *Società*, 1994, 1215; In dottrina, L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 112.

In proposito, la giurisprudenza ha più volte sottolineato come "la circostanza che il sindacato del giudice nel procedimento del controllo giudiziario non possa esorbitare dai limiti del controllo di legittimità sull'operato degli amministratori, non impedisce, peraltro, che il tribunale valuti i comportamenti integranti gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci, laddove la scelta gestionale appare essere fuoriuscita dall'ambito della discrezionalità tecnica per sfociare nel perseguimento di un interesse personale dell'amministratore configgente con l'interesse sociale[375].

A livello dottrinale è stato poi recentemente ribadito che la stessa generica dizione "violazione dei doveri" adottata dal legislatore della riforma comporta che debbano considerarsi rilevanti non solo le violazioni di obblighi o doveri aventi un contenuto normativo specifico, bensì anche violazione degli obblighi generali di gestire con diligenza[376], nell'interesse sociale l'attività della società".[377]

Anche in questo caso, non sembra trattarsi di un controllo di merito, ma di legittimità, ancorché l'esame della regolarità del comportamento degli amministratori passa per un'indagine sulle scelte gestionali.

3.13 "Gravi irregolarità" e "più gravi irregolarità".

Riassumendo quanto finora detto, alla luce della nuova formulazione dell'articolo 2409, le irregolarità per essere rilevanti devono essere commesse dagli amministratori nell'adempimento dei loro doveri, devono attenere alla gestione della società, devono essere, almeno in via potenziale, dannose per la società ed, infine, devono essere attuali.

Nulla il legislatore del 2003 ha tuttavia specificato circa il requisito della gravità.

---

[375] Tribunale Napoli, 31 gennaio 1991, in *Società,* 1991, 1094.

[376] Ad esempio nell'ipotesi di scelte gestionali palesemente irragionevoli o di assunzione di rischi che superano i limiti della ragionevolezza.

[377] G. DOMENICHINI, sub *articolo 2409,* cit., 788.

Diversi, come visto, sono però stati i tentativi dottrinali di definire le gravi irregolarità. Si è, ad esempio, specificato che l'irregolarità è grave quando sono violati i principi cardine della struttura organizzativa della società, e, cioè, quel complesso di norme che mirano ad assicurare la realizzazione dell'interesse individuale dei soci e il rispetto delle norme sulle quali si fonda il principio della responsabilità per le obbligazioni sociali[378]. O ancora, si è affermata la sussistenza della gravità se "l'irregolarità amministrativa è idonea a procurare guasti sensibili e gravi turbamenti all'attività sociale"[379].

Forse, come rilevato da autorevole dottrina, qualche indicazione in ordine al carattere della gravità può essere desunta dall'IV comma dell'articolo 2409, dove si dispone che "nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata".

---

[378] G. FERRI, *Le società*, cit., 586. Nello stesso senso, M. BONELL., *Intervento giudiziario* ex *art. 2409 cod. civ,* in *Riv. dir. comm*., 1969, II, 223. Tale Autore afferma che "per grave irregolarità deve intendersi ogni comportamento di amministratori e sindaci con il quale, non adempiendo regolarmente ai doveri loro imposto dalla legge e dall'atto costitutivo, essi mettono in pericoli i principi che si vogliono salvaguardare con l'imposizione di tali doveri".

[379] V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 87.

Per completezza occorre osservare come il prevalente orientamento giurisprudenziale (App. Bari, 29 novembre 1990, in *Società,* 1991, 1053; Trib. Napoli, 10 giugno 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 3328; Trib. Verona, 15 ottobre 1995, in *Giur. comm*., 1996, II, 459), anteriormente alla riforma, ricollegava il requisito della gravità alla potenzialità dannosa delle scorrettezze commesse dagli amministratori, individuando le gravi irregolarità nelle violazioni di "norme civili, penali, amministrative e tributarie, ascrivibili agli amministratori, dalle quali può derivare un concreto pregiudizio al patrimonio della società, e di riflesso agli interessi dei soci, e dei creditori sociali. Da quest'ultima definizione sembrerebbe che il requisito della gravità coincida con quello della potenzialità dannosa delle irregolarità.

L'assunto non convince: gravità e dannosità, pur essendo concetti strettamente connessi tra loro, non sono coincidenti. La gravità sembra avere un contenuto più ampio (e solo parzialmente analogo) di quello della potenzialità dannosa. Il concetto di gravità attiene, infatti, non solo alle dimensioni del pericolo o del danno cagionato, ma anche all'importanza delle violazioni commesse dagli amministratori, al tipo di irregolarità poste in essere, alla reiterazione del comportamento scorretto dell'organo amministrativo e alla tipologia di interessi violati. In tal senso, L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 109; G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 137, il quale osserva come la tesi per cui la gravità equivarrebbe alla dannosità non è assolutamente condivisibile sul rilievo che vi possono essere irregolarità molto gravi, come la mancata convocazione dell'assemblea o la mancata presentazione dei bilanci per diversi esercizi, che non producono alcun pregiudizio né alla società né ai soci; come, al contrario vi possono essere semplici scorrettezze, ai limiti tra la regolarità e l'irregolarità amministrativa, che arrecano un grave danno all'intera collettività dei soci a ad alcune minoranze.

La norma ora citata non prevede che le irregolarità debbano essere particolarmente gravi, ma che "il caso" nel suo complesso deve caratterizzarsi per una maggiore gravità. Il rilievo, che in apparenza può sembrare meramente formalistico, sembra in realtà segnalare l'esigenza di valutare la gravità dei fatti denunziati con riferimento ad uno specifico contesto e cioè con riguardo alla situazione che si crea tra l'organo di amministrazione ed soci di minoranza della società[380].

La disposizione, in altre parole, non guarda alla gravità del fatto in sé, ma richiede che si valuti se le irregolarità accertate siano tali da incidere in maniera obiettivamente rilevante sul rapporto di fiducia tra amministratore e ricorrenti[381].

In particolare, sembra che le violazioni siano qualificabili come «gravi» qualora la situazione di irregolarità accertata, pur investendo profili essenziali dell'amministrazione possa essere superata con qualche provvedimento limitato e settoriale[382], mentre sono «più gravi» quando la situazione di irregolarità sia tale da escludere ogni fiducia nella utile prosecuzione del rapporto fra gli organi gestori della società ed i soci di minoranza[383].

---

[380] Così G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 141.

[381] Nel senso, come rilevato da G. Terranova, *op. loc. cit*., "di far apparire infondata la preoccupazione che l'organo amministrativo non gestisca più la società nel'interesse di tutti i sodali, ma lo faccia nell'interesse proprio, o in quello esclusivo del socio di maggioranza".

[382] Cfr. Cassazione, 9 aprile 1994, n. 3341, in *Società,* 1994, 785; e fra i tanti decreti di merito, Corte d'Appello Napoli, 13 maggio 2002, in *Società,* 2002, 1123; Tribunale Cagliari, 17 febbraio 1996, ivi, 1996, 934. In dottrina L.NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 308; 1203; G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a.,* cit. 606.

Isolata la posizione di V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'articolo 2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni,* cit., 693, che distingue le "gravi irregolarità" dalle "più gravi irregolarità" a seconda degli interessi violati. In particolare afferma che "per le gravi irregolarità gli interessi in gioco possono considerarsi circoscritti nell'ambito delle società. […] Per le irregolarità più gravi gli interessi in gioco, invece, trascendono la sfera dell'ente ed assumono nel medesimo tempo una portata più generale che conferisce loro carattere pubblico". La tesi di Panuccio è stata fortemente criticata, si veda A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 297 e voce *Società*, cit. 14, G. BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'articolo 2409 cod. civ.,* cit., 519.

[383] Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 332; V. CERAMI, *Il controllo,* cit., 52, il quale ha affermato i "casi più gravi richiamati dal terzo comma dell'articolo 2409 (vecchio testo) sono configurabili in tutte quelle ipotesi nelle quali le irregolarità accertate o le loro conseguenze non possono essere risolte se non che attraverso la revoca dell'organo amministrativo. "Ma questo non perché l'assemblea non abbia i poteri necessari alla regolarizzazione della gestione, potendo deliberare la nomina di nuovi amministratori, bensì

In tali casi il Tribunale può revocare gli amministratori della società ed eventualmente anche gli organi di controllo della stessa[384], affidando la gestione della società ad un amministratore giudiziario[385].

Chiaramente, qualora sia possibile rimediare alla situazione di cattiva gestione con provvedimenti di minore impatto sull'organizzazione societaria, che permettano di lasciare l'amministrazione agli organi elettivi, il giudice dovrà scegliere tali misure più leggere, considerato che, come più volte ripetuto, il controllo giudiziario mira a ripristinare la corretta gestione societaria e non a sanzionare gli amministratori.

---

perché il contegno degli organi sociali, compreso quello assembleare, è tale da non lasciare adito a correttivi diversi da quello dell'amministratore giudiziario".

[384] Per quanto attiene alle irregolarità commesse nelle società che adottano il sistema monistico di amministrazione, è stato osservato che "sembra difficile che la revoca degli amministratori non si estenda ai componenti del comitato di controllo sulla gestione, nonostante l'autonomizzazione di questo sub organo individuata in sede di legittimazione al ricorso", così M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit., 1225.

[385] La disciplina dell'amministratore giudiziario non ha subito particolari mutamenti a seguito della riforma del diritto societario. E' nominato dal tribunale contestualmente alla revoca degli amministratori della società e a lui è affidata la gestione della stessa nei limiti temporali e con i poteri indicati nel decreto di nomina.

L'amministratore giudiziario nell'esercizio delle sue funzioni assume la qualifica di pubblico ufficiale (art. 93 disp. att.); è inquadrato nella categoria degli ausiliari del giudice; deve adempiere ai propri doveri con la diligenza richiesta dalla natura del proprio ufficio; ed è, infine soggetto, nei limiti della compatibilità del procedimento, ai doveri spettanti agli amministratori, alle disposizioni penali in materia di società contenute negli artt. 2621 e ss, cod. civ., nonché nel caso di successivo fallimento della società alla disciplina penale prevista dalla legge fallimentare.

Normalmente nel decreto di nomina sono indicati analiticamente, a seconda delle irregolarità riscontrate dal tribunale, le linee che l'amministratore deve seguire per il riassetto della società. Inoltre, ove le circostanze lo richiedano, si pensi al caso di elevata conflittualità interna della compagine sociale, all'amministratore giudiziario possono essere attribuiti, per determinati atti, i poteri dell'assemblea, sia ordinaria che straordinaria, anche se in tale caso sarà sempre necessaria l'approvazione di tali atti da parte del tribunale. (art. 92 disp. att.).

L'amministratore, in base al disposto del sesto comma dell'articolo 2409, deve poi, prima della scadenza del suo incarico, rendere conto al tribunale che lo ha nominato; convocare e presiedere l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o, se del caso, proporre la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale. Infine, per quanto concerne l'amministratore giudiziario è opportuno ricordare che potrà essere revocato dal tribunale in qualunque momento ove emergano violazione dei suoi doveri.

Capitolo 4
Gli effetti del controllo giudiziario

4.1 Le cause di inefficienza della procedura di controllo giudiziario. Il ristretto ambito di applicazione del procedimento ex *2409 cod. civ.*

Individuato l'ambito di applicazione oggettivo del controllo giudiziario, occorre chiedersi se tale istituto sia effettivamente idoneo a tutelare le minoranze azionarie.

Il quarto comma dell'articolo 2409 prevede che il tribunale, accertate le gravi irregolarità, possa disporre "gli opportuni provvedimenti provvisori[386] e convocare l'assemblea per le opportune deliberazioni[387], e nei casi più gravi, revocare amministratori e sindaci e nominare un amministratore giudiziario".

I poteri del tribunale sembrano molto ampi: l'autorità giudiziaria può adottare "tutte" le misure che reputa opportune per il superamento delle irregolarità[388].

La dottrina[389] è solita suddividere i provvedimenti adottabili dal tribunale, in base al loro contenuto, in tre categorie: i provvedimenti inibitori come, ad esempio, il divieto di conferire poteri rappresentativi ai cessati

---

[386] La precedente formulazione della norma utilizzava l'espressione "provvedimenti cautelari"; la sostituzione è stata voluta al fine di espungere dai presupposti l'urgenza di provvedere e per evitare gli equivoci, peraltro già da tempo superati, che erano sorti a causa dell'uso di tale vocabolo, tecnicamente utilizzato nel procedimento cautelare uniforme, del quale si è voluto escludere l'applicazione.

[387] M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *articolo 2409*, cit., 1224, che, nel commentare le modifiche introdotte dalla riforma in materia di provvedimenti adottabili dal tribunale ai sensi dell'articolo 2409, osserva come "l'enfasi sulla provvisorietà del provvedimento del tribunale porta ormai a concludere senza esitazioni che all'adozione del provvedimento si somma sempre la convocazione dell'assemblea". Secondo l'Autore si tratta di precisazione interessante, in quanto "alcuni provvedimenti tradizionalmente portati ad esempio della categoria dei provvedimenti in questione in realtà non avrebbero carattere di provvisorietà: si pensi all'inibizione di alcuni atti, a ordini di consentire l'accesso di documenti, etc.".

[388] Sui provvedimenti adottabili, si veda L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit. 285.

[389] L. NAZZICONE*, op. loc. cit*., G. SILVETTI – G. CAVALLI, *Le società per azioni*, cit., 837.

amministratori sino ad una certa data[390] ovvero l'inibitoria della conclusione di un determinato contratto, o ancora la sospensione di uno o più amministratori[391]; gli ordini di fare, come, ad esempio, l'ordine all'organo amministrativo di redigere il bilancio secondo determinate prescrizioni[392] per, poi, sottoporlo all'assemblea, ovvero l'ordine ai nuovi amministratori di convocare l'assemblea per deliberare l'azione di responsabilità contro i precedenti amministratori o, ancora, l'ordine di non eseguire una deliberazione; infine, i provvedimenti di nomina: il tribunale oltre alla possibilità, nei casi più gravi, di revocare amministratori e sindaci e nominare un amministratore giudiziario, può decidere di mantenere l'organo gestorio, nominando però degli ausiliari con il compito di sorvegliarlo nelle operazioni necessarie all'eliminazione delle gravi irregolarità[393].

Apparentemente, l'ampia tipologia di misure adottabili dal tribunale e, in particolare, la possibilità di nominare un amministratore giudiziario che gestisca per un determinato periodo di tempo la società, sembrerebbero garantire un efficace livello di protezione delle minoranze; tuttavia, se si osservano i risultati raggiunti nella pratica dall'istituto del controllo giudiziario, ci si accorge che così non è, e che spesso il procedimento in esame finisce per offrire solo un'illusoria tutela ai soci di minoranza[394].

Occorre, pertanto, interrogarsi circa le ragioni di inefficienza della procedura di amministrazione giudiziaria, ragioni che tradizionalmente sono ricollegate, per un verso, all'eccessiva ristrettezza dell'ambito di

[390] Tale provvedimento è stato, ad esempio, concesso da Tribunale Milano, 7 dicembre 1990, in *Società*, 1991, 514.

[391] Sull'adozione di un simile provvedimento si veda Tribunale Milano, 18 dicembre 1989, in Giur. it., 1990, I, 2, 700.

[392] Ad esempio, il Tribunale di Milano con il decreto 7 dicembre 1990, cit., 514, ha disposto la predisposizione di nuovi bilanci e valutazioni di magazzino con il metodo Lifo.

[393] Così, Tribunale Pavia, 28 aprile 2001, cit.

[394] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit. 115, che analizza la procedura di controllo giudiziario in parallelo alle procedura di amministrazione straordinaria delle banche e delle imprese assicuratrici.

applicazione dell'articolo 2409 e, per altro verso, alla struttura del procedimento[395].

Quanto all'ambito di applicazione del controllo giudiziario, nel capitolo precedente si è visto come l'articolo 2409 sanzioni le irregolarità commesse dagli amministratori nell'ambito della gestione della società.

Così delineato, l'ambito di applicazione dell'amministrazione giudiziaria, risulta insufficiente a tutelare in maniera efficace le minoranze azionarie: spesso, infatti, le lesioni lamentate dai soci di minoranza non dipendono tanto dalla condotta dell'organo amministrativo, quanto piuttosto dal comportamento della maggioranza assembleare[396]. A tal proposito si considerino le ipotesi più frequenti nelle quali i soci di minoranza lamentano una lesione dei propri interessi.

Un caso tipico è quello nel quale gli azionisti di maggioranza decidano di aumentare il capitale sociale, senza che sussistano esigenze di finanziamento, al solo fine di diminuire la partecipazione di un socio di minoranza che non sottoscriva la quota di sua pertinenza[397].

L'aumento di capitale, in questo caso, comporta un danno evidente all'azionista di minoranza ma, tuttavia, non rientrando l'operazione in esame tra quelle di gestione, lo stesso dovrebbe vedersi preclusa la possibilità di denunciarla ai sensi dell'articolo 2409.

Altro esempio – molto comune nella pratica – è quello nel quale i soci di maggioranza, amministratori della società, decidano, senza che la delibera

---

[395] Per un'analisi dettagliata G. TERRANOVA, *op. loc. cit.*; R. MISITI, *La convocazione dell'assemblea nel procedimento* ex *articolo 2409 cod. civ.,* in *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità (art. 2409),* Atti del convegno di studi organizzato dall'Università Luiss in Roma, 5 febbraio 1999, 60.

[396] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 116, che evidenzia come un fondamentale motivo di inefficienza del controllo giudiziario "è dato dal fatto che esso offre solo una tutela endosocietaria, mentre spesso il pregiudizio e l'oppressione lamentata dai soci di minoranza non dipendono tanto dalla condotta dell'organo amministrativo quanto dall'atteggiamento del socio di maggioranza". Si veda anche F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 55, che sottolinea come vi sia "una vasta gamma di manifestazioni patologiche del processo decisionale societario che "transitano" dall'assemblea ed impegnano direttamente i rapporti interni fra i soci".

[397] Per la configurazione della fattispecie suindicata come ipotesi di abuso della maggioranza a danno della minoranza, G. FERRI, *Poteri della maggioranza e diritto del socio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1951, 1145; P. FERRO-LUZZI, *Sul problema degli aumenti di capitale deliberati in danno della minoranza,* in *Riv. dir. comm*., 1964, II, 93; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*. *Poteri, responsabilità e danno nell'esercizio del diritto di voto*, Torino, 2003, 13.

sia giustificata da esigenze di finanziamento, di non distribuire utili, ma contemporaneamente si attribuiscano, per la carica di amministratori, compensi elevati, proporzionati agli utili effettivamente conseguiti dalla società.

Infine, si pensi alla classica ipotesi nella quale i soci di maggioranza deliberino di sciogliere anticipatamente la società al solo fine di escludere la minoranza dall'impresa[398].

Anche in questi ultimi due casi la lesione degli interessi dei soci di minoranza è causata da un comportamento degli azionisti di maggioranza e non da un atto di gestione dell'organo amministrativo e, pertanto, in ragione dell'ambito di applicazione dell'articolo 2409 sopra individuato, sembra doversi ritenere preclusa la relativa denuncia.

Occorre quindi chiedersi se vi sia la possibilità di estendere in via interpretativa l'applicazione della norma in commento anche alle ipotesi da ultimo considerate, al fine di garantire una più efficace tutela delle minoranze azionarie[399].

Si potrebbe obiettare l'inutilità dell'estensione sul rilievo che nelle ipotesi nelle quali la lesione degli interessi dei soci di minoranza avvenga a livello di deliberazione assembleare, gli stessi sono già ampiamente garantiti dalla disciplina dell'impugnativa delle delibere di cui agli articoli 2377 e seguenti del codice civile.

E' necessario, tuttavia, osservare come la tutela invalidatoria, spesso, non sia in grado di funzionare efficacemente a causa dell'impossibilità per le minoranze azionarie di dimostrare il comportamento abusivo degli azionisti di comando[400].

E' per tale ragione che sarebbe utile riuscire ad estendere il controllo giudiziario anche alle irregolarità commesse a livello assemblere, in modo da attribuire ai soci di minoranza uno strumento attraverso il quale ottenere le informazioni necessarie non solo con riferimento alle irregolarità

[398] Sullo scioglimento anticipato in danno dei soci di minoranza si veda C. ANGELICI, *Scioglimento anticipato di società e buona fede contrattuale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I., Padova, 1998, 110.

[399] In tal senso, R. RORDORF, *L'irregolare amministrazione delle società*, cit., 1205; V. SALAFIA, *I presupposti del controllo giudiziario sulle società di capitali,* ex *articolo 2409 cod. civ*., in *Società*, 1995, 1277.

[400] Sull'abuso della maggioranza quale causa di annullabilità delle delibere assembleari si vedano i paragrafi successivi.

commesse dagli amministratori, ma anche riguardo alle violazione commesse in ambito assembleare[401].

Parte della dottrina ritiene ammissibile siffatta estensione sulla scorta del IV comma dell'articolo 92 delle disposizioni di attuazione al codice civile[402], "nella parte in cui prevede che all'amministratore giudiziario nominato dal tribunale possano essere attribuite anche le competenze dell'organo assembleare: l'investitura di poteri - prevista al fine di evitare che l'assemblea, dominata dalla maggioranza che ha nominato gli organi revocati e votato atti irregolari di gestione possa compromettere il conseguimento delle finalità tipiche dell'istituto della denunzia al tribunale, ostacolando l'attività di riassetto amministrativo-contabile della società – sarebbe idonea a giustificare in via autonoma l'intervento del tribunale ogni qual volta il distorto funzionamento dell'assemblea, sostituitasi agli organi di gestione, realizzi i presupposti applicativi dell'articolo 2409"[403].

Da ciò pare volersi far discendere che anche delibere assembleari possono integrare il presupposto di applicazione della norma in commento.

L'interpretazione estensiva, a parere di chi scrive, sembra però incontrare un solido ostacolo nella lettera della legge, che specifica espressamente essere oggetto del controllo giudiziario solo gli atti posti in essere dagli amministratori.

Senza considerare, che, anche a voler svalutare il dato letterale, attribuire rilevanza in materia alle deliberazioni assembleari travalicherebbe lo spirito

---

[401] Sulla funzione informativa del controllo giudiziario *infra* paragrafo 4.10.

[402] Sull'attribuzione all'amministratore giudiziario dei poteri dell'assemblea, si veda L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità nella gestione*, cit., 335; G. AFFERNI – F. GUSSO, *Attribuzione all'amministratore giudiziario dei poteri assembleari*, in *Società*, 2002, 997; U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 257; V. VITRÒ, *Controllo giudiziario*, cit., 176. In giurisprudenza: Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 19 marzo 2002, in *Società,* 2002, 997; Tribunale Verona, 15 luglio 1996, in *Società*, 1997, 75; Tribunale Verona, 31 gennaio 1991, in *Società,* 1991, 1089; Tribunale Roma, 21 maggio 1994, in *Foro pad*., 1995, I, 129; Tribunale Roma, 26 maggio 1994, in *Foro pad.*, 1996, I, 350.
Con riferimento, in particolare, all'attribuzione all'amministrazione giudiziario del potere di approvare il bilancio, si veda F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, 342; C. FERRARIS, *Approvazione del bilancio da parte dell'amministratore giudiziario e impugnazione di delibera negativa,* in *Giur. comm.*, 2004, II, 200; R. RORDORF, *L'amministratore giudiziario nelle transazioni sociali,* in *Società*, 1990, 1515; A. PATELLI, *Poteri dell'amministratore giudiziario nominato* ex *articolo* 2409, in *Società*, 1997, 82.

[403] D. PORRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di applicazione dell'articolo 2409 cod. civ*., nota a Tribunale Mantova, 6 febbraio 1997, in *Giur. comm*., 1998, II, 660.

della norma e contrasterebbe con il principio – espressamente enunciato dall'articolo 2380-*bis* – secondo cui, nella ripartizione di competenze tra gli organi sociali, la gestione della società è affidata esclusivamente all'organo amministrativo[404].

Le irregolarità commesse in sede di deliberazioni, alla luce di quanto finora affermato, non sembra possano essere direttamente oggetto di denuncia.

Se però, dal piano della deliberazione ci si sposta al piano dell'esecuzione della delibera, sembra individuabile una strada per perseguire con lo strumento del controllo giudiziario anche l'utilizzo distorto del potere deliberativo in sede assembleare, ampliando, in tal modo, la tutela offerta alle minoranze azionarie.

L'organo amministrativo, com'è noto, ha il dovere di eseguire le deliberazioni assembleari. La dottrina prevalente, accanto a questo dovere, riconosce in capo agli amministratori anche quello di "contrastare l'operatività delle delibere assembleari viziate, impugnandole e rifiutandosi di dare loro esecuzione"[405].

---

[404] Così D. PORRARO, *Vecchi e nuovi problemi*, cit., 660, secondo cui il ricorso al controllo giudiziario in tema di deliberazioni assembleari importerebbe un incongruo superamento del tipizzato sistema dei rapporti tra organi sociali; G. U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione nelle società di capitali*, cit., 98, che sottolinea come "il motivo della limitazione dell'applicabilità dell'istituto introdotto dall'articolo 2409 alle gravi irregolarità compiute dagli amministratori e dai sindaci deve invece ravvisarsi nella circostanza che l'attività necessaria per vincolare giuridicamente la società, e, quindi, per attuare comportamenti lesivi di interessi, può essere compiuta soltanto dagli amministratori (con il controllo dei sindaci) anche nelle materie nelle quali deliberano le assemblee. Cioè attraverso l'attività di esecuzione delle deliberazioni dell'assemblea".

[405] G. OPPO *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni invalide,* in *Scritti giuridici, II, Diritto delle società*, Padova, 1992, 383; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, II. Diritto delle società*, Torino, 2002, 367; G. U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione nelle società di capitali*, cit., 195; G. DOMENICHINI, *Il controllo*, cit., 601; G.E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio nelle società per azioni*, Padova, 1965, 410; G. MARASÀ, *Le società*. *Le società in generale*, Milano, 2000, 134; D. PORRARO, *op. loc. cit.*; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 386, nt. 133 e 434.

Contra G. MINERVINI, *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle delibere assembleari di società per azioni,* in *Riv. dir. comm.,* 1955, II, 207, secondo cui gli amministratori non hanno un dovere di impugnare, ma un onere di impugnare che trova la sua giustificazione nell'interesse degli stessi a non essere chiamati a rispondere per eccesso di mandato in seguito all'esecuzione di una delibera invalidabile, poi annullata e quindi, retroattivamente divenuta inefficace, ovvero per inadempimento a causa di mancata esecuzione di una delibera, sempre invalidabile che non sia stata impugnata nei termini. Arriva alle stesse conclusioni, ma, seguendo un iter argomentativi differente, anche PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario,* cit., 168.

Se si riconosce un simile dovere a carico degli amministratori, si può affermare che laddove sia violato, si configura una grave irregolarità amministrativa.

Ed, in particolare, se, come detto nel capitolo precedente, ai fini controllo giudiziario si considerano rilevanti non solo le violazioni commesse "nella gestione" in senso stretto, ma tutte le violazioni commesse nell'amministrazione, sembra potersi affermare che la mancata impugnazione da parte degli amministratori di una delibera viziata, ove sia suscettibile di recare danno alla società, è denunciabile *ex* articolo 2409.

Applicando il ragionamento ora esposto alle ipotesi sopra indicate di delibere aventi ad oggetto l'aumento di capitale al solo fine di diminuire la partecipazione del socio di minoranza ovvero lo scioglimento anticipato del rapporto sociale, sembra corretto affermare che gli amministratori, che non impugnino simili deliberazioni, commettono delle violazioni denunciabili ai sensi dell'articolo 2409.

Ciò in quanto sia l'aumento di capitale disposto per limitare la partecipazione del socio di minoranza sia lo scioglimento anticipato, configurano ipotesi di abuso della maggioranza a danno della minoranza e conseguentemente violazioni dello statuto impugnabili *ex* articolo 2377 cod. civ.[406], che è dovere degli amministratori rilevare prontamente.

Peculiare, poi, la posizione di F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., 470, che qualifica l'impugnativa degli amministratori (e anche dei sindaci) alla stregua di un potere discrezionale, il cui esercizio, inserito nell'ambito delle loro attribuzioni istituzionali, deve mirare al perseguimento dell'interesse sociale in concreto, "come tale valutabile in termini comparatistici in relazione al pregiudizio che la società subirebbe dall'annullamento o meno della deliberazione e, quindi, in ultima analisi riconducibile ad un dovere di comportamento, la cui violazione è suscettibile di essere fonte di responsabilità".

Cfr., altresì, G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari,* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, 1993, vol. III, t. 2, *Assemblea,* cit., 266; R. RORDORF, *Impugnazione di deliberazioni assembleari*, cit., 1203, che specificano come l'obbligo di impugnare le deliberazioni invalide scaturisce, in capo agli amministratori ed a i sindaci, non dalla loro astratta contrarietà alla legge o all'atto costitutivo, ma da una valutazione comparativa - alla stregua dell'interesse sociale – dei costi e dei benefici legati, rispettivamente, all'annullamento o, viceversa, all'esecuzione delle medesime; e ciò a prescindere dalla natura procedimentale o sostanziale del vizio e dalla immediata dannosità dell'atto.

[406] Il tema dell'abuso della maggioranza, nella sua accezione più recente di abuso derivante dalla violazione dei doveri di correttezza e buona fede, sarà oggetto di analisi nei prossimi paragrafi, nei quali si spiegheranno altresì le ragioni per cui l'abuso della maggioranza configura una violazione dello statuto. Sul punto, si veda G. ZANZARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 244; P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1993 (ristampa inalterata), 136; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del diritto di voto*, Torino, 2003, 217, che evidenzia come

Sintetizzando: le delibere assembleari lesive degli interessi delle minoranze non possono essere autonomo oggetto di denuncia; potrebbe però essere denunciato l'amministratore che dà esecuzione a tali deliberazioni.

In tal modo, attraverso il controllo giudiziario, sebbene esso attenga al piano delle irregolarità amministrative, potrebbero paralizzarsi gli effetti dannosi delle delibere adottate dalla maggioranza assembleare in danno dei soci di minoranza, estendendo, indirettamente, l'ambito di tutela offerta alle minoranze azionarie.

Si potrebbe obiettare che una simile "estensione" del controllo giudiziario non è ammissibile in alcune delle ipotesi citate, come quella dell'aumento di capitale, che è un'operazione che non arreca un danno (nemmeno potenziale) alla società.

Tale assunto non sembra condivisibile se, come osservato nel capitolo precedente, si interpreta il requisito della dannosità nel senso che rileva non solo il danno diretto all'organizzazione societaria, ma anche il danno indiretto, configurabile ogniqualvolta i soci di maggioranza e gli amministratori esercitino arbitrariamente il loro potere con l'unico scopo di trarre un vantaggio a discapito della minoranza assembleare[407].

Se il requisito della dannosità si ricostruisce in questi termini, nessun ostacolo sembra sussistere ad ammettere il controllo giudiziario in ipotesi quali quelle sopra esaminate.

Si potrebbe ancora obiettare, come sopra accennato, che questa "estensione" sarebbe inutile, posto che i soci di minoranza sono già ampiamente tutelati dal potere, agli stessi riconosciuto, di impugnare le delibere assembleari lesive dei loro diritti.

In proposito, valgono le osservazioni svolte in precedenza: se è vero che i soci di minoranza, danneggiati da una deliberazione assembleare, possono tutelare i propri diritti impugnando la deliberazione stessa, è altrettanto

---

l'abuso della maggioranza integra una violazione dell'obbligo di salvaguardia che grava su ogni socio e dunque una violazione delle norme contrattuali che disciplinano l'esercizio del potere del socio di maggioranza di vincolare gli altri soci. "Allora, la deliberazione assunta in violazione della clausola di buona fede non può considerarsi presa in conformità dello statuto (o dell'atto costitutivo per la società a responsabilità limitata) e può essere impugnata. L'abuso di maggioranza rappresenta una violazione del contratto imputabile al socio in esercizio del diritto di voto".

[407] Cfr. quanto già detto nel capitolo precedente.

vero che, nella generalità delle ipotesi, essi non hanno sufficienti evidenze per dimostrare l'abuso subito (ad, esempio, per provare che l'aumento di capitale non era giustificato da alcuna esigenza di finanziamento, ma solo dalla volontà di diminuire la loro partecipazione all'interno dell'organizzazione).

Ammettere la possibilità di denunciare *ex* articolo 2409 anche i comportamenti abusivi dei soci di maggioranza, avallati dall'inerzia di amministratori compiacenti, significherebbe, quindi, offrire alle minoranze un valido mezzo attraverso il quale ottenere facilmente la prova del pregiudizio subito, per poi esercitare vittoriosamente l'impugnativa della delibera nonché, come vedremo più ampiamente nel prosieguo, azioni di carattere individuale per ottenere il risarcimento di eventuali danni subiti.

4.2 Le cause "strutturali" di inefficienza del controllo giudiziario.

Fra le cause di inefficienza del controllo giudiziario che attengono alla struttura del rimedio, una sembra individuabile nel fatto che l'amministratore giudiziario[408] è dotato di poteri estremamente limitati, generalmente circoscritti alla gestione ordinaria[409], spesso insufficienti ad eliminare definitivamente le gravi irregolarità[410].

---

[408] Nei decreti di nomina si parla normalmente di "gestione corrente". L'espressione appare idonea ad evocare le quotidiane necessità aziendali e societarie. Quale amministratore della società, infatti, l'ausiliario ha il compito generale di concorrere a gestire diligentemente l'impresa, assicurando l'utile continuazione della stessa e, possibilmente, lo sviluppo dell'attività economica al fine di perseguire l'oggetto sociale. Per una dettagliata analisi circa i poteri dell'amministratore giudiziario, L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 324; E. BONAVERA, *L'ispezione giudiziaria e l'amministratore giudiziario,* in *Società*, 1990, 806.

[409] Per gli atti di gestione straordinaria, salvo che il decreto di nomina non preveda diversamente, l'amministratore giudiziario deve chiedere l'autorizzazione al tribunale.

[410] Cfr. G. TERRANOVA, *op. loc. cit.*, che con riferimento all'amministratore giudiziario osserva come "il suo operato non deve interferire con le scelte strategiche dell'impresa, che restano riservate ai soci di maggioranza (i quali potranno esprimersi in un assemblea all'uopo convocata, dato che tale organo conserva intatta ogni prerogativa), oppure ai nuovi componenti dell'organo di gestione ordinaria, nominati con il ben noto rito di "purificazione" (l'assemblea di cui al comma VI dell'articolo 2409) previsto per la fine della procedura. Ne discende che l'ausiliario del giudice (volendo usare l'espressione in senso atecnico – non in quello specificato dalla legge ai fini della determinazione del compenso – e ammesso che così lo si possa qualificare anche dopo la riforma) incontra notevoli difficoltà ad espellere dalla struttura organizzativa dell'impresa le persone di

Tale limite emerge con particolare evidenza quando il controllo giudiziario concerne una holding priva di attività operativa. In questo caso, per eliminare le gravi irregolarità, è necessario che l'amministratore giudiziario intervenga anche sulle società controllate. Il problema è che egli non può imporre "semplicemente e brutalmente (come fa invece il socio di maggioranza) la sua volontà alle strutture societarie sottostanti"[411] e può esclusivamente contare sulla collaborazione degli organi di gestione delle stesse, nel pieno rispetto della loro autonomia.

L'amministratore giudiziario potrà sempre avvalersi dei poteri di direzione e coordinamento spettanti alla capogruppo, ma con i limiti posti dalla distinzione, a livello formale, delle varie strutture operative[412].

Altro motivo di inefficienza della procedura di amministrazione giudiziaria – forse il principale – sembra discendere dalla circostanza che l'assemblea, nella formulazione attuale dell'articolo 2409 come in quella precedente, assume un ruolo centrale nella procedura, costituendo allo stesso tempo il traguardo finale e il giudice di ultima istanza dei risultati del controllo: l'organo assembleare, infatti, non si limita, terminato il procedimento, a nominare i nuovi amministratori e sindaci, ma spesso è chiamato ad agire concretamente per l'eliminazione delle gravi irregolarità. Si pensi all'ipotesi nella quale il tribunale disponga che l'assemblea revochi determinati componenti dell'organo amministrativo. L'assemblea che non esegue gli ordini dell'autorità giudiziaria, nel caso di specie omettendo di revocare gli amministratori indicati dal tribunale, annulla i risultati positivi che si volevano raggiungere attraverso la denuncia *ex* articolo 2409. E, ciò nella pratica avviene con una certa frequenza, posto che la maggioranza assembleare, della quale generalmente gli amministratori ed i sindaci "incriminati" sono espressione, ha tutto l'interesse a distaccarsi dalle

---

fiducia della vecchia amministrazione, con la conseguenza di doversi avvalere di collaborazioni esterne, anche per svolgere le più elementari attività di supporto ai propri compiti istituzionali (gli accertamenti documentali e contabili necessari sia per individuare e rimuovere le gravi irregolarità, sia per esercitare le azioni di responsabilità e di recupero)".

[411] L'espressione è di G. TERRANOVA, *op. loc. cit.*

[412] G. TERRANOVA, *op. loc. cit.* L'Autore individua un altro dei punti dolenti dell'istituto nella circostanza che l'attività dell'amministratore giudiziario è spesso ostacolata da iniziative pretestuose dei soci della società soggetta al controllo.

istruzioni del tribunale ed a ratificare le operazioni irregolari compiute in precedenza dall'organo amministrativo[413].

Se, per un verso, il fatto che l'assemblea rappresenti il giudice di ultima istanza della procedura "è inevitabile e può sembrare anche logico, se si immagina una compagine a larga base azionaria, nella quale non vi sono maggioranze precostituite, bensì soci che si aggregano liberamente nella votazione e che aspettano d'essere chiamati a deliberare secondo scienza e coscienza per colpire chi ha tradito la loro fiducia e per rinnovare la composizione di organi sociali, immettendovi nuove energie e nuove competenze"[414], per altro verso, è evidente come la situazione sia completamente diversa nelle società a ristretta base azionaria, nelle quali, come detto, gli amministratori e i sindaci, che hanno commesso le irregolarità, sono spesso espressione della medesima maggioranza chiamata a votare in assemblea.

Il tribunale e l'amministratore giudiziario, sostanzialmente, vengono a trovarsi nella paradossale situazione di dover agire per eliminare i risultati di operazioni riferibili, in ultima analisi, proprio alle persone che – come partecipanti all'assemblea – dovranno, poi, valutare il loro operato.

Senza considerare che in ogni caso il controllo giudiziario rappresenta un episodio nella vita dell'organizzazione societaria che, in seguito alla chiusura della procedura, è destinata a continuare sotto l'egida della maggioranza assembleare[415]. I soci di maggioranza e gli organi di gestione, anche ove non giungano al punto di non eseguire gli ordini del tribunale o le indicazioni dell'amministratore giudiziario, possono sempre, nel corso della procedura, adeguarsi alle loro istruzioni, per, poi, chiuso il procedimento,

---

[413] Cfr. R. MISITI, *La convocazione dell'assemblea nel procedimento* ex *articolo 2409 cod. civ.,* in *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità (art. 2409),* Atti del convegno di studi organizzato dall'Università Luiss in Roma, 5 febbraio 1999, 60, che evidenzia come "è unanime convincimento che la convocazione dell'assemblea raramente può manifestarsi rimedio valido poiché la maggioranza assai poche volte vorrà prendere deliberazioni contrarie agli amministratori e ai sindaci da essa eletti ed esponenti della maggioranza medesima".

[414] Così G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 119.

[415] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 121, osserva come "di solito, ci si rivolge alla giustizia per risolvere in maniera definitiva una lite, mentre i risultati di un'amministrazione giudiziaria sono quanto mai precari, sempre pronti ad essere messi in discussione, o ad essere addirittura posti nel nulla, a causa della condotta tenuta dal socio di maggioranza, dopo la chiusura del procedimento".

annullare i risultati dello stesso, adottando decisioni difformi alle indicazioni del tribunale.

Si pensi al caso nel quale l'autorità giudiziaria ordina agli amministratori di redigere il bilancio secondo determinati criteri. Durante la procedura, l'organo amministrativo potrebbe, d'accordo, con la maggioranza assembleare, seguire i predetti criteri e l'assemblea approvare il bilancio, così redatto, per poi, in seguito alla chiusura del procedimento, distaccarsi dai criteri indicati dal tribunale.

Per fare un altro esempio, si pensi all'ipotesi nella quale l'amministratore giudiziario abbia esperito un'azione di responsabilità nei confronti dei precedenti amministratori e sindaci. Chiusa la procedura, la maggioranza assembleare potrebbe facilmente transigere l'azione ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 2393 (richiamato oltretutto espressamente dal IV comma dell'articolo 2409) ed addirittura nominare come amministratori proprio i soggetti che erano stati revocati dal tribunale e contro i quali l'amministratore giudiziario aveva ritenuto opportuno esperire l'azione di responsabilità[416].

Ancora, successivamente alla chiusura, i soci di comando potrebbero facilmente riapprovare delibere giudicate dal tribunale di dubbia legittimità oppure far compiere nuovamente agli amministratori, loro esponenti, operazioni che erano state ritenute irregolari dall'autorità giudiziaria.

Tutto questo sembra inevitabile: "non solo perché si ha a che fare con una procedura di volontaria giurisdizione; ma, soprattutto, perché la

[416] Il VI comma dell'articolo 2393 cod. civ. ammette, infatti, che la società possa in ogni momento rinunciare all'esercizio dell'azione o transigerla, purché la rinunzia o la transazione siano approvate con espressa deliberazione assembleare e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno 1/5 del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, un ventesimo del capitale sociale.
Evidentemente, al fine di garantire che l'azione di responsabilità intrapresa dall'amministratore giudiziario non sia dopo la chiusura della procedura oggetto di rinuncia o transazione da parte dei soci di comando (e, quindi, per garantire la riuscita del controllo giudiziario), il legislatore avrebbe dovuto prevedere, successivamente alla chiusura, l'obbligatoria prosecuzione dell'azione, com'è nel caso nel quale la stessa sia intrapresa dal commissario giudiziale nel corso di un'amministrazione straordinaria di una banca o, almeno, avrebbe potuto coordinare l'articolo 2393 cod. civ. con l'articolo 2409, prevedendo che la percentuale di soci richiesta per paralizzare la rinuncia o la transazione dell'azione di responsabilità fosse la stessa richiesta per attivare la procedura di amministrazione straordinaria. In proposito, si veda M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *articolo 2409*, cit., 1227.

regolarizzazione compiuta dall'amministratore giudiziario, quando non sbocca in un processo che si chiude con una sentenza definitiva di merito, ha la natura e gli effetti propri di una normale attività privata"[417].

4.3 Gli strumenti di tutela dei soci di minoranza contro comportamenti degli azionisti di maggioranza volti ad annullare i risultati della procedura di controllo giudiziario.

Dopo aver individuato le ragioni di inefficienza del controllo giudiziario e chiarito che tale procedimento non è in grado di incidere definitivamente sulla organizzazione societaria (e, pertanto, non è sempre in grado di proteggere efficacemente le minoranze azionarie), occorre chiedersi, da un lato, fino a che punto i soci di maggioranza siano liberi di annullare i risultati dell'amministrazione giudiziaria (e, comunque, se agli azionisti di minoranza siano attribuiti dei mezzi per reagire verso i comportamenti della maggioranza volti a porre nel nulla le istruzioni del tribunale) e, dall'altro, se il controllo giudiziario possa raggiungere l'obiettivo di tutelare adeguatamente le minoranze azionarie se collegato ad altre forme di tutela, in particolare, a forme di tutela di carattere risarcitorio.

Per risolvere il primo quesito, occorre analizzare più nel dettaglio le possibili reazioni che i soci di maggioranza potrebbero avere di fronte ai provvedimenti decisi dall'autorità giudiziaria in sede di controllo giudiziario[418].

Potrebbe innanzitutto accadere che, convocata, da parte dell'autorità giudiziaria, l'assemblea, allo scopo di deliberare misure specifiche volte al superamento delle gravi irregolarità, la maggioranza diserti la riunione, impedendo la valida costituzione dell'organo assembleare. Si pensi al caso nel quale il tribunale ordini la convocazione dell'assemblea al fine di

[417] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranza*, cit., 121.

[418] In proposito, particolarmente interessanti appaiono le riflessioni di R. MISITI, *La convocazione dell'assemblea nel procedimento* ex *articolo 2409 cod. civ.,* cit., 60, che ha analizzato i possibili *escamotage*s utilizzabili dai soci di maggioranza per eludere i provvedimenti del tribunale e ratificare l'operato degli amministratori della società.

revocare un componente del consiglio di amministrazione, ovvero all'ipotesi nella quale l'autorità giudiziaria disponga che l'assemblea deliberi la distribuzione degli utili e la contestuale riduzione del compenso per gli amministratori, e i soci di maggioranza non si presentino alla data fissata per la convocazione.

Be', questo tentativo avrebbe conseguenze del tutto irrilevanti dal momento che, trattandosi sicuramente di assemblea ordinaria, l'*escamotage* non funzionerebbe in relazione alla seconda convocazione in occasione della quale l'assemblea delibera sui medesimi argomenti che sarebbero dovuti essere trattati nella prima qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci intervenuti[419].

Altra possibilità – ed è quello che, come già detto, genericamente avviene – è che la maggioranza assembleare, chiamata a deliberare su determinate questione, ignorando le istruzioni dell'autorità giudiziaria, deliberi in maniera difforme alle stesse, ratificando in tal modo l'operato irregolare degli amministratori (e dei sindaci).

Ad esempio può accadere che convocata per revocare alcuni degli amministratori, l'assemblea, o meglio la maggioranza assembleare, deliberi negativamente sulla proposta di revoca.

Infine – e anche questa ipotesi è già stata illustrata – potrebbe accadere che i soci di maggioranza, chiusa la procedura di controllo, annullino i risultati della stessa, adottando delle delibere contrarie ai provvedimenti presi dall'autorità giudiziaria o dall'amministratore giudiziario. Si è sopra vista l'ipotesi nella quale l'amministratore giudiziario eserciti l'azione di responsabilità contro i cessati amministratori e l'assemblea, dopo la chiusura del procedimento, rinunci o transiga l'azione (magari, contestualmente nominando come nuovi amministratori proprio gli stessi

[419] Oltretutto, la mancata costituzione dell'assemblea, nel caso nel quale il tribunale abbia adottato dei provvedimenti urgenti per l'eliminazione delle gravi irregolarità, non eliminerebbe evidentemente gli effetti conseguenti a tali provvedimenti. Come rilevato dalla giurisprudenza, infatti, la *ratio* dei provvedimenti urgenti adottabili dal tribunale in sede di 2409 è quella di "evitare ulteriori e più gravi pregiudizi connessi alle irregolarità accertate prima che sugli atti di gestione che delle irregolarità predette rappresentano il prodotto, intervengono le determinazioni dell'assemblea. Conseguentemente, gli effetti di eventuali provvedimenti urgenti non possono venir meno se non quando dette determinazioni siano intervenute". Sul punto, R. MISITI, *La convocazione dell'assemblea*, cit., 61.

soggetti che erano stati precedentemente revocati dal loro incarico dal tribunale).

La questione è verificare se i soci di comando possano fare ciò impunemente ovvero se l'ordinamento offra alle minoranze azionarie dei mezzi per reagire allo strapotere della maggioranza[420]. Tale problematica sembra essere stata trascurata dalla dottrina che sembra essersi limitata prevalentemente a ricercare le cause di inefficienza del controllo giudiziario, senza individuare possibili strumenti utili alla minoranza per tutelati i propri diritti e, soprattutto, per non disperdere gli utili risultati che (almeno sul piano informativo[421]) derivano dalla procedura di amministrazione giudiziaria.

Analizziamo, *in primis*, l'ipotesi nella quale l'assemblea convocata dal tribunale per adottare una determinata deliberazione, deliberi in maniera difforme da quanto richiesto dall'autorità giudiziaria.

In proposito, un insigne esperto di amministrazione giudiziaria, nel tentativo di garantire una tutela più efficace ai soci di minoranza, ha osservato come le deliberazioni assembleari con le quali l'assemblea ratifica delle irregolarità compiute dagli amministratori che integrino gli estremi dell'illecito penale, sono impugnabili per illiceità dell'oggetto[422], mentre le

---

[420] Nello stesso senso, R. MISITI, *La convocazione dell'assemblea*, cit., 61, che osserva come deve infrangersi "un tabù – il mito della sovranità dell'assemblea – che, nonostante tutto è ancora duro a morire, ma che, secondo il mio personale punto di vista, non viene invocato a proposito quando, attraverso di esso, si tenta di attribuire all'assemblea una funzione - per così dire – catartica, gratificandola del salvifico potere di annullare, con il proprio deliberato – che sarà, come si vedrà, una delibera a contenuto negativo – la necessità e l'urgenza di eliminare le gravi irregolarità accertate dal tribunale al fine di ristabilire una situazione di sana e corretta gestione sociale".

[421] Sulla funzione informativa del controllo giudiziario, si veda il paragrafo 4.10.

[422] R. MISITI, *La convocazione dell'assemblea*, cit., 62, che come esempi di delibere impugnabili per illeicità dell'oggetto sociale pone il caso di delibera che approvi il pagamento di utili non dovuti e la distribuzione di acconti sui dividendi fuori dai casi previsti dalla legge, la divulgazione di notizie sociali riservate, l'esecuzione di riduzione del capitale sociale o di fusioni o scissioni in violazione degli articolo 2403, 2445 e 2503 cod. civ., la concessione di prestiti e garanzie a favore degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori, l'effettuazione di manovre fraudolente sui titoli delle società, la valutazione esagerata dei conferimenti e degli acquisti della società, l'illegittima sottoscrizione di azioni proprie o della controllante.
Cfr., altresì, F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 165, che rileva come a livello penalistico assumono valenza paradigmatica le ipotesi di concorso del socio nella violazione perpetrata dagli amministratori delle norme penali poste a tutela del capitale sociale e del patrimonio netto indisponibile, quali quelle che sanzionano l'indebita restituzione dei conferimenti operata fuori dai casi di legittima riduzione del capitale (art. 2626 cod. civ.), l'illegale ripartizione degli utili e delle

delibere che confermano irregolarità che, pur non trasmodando nel campo dell'illecito penale, si traducono in una violazione della legge o dell'atto costitutivo, sono impugnabili per annullabilità[423].

Il ragionamento, pienamente condivisibile, sembra, a parere di chi scrive, poter essere ulteriormente sviluppato.

Il tribunale, individuando le modalità necessarie per eliminare le gravi irregolarità, non fa altro che indicare quale deve essere il comportamento che soci ed amministratori devono adottare per eseguire correttamente il contratto sociale[424], di conseguenza, la delibera che disattenda le indicazioni

---

riserve (art. 2627 cod. civ.) ed, infine, le illecite operazioni sulle azioni o quote proprie della società controllante (art. 2628). La dottrina penalistica, osserva Guerrera, "si mostra generalmente propensa ad ammettere la punibilità del socio, quale estraneo concorrente nei reati sopradescritti, ove egli abbia tratto consapevole profitto dall'operazione vietata fornendo un contributo eziologico e di volontà alla condotta criminosa dei soggetti qualificati. Trattandosi di fattispecie a struttura plurisoggettiva eventuale, il principio di legalità esige, infatti, di circoscrivere l'imputazione della responsabilità penale *ex* artt. 110 e 117 cod. pen. all'ipotesi in cui il socio – anziché limitarsi a tenere la condotta implicitamente tipizzata dalla norma incriminatrice (cioè ottenere la restituzione del conferimento, percepire il dividendo, ricevere il prezzo di riacquisto delle azioni, etc) – si sia inserito nel processo esecutivo del reato con un ulteriore e rilevante apporto, Il che può verificarsi, appunto, quando egli abbia determinato o rafforzato, anche attraverso l'espressione del voto in assemblea il proposito criminoso degli amministratori di società".

[423] Come esempi di delibere impugnabili *ex* articolo 2377 cod. civ., R. MISITI, *op. loc. cit.,* propone l'ipotesi di delibera con la quale sia stato approvato l'operato degli amministratori che abbiano agito in violazione delle norme relative alla tenuta della contabilità, alla redazione del bilancio, al conferimento delle deleghe, alla sostituzione degli amministratori venuti meno, all'iscrizione nel libro dei soci, al rispetto del diritto di opzione o del diritto di ispezione della società.

[424] Con riferimento all'esecuzione del contratto sociale occorre osservare come sia discusso in dottrina se ed in quale misura il contratto da cui la società trae esistenza regoli anche la fase attuativa dell'organizzazione societaria ovvero esaurisca la sua funzione nella sua fase genetica.

Secondo un primo orientamento (A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 87, S. PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, 44; A. DE MARTINI, *Attuali prospettive delle società per azioni,* in *Temi romani*, 1970, 445; GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., 86), dal carattere organizzativo del contratto di società discenderebbe che lo stesso si esaurisce con la costituzione dell'organizzazione che, successivamente, dovrebbe disciplinare lo svolgimento dell'attività sociale secondo proprie regole, in teoria indifferenti dalla natura dell'originario atto costitutivo. L'attività sociale, pertanto, non sarebbe assimilabile all'esecuzione di un contratto (ciò in quanto il contratto di società non sarebbe un regolamento compiuto e definitivo degli interessi dei contraenti cui le parti non devono far altro che dare esecuzione).

L'assunto non appare condivisibile. E, infatti, come correttamente rilevato, sebbene "l'operatività societaria proceda attraverso una serie pressoché infinita di nuove determinazioni volitive, capaci persino di modificare (a maggioranza) l'originario contratto, non sussistono ostacoli a considerare la vicenda societaria come proiezione dell'originaria volontà precettiva espressa nel contratto e, quindi, come autentica volontà esecutiva dello stesso" (così A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 150. Il principio ora esposto era già stato affermato da P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali*, cit., 9; G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, cit., 371, secondo cui il contratto sociale non è tanto uno schema dentro il quale si determinano

del tribunale appare contraria ai generali obblighi di buona fede e correttezza che gravano su tutti i soci e, conseguentemente, risulta impugnabile ai sensi dell'articolo 2377[425].

Nello stesso senso sembra violare i principi suindicati la delibera attraverso la quale, chiuso il procedimento, la maggioranza assembleare restauri la situazione antecedente al controllo giudiziario ovvero perpetri comportamenti giudicati irregolari dal tribunale.

Al fine di chiarire ulteriormente la questione, appare utile analizzare, seppur brevemente, il principio di buona fede e il ruolo che lo stesso assume nella fase di esecuzione del contratto.

4.4 La figura generale di buona fede. La buona fede nell'esecuzione del contratto. Strumento di salvaguardia dell'interesse della controparte.

In che cosa consista la buona fede e quali regole fondi all'interno di un rapporto obbligatorio sono questioni ampiamente dibattute sia in dottrina[426]

---

nuovi rapporti o regolamenti di interessi, ma piuttosto uno schema di svolgimento ed evoluzione del rapporto.Questo perché la peculiarità del contratto sociale, come rilevato da P. ABBADESSA, *op. loc. cit*., sta nella circostanza che con esso le parti regolano i propri interessi senza limitarsi a fissare diritti e obblighi, ma stabilendo, in primo luogo, "le regole per la produzione di tutte le nuove determinazioni volitive necessarie, nel tempo, a promuovere ed assecondare il conseguimento dello scopo comune".

[425] Nei successivi paragrafi si chiariranno le ragioni per cui una delibera viziata da abuso della maggioranza si ritiene impugnabile *ex* articolo 2377 cod. civ.

[426] A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, a cura di F. GALGANO, artt. 1173-1176, Bologna- Roma, 1988, 275; S. ROMANO, voce *Buona fede, i*n *Enc. Dir*., V, Milano, 1959, 677; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza,* in *Riv. dir. comm.,* 1971, II, 288; U. NATOLI, *Le regole della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175),* in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 129; C. M. BIANCA, *Diritto civile, IV. L'obbligazione*, Milano, 1990; ID, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale,* in *Riv. dir. civ*., 1983, I, 205; A. D'ANGELO, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA – M. BESSONE, vol. IV, t. 2, in *Giur. sist. dir. civ. e comm*., fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, 691; L. ROVELLI, *La correttezza,* in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA – M. BESSONE, vol. I, Torino, 1991, 558; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 1; 1; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto, in Il contratto e le tutela. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 305; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, vol. II, Torino, 1988, 169; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio,* in *Studi sulla buona fede,* Milano, 1975, 459.

che in giurisprudenza[427], anche se manca un'analisi appropriata del modo di agire di tale clausola in ambito societario.

Pertanto, appare opportuno prendere le mosse proprio dai principi civilistici di buona fede e correttezza contrattuale per poi verificare le condizioni di applicabilità degli stessi all'interno dell'ordinamento societario[428].

La buona fede, com'è noto, è concetto richiamato frequentemente nel codice civile con riferimento a molteplici fenomeni giuridici[429].

Tradizionalmente, le diverse ipotesi di buona fede sono suddivise nelle due categorie generali della buona fede in senso soggettivo e della buona fede in senso oggettivo[430].

---

[427] Cfr. Cassazione, 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp*., 2003, 174; Cassazione, 27 settembre 2001, n. 12093, in *Giust. civ.,* 2001, I, 2322; Cassazione, 25 gennaio 1995, n. 888, in *Rep. Foro it*., 1994, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 56; Cassazione, 9 marzo 1991, n. 2503, in *Nuova giur. civ. comm*., 1993, 161; Cassazione, 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it*., 1989, 2750, con nota di A. DI MAJO*, La fideiussione omnibus e il limite della buona fede*; Cassazione, 20 luglio 1989, in *Corr. giur*., 1989, 1084.

[428] Sull'applicazione della buona fede nell'ambito del diritto societario si veda G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo,* in *Riv. dir. comm*., 1963, 409; G. OPPO, *Euguaglianza e contratto nelle società per azioni,* in *Riv. dir. civ.,* 1974, I, 380; D. PREITE, A*buso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni,* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, vol. 3, t. 2, *Assemblea*, Torino, 1993, 1; C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole di correttezza,* in *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, Napoli, 1993, 47; F. DI SABATO, *Il principio di correttezza nei rapporti societari,* cit.,133; A. BASSI, *Correttezza e contratto di società,* in *Giur. comm.,* 2002, I, 300; A. D'ANGELO, *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, in *Principi civilistici della riforma del diritto societario*, a cura di A. AFFERNI – G. VISENTINI, Milano, 2005, 109; G.C. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1964, 35; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 100; M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare,* Milano, 1990, 20. Contrario all'estensione del principio di buona fede in ambito societario C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario,* in *Giur. comm.*, 2000, I, 421, secondo cui occorre svincolarsi dalla prospettiva civilistica per meglio comprendere il funzionamento del contratto sociale.

[429] Cfr. G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, 1, nt., 1, osserva come "in epoca non più recente rilevava Salvatore Romano, voce *Buona fede*, in *Enc. dir*., V Milano, 1958, 677, che la buona fede, unitamente alla mala fede, era richiamata nel codice civile per circa settanta volte; oggi si hanno settantacinque richiami alla sola buona fede e altri venti alla mala fede".

[430] Sulla bipartizione tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo, si veda M. BESSONE – A. D'ANGELO, voce *Buona fede,* in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale,* Milano, 1957, 249; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 6; ID, *Cos'è la buona fede oggettiva?,* in *Il principio di buona fede*, Atti della giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985, Milano, 1987, 46; F.D. BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto,* in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 569; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato, in Riv. dir. comm*., 1965, I, 335; G. M. UDA, *op. loc. cit.,* che, nel distinguere buona fede soggettive e buona fede oggettiva osserva come "la prima ha natura

In senso soggettivo, la buona fede indica "uno stato intellettivo del soggetto, identificato talvolta nell'ignoranza e talvolta nell'errore"[431]; in senso oggettivo, invece, indica la "lealtà nella condotta"[432].

In questo secondo significato, in particolare considerando la fase di esecuzione del rapporto contrattuale, la dottrina prevalente non distingue la nozione di buona fede nell'esecuzione dal dovere di correttezza di cui all'articolo 1175 cod. civ.[433].

---

descrittiva di una situazione storica, mentre la buona fede oggettiva presenta una natura precettiva, ponendo l'obbligo di comportarsi secondo un modello socialmente apprezzabile. La buona fede soggettiva, pertanto, è uno strumento giuridico diretto all'esame di un fatto storicamente esistente, cioè di un fatto storicamente identificabile. La buona fede oggettiva, viceversa, si fonda su un dovere giuridicamente identificabile, configurandosi quale obbligo giuridico, atto dovuto, comportamento giuridicamente obbligatorio, diretto al perseguimento di specifici effetti" ed ancora come "sotto il profilo strutturale, mentre la buona fede soggettiva agisce nell'ordinamento giuridico in quanto parte integrante di una fattispecie normativa, e all'interno della medesima, la buona fede oggettiva si pone quale vera e propria clausola generale, cioè come dato normativo fondante un dovere giuridico di natura generale, ma idoneo a concretizzarsi in relazione al caso concreto in cui si pone".

[431] G. M. UDA, *op. loc. cit*.

[432] A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 117. All'interno della buona fede in senso oggettivo sono ricomprese, oltre all'ipotesi di buona fede nell'esecuzione del contratto – che qui interessa – la buona fede nella fase precontrattuale, prevista dall'articolo 1337 cod. civ., la buona fede nell'interpretazione del contratto, di cui all'articolo 1366 cod. civ.; la buona fede in pendenza di condizioni, disciplinata dall'articolo 1358 cod. civ., e nell'eccezione di di inadempimento (articolo 1460 cod. civ.). Occorre, pertanto, chiedersi se le figure ora elencate permettano di arrivare ad una configurazione unitaria della buona fede oggettiva. (Cfr. G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 33). L'unicità della figura della buona fede oggettiva sembra doversi negare alla luce dei differenti interessi tutelati dalle figure suindicate. Ed invero, mentre nella fase precontrattuale quello che rileva è l'interesse alla conclusione del contratto, inteso come interesse a creare un rapporto giuridico, nelle restanti ipotesi ciò che importa è l'interesse contrattuale ossia l'interesse al conseguimento del risultato determinato dallo svolgimento della dinamica contrattuale (sull'interesse nella fase precontrattuale, si veda, Cassazione, 10 agosto 2002, n. 12147; Cassazione 12 marzo 1993, n. 2973 in *Giur. it.,* 1994, I, 1, c. 605. In dottrina, cfr. V. RICCIUTO, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999, 78). Senza considerare che anche le varie figure di buona fede che operano all'interno della vicenda contrattuale (buona fede nell'interpretazione nel contratto, buona fede nell'esecuzione, buona fede nell'eccezione di inadempimento e in pendenza di condizione) tutelano sì tutte l'interesse contrattuale, ma, con esso, ciascuna garantisce anche gli specifici interessi che emergono nella fase contrattuale nella quale si inserisce. Ad esempio, la buona fede in pendenza di condizione mira a tutelare l'interesse a che non venga falsata la casualità della condizione e con essa dell'intero affare economico, laddove, invece, in fase di interpretazione la buona fede è volta a tutelare "l'interesse a che la volontà delle parti non venga "tradita" da una interpretazione formalistica e cavillosa" (così, G.M. UDA, *op. loc. cit*.). Non sembra, pertanto, sussistere una figura unitaria di buona fede in senso oggettivo.

[433] G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza,* cit., 288; U. NATOLI, *Le regole della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175),* cit., 129; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 141; A. D'ANGELO, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA – M. BESSONE, vol. IV, t. 2, in *Giur. sist. dir. civ. e comm*., fondata da W. Bigiavi,

La buona fede oggettiva si pone, quindi, come regola comportamentale alla quale devono attenersi le parti del contratto[434].

In particolare, il principio in esame si riporta a quello di solidarietà[435], e "con riferimento alle parti del rapporto contrattuale, esprime una concreta esigenza di solidarietà che può indicarsi come «solidarietà contrattuale»"[436].

Torino, 1991, 691; L. ROVELLI, *La correttezza, cit.,* 558; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit., 205; M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile nell'anno accademico 1953-1954*, Catania, 1954, 242; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 17; E. MOSCATI, *Osservazioni in tema di buona fede in senso oggettivo nel diritto privato italiano,* in *Gli allievi romani in memoria di Francesco Calasso*, Roma, 1967, 255; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1968, 47. Cfr., anche, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* vol. II*, Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in generale*, Padova, 1999, 547, secondo cui il dovere di correttezza, tuttavia, ha carattere più ampio in quanto riferito all'intera categoria delle obbligazioni e non solo a quelle nascenti da contratto.

Distinguono, invece, nettamente buona fede e correttezza, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni,* vol. III, *L'attuazione*, Milano, 1964, 2; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazion*i, vol. I, Milano, 1953, 68, secondo cui "la differenza tra l'un criterio e l'altro consiste soprattutto in ciò: la correttezza impone normalmente solo doveri di carattere negativo; la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo". Critico nei confronti di questa tesi A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 295, secondo cui "è superfluo sottolineare che una tale interpretazione fornisce basi assai poco sicure per distinguere la correttezza dalla buona fede. Il distinguere, infatti, obblighi positivi da doveri di contenuto negativo può dipendere veramente dalle singole situazioni in cui quelle nozioni sono destinate ad operare. Il che significa che tanto la buona fede quanto la correttezza potrebbero operare sia per mezzo dell'imposizione di doveri negativi quanto positivi. Non esistono preclusioni che possano far dipendere dalle diverse esigenze cui rispettivamente la buona fede e la correttezza dovrebbero assolvere".

[434] Così C.M. BIANCA, *op. loc. cit*. Analogamente, G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 48, che specifica come le parti, in base alla clausola di buona fede, debbono mantenere dei comportamenti che consentano al contratto di mantenere la propria effettività.

[435] Sul rapporto tra principio solidaristico e buona fede contrattuale, si veda G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto,* cit., 50, il quale rileva come la buona fede è un mezzo mediante il quale il più vasto principio solidaristico si esplica nell'ambito delle singole fattispecie contrattuali, impedendo la prevaricazione degli interessi di una parte nei confronti di quelli dell'altra. Tale assunto è accolto anche dalla prevalente giurisprudenza, cfr. Corte Costituzionale, 2 febbraio 1972, n. 12, in *Foro it*., 1972, I, c. 580; Corte Costituzionale, 28 luglio 1983, n. 252, in *Foro it*., 1983, I, c. 2648; Cassazione, 20 aprile 1994, n. 3775.

Sul principio solidaristico e sul fondamento costituzionale dello stesso, oltre l'Autore da ultimo citato, si veda G. ALPA, *La solidarietà,* in *Nuova giur. civ. comm*., 1994, II, 365; A. PALAZZO, *Attività etiche della persona e rapporti civili*, in A. PALAZZO – I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, 311.

[436] C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 209. In precedenza, si era già espresso in termini di solidarietà contrattuale, G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1977, 628.

Cfr., altresì, G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 83, che evidenzia come la solidarietà contrattuale sia solo una categoria della più generale solidarietà sociale. Nella specie, si osserva che "la solidarietà contrattuale assume un carattere di determinabilità secondo il modello più ampio della solidarietà giuridica, cioè nell'ottica che il principio solidaristico è chiamato a soddisfare. L'identità degli scopi tra la solidarietà sociale e la solidarietà contrattuale, e l'identità delle linee di determinazione di queste due categorie, sono date dal collegamento concettuale esistente tra esse. Più precisamente, la solidarietà

Quale principio di solidarietà contrattuale, la buona fede si specifica, poi, in due fondamentali canoni di condotta: da un lato, essa impone la lealtà del comportamento e, dall'altro, si specifica come obbligo di salvaguardia.

In questa seconda prospettiva la buona fede impone alla singola parte contrattuale di attivarsi, ponendo in essere tutti gli atti e le attività necessarie, al fine di salvaguardare l'interesse della controparte, ovverosia al fine di consentire che il contratto realizzi appieno il programma economico che le parti hanno convenzionalmente stabilito[437].

---

contrattuale è una categoria che, anche sotto il profilo giuridico, esprime un carattere di relatività, in quanto lega il principio solidaristico ad uno specifico fenomeno qual è il contratto. La solidarietà sociale, invece, nella sua qualità di principio generale, prescinde da un criterio di relativismo funzionale, informando di sé l'intero ordinamento giuridico. Si può dire quindi che la solidarietà contrattuale costituisce un'espressione, nell'ambito della singola fattispecie contrattuale della solidarietà sociale".

[437] Questo impegno di solidarietà, che si proietta al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del contraente che è tenuto a far salvo l'interesse della controparte, ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico. In mancanza di una particolare tutela giuridica dell'interesse altrui non si giustificherebbe, infatti, la prevalenza di quest'ultimo interesse su quello proprio del soggetto.

Sulla buona fede come strumento di salvaguardia dell'interesse della controparte, A. DI MAJO, *Dell'obbligazioni in generale*, cit., 325; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 509; ID., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 209, che specifica come "la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extrasociale del *neminem laedere*". Nello stesso senso, G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 90; G. CRISCUOLI, *Il contratto*, Padova, 2004, cit., 340; G.B. PORTALE, "*Uguaglianza del contratto: il caso dell'aumento di capitale in presenza di più categorie di azioni,* in *Riv. dir. comm*., 1991, 735; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 135.

La funzione della buona fede quale strumento di salvaguardia dei rapporti contrattuali è riconosciuta anche dalla giurisprudenza di legittimità che ha più volte riconosciuto che "la buona fede si pone quale regola di comportamento vincolante le parti nell'esecuzione del rapporto. Essa opera "al di là" e "contro" le specifiche previsioni contrattuali, perché sorretta da un fondamento etico di solidarietà, e, quindi, dotata dei caratteri tipici di una norma di ordine pubblico, sovraordinata ai poteri dispositivi delle parti. […] Più precisamente come principio di solidarietà contrattuale la buona fede si articola in due canoni della condotta, che attengono, rispettivamente, alla fase della formazione –interpretazione e alla fase della formazione-esecuzione del contratto. […] Il primo si traduce nel dovere di lealtà; il secondo di concreta nel cd obbligo di salvaguardia contrattuale. [...] Quest'obbligo vincola ciascuna delle parti - al di là di particolari previsioni negoziali e del dovere generale di *neminem laedere* – nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico […] Il contraente, quindi, è tenuto ad agire, nell'esercizio dei poteri discrezionali che gli derivano dagli accordi, in modo da salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse e con l'interesse per il quale il potere gli è stato conferito". Così Cassazione, 18 luglio 1989, n. 3362, cit., 2772. Analogamente, Cassazione, 20 luglio 1989, cit., 1084; Cassazione, 9 marzo 1991, n. 2503, in *Nuova giur. civ. comm*., 1993, 161; Cassazione 9 aprile 1987, n. 3480, in *Giur. it*., 1988, I, 1, 1609; Cassazione, 20 aprile 1994, n. 3375, in *Giust. civ*., 1994, I, 2159; Cassazione, 16 ottobre 2002, n. 14726; in *Danno e resp*., 2003, 174, con nota di PARTISANI, *L'integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche*

In altre parole, la buona fede rende giuridicamente obbligatori quegli atti e quelle attività necessari affinché il contratto possa perseguire gli effetti che le parti si erano proposte e per le quali erano addivenute alla stipulazione del contratto.

Nella specie, la buona fede interviene quando le disposizioni contrattuali previste espressamente dalle parti non sono di per sé sufficienti a disciplinare in maniera completa il rapporto fra le stesse.

In altri termini, la regola in commento interviene per evitare "l'aberrazione del funzionamento contrattuale"[438], conferendo obbligatorietà agli atti necessari per salvaguardare la funzionalità del contratto, al fine di rendere perseguibili le finalità alle quali esso è teso.

Creando degli obblighi contrattuali strumentali al programma economico voluto dalle parti la buona fede assume la qualifica di fonte di integrazione del contratto[439].

---

prodotte dalle inosservanze della clausola di buona fede; Cassazione, 27 ottobre 2001, n. 12093, in *Giust. civ*., 2001, I, 2322.

[438] G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 94.

[439] In questo senso, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 94; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 500; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 175; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 94; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, II, *Trattato di diritto privato diretto* da P. RESCIGNO, X, Torino, 1990, 473; A. D'ANGELO, *La buona fede e l'esecuzione*, cit., 763; F. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze dj tutela degli interessi sottostanti*, nota a Cassazione, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ*., 1990, I, 137; L. ROVELLI, *La correttezza*, in *I contratti*, a cura di G. ALPA – M. BESSONE, vol. I, Torino, 199, secondo cui "il richiamo alla legge, quale fonte d integrazione del contratto, investe la stessa clausola generale di correttezza e buona fede enunciata negli articolo 1175 e 1375 cod. civ., la quale si pone a sua volta come strumento di integrazione e regolamentazione contrattuale". Nello stesso senso, D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, 179; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 152. Per completezza occorre osservare come sulla qualificazione della buona fede quale fonte di integrazione del contratto non vi è unanimità di vedute. Parte della dottrina, infatti, preferisce limitare la funzione della buona fede a criterio valutativo del comportamento dei contraenti. In tal senso, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole di correttezza,* in *Banca, borsa, tit. cred*., 1961, I, 172; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 231; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi de contraenti,* Padova, 1992, 373; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso di diritto*, cit., 631; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., 60; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1969, 188.

In una particolare prospettiva si pone A. DI MAJO, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 295 e *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, che non nega che alla buona fede nell'esecuzione del contratto vada attribuita una funzione tale che essa renda "giuridicamente doverosi una serie di comportamenti, i quali pur

4.5 L'applicazione della clausola di buona fede in ambito societario. La posizione della giurisprudenza di legittimità.

Se la qualificazione della società come contratto, come detto più volte nei capitoli precedenti, sembra ormai acquisita[440] (e rafforzata dalla riforma del diritto societario[441], discussa è invece l'applicazione della clausola di buona

---

non rientrando nello schema degli obblighi integrativi che la norma o la legge o gli usi si incaricano di esprimere, nondimeno si rilevano necessari ed opportuni in funzione del raggiungimento del risultato che caratterizza quella singola operazioni contrattuale", ma al contempo, ritiene che a tale funzioni se ne affianchi un'altra secondo cui "la buona fede opera solo sul piano della esecuzione , con il risultato che l'esecuzione (dell'obbligo) deve aver luogo in modo da non pregiudicare lo scopo che si vuole raggiungere; in tal caso, la buona fede costituisce un mero criterio di qualificazione del comportamento esecutivo, con la conseguenza che la sanzione è da individuarsi in un diniego di effetti".

La qualifica della buona fede quale fonte di integrazione del contratto è accolta anche dalla dottrina prevalente, si veda, ad esempio, Cassazione, 13 gennaio 1993, n. 343, cit., 2142; Cassazione, 20 luglio 1989, n. 3385, in *Foro it.,* 1989, I, c. 3123; Cassazione, 8 febbraio 1986, n. 814; Cassazione, 12 luglio 1980, n. 4463.

[440] Circa la natura contrattuale delle società si veda G. FERRI, Le società come contratto, in *Studi per Ferrara*, Milano, 1943, I, 262; P. FERRO-LUZZI*, I contratti associativi*, Milano, 1971, 78; P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società,* in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. XVI, Torino, 1985, 5, che osserva come "il merito di aver restituito la società al contratto, senza per questo mortificare le indubbie peculiarità dell'operazione rispetto ai comuni affari di scambio, appartiene a quel settore della dottrina commercialistica che nel corso degli anni Trenta si assume il compito di accreditare presso la cultura giuridica italiana la nuova categoria sistematica del contratto plurilaterale". Al riguardo si vedano CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, 1967, 12; T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 259.

Contrari alla qualificazione della società come contratto, F. MESSINEO, *La struttura della società e il cd contratto plurilaterale,* in *Riv. dir. civ*., 1942, 74 (che, tuttavia, successivamente aderirà alla teoria contrattualistica nella voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir*., Vol. X, Milano, 1962, 161); L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, II, *Società commerciali personali*, Padova, 1951, 201. In estrema sintesi la tesi del carattere non contrattuale delle società si fondava sulla nozione classica di contratto, in base alla quale ogni contraente si trova in una posizione di contrapposizione (conflitto di interessi) con la controparte e le dichiarazioni di volontà costituenti l'accordo hanno come obiettivo la composizione negoziale degli interessi confliggenti in maniera da soddisfare i differenti scopo e i diversi bisogni: questa nozione sembrava difficilmente applicabile alla fattispecie societaria nella quale gli interessi individuali dei soci convergono tutti nell'interesse condiviso a realizzare lo scopo comune attraverso lo strumento societario. Da ciò si faceva discendere che la società non rientrava nella categoria dei contratti, ma in quella differente dell'atto complesso o dell'atto collettivo. Sulle teorie in argomento si veda P. JAEGER, *L'interesse sociale,* cit., 85.

[441] Ciò è anzitutto vero con riferimento alle società a responsabilità limitata per le quali l'articolo 3 della legge delega (legge n. 366 del 2001) ha espressamente affermato il principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci", ma è senz'altro vero anche per le società per azioni, sebbene in tale ambito gli indici non sono assolutamente univoci. In proposito, si veda L. ROVELLI, *op. loc. cit*.

fede nell'ambito del contratto di società[442] in considerazione dei caratteri peculiari che caratterizzano l'istituto societario[443].

Cfr., altresì, A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit. 147, che osserva come a sostegno della natura contrattuale della società per azioni depone, ad esempio, "la previsione della durata a tempo indeterminato della società (art. 2328, comma I, n. 13) a fronte della quale è assicurata al socio la possibilità di recedere con preavviso dall'organizzazione societaria.

L'Autore da ultimo citato osserva ulteriormente come "la relazione illustrativa del d.lgs n. 6 del 2003 fonda sulla natura contrattuale dell'atto costitutivo anche la disposizione dell'articolo 2331, ultimo comma, cod. civ., che nel testo modificato con la riforma, vieta solo l'emissione delle azioni prima della costituzione della società e non il loro trasferimento: secondo la relazione al legislatore è apparso coerente con la natura contrattuale dell'atto costitutivo di società non limitare la possibilità di un trasferimento della posizione di parte del contratto, ma soltanto per l'esigenza di assicurare la necessaria tutela del pubblico dei risparmiatori, che la sua negoziazione non utilizzi strumenti cartolari, bensì soltanto quello di diritto comune della cessione del contratto". La relazione al decreto succitato è consultabile in *Riv. soc*. 2003, 114.

[442] In proposito occorre osservare come nella maggior parte degli ordinamenti più evoluti la ricostruzione dello statuto del socio in posizione dominante viene, già da tempo, imperniata proprio sulla elaborazione dei doveri di correttezza e buona fede e sulla connessa responsabilità per la lesione degli interessi esposti ai rischi tipicamente generati dalla etero-direzione. Sul punto, si veda F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa*", cit., 157, nt. 132, dove ampi riferimenti sulla disciplina tedesca e su quella anglo-americana. Con riferimento all'ordinamento americano si vedano anche i *Priciples of Corporate Governance*, redatti *dall'American Law Institute at Washingto D. C*.: cfr. A.L.I*., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations,* St. Paul Minnesota, 1994, 325.

[443] L'applicazione dei principi di correttezza e buona fede nei rapporti endo-associativi ha registrato nella nostra esperienza uno sviluppo alquanto modesto, nemmeno lontanamente paragonabile all'imponente elaborazione tedesca della *Treupflich*t del socio come *Organisationsrechtli Sonderverbindung* verso la società e gli altri soci o del *duty of loyalty* come fonte di integrazione del contratto sociale nei sistemi anglo-americani. Si vedano i riferimenti alla nota precedente.

Per l'applicazione del principio di buona fede in ambito societario, nella nostra dottrina, A. D'ANGELO, *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, cit., 109, che osserva come "la specialità della materia societaria rende problematica la trasposizione di nozioni e tecniche plasmate ed affinate nella contemplazione di rapporti contrattuale di conflitti di interesse che sembrano aver poco in comune con il fenomeno societario". Ben si comprende, quindi, come il riferimento alla buona fede e alla correttezza abbia costituito solo una delle diverse proposte di configurazione e soluzione delle questioni che concernono il confine tra l'esercizio legittimo e quello abusivo di prerogative dei soci e della maggioranza. Per una dettagliata analisi delle diverse soluzioni proposte in materia di abuso della maggioranza, D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit., 82; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit. 1.

Sulle caratteristiche peculiari che differenziano l'istituto societario dagli altri contratti, si veda P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 2 secondo cui "il contratto di società si distacca per tutta una serie di caratteri dai restanti contratti. Distacco questo a ben vedere assai più netto di quello che contrappone ogni tipo di contratto, pel fatto solo di essere tale, agli altri; è in effetti la stessa applicazione alla società de principi e concetti propri della teoria generale del contratto a creare difficoltà". Si veda anche A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 123, che sottolinea come "l'ordinamento delle società capitalistiche ha struttura e vicende profondamente diverse non solo dai rapporti contrattuali disciplinati in via generale nel libro delle obbligazioni del codice civile, ma anche dai rapporti associativi tradizionalmente designati come privi di personalità giuridica (associazione non riconosciute e società di persone). Quell'ordinamento ha bensì natura contrattuale in quanto nascente da contratto, ma non è sottoposto alla disciplina generale dell'esecuzione del contratto e

Si è già detto che il contratto di società è caratterizzato dalla "scopo in comune"[444]. L'attività sociale presuppone la costituzione di un'organizzazione idonea allo svolgimento della stessa e al conseguente raggiungimento del predetto scopo[445].

All'interno dell'organizzazione societaria, "ciascuna delle prestazioni assunte dai soci, assume un certo grado di autonomia rispetto alle altre prestazioni. Sicché, la disciplina delle modalità secondo cui lo scopo comune deve essere perseguito resiste agli inquadramenti negli schemi del rapporto credito-debito, non trattandosi nel caso di regolare l'acquisizione di una prestazione ad una sfera individuale, ma il perseguimento appunto dello scopo comune"[446].

Ricostruito in tali termini il contratto di società, per un verso, sembra indubbio che allo stesso si applichi la disciplina dei contratti associativi e, per altro, sembrano evidenti i limiti dell'applicabilità *tout court* della disciplina generale dei contratti, pensata soprattutto con riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive. La disciplina generale comunque pare applicabile salvo che la normativa del contratto di società (inteso come

---

può caratterizzarsi per la carenza di qualsiasi anche astratta possibilità che il rapporto intersoggettivo tra i componenti del gruppo. In esso si manifesta il principio dell'eteronomia, in virtù del potere di taluno di prendere decisioni vincolanti per tutti anche relativamente a modifiche essenziali dell'originario regolamento contrattuale. Sono precisamente questi termini che giustificano l'uso del termine di ordinamento contrattuale: ad indicare sinteticamente una particolare forma giuridica di organizzazione derivante dal contratto, individuata dalla possibilità normativa di sviluppo autonomo rispetto alla volontà di tutti i contraenti e dal conseguente carattere riflesso delle posizioni giuridiche dei suoi componenti. Il contratto non regola così in modo definitivo gli interessi dei partecipanti, ma è funzionalmente destinato alla creazione di un'organizzazione idonea a realizzare autonomi mutamenti di struttura: attraverso la correlativa attribuzione di tale potere a una parte dei membri del gruppo determinari in funzione di un criterio legislativo (principio della maggioranza)".

[444] Cfr. A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 31, che osserva come la comunione di scopo indica che "l'avvenimento che soddisfa l'interesse di tutti i contraenti è unico (nella società, l'esercizio in comune dell'attività economica che forma oggetto del contratto), laddove nei contratti di scambio l'avvenimento che soddisfa l'interesse di una delle parti è diverso dall'avvenimento che soddisfa l'interesse dell'altra […]. Insomma, in ragione della comunione di scopo la prestazione di ciascun contraente non ritrova il proprio corrispettivo nella prestazione degli altri, ma lo ritrova nella partecipazione al risultato utile ottenuto mediante il concorso delle prestazioni di tutti". In tal senso, si veda anche P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali,* cit., 7.

[445] A. NUZZO, *op. loc. cit*, qualifica il contratto sociale come un contratto di organizzazione della futura attività.

[446] P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit. 9.

contratto con comunione di scopo) vi deroghi ovvero sia incompatibile con i principi di funzionamento dell'organismo societario, nelle sue diverse tipologie.

Le norme del libro V del codice civile non sembrano offrire argomenti per negare l'applicabilità della regola di buona fede anche nelle società di capitali[447].

Ed in questo senso si è espressa la giurisprudenza di legittimità a partire dalla nota sentenza 26 ottobre 1995, n. 11151, nella quale si è per la prima volta espressamente affermata l'applicabilità del principio di cui all'articolo 1375 cod. civ. anche al contratto di società[448].

Il ragionamento della Suprema Corte si è sviluppato nei seguenti passaggi logici.

a) L'articolo 1375 cod. civ. impone a ciascuna parte contrattuale di tenere quei comportamenti che, a prescindere dagli obblighi espressamente assunti con il contratto, siano idonei a soddisfare le legittime aspettative dell'altra parte.

---

[447] G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo,* in *Riv. dir. comm*., 1963, 409; G. OPPO, *Euguaglianza e contratto nelle società per azioni,* 380; D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit., 133; P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni,* Milano, 1958, 173; A ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., 629; R. WEIGMAN, voce *Società per azioni,* in *Digesto disc. priv., sez. comm.,* vol. XIV, Torino, 1997, 395; M. SENA, *Il voto*, cit., 375; M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1990, 55. In senso contrario, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 149, secondo cui dalla limitazione della responsabilità e dalla organizzazione possono derivare la sostituzione dei principi del contratto con i principi dell'ordinamento, sicchè il contratto di società non genererebbe più un contratto alla cui esecuzione possa fare da presidio la norma di cui all'articolo 1375 cod. civ., bensì un rapporto al quale si applica il principio generale di correttezza di cui all'articolo 1175 cod. civ.
Cfr., anche, A. BASSI, *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.,* 2002, I, 300, che afferma l'applicabilità del principio di correttezza alla società indipendentemente dalla conclusione che questa è un contratto. Sulla qualificazione della buona fede quale generale principio di comportamento, C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale,* cit., 206.

[448] Il testo della sentenza è rinvenibile in *Giur. comm*., 1996, II, 329, commentato da P. Jaeger, C. Angelici, F. Corsi, R. Costi. Invero, la Cassazione si era già espressa, anche se meno incisivamente, nel senso dell'applicazione della buona fede in ambito societario con la sentenza 21 dicembre 1994, n. 11017, con la quale aveva abbandonato l'artificiosa formula dell'eccesso di potere e qualificato in termini di inosservanza dell'obbligo di fedeltà allo scopo sociale o del dovere di correttezza e buona fede la consapevole e fraudolenta attività del socio di maggioranza che abbia perseguito il fine unico di realizzare il proprio utile, con danno per i soci di minoranza e senza vantaggio per l'interesse sociale.

b) A seguito dell'esplicito riconoscimento legislativo dell'esistenza di contratti con più di due parti[449], in cui le prestazioni sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, l'appartenenza all'area contrattuale dell'atto costitutivo delle società non può più essere messa in dubbio.

c) Né d'altra parte un ostacolo alla persistenza di un vincolo di natura contrattuale dopo la costituzione della società sembra doversi ravvisare nella personificazione delle società di capitali, essendo ormai unanimemente riconosciuto che la soggettività dei gruppi organizzati non può essere messa sullo stesso piano di quella degli individui persone fisiche. "Infatti, mentre in quest'ultimo caso l'imputazione delle situazioni giuridiche è fine a se stessa, nell'altro essa è destinata a tradursi in situazioni giuridiche individuali facenti capo a singoli membri. Il che porta ad affermare che l'ente è un centro di imputazione meramente transitorio e strumentale e a ravvisare, conseguentemente nella persona giuridica (non lo statuto di un'entità reale diversa dalle persone fisiche, ma) una particolare normativa avente ad oggetto pur sempre relazioni tra uomini"[450].

d) Infine, nessun valore può essere riconosciuto all'affermazione per cui il contratto di società, essendo stipulato per un'attività economica futura, dà luogo a situazioni di carattere strumentale, le quali richiedono per essere compiute e realizzate ulteriori determinazioni volitive per tutta la durata del rapporto che non potrebbero essere ricondotte nell'attività esecutiva di cui all'articolo 1375 cod. civ.

Tale impostazione, infatti, muove dalla considerazione che il contratto contenga, in ogni caso, un regolamento compiuto di un determinato assetto di interessi che le parti potrebbero solo specificare con maggiori dettagli. Una simile costruzione – idonea a descrivere i contratti di scambio – non

[449] Il riferimento è agli articoli 1420, 1446, 1459, 1466 del codice civile.

[450] Così Cassazione, 26 ottobre 1995, cit., 332. In dottrina si veda D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit., 146, che evidenzia come la personalità giuridica non è altro che un'espressione linguistica per indicare sinteticamente una particolare serie di effetti giuridici in capo a persone fisiche e conseguenti ad atti o fatti concernenti queste ultime. "La personalità giuridica è quindi un meccanismo per applicare alle persone fisiche un diritto speciale rispetto a quello che sarebbe loro applicabile se esse non entrassero in quei particolari rapporti giuridici intersoggettivi che consentono la costituzione della persona giuridica. […] La qualificazione della s.p.a. come persona giuridica non esclude di per sé la rilevanza dei rapporti intersoggettivi tra i soci sottoposti al vincolo della buona fede e correttezza". Sulla rilevanza della personalità giuridica si veda anche la successiva nota 466.

sembra adatta a rappresentare la complessa realtà del contratto di società ed, in generale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo. Questi contratti, infatti, essendo stipulati in funzione di un'attività da svolgere, necessitano per la loro attuazione di una serie indefinita di nuovi atti giuridici e appunto per questo "non possono regolare gli interessi dei soci in modo conclusivo, ma danno vita ad un'organizzazione che ha il compito di regolare lo svolgimento dell'attività programmata e che nelle società di capitali, è caratterizzata dall'attribuzione alla maggioranza dei soci, di un potere dispositivo, il quale si estende fino alla modifica del contratto originario"[451].

Conseguentemente – salvo a voler restringere, la nozione di contratto a quella dei contratti di scambio, in palese contrasto con quanto disposto dall'articolo 1321 cod. civ.[452] – anche le determinazioni prese dai soci durante lo svolgimento del rapporto sociale debbono considerarsi atti di esecuzione in quanto preordinati ad una migliore attuazione del contratto sociale[453].

E pertanto, sembra cadere ogni ostacolo all'applicazione in materia di società dell'articolo 1375 cod. civ.[454].

---

[451] Analogamente, in dottrina, R. WEIGMANN, voce *Società per azioni*, cit., 338, secondo cui "non sussistono ostacoli a considerare la vicenda societaria come proiezione dell'originaria volontà precettiva espressa nel contratto, e quindi, come autentica volontà esecutiva di esso, ciò in quanto la peculiarità del contratto di società rispetto alle altre figure sta nel fatto che con esso le parti regolano i propri interessi non, come di solito accade limitandosi a distribuire diritti e obblighi, ma fissando *in primis* le regole per la produzione di tutte le nuove determinazioni necessarie, nel tempo, a promuovere ed assecondare il conseguimento dello scopo comune". Conseguentemente, Weigmann osserva come "l'azionista, se è proprietario del suo titolo, è anche parte di un contratto e come tale si è impegnato ad eseguirlo secondo buona fede".

[452] L'articolo 1321 cod. civ., come noto, ricomprende nella nozione di contratto ogni accordo di due o più parti per costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico patrimoniale.

[453] Il Suprema Collegio osserva, altresì, che anche le stesse modifiche dell'atto costituivo trovano la loro ragion d'essere nell'esigenza di adeguare le caratteristiche dell'impresa alle condizioni, rapidamente mutevoli del mercato, al fine di salvaguardare la redditività e sono, quindi, pur sempre riconducibili allo scopo ultimo (ed essenziale) che i soci si sono prefissi quando hanno dato vita alla società.

[454] Per altro verso, sempre secondo la Suprema Corte, è importante rilevare come l'esistenza di un dovere di lealtà e correttezza a carico dei soci nei reciproci rapporti è desumibile oltre che dalla disciplina generale del diritto delle obbligazioni, anche da norme che disciplinano direttamente le società. "Infatti, a differenza di quanto avviene nei contratti di scambio, nei quali l'avvenimento che soddisfa l'interesse di uno dei contraenti è diverso da quello che soddisfa l'interesse dell'altro, in questo caso la realizzazione dell'interesse dipende, per ognuno, dal conseguimento di una finalità mediata, comune a tutti. Con il contratto di società viene costruita, in effetti, una comunione di interessi, la cui esistenza, mentre dà ragione della subordinazione della

4.6 Le posizioni della dottrina.

La decisione della Cassazione ha aperto in dottrina un acceso dibattito, ancora non sopito, circa l'applicabilità del principio di buona fede in ambito societario, nella specie, con riferimento al settore delle deliberazioni assembleari[455].

Alcuni autori, accogliendo l'orientamento della Suprema Corte, hanno rilevato come "l'assemblea dei soci è organo costituito per l'attuazione del contratto. Il voto espresso dai soci in assemblea è atto mediante il quale questi ultimi danno esecuzione al contratto di società. Il voto è atto giuridico che non ha in sé una propria causa: la ripete dal contratto di società, al quale dà esecuzione"[456].

---

volontà del singolo socio a quella della maggioranza (in base alla considerazione che il voto, pur essendo rimesso al libero apprezzamento di ciascuno, è pur sempre attribuito in funzione del perseguimento dello scopo comune), esclude al tempo stesso che il voto possa essere legittimamente esercitato per finalità particolari, estranee alla causa del contratto di società: come è confermato dall'articolo 2373 cod. civ. (il riferimento è alla disposizione ante riforma), che non va pertanto riguardato come norma eccezionale, ma quale espressione dell'esigenza che i rapporti all'interno della società si realizzino attraverso comportamenti coerenti con gli scopi per i quali il contratto sociale è stipulato".

In senso conforme alla sentenza in commento, Tribunale Milano, 29 gennaio 1998, in *Giur. it.,* 1998, I, 2, 2114, che configura la strumentalizzazione del voto determinante al perseguimento di vantaggi ingiustificati con pregiudizio dei soci di minoranza come comportamento contrario al principio della buona fede nell'esecuzione del contratto. Analogamente, Tribunale Como, 1 giugno 2000, (ord.), in *Società,* 2001, 76, che, invocando la regola generale della correttezza nei rapporti societari, accoglie la domanda di sospensione cautelare di una deliberazione di aumento di capitale preordinata all'estromissione del socio di minoranza, sulla scorta di una puntuale analisi delle ragioni economiche e delle circostanze di fatto della decisione (il dissidio, che aveva dato origine alla controversia, era insorto tra due coniugi separati di una società familiare).

[455] Già antecedentemente alla sentenza si erano interrogati sull'applicabilità del principio di buona fede in ambito di deliberazioni assembleari A. GAMBINO, *Il principio di correttezza, op. loc. cit*.; D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit.82; G.B. PORTALE, "*Uguaglianza e contratto*", cit., 735; P. RESCIGNO, *L'abuso di diritto*, 232.

[456] Così F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali, in Contratto e impresa*, 1996, 2, che specifica ulteriormente come la circostanza che il voto sia esso stesso atto di volontà, non osta alla sua qualificazione come atto esecutivo di un preesistente contratto. Analogamente, R. WEIGMAN, voce *Società per azioni*, cit., 395; P. RESCIGNO, *L'abuso di diritto*, 1998, 280; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 145; A. PATRONI GRIFFI, "Fiduciary duties*" e gruppi di società,* in *Giur. comm*., 1994, I, 911, ove un'aperta critica ai preconcetti organicistici che si oppongono all'affermazione della rilevanza delle relazioni giuridiche interne, in sede di attuazione del rapporto sociale; M. STELLA RICHTER JR, *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra i soci,* Milano, 1996, 276; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 22, che sottolinea come "il

Di conseguenza, si ritiene che in fase di deliberazione devono essere rispettati i principi relativi all'esecuzione del contratto e, in specie, il principio di buona fede[457].

Altra parte della dottrina, criticando le affermazioni della Corte di Cassazione, ha osservato come il richiamo all'articolo 1375 non terrebbe conto dell'evoluzione legislativa che, "grazie alla disciplina comunitaria alla quale è estranea l'ottica contrattualistica propria della nostra dottrina, ha inciso profondamente sul sistema prescindendo da qualsiasi postulato dogmatico e ponendo norme, che prescindono dall'originaria esistenza di un contratto costitutivo di società di capitali" e che occorre "molto più semplicemente riconoscere che i rapporti tra soci nelle società di capitali […] non sono direttamente disciplinati dalle norme in tema di esecuzione o validità dei contratti, ma hanno una disciplina propria, espressa dalle norme generali o speciali che disciplinano i vari tipi di organizzazione societaria"[458].

---

giudizio di buona fede svolge una funzione integrativo-corettiva fondamentale per l'elaborazione di adeguati standard di controllo in ambito societario" e come, in particolare, "tale giudizio consente di vagliare sotto il duplice (e concorrente) profilo della legittimità dell'atto deliberativo e della liceità della condotta di voto, una molteplicità di situazioni conflittuali, talora anche esorbitanti dallo schema della diretta collisione con l'interesse sociale, concepito in termini unitari, e per così dire, patrimonialistici". L'Autore osserva, poi, acutamente, come "la diffusa propensione a risolvere l'interesse dei soci in quanto tali nella esigenza di salvaguardia e di valorizzazione del patrimonio costituito in capo alla società-persona e destinato allo scopo lucrativo comune ha avuto come conseguenza la tendenziale esclusione dall'ambito applicativo del rimedio di una serie di istanze di tutela societarie individuali, le quali trovano fondamento in quella speciale comunione di interessi fra i soci che deriva dal contratto di società".

In tal senso, precedentemente alla pronuncia della Suprema Corte si era già espresso D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni,* Milano, 1992, 134, secondo cui "è chiaro che se la s.p.a. è un contratto, i voti ivi espressi (siano essi qualificati come esecuzione di una prestazione o esercizio di un potere) sono esecuzione di un rapporto giuridico tra i soci, come tali sottoposti agli articoli 1175 e 1375 cod. civ.".

[457] Cfr. D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit., 161, il quale ha, altresì, specificato che il principio di buona fede è idoneo, non solo a stabilire il dovuto contemperamento di interessi sociali, ma anche quali interessi sociali le parti avrebbero indicato nel contratto, se ne avesse previsto la necessità e se l'indicazione non fosse stata troppo costosa.

[458] A. GAMBINO, *Cassazione e contrattualismo societario*, commento a Cassazione, 26 ottobre 1995, cit., 345. L'illustre Autore, però successivamente afferma che "in base al sistema giuridico vigente, è in altri termini confermata la strada, per la quale la norma sull'esecuzione secondo buona fede dei contratti è bensì utilizzabile, ma insieme ad altre norme reperibili nel nostro ordinamento giuridico, al fine di riconoscere esistente, anche per le deliberazioni assembleari, un principio generale di buona fede o meglio di correttezza".

In una posizione analoga sembra anche R. COSTI, *Cassazione e contrattualismo societario*, cit., 350, che, pur non negando espressamente l'applicabilità dell'articolo 1375 cod. civ., ha sottolineato come "deve essere

Alcuni autori hanno poi sottolineato il timore di applicare clausole generali, qual è quella di buona fede, nell'ambito del diritto societario[459]: in questo settore occorrono certezze e, quindi, il diritto di creazione giurisprudenziale, che caratterizza l'applicazione delle clausole generali, non sembra adatto[460].

Tali critiche non paiono condivisibili. Innanzitutto, con riferimento all'assunto dell'inutilizzabilità in materia societaria di clausole generali, occorre osservare come nella disciplina societaria il legislatore si è avvalso più volte di formule di carattere generale[461]. Si pensi, ad esempio, all'articolo 2263 cod. civ., in base al quale il giudice è chiamato secondo *equità* a determinare la parte di utili spettanti al socio d'opera ovvero all'articolo 2359 che attribuisce al giudice il dovere di stabilire quanto ricorra l'*influenza dominante* o l'*influenza notevole* nell'ambito delle società controllate o collegate o, ancora, all'articolo 2393 cod. civ., che

---

scoraggiato ogni tentativo di sottrarre, senza adeguata giustificazione, ambiti di applicazione alla disciplina dettata dall'articolo 2373 cod. civ., a favore di quella che si affida esclusivamente ai principi d buona fede e/o scorrettezza poiché non sembra dubbio che lo strumento che l'articolo 2373 prevede a tutela delle minoranze sia più efficace di quelli che si possono rinvenire nelle regole di buona fede e correttezza".

[459] Tale critica è stata ribadita, anche recentemente, in sede di riforma del diritto societario, laddove in seno alla Commissione Vietti è stato proposto di introdurre espressamente una norma che enunciasse il dovere di comportarsi nei rapporti relativi alla società secondo le regole di correttezza. Come detto, questa proposta è stata respinta sul rilievo dell'inopportunità di introdurre nel diritto societario delle clausole generali ed "una sorta di super principio". In proposito, si veda F. DI SABATO, *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, cit., 135.

Già prima della riforma, diversi furono i tentativi (senza esito) di introdurre in materia societaria un'espressa clausola di buona fede. Un primo tentativo, agli inizi degli anni novanta, fu quello della Commissione presieduta da F. di Sabato, commissione chiamata a redigere un progetto di riforma del diritto societario (il testo del progetto è consultabile in *Riv. dir. impr.*, 1992, 361 ed un commento allo stesso si rinviene in AA. VV., *Il ruolo attuale delle società di persone e la prospettiva di riforma della disciplina codicistica*, a cura di F. DI SABATO, Napoli, 1993). Un secondo tentativo si ebbe con il Progetto Rovelli per la riforma del diritto delle società (per un commento a questa proposta di riforma, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le disposizioni generali sulle società e sulle società di persone. Prospettive di riforma*, a cura di N. ROCCO DI TORREPADULA, Milano, 2001). L'articolo 2249 del progetto prevedeva che nei rapporti relativi alle società dovessero essere osservate le regole di correttezza.

[460] Sull'applicazione delle clausole generali si veda C. CASTRONOVO, *L'avventura delle calusole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, 70, dove ampia bibliografia.

[461] Cfr. F. DI SABATO, *Il principio di correttezza*, cit., 141, che evidenzia come non solo la disciplina delle società, ma anche quella, in generale, delle attività economiche, ricorrono in numerosi casi a principi generali, clausole generali, formule generali, che rimandono al giudice per la determinazione della disciplina del caso concreto.

attribuisce all'autorità giudiziaria il compito di valutare la *diligenza nell'adempimento dei doveri degli amministratori*, o, infine, allo stesso articolo 2409 che attribuisce al tribunale il compito di valutare la sussistenza delle "gravi irregolarità".

Anche la Relazione al decreto legislativo di riforma – nel giustificare l'introduzione in materia dei gruppi di società della responsabilità della capogruppo per violazione "dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria" – ha specificato come il richiamo a formule generali è ineliminabile nella legislazione commercialistica, sottolineando, poi, come spetti "a dottrina e giurisprudenza individuare e costituire questi principi".

Quanto all'osservazione che il contratto di società è disciplinato da una normativa speciale, occorre osservare come, sebbene questo sia vero è altrettanto vero che la stessa "normativa speciale" richiama più volte il principio di correttezza[462] e che, pertanto, tale principio non appare incompatibile con la disciplina del contratto di società.

Anzi, benché non enunciato espressamente, il principio di correttezza sembra essere uno dei principi fondanti il sistema societario[463].

Né, come rilevato dalla Suprema Corte, un ostacolo all'applicazione del principio di correttezza in ambito societario, si potrebbe individuare nella personificazione delle società di capitali. Ed, infatti, l'iscrizione della società nel registro delle imprese, sebbene dia vita ad un'autonoma struttura organizzativa, non determina per ciò il venir meno di ogni rapporto tra i contraenti[464].

---

[462] Si pensi all'articolo 2497 cod. civ. in tema di responsabilità della capogruppo, all'articolo 2403 cod. civ., laddove si prevede che "il consiglio di sorveglianza vigila sull'osservanza dei principi di corretta amministrazione" oppure all'articolo 2598 cod. civ., secondo cui è atto di concorrenza sleale quello "non conforme ai principi di corretta professionale".

[463] In tal senso, F. DI SABATO, *Il principio di correttezza*, cit., 139.

[464] In apparenza, il riconoscimento della personalità giuridica che alle società per azioni è dato con l'iscrizione nel registro delle imprese, potrebbe indurre a ritenere che i soci diventino parte di un nuovo organismo, nel quale si disperdono le singolarità, per dar luogo ad un soggetto giuridico non solo completamente nuovo e distinto, ma che si alimenta di vita propria. Tale concetto di persona giuridica non può essere accolto: "la persona giuridica, è stato da tempo dimostrato non è un "omone", ed una siffatta configurazione porterebbe lontano dalla realtà economica del fenomeno, sarebbe insomma una rappresentazione antropomorfica di ciò che altro non è che una creazione dell'uomo, e dunque non può risolversi in altro se non una relazione tra individui". Così E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, cit., 54, che riprende il celebre passaggio di T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi della società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano,

In particolare, a seguito della costituzione della società gravano su ogni socio due vincoli fondamentali: da un lato, il socio-contraente si obbliga verso tutti gli altri soci a non ostacolare il perseguimento dell'oggetto sociale[465], dall'altro, accetta il metodo decisionale di tipo maggioritario, accetta, cioè, che sia la maggioranza a decidere delle sorti anche della propria quota di partecipazione.

"Questi vincoli di immanente natura contrattuale, fasciano i rapporti intersoggettivi dei soci per tutta la durata del rapporto sociale"[466] ed "emergono ed acquistano pieno vigore non appena più intenso diventa il contatto tra i consociati, il che ha luogo nel procedimento assembleare"[467],

---

1959, 236. L'illustre Autore, defininendo la persona giuridica, osserva come con tale locuzione "facciamo riferimento solo ad un modo di esprimere una disciplina normativa. La normativa riassunta con "persona giuridica" è a sua volta sempre risolubile in una normativa concernente atti di uomini nati da ventre di donna; con "persona giuridica" vogliamo perciò solo brevemente indicare una disciplina normativa ed una disciplina normativa poi risolubile in nome pur sempre concernenti relazione tra uomini. […] Il "collettivo" si riduce appunto a una relazione tra uomini e non alla costituzione di «omoni»; si riporta in via definitiva a una dinamica di relazioni tra uomini e non ad una statica costituzione di «omoni»".

La mera strumentalità della persona giuridica rispetto allo svolgimento del rapporto sociale è sottolineta anche da G. OPPO, *Euguaglianza e contratto nelle società per azioni*, cit., 379; G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, cit., 412; F. D'ALESSANDRO, *I titoli di partecipazione*, 1968, Milano, 72, secondo cui "il procedimento di imputazione di situazioni giuridiche fa capo in ultima analisi, sempre e comunque, alla persona umana (il riferimento a soggetti diversi dall'uomo essendo soltanto un modo indiretto e può complicato di riferirsi pur sempre ad individui". Analogamente, G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica e i problemi della società per azioni,* in *Riv. soc.*, 1999, 114; F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali,* in *Contratto e Impresa*, 1996, I, 3.; P. BENAZZO, *Autonomia statutarua e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Padova, 1999, 227, che rileva come "la personalità giuridica nasce per l'uomo e vive per l'uomo: ancorché appaia poterne fare a meno, essa non può essere cosa diversa da una mera tecnica di organizzazione dell'attività di esseri umani".

[465] Cfr. A, NUZZO, *op. loc. cit.,* 157, secondo cui la scelta di quella particolare società, l'adesione a quel particolare contratto, seppur non obbliga il socio ad un'attiva collaborazione per la realizzazione dell'oggetto sociale, gli impedisce di tenere nella società comportamenti tali da ostacolare o renderne impossibile il perseguimento.

Si veda anche G. OPPO, *op. loc. cit*., che evidenzia come "se il fondamento contrattuale della società (non più in discussione, neanche per le società di capitali) non ha solo un valore storico e costruttivo o limitato alla disciplina del fatto, ma deve avere un significato anche nella valutazione dell'effetto e quindi del rapporto, non può disconoscersi che tra le parti il contratto fissi intangibilmente almeno la proporzione reciproca della partecipazione ai vantaggi e ai sacrifici contrattuali e che nessuno può imporre alla parte, nei rapporti con le altre, un mutamento di quella proporzione. Qui non vi è ragione alcuna di tutela della maggioranza contro un'azione antisociale del singolo, ma solo ragione di tutela del singolo contro l'azione anticontrattuale della maggioranza intesa a spogliare una parte contrattuale a vantaggio di altra. Il rispetto, così inteso, delle posizioni reciproche deve certo valere identicamente per tutte le parti del contratto".

[466] A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 157.

[467] A. NUZZO, *op. loc. cit*.

quando i soci si ritrovano per l'esercizio in comune dell'attività indicata nello statuto.

La buona fede, in questo contesto, rappresenta la regola dell'esercizio del potere del socio di maggioranza di vincolare i soci assenti e dissenziente e si configura una violazione di tale regola ogniqualvolta la maggioranza assembleare contravvenga alle norme contrattuali che disciplinano l'esercizio del suddetto potere, arrecando un danno alla minoranza azionaria[468].

D'altra parte, al fine di giustificare l'applicabilità della buona fede in ambito societario, non sarebbe fondamentale nemmeno riconoscere la natura contrattuale della società e quella di atto esecutivo del contratto sociale dell'esercizio del diritto di voto in assemblea[469].

E', infatti, oramai unanimemente riconosciuto che le regole di buona fede e correttezza si applicano non solo ai contratti e alle obbligazioni contrattuali, ma a tutti i rapporti giuridici obbligatori, anche di origine non contrattuale, e più in generale a tutte le "situazioni in corso di effetto" nelle quali "sussista o sia in formazione un vincolo giuridico tra soggetti

---

[468] Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., che evidenzia come "la regola della buona fede, riguardata nel suo basilare aspetto protettivo, obbliga il soggetto in posizione di influenza dominante ad esercitare ragionevolmente i poteri (di proposta, di approvazione, di veto) attribuitigli dallo statuto dell'organizzazione della società e a non impiegare, comunque, il proprio diritto corporativo né in danno della stessa, diminuendone il patrimonio o la capacità di profitto o il valore globale delle azioni; né in danno ai soci di minoranza, pregiudicando la loro posizione a prescindere da ogni lesione all'interesse sociale, sia pure inteso in senso pluralistico".

[469] Nega la qualifica dell'esercizio del diritto di voto come atto di esecuzione del contratto A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit,, 132, che afferma doversi tenere presente "che il voto non rappresenta una prestazione dovuta in esecuzione del contratto sociale, ma una partecipazione, attraverso le forme proprie dell'organizzazione di gruppo, all'esercizio dell'attività. Tale tesi è ampiamente criticata da D. PREITE, *op. loc. cit*.

In ordine alla qualificazione del voto come atto esecutivo del contratto sociale si veda anche A. NUZZO, *L'abuso della minoranza,* cit., 158, che, sembra distaccarsi parzialmente dalla dottrina maggioritaria (la quale afferma la natura esecutiva dell'atto di votazione), affermando che "i voti espressi in assemblea non rappresentano in sé una mera esecuzione né una semplice attuazione del contratto sociale, poiché evidentemente manca quell'elemento di doverosità proprio della posizione debitoria e peculiare dei contratti di scambio; costituiscono tuttavia manifestazione del diritto allo svolgimento del piano negoziale convenuto, e perciò attengono alla fase dell'esecuzione dello stesso".

determinati nonché sia alle situazioni giuridiche attive (diritti soggettivi) che a quelle passive (doveri)"[470].

Indubbiamente un simile vincolo si crea tra i soci di una società che sono chiamati, in sede di deliberazione assembleare, a decidere le linee da adottare per il soddisfacimento dello scopo per il quale l'organizzazione è stata costituita.

Ed anzi, l'obbligo di rispettare il principio di buona fede sembra trascendere l'ambito delle deliberazioni assembleari e sembra estendibile a tutti i comportamenti adottati dai soci nell'esercizio dei propri diritti e doveri all'interno della società[471].

4.7 Le conseguenze della violazione del principio di correttezza e buona fede.

[470] D. PREITE, *L'abuso della regola di correttezza*, cit., 134; P. RESCIGNO, *L'abuso della maggioranza*, cit., 232; A. BASSI, *op. loc. cit;* U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 42; F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di),* in *Enc. dir*., X, Milano, 1962, 713, nt. 42; U. NATOLI, *La regola della correttezza*, cit., 126; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 126. Si veda anche F. DI SABATO, *Il principio di correttezza*, cit., 137, secondo cui la capacità espansiva delle singole norme del sistema civilistico, ad essere lette come espressione di un principio generale di correttezza emerge innanzitutto dalla nota enunciazione della Relazione al Libro delle obbligazioni dove si definisce la correttezza come "dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dai limiti della legittima tutela dell'interesse proprio". Come rilevato dall'Autore da ultimo citato, benché il riferimento sia alla materia delle obbligazioni, "si va ben oltre il rapporto creditore- debitore di cui all'articolo 1175 cod. civ. Analogamente, A. D'ANGELO*, Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, cit., 113, In senso contrario A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 157

Sulla qualificazione della buona fede quale principio generale che si applica anche al di fuori della materia contrattuale, diverse sono state le pronunce della Suprema Corte. Nella sentenza sopra commentata, in particolare, si specifica che l'articolo 1375 cod. civ. costituisce specificazione di un più generale principio di solidarietà che abbraccia tutti i rapporti giuridici obbligatori, anche di origine non contrattuale vincolando le parti al dovere di lealtà e rispetto della sfera altrui. Nello stesso senso, Cassazione, 24 marzo 1999, n. 2788, in *Giur. it*., 1999, I, 1, 1800 che definisce la buona fede come "oggetto di un vero e proprio dovere giuridico"; Cassazione 28 luglio 2004, in *Nuova giur. civ. comm*., 2005, I, 605; Cassazione 28 settembre 2005, n. 18947, in *Guida dir*., 2005, 49.

[471] Cfr. A. D'ANGELO, *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede,* cit., 111, che rileva come il riferimento al principio di buona fede permette di sanzionare anche i comportamenti illegittimi diversi dall'esercizio abusivo del voto. "Alla stregua della clausola generale potranno infatti apprestarsi rimedi a condotte in vario senso abusive, quali ad esempio, quella volta a determinare il mancato funzionamento dell'assemblea e, quindi, lo scioglimento della società, ovvero potrà sindacarsi lo stesso esercizio di prerogative legalmente stabilite, come quelle concernenti il diritto della minoranza qualificata alla convocazione dell'assemblea".

Dimostrato che la regola di buona fede vige anche in ambito societario, occorre chiedersi quale sanzione sia applicabile nell'ipotesi nella quale i soci di maggioranza – abusando del potere loro attribuito di vincolare gli altri soci alla loro volontà – adottino delle delibere lesive degli interessi delle minoranze azionarie.

Attualmente, l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza ritiene che la delibera adottata in violazione del principio di correttezza sia annullabile ai sensi dell'articolo 2377 cod. civ.[472].

Tuttavia estremamente problematica è parsa la definizione del percorso che dalla condotta viziata dei soci di maggioranza porta a sanzionare la deliberazione assunta dall'assemblea. Ciò in quanto "l'abuso della maggioranza si manifesta nel procedimento, ossia all'interno dei lavori che conducono alla formazione di un atto che non si pone come espressione della volontà dei soci individualmente considerati, ovvero della maggioranza di essi, ma come espressione della volontà comune"[473].

Parte della dottrina[474] ha cercato di individuare il collegamento tra il piano del rapporto obbligatorio dei soci, da un lato, e quello della delibera assembleare, dall'altro, nella presenza della personalità giuridica e nella rilevanza della stessa nei rapporti tra i soci. Nella specie, si è osservato che i soci, in quanto legati dal vincolo giuridico societario sono, sempre secondo i principi generali, soggetti agli obblighi degli articoli 1175 e 1375 cod. civ.; che "l'ordinamento non esclude l'imputabilità alla società di

---

[472] Cfr. D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit., 136; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 216; G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari,* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, Torino, 1993, vol. 3, t. 2, 219.
Nel senso che in generale la violazione del dovere di buona fede non comporta l'invalidità dell'atto, si veda NANNI, *La clausola generale di buona fede,* in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 333.

[473] A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 215, che sottolinea come la situazione non cambi se la decisione è presa al di fuori del metodo assembleare. Il riferimento è, chiaramente, alle società a responsabilità limitata.
Cfr., altresì, M. CASSOTTANA, *L'abuso*, cit., 52, che rileva come "la fondamentale difficoltà d'ordine dogmatico risiede nel giustificare l'invalidità dell'atto contrario a buona fede, sia esso la singola manifestazione del voto o il contenuto della volontà assembleare. La formulazione dell'articolo 1375 cod. civ. non autorizza, infatti, a ritenere di per sé invalido o inefficace l'atto di esecuzione contrattuale contrario a buona fede, la violazione di tale norma costituisce soltanto fonte di responsabilità per l'inadempimente".

[474] D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit., 136.

quelle caratteristiche del voto che potrebbero qualificarsi come suoi vizi in una prospettiva extrasocietaria, che cioè consideri il voto solo come dichiarazione (non importa se di volontà o di scienza)"; che la valutazione di quali caratteristiche siano imputabili al soggetto giuridico società è rimessa all'interprete secondo "un giudizio sugli interessi che una o l'altra soluzione soddisfa, in relazione all'effetto che ciascun supposto vizio del voto ha sul procedimento assembleare come disciplinato dalla legge"; che "nel caso in esame una repressione degli abusi della maggioranza è una condizione imprescindibile per un reale effetto deterrente e riparatorio degli abusi della maggioranza". Da ciò sembra conseguire che gli effetti giuridici della violazione degli articoli 1175 e 1375 devono essere – in base ai principi generali ora menzionati – imputati alla società, salvo espressa indicazione legislativa contraria[475].

L'opinione desta qualche perplessità: è il socio a violare il principio di buona fede e non la società. La deliberazione assembleare riferibile alla società, seppur viziata nel procedimento assembleare, non costituisce essa stessa violazione del principio di correttezza, ma rappresenta solo un effetto della violazione dell'obbligo di salvaguardia[476].

---

[475] D. PREITE, *op. loc. cit*., che rileva come, in assenza di un'espressa disposizione legislativa che precluda che la violazione sia imputabile anche alla società:

- innanzitutto, l'approvazione o la reiezione con il voto determinante di soci che abbiano violato gli articoli 1175 e 1375 cod. civ. dà luogo a un obbligo di risarcimento a favore dei soci danneggiati da parte della società, poiché è questa la sanzione propria, secondo i principi generali del diritto delle obbligazioni, della violazione delle norme suindicate;
- in secondo luogo, anche condotte omissive da parte della maggioranza possano dar luogo a risarcimento danni;
- infine, le deliberazioni approvate con il voto determinante di soci che hanno violato il principio di buona fede sono altresì invalide ai sensi dell'articolo 2377 in quanto adottate in violazione di legge.

Favorevole all'imputazione della violazione alla società anche F. CHIMOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari,* Milano, 1969. Tale dottrina è a torto citata da F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 11, nt. 27, tra coloro che sostengono la responsabilità risarcitoria di natura aquiliana del socio di minoranza verso il socio di maggioranza. Effettivamente il Chiomenti, alla p. 199, afferma che la revoca della deliberazione contraria a un dovere di comportamento importa la responsabilità del "revocante", ma più avanti chiarisce che tale soggetto coincide con la società.

[476] A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 216, che evidenzia come sono gli azionisti di maggioranza a violare l'obbligo di buona fede, la deliberazione assembleare costituisce soltanto "l'atto che, sotto il profilo ricostruttivo, completa l'inadempimento del socio che abusa del proprio potere".

In senso contrario sembra porsi A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., 325, laddove afferma che "non sarebbe ipotizzabile un'azione del socio leso rivolta individualmente nei confronti degi altri soci, che persistano in assemblea nel comportamento abusivo malgrado la sentenza di annullamento. Le deliberazioni

L'imputazione della violazione alla società appare una forzatura. Continuano, infatti, ad aversi due piani distinti: da una parte, la violazione di un comportamento dovuto ad alcuni soci verso altri e, dall'altra parte, la deliberazione assembleare assunta in violazione di tale obbligo di comportamento.

Più convincente pare un secondo orientamento, che qualifica l'inadempimento dell'obbligo di salvaguardia come violazione delle regole dello statuto[477].

Si è detto che la buona fede è regola di governo dell'esecuzione del contratto e, in particolare, in sede assembleare norma che regola l'esercizio del potere del socio di maggioranza di vincolare i soci assenti e dissenzienti, si configura un abuso della maggioranza.

Ebbene, l'abuso della maggioranza si configura proprio nell'ipotesi di violazione delle norme contrattuali che disciplinano l'esercizio del potere del socio di maggioranza di vincolare i soci assenti e dissenzienti. Conseguentemente, l'abuso della maggioranza integra una violazione dello statuto o dell'atto costitutivo e, per tale ragione, la delibera può essere impugnata ai sensi dell'articolo 2377[478].

---

pure illegittime, sono infatti imputata legalmente alla società e non ai singoli votanti, non essendo prevista una rilevanza autonoma dei voti rispetto alla deliberazione".

[477] A. NUZZO, *op. loc. cit.*; G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 244, che parte dal presupposto secondo cui l'articolo 2377 cod. civ. sanziona l'inosservanza delle norme che la legge e lo statuto dettano per regolare "l'esercizio del potere di alcuni soci verso altri soci" ossia l'esercizio del potere consentito dalla regola di maggioranza. Sul punto si veda anche P. FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1993, (ristampa inalterata) 136.

[478] A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 219, secondo il quale, "seppur formalmente distinti, i due piani sopra detti, l'uno relativo ai rapporti tra soci e l'altro ai rapporti tra questi e la società, trovano un punto di incontro là dove la norma legittima all'impugnazione della deliberazione assembleare anche ove questa non sia stata appunto adottata in conformità degli obblighi assunti nel contratto sociale. L'abuso della maggioranza esprime appunto una violazione del contratto imputabile al socio in esercizio del diritto di voto".

L'Autore ora citato osserva, altresì, come potrebbe altrimenti ritenersi che l'impugnabilità a norma dell'articolo 2377 cod. civ. dipenda dalla non conformità della deliberazione alla legge, "posto che si deduce la violazione di un obbligo che trova fonte nella legge (all'art. 1375 cod. civ.) e, più in generale, nella legge (e non nell'atto costitutivo, che al più sul punto può ripetere e precisare la previsione di legge) che trova disciplina il potere di vincolare". Il problema ha evidente carattere speculativo, essendo privo di conseguenze sul piano pratico. Appare, tuttavia, più corretto parlare di non conformità allo statuto, poiché la violazione interviene nella fase esecutiva del contratto sociale (così come integrato dalla legge).

Cfr. anche MARTINES, *L'abuso di minoranza nelle società di capitali,* in *Contr. impr.*, 1997, I, 1198, per il quale l'annullabilità della delibera è da rincodurre al fatto che non è stata adottata in conformità con il

4.8 Le deliberazioni assembleari contrarie agli ordini dell'autorità giudiziaria come deliberazioni contrarie al principio di buona fede.

Si è visto che i soci (di maggioranza e di minoranza) sono obbligati ad agire nel rispetto del principio di buona fede.

Tale regola, come sopra anticipato, deve ritenersi violata nel caso nel quale, a seguito dell'apertura di una procedura di controllo giudiziario, la maggioranza assembleare adotti delle deliberazioni contrarie agli ordini ed alle indicazioni disposti dal tribunale o dall'amministratore giudiziario[479].

Ed, infatti, l'autorità giudiziaria, indicando i provvedimenti necessari per l'eliminazione delle gravi irregolarità, non fa altro che individuare il comportamento che dovrebbero tenere amministratori e soci di maggioranza per eseguire correttamente il contratto di società.

Alla luce di quanto chiarito nel precedente capitolo, la delibera con la quale la maggioranza non si uniformi alle indicazioni del tribunale è annullabile ai sensi dell'articolo 2377 cod. civ.[480].

L'impugnativa, tuttavia, non appare sempre strumento adeguato per tutelare le minoranze azionarie. A tal proposito, sembra necessario distinguere l'ipotesi nella quale la delibera deve essere adottata su ordine del tribunale per eliminare determinare irregolarità (ad esempio, il caso nel quale l'autorità giudiziaria ordina la revoca di un amministratore e la maggioranza vota in maniera difforme all'ordine del tribunale) e l'ipotesi nella quale la delibera sia presa, in seguito alla chiusura del procedimento, per ristabilire la situazione di irregolarità anteriore al controllo (ad esempio, si pensi alla deliberazione con la quale la maggioranza rinuncia all'azione di responsabilità contro i precedenti amministratori ed anzi li nomina nuovamente).

---

contratto sociale, avuto riguardo al contenuto legale di detto contratto, ma l'affermazione non trova ulteriore sviluppo.

[479] Ovvero impedisca alla società di adottare tali provvedimenti provvedimenti.

[480] Evidentemente, se destinatari dell'ordine del tribunale sono i soli amministratori e sono essi a violare detto ordine, saranno responsabili ai sensi dell'articolo 2392 cod. civ.

In quest'ultimo caso, l'impugnativa appare sufficiente a paralizzare gli effetti negativi che potrebbero derivare ai soci di minoranza dal ripristino della situazione anteriore al controllo[481].

Ciò non sembra avvenire, invece, nel primo dei casi indicati, nel quale la deliberazione dovrebbe essere adottata per eliminare le gravi irregolarità accertate dal tribunale e ripristinare la corretta gestione societaria. In questo caso l'annullamento della delibera (presa in difformità dalle istruzioni del tribunale) non comporta l'automatica eliminazione delle violazioni riscontrate dall'autorità giudiziaria, ma esclusivamente il ripristino della situazione antecedente alla deliberazione, situazione caratterizzata da una serie di irregolarità lesive dei diritti della minoranza[482].

E' vero che il VII comma dell'articolo 2377 prevede che a seguito dell'annullamento gli amministratori sono obbligati, sotto la propria responsabilità, a prendere "tutti i provvedimenti conseguenti all'annullamento" e che, quindi, nel nostro caso dovrebbero essere obbligati a ripristinare la corretta gestione societaria, ma, posto che nella generalità delle ipotesi i componenti dell'organo amministrativo sono esponenti della maggioranza, è probabile che non si attiveranno in tal senso.

Se l'impugnativa non protegge efficacemente i soci di minoranza, quest'ultimi avranno, tuttavia, una tutela residua: successivamente all'accertamento giudiziale dell'abuso commesso dai soci di maggioranza, potranno richiedere agli stessi il risarcimento dei danni subiti[483].

---

[481] Nell'esempio sopra svolto l'annullamento della delibera, con la quale l'assemblea aveva rinunciato all'azione di responsabilità, comporta che la suddetta azione prosegua, così com'era stato voluto dall'amministratore giudiziario.

[482] Per fare un esempio: se il tribunale ha ritenuto che un amministratore abbia commesso delle gravi violazioni a danno dei soci di minoranza e, conseguentemente, ha ordinato all'assemblea di revocare tale soggetto, l'annullamento della delibera con la quale la maggioranza assembleare ha respinto la richiesta di revoca non comporta, chiaramente, l'automatica revoca dell'amministratore.

[483] Più nel dettaglio, il danno deve essere risarcito secondo le regole generali in tema di risarcimento da inadempimento contrattuale, comprensivo, quindi, sia del danno emergente che del lucro cessante. Sul danno da inadempimento contrattuale si veda in generale DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 230; FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Milano, 1996, 179.
Cfr., anche, A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 228, che, sottolinea come "il risarcimento dei danni è diretto a porre il contraente nella situazione in cui si sarebbe trovato nel caso in cui il contratto avesse avuto una regolare esecuzione e dunque l'altra parte avesse dato esatto adempimento alla propria obbligazione; e il riferimento sia al danno emergente che al lucro cessante impone di non commisurare il risarcimento

Ed, infatti, se l'attività in sede assembleare è attività di esecuzione del contratto di società e se nell'esercizio di questa attività sui soci grava l'obbligo di salvaguardia delle altrui utilità, sembra potersi concludere nel senso che i soci che violano il suddetto obbligo, non conformandosi alle istruzioni date dal tribunale in sede di controllo giudiziario, si rendono inadempienti al contratto sociale e sono, di conseguenza, obbligati a risarcire del danno cagionato gli altri soci[484]. Evidentemente la tutela

---

esclusivamente al valore del bene leso, ma di estenderlo a quanto occorra per la *restitutio in integrum* del danneggiato".

Sull'esercizio dell'azione di risarcimento danni contro i soci di maggioranza nel caso di esercizio abusivo del potere agli stessi attribuito, D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit. 146, secondo cui "in assenza di indicazioni normative contrarie, in sede di imputazione degli articoli 1175 e 1375 cod. civ., o in sede di previsione delle sanzioni per la loro violazione, la qualificazione della s.p.a. come contratto (e l'esclusione del carattere assorbente di una sua eventuale qualificazione come organizzazione) implica che i singoli soci sono sottoposti al vincolo della buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci nell'ambito della deliberazione assembleare. Ne consegue altresì che la maggioranza assembleare che violi gli articoli 1175 e 1375 cod. civ. è soggetta al normale obbligo di risarcimento del danno a favore della minoranza (o della società) che consegue tali norme";

Si veda anche M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza*, cit., 162; F. GUERRERA, *Abuso del diritto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare,* in *Riv. soc.*, 2002, 29, che sottolinea il superamento della tesi secondo la quale le manifestazioni patologiche del processo decisionali dovrebbero trovare rimedio esclusivamente nell'invalidazione della delibera, "restando inapprezzabili nell'ottica relazionale della responsabilità per danni. Tale tesi, afferma Guerrera, contrasta con una corretta impostazione del rapporto tra regole di validità e regole di correttezza. Ed invero, una volta accolta l'idea che l'abuso del voto determinante comporti in concorrenza con il requisito del danno, l'annullabilità per violazione di legge dell'atto che scaturisce dal procedimento deliberativo, non v'è difficoltà ad ammettere che colui che ha dato causa a quella invalidità debba rispondere anche per i pregiudizi che ne sono derivati. Inoltre, l'assunto secondo cui le manifestazioni patologiche del processo decisionali dovrebbero trovare rimedio nella sola invalidazione dell'atto (peraltro autorevolmente sostenuto da Ferri, Angelici, Gambino e Vassalli) "è frutto di una concezione rigidamente organicistica della società, come tale non più aderente agli sviluppi del moderno diritto azionario; laddove la riflessione giuridica sembra aver acquisito la consapevolezza che sia il funzionamento, sia le modificazioni dell'organismo societario si compiono mediante atti formali, dietro i quali si sviluppa – con l'esercizio del controllo – una trama di relazioni, che avvince i protagonisti dell'attività e li mette in collegamento tra di loro e con la società-persona. Se è vero, infatti, che dall'osservanza delle regole (di forma, competenza e procedimento) che governano la produzione dell'azione collettiva dipendono il valore organico e gli effetti societari di qualsivoglia atto o decisione, è altrettanto vero che tutta l'attività deliberativa risulta funzionalizzata all'esigenza di attuazione (in senso lato) del programma imprenditoriale e dello scopo lucrativo che sono consacrati nel contratto sociale". Per un'efficace critica della tesi che ricostruisce il fenomeno societario in chiave di organizzazione, si veda anche D. PREITE, *Abuso della maggioranza*, 77; E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria. Giustizia ed efficienza del risarcimento*, Roma, 2008, ed. provv., 33.

[484] Cfr. P. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo*, cit., 338, che sottolinea come "non è più revocabile in dubbio che l'inadempimento del contratto sociale *ex* articolo 1375 cod. civ. comporta l'obbligo di risarcire il danno subito dai soci di minoranza in conseguenza di comportamenti degli azionisti di maggioranza

risarcitoria è una tutela di carattere residuale, ma forse nel caso di specie è l'unica in grado di garantire un sufficiente livello di protezione agli azionisti di minoranza[485]. Queste ultime, infatti, sebbene non abbiano il potere di costringere la maggioranza ad eliminare le irregolarità gestionali,

---

contrastanti con l'interesse sociale, ovvero nella neutralità di tale interesse, lesivi degli interessi degli altri soci". Analogamente, A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 225, il quale sottolinea, a parere di chi scrive condivisibilmente, come la responsabilità per danni sorge tanto nei casi di abuso della maggioranza, nei quali – come sopra detto – non sempre l'annullamento della deliberazione costituisce ristoro delle ragioni della minoranza che abbia subito un danno, "quanto nei casi di abuso della minoranza, nei quali è mancata proprio una deliberazione e il risarcimento del danno alla maggioranza rappresenta perciò l'unico possibile ristoro di ragioni (ingiustamente disattese)".

Analogamente, D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, cit., 136 che ammette, correttamente, il risarcimento danni anche nel caso di omissione di deliberazione nel caso, ad esempio, in cui la maggioranza evita di far concludere un determinato affare alla società e lo conclude invece "in proprio" (attraverso un'altra società da essa controllata).

L'Autore, afferma ulteriormente che i soci di minoranza danneggiati dalla violazione del principio di buona fede da parte degli azionisti di maggioranza possono richiedere il risarcimento danni non solo a tali soggetti, ma anche alla società nel caso nel quale gli organi sociali (amministrativo e assembleare) non ottemperino al giudicato che abbia annullato la deliberazione, ferma, chiaramente, la liberta concessa agli stessi di decidere con quali modalità operare. "Quest'obbligo di risarcimento discende pienamente dai principi generali sull'obbligo dei soggetti soccombenti di ottemperare alle decisioni dell'autorità giudiziaria a favore della controparte". L'assunto non appare condivisibile. La violazione della clausola di buona fede attiene ai rapporti tra i soci; la società ne è certamente influenzata, ma solo di riflesso, ossia in quanto sia stata adottata una certa deliberazione, ma ciò non è sufficiente per riconoscere la legittimazione passiva della società. Non è la delibera che produce l'obbligo di risarcimento, bensì l'inadempimento del socio di maggioranza dell'obbligo di salvaguardia che grava sullo stesso. In tal senso A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., 263.

A favore del risarcimento danni, in passato, si erano già espressi A. SCIALOJA, *In tema di invalidità di deliberazioni assembleari di accomandita per azioni, presa in violazione dell'articolo 2469 cod. civ.,* in *Giur. it*., 1948, I, 2, 85; G. SENA, *Il voto*, cit., 404; T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, cit., 1165; G. OPPO, *La sospensione legale del voto nella società per azioni,* in *Riv. dir. civ*., 2000, I, 13.

Nel senso favorevole al risarcimento sembrano muoversi anche gli ordinamenti stranieri ed, in specie, quello statunitense che vieta ai *controlling shareholders* di cogliere in proprio quelle che sono definite le "*corporate opportunites*". Sul punto si veda R. CLARK, *Corporate Law*, Boston, 1986, 223.

[485] Sul rapporto tutela invalidante – tutela risarcitoria, si veda E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Roma, 2008, ed. provv., 157; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 204. L'autore da ultimo citato osserva come "mentre l'impugnazione dell'atto pregiudizievole mira a reintegrare l'interesse leso in forma specifica, ma indiretta, giacché il rimedio investe l'intero sviluppo dell'attività societaria; il risarcimento per equivalente (o anche in forma specifica, ma diverso dall'invalidazione della delibera) sembra in grado di assicurare – in linea di principio – al titolare dell'interesse leso un ristoro diretto e soprattutto mirato del danno, privo di esternalità negative e contenuto nei limiti del pregiudizio realmente subito. In tal senso, si era già espresso, C. ANGELICI, *La nullità*, cit., 270, che sottolinea l'attitudine dei rimedi risarcitori individuali a tutelare efficacemente gli interessi societari di natura patrimoniale.

potranno trovare nel risarcimento almeno una parziale soddisfazione dei danni subiti[486].

Senza considerare che la minaccia di un azione di risarcimento danni potrebbe rappresentare un incentivo per i soci di maggioranza ad attivarsi per l'eliminazione delle gravi irregolarità.

4.9 La funzione svolta a livello informativo dalla procedura di controllo giudiziario.

Nei precedenti paragrafi si è cercato di dimostrare che, se il controllo giudiziario non è in grado di tutelare efficacemente le minoranze azionarie, interpretando estensivamente il concetto di gravi irregolarità e la nozione di danno, sembra possibile applicare la procedura di amministrazione giudiziaria anche in ipotesi nelle quali le irregolarità danneggino i soli soci di minoranza (e non la società) ed in fattispecie nelle quali le lesioni degli interessi di tali soggetti siano direttamente causate da un comportamento abusivo dei soci di comando. Si è visto anche come i soci di minoranza possano reagire ai tentativi degli azionisti di maggioranza volti ad annullare i risultati positivi del controllo, invocando il principio di buona fede ed impugnando le delibere assembleari contrarie alle istruzioni del tribunale. Se tale rimedio, non è in grado, in ogni caso, di ripristinare una corretta gestione societaria, può almeno portare al risarcimento dei danni subiti dalla minoranza a causa dell'illecita condotta della maggioranza.

Si tratta, evidentemente, di una tutela residuale, ma capace, almeno in parte, di superare le cause di inefficienza strutturali del controllo giudiziario.

---

[486] Il risarcimento del danno sembra tutela sufficiente specialmente nel caso di soci-investitori che non hanno interesse a gestire la società, ma piuttosto a non perdere il loro investimento. Cfr. C. ANGELICI, *Attività e organizzazione*, cit., 146, che sulla differente efficacia delle forme di carattere reale e risarcitorio osserva come "le due tecniche si caratterizzano, sul piano empirico, […] poiché l'una, quella invalidante si volge all'intera operazione societaria di cui si lamenta la lesività e consente il risultato negativo di eliminarla, mentre l'altra, quella risarcitoria ne considera i riflessi sulle economie individuali dei singoli soci, lasciandola di per sé impregiudicata, tende al risultato positivo di una loro neutralizzazione".

Collegando i diversi rimedi previsti dal nostro ordinamento a protezione delle minoranze azionarie (invalidativo, indennitario, risarcitorio) è possibile porre le basi per la costruzione di un più equilibrato sistema di protezione.

A tal proposito, occorre osservare come la dottrina prevalente tenda a trascurare la funzione, a nostro giudizio, più importante del procedimento di controllo giudiziario: la funzione informativa, che potrebbe essere utilmente sfruttata collegando l'istituto del controllo ad altre forme di tutela di carattere risarcitorio.

Attraverso la denuncia *ex* articolo 2409 e, in particolare, attraverso l'operato degli ispettori e, ove nominato, dell'amministratore giudiziario, i soci di minoranza vengono a disporre di fondamentali informazioni in ordine all'operato degli amministratori (e sindaci) nonché relativamente alla condotta degli azionisti di maggioranza.

Il patrimonio conoscitivo offerto dalle indagini interne alla procedura[487], è, per sua natura stabile e non deperibile "in quanto una volta acquisito, non può essere disperso da chi ritorna ad amministrare la società: l'accertamento dei fatti continua a far prova - a favore o contro certi soggetti - in tutte le sedi nelle quali potrà essere utilizzato"[488].

Ora, se si considera che la difficoltà principale che le minoranze azionarie devono affrontare, laddove decidano di agire contro gli

[487] Sull'ispezione E. BONAVERA, *L'ispezione giudiziaria e l'amministratore giudiziario,* in *Società*, 1990, 806.

[488] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 128. Interessanti le riflessioni dell'Autore in ordine all'iportante ruolo svolto a livello informativo oltre che dagli ispettori anche, ove nominato, dall'amministratore giudiziario. Più nello specifico, la dottrina in commento rileva come, se al controllo giudiziario si attribuisce una funzione informativa, si potrebbe obiettare che "tanto varrebbe fermarsi all'ispezione giudiziaria, senza imporre all'organismo societario l'inutile stress della sostituzione dell'organo amministrativo. In questo rilievo, a mio avviso, vi è qualcosa di vero, ma non si deve trascurare che le informazioni fornite da un amministratore giudiziario sono qualitativamente e quantitativamente diverse da quelle ricavabili attraverso una semplice ispezione contabile o amministrativa: non solo perché quest'ultima, in genere, è mirata ad acquistare alcuni specifici dati, già segnalati dai soci che hanno denunciato le gravi irregolarità; non solo, cioè, perché i risultati dell'ispezione sono spesso insufficienti a dare questo quadro globale della vita della società, che costituisce l'indispensabile presupposto per valutare in maniera equilibrata i singoli accadimenti; ma, soprattutto, perché l'ispettore giudiziario entra negli *interna corporis* della società, con la possibilità di acquisire una visione più profonda e completa delle varie vicende e del clima nel quale sono maturate".

amministratori ed i soci di maggioranza della società[489], è proprio quella di provare le violazioni commesse dai predetti soggetti nonché il danno derivante dalle stesse, si può comprendere il ruolo fondamentale che l'istituto del controllo giudiziario potrebbe assumere se utilizzato in via strumentale alle azioni sopra indicate[490].

*4.10 Controllo giudiziario come procedura strumentale all'azione di responsabilità ex articolo 2393 e 2393-***bis** *cod. civ.*

La funzione strumentale del controllo rispetto all'azione sociale di responsabilità era già stata affermata anteriormente alla riforma del diritto societario[491]. Nella specie, si era sottolineato come funzione principale dell'amministrazione giudiziaria fosse proprio quello di consentire l'esercizio dell'azione di responsabilità.

Singolari appaiono, tuttavia, le ragioni alla base di tale assunto.

La funzione strumentale della denuncia *ex* 2409 si affermava doversi ricavare dall'origine storica dell'istituto del controllo giudiziario ed, in particolare, dalla "mancata previsione nel nostro ordinamento di un'azione di responsabilità contro gli amministratori esercitabile dalle minoranze azionarie"[492].

---

[489] Nei prossimi paragrafi si dimostrerà che, a seguito delle modifiche introdotte dalla riforma in materia di società di capitali e, nella specie, di gruppi di società, sembrano ormai ammissibili azioni di risarcimento danni direttamente nei confronti dei soci di maggioranza.

[490] Sulla strumentalità del controllo giudiziario rispetto ad azioni risarcitorie di carattere individuale, cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 127, il quale evidenzia come "affermare che l'amministrazione giudiziaria è destinata a deludere – in termini di risultati pratici - le aspettative del socio di minoranza non significa sostenere che si tratta di un istituto inutile, incapace di rendere un qualche servigio all'efficienza delle società per azioni […] Non si è percepito che l'amministrazione giudiziaria può essere utile solo se la si considera come una procedura strumentale all'esercizio di altre forme di tutela dei soci: questa volta necessariamente – mi si perdoni il pessimismo – di carattere individuale".
Cfr., anche, F. GUERRERA, cit., 154, che sembra attribuire alla tutela risarcitoria una funzione integrativa rispetto all'apparato tipico dei rimedi corporativi (artt. 2377, 2388, 2409 cod. civ.). L'Autore da ultimo citato rileva altresì "che non si deve commettere l'errore di sottovalutare il patrimonio conoscitivo apportato alla minoranza dalle indagini dell'amministratore giudiziario, sol perché la sua attività non si traduce in inziative clamorose contro questo o quell'esponente della maggioranza".

[491] V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze*, cit., 754.

[492] Azione oggi espressamente prevista dal nuovo articolo 2393-*bis* cod. civ.
Sulla ricostruzione storica dell'istituto si veda V. ALLEGRI, *op. loc. cit.*, che osserva come "nel corso dei lavori preparatori per il codice di commercio del 1882, si valutò la prospettiva di adottare l'istituto dell'azione

La ricostruzione storica del controllo giudiziario come "procedura indiretta per l'esercizio dell'azione minoritaria"[493] non pare condivisibile: l'esperimento dell'azione di responsabilità rappresenta, infatti, solo uno dei possibili provvedimenti adottabili dall'amministratore giudiziario durante il procedimento *ex* 2409, procedimento che – differentemente dall'azione di responsabilità – non è volto esclusivamente ad ottenere dagli amministratori il risarcimento dei danni subiti a causa delle violazioni gestionali, ma, più in generale, a ripristinare la corretta gestione societaria.

Si condivide, tuttavia, la qualificazione della procedura in esame come strumentale, almeno potenzialmente, all'azione di responsabilità. Come detto, infatti, il controllo giudiziario offre un importante patrimonio informativo in ordine alla gestione della società, patrimonio che può poi essere utilizzato nell'esercizio dell'azione di cui all'articolo 2393 cod. civ.

Con riguardo alla nuova formulazione dell'articolo 2409, nel tentativo di giustificare un'utilizzazione strumentale dell'amministrazione giudiziaria rispetto all'azione di responsabilità sociale, si è osservato come le gravi irregolarità richieste dall'ultima norma citata equivalgono, sostanzialmente, alle violazioni dei doveri che incombono sugli amministratori e, quindi, "alle stesse forme di negligenza che danno luogo all'azione sociale di responsabilità"[494].

---

minoritaria di responsabilità, ma volutamente lo si escluse nel timore di azioni temerarie o ricattatorie di minoranze o di professionisti di assemblea. […] La questione si pose nuovamente durante i lavori per il codice del 1942 ed ancora una volta i citati timori prevalsero: ma si rese la norma più incisiva, consentendo sì ad una minoranza qualificata di determinare indirettamente l'esercizio dell'azione di responsabilità, ma subordinandola ad un duplice vaglio preventivo, allo scopo di impedire l'uso improprio dell'istituto: lo schermo costituito dalla valutazione del giudice sulla fondatezza della denuncia e quello, ulteriore, della decisione dell'amministratore giudiziario sull'opportunità concreta dell'esercizio dell'azione". Per ulteriori riferimenti, si veda S. ROSSI, *Il controllo giudiziario*, cit., 17.

Critico verso la tesi ora esposta N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 22, nt. 44, che rileva come un argomento contrario all'orientamento ora indicato si desume dal disposto dell'articolo 2409, laddove attribuisce all'amministratore giudiziario solo la facoltà, e non il dovere, di esercitare l'azione di responsabilità contro gli organi revocati. Cfr. anche A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 314.

[493] Così, V. ALLEGRI, *L'amministrazione ed il controllo*, in AA.VV, *Diritto Commerciale*, Bologna, 2004, 225.

[494] V. ALLEGRI, *L'amministrazione e il controllo,* cit., 225., il quale ritiene che, nonostante le modifiche introdotte con la riforma del 2003, la funzione principale del controllo sia sempre quella di consentire l'esperimento dell'azione di responsabilità. *Infra*, si vedrà come vi sono alcuni ordinamenti europei, come quello tedesco, che ricostruiscono espressamente la procedura di controllo in chiave strumentale all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Anche questa affermazione desta delle perplessità: la nozione di gravi irregolarità di cui all'articolo 2409 appare ben più ampia del presupposto dell'azione sociale di responsabilità[495]. L'area di operatività del controllo giudiziario e quella dell'azione di responsabilità non si sovrappongono del tutto ed entrambe le azioni mantengono una propria funzione.

Ciò non osta, tuttavia, a che il patrimonio informativo, ove sia sufficiente[496] a provare i presupposti dell'azione di responsabilità sia utilizzato per fondare la predetta azione[497].

Il collegamento tra controllo giudiziario ed azione di responsabilità appare, oltretutto, particolarmente opportuno nell'ipotesi nella quale l'azione sia esperita, ai sensi dell'articolo 2393-*bis,* da una minoranza di azionisti[498].

Sono note le difficoltà che, in questa ipotesi, incontrano i soci di minoranza per dimostrare le violazioni commesse dall'organo amministrativo ed il danno arrecato alla società (ed indirettamente ai soci stessi).

In senso contrario ad un'uso strumentale del controllo giudiziario rispetto all'azione di responsabilità della minoranza, sembra porsi quella dottrina[499] che inquadra la denuncia di cui all'articolo 2409 come azione alternativa, a quella di responsabilità della minoranza. Nella specie, si osserva come "con

---

[495] In tal senso, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 21.

[496] E' chiaro che non tutte le irregolarità accertate attraverso il controllo giudiziario saranno idonee a fondare l'azione di responsabilità. Tale azione presuppone che il comportamento degli amministratori abbia causato un danno effettivo alla società, laddove ai fini del controllo, come già chiarito, rilevano anche le irregolarità potenzialmente dannose per la società.

[497] Cfr. L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, cit., 484, che osserva come le prove raccolte durante la procedura amministrativa possono servire come prove atipiche nel procedimento *ex* articolo 2393 cod. civ.

[498] Sull'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza, F. VASSALLI, sub *articolo 2393*-bis, in *Società di capitali*, *Commentario*, a cura di G. NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, 693; F. BONELLI, *Gli amministratori,* cit., 199; C. ANGELICI, *La riforma delle società*, cit., 128; F. AULETTA, sub *articolo 2393*-bis, in *La riforma delle società*, a cura si M. SANDULLI – V. SANTORO, t. 2, Torino, 2003, 488; V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali, nella recente riforma societaria,* in *Società,* 2003, 1469; D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Torino, 2005; L. NAZZICONE, sub *articolo 2393*-bis, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, 5, Milano, 2003, 204; E. DALMOTTO, sub *articolo 2393*-bis, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, a cura di G. COTTINO – G, BONFANTE – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, 2, Bologna, 2004, 785.

[499] N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 91.

l'introduzione dell'azione di responsabilità della minoranza è accaduto che, anche per l'effetto del carattere di mezzo di chiusura del sistema attribuito al controllo giudiziario, quest'ultimo si è trasformato da strumento sostitutivo in strumento alternativo dell'azione sociale di responsabilità"[500]. Ciò sarebbe dimostrato dalle diversità che emergono dalla due fattispecie: nell'articolo 2409 la legittimazione attiva spetta ai soci che rappresentano il decimo del capitale sociale, mentre nell'articolo 2393-*bis* l'aliquota è di un quinto del capitale[501]; nell'articolo 2409 si richiede la sussistenza di un danno potenziale ed, invece, nell'azione di responsabilità di un danno già prodotto; la denuncia *ex* 2409 richiede il mero fondato sospetto della sussistenza di gravi irregolarità, mentre l'azione *ex* 2393-*bis* la prova delle stesse e del danno; il procedimento di controllo porta alla revoca degli amministratori e dei sindaci mentre ciò non avviene nell'articolo 2393-*bis,* non essendovi una delibera adottata ai sensi del IV comma dell'articolo 2393 cod. civ.[502]; nel caso di amministrazione giudiziaria le spese del procedimento sono sopportate dagli istanti, laddove se l'azione di responsabilità ha esito positivo le spese sono a carico della società e dei soccombenti[503].

Le diversità ora elencate, secondo l'orientamento che si commenta, indicherebbero che "controllo giudiziario ed azione di responsabilità della minoranza, pur essendo entrambi posti a tutela del socio di minoranza, non coincidono; spetta al socio stesso la scelta tra le due opzioni, pur essendo evidente il favore verso il controllo giudiziario"[504].

---

[500] N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 91.

[501] Per quanto riguarda le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio sia la denuncia *ex* articolo 2409 sia l'azione di responsabilità possono essere proposte da tanti soci che rappresentano il ventesimo del capitale sociale.

[502] A sostegno della differenza sopra indicata N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 92, richiama F. VASSALLI, *sub articolo 2939*-bis, cit., 696, laddove esclude che "la decisione di esercitare l'azione di responsabilità nelle società chiuse da parte di soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociali, comporti, a norma dell'articolo 2393, IV comma e 2407, III comma, cod. civ., la revoca automatica degli amministratori e/o sindaci incolpati, essendo tale effetto conseguente solo alla deliberazione assembleare *ex* art. 2393".

[503] In relazione alle spese ed ai soggetti tenuti a sopportarle, cfr. F. VASSALLI, sub *articolo 2393*-bis, 698; E. DALMOTTO, sub *articolo 2393*-bis, cit., 817.

[504] N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità*, cit., 93, che osserva ulteriormente come "a questo favore si aggiunge la circostanza che il controllo giudiziario prevale sugli altri mezzi di tutela. Il che è

L'assunto non convince. Innanzitutto, non appaiono chiare le ragioni in base alle quali l'ordinamento sembrerebbe privilegiare il controllo giudiziario rispetto all'azione di responsabilità (forse, la minore percentuale richiesta per la proposizione dell'azione).

Soprattutto, gli strumenti in questione proprio perché presentano dei presupposti, degli obiettivi e degli effetti differenti non sembra possano essere utilizzati in via alternativa.

Il controllo giudiziario è volto all'accertamento ed al superamento di gravi irregolarità nella gestione della società mentre l'azione di responsabilità è volta soltanto ad ottenere il risarcimento dei danni subiti dalla società a seguito della violazione da parte degli amministratori dei doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto.

In altre parole, se entrambi i procedimenti si fondano sulla violazione dei doveri degli amministratori e sebbene il controllo giudiziario possa portare anche all'esperimento dell'azione di responsabilità, le finalità dei due istituti sono differenti.

Ciò non impedisce, tuttavia, come più volte riferito, che il patrimonio informativo ottenuto tramite l'amministrazione giudiziaria possa essere utilizzato nel giudizio sulla responsabilità degli amministratori e che, dunque, la procedura *ex* 2409 possa essere utilizzata dalla minoranza azionaria in funzione strumentale all'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

4.11 Controllo giudiziario come procedura strumentale ad azioni di risarcimento danni esercitate nei confronti dei soci.

---

dimostrato, ad esempio, dal fatto che, qualora venga nominato un amministratore giudiziario la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità passa a quest'ultimo (non altrettanto accade se è pendente un'impugnativa di bilancio: anche se è evidente che l'amministratore giudiziario, qualora riscontri vizi, sia tenuto a rifare il bilancio). In sostanza la tutela del socio torna ad essere rimessa nelle mani dell'amministratore giudiziario. Situazione che sul piano sistematico rileva anche per un altro profilo. Se il controllo giudiziario nella sua fase finale assorbe l'azione sociale di responsabilità (della minoranza), viene confermato che il suo obiettivo è proprio quello di eliminare le irregolarità e consentire l'esercizio di tale azione".

Come rilevato dalla dottrina, per garantire un efficace livello di tutela ai soci di minoranza contro le irregolarità gestionali commesse dagli amministratori e dai soci di maggioranza, sarebbe opportuno attribuire ai primi il potere di agire direttamente nei confronti degli azionisti di comando[505].

[505] Il problema dell'ammissibilità di azioni di risarcimento danni dei soci di minoranza nei confronti degli azionisti di comando deve essere oggi analizzato alla luce della profonda evoluzione del nostro sistema societario che mostra un crescente interesse e una crescente predilezione per la valenza riparatoria dell'azione di danni e la duttilità dei rimedi di tipi obbligatorio (Sul punto, si veda F. GUERRERA, *La responsabilità "demolitoria*", cit., 146; E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, cit., 13). In tal senso depone, ad esempio, l'attribuzione alle minoranze o al singolo socio della legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ovvero l'ampliamento delle ipotesi di tutela risarcitoria alternativa alla eliminazione retroattiva degli effetti dell'atto invalido (artt., 2379-*ter,* 2479-*ter*, 2500-*bis*, 2504-*quater*, 2506-*ter*, cod. civ.) o, infine, la previsione dell'azione di risarcimento danni in sostituzione dell'impugnazione delle delibere assembleari illegittime per i detentori di partecipazioni minoritarie di cui al IV comma dell'articolo 2377. In proposito, F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa*", cit., 7, che rileva come "il numero e l'importanza delle ipotesi contemplate appaiono ormai tali da mettere in crisi l'idea della marginalità e subalternità della tutela di risarcimento danni, nel sistema dei mezzi di reintegrazione degli interessi pregiudicati daprocesso decisionale societario". L'Autore osserva altresì come in verità già prima della riforma del diritto societario, gli indici di diritto positivo non sembravano idonei ad esprimere, sul piano dei principi, una insuperabile contraddittorietà del sistema all'insorgenza di pretese risarcitorie da atti di natura corporativa.

Sull'opportunità di consentire al socio di minoranza di agire direttamente nei confronti del socio di maggioranza, cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 133, che sottolinea come non deve meravigliare che il socio di minoranza - qualora le caratteristiche della fattispecie non gli consentano di fare ricorso a rimedi endosocietari – possa agire direttamente contro il socio di maggioranza, per lamentale le scorrettezze subite. "Si deve considerare, infatti, che il predetto socio di minoranza se, per un verso, come membro di una collettività organizzata - deve sottostare alle regole che governano il sodalizio, per altro verso – come contraente – è portato a considerare la partecipazione azionaria alla stregua di un bene, di cui le altre parti del contratto debbono garantirgli la piena fruibilità, tramite l'adempimento di quei fondamentali doveri di correttezza e buona fede, che caratterizzano l'esecuzione di tutti i rapporti giuridici". L'Autore osserva, poi, come sembri venuto il momento di "prendere sul serio il fondamento contrattuale delle società per azioni, traendone tutte le conseguenze, sia sul piano dei rapporti tra i soci, sia per quanto concerne il tipo di tutela da offrire alle minoranze".

Sui poteri di influenza extrassembleari dell'azionista di comando, F. BONELLI, *La responsabilità*, cit., 131; P. SCHLESINGER*, I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. dir. priv*., 1996, 445; L. LAMANDINI, *Il controllo, Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, 61; F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991; 420; ID, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 146, secondo cui l'assoggettamento della società all'influenza dominante del socio in posizione di controllo "interno" si rifrange sul suo assetto organizzativo, nel senso di determinare una dislocazione del potere decisionale, per alcuni aspetti , difforme dal modello tipologico legale della società "indipendente"

Se, infatti, nella generalità delle ipotesi quest'ultimi esercitano "un'influenza dominante"[506] sulle scelte gestionali della società, sembra ragionevole che gli stessi rispondano direttamente dei danni che le loro scelte arrecano ai soci di minoranza[507].

Anteriormente alla riforma del diritto societario, la dottrina prevalente appariva restia ad introdurre azioni di risarcimento dirette nei confronti dei soci di maggioranza rilevando, per un verso, il principio dell'irresponsabilità del socio[508] e, per altro verso, sottolineando la competenza esclusiva ed originaria dell'organo amministrativo a gestire la società[509].

Un'importante apertura verso il riconoscimento di azioni risarcitorie verso il socio di maggioranza che nel concreto gestisce la società, sembra

---

[506] L'azionista di comanda può esercitare un'influenza dominante tanto attraverso modalità cd istituzionali quanto - e sono quelle chi qui prevalentemente interessano – attraverso modalità extra-istituzionali. In proposito si veda F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 130. Sull'influenza dominante si veda anche G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nei gruppi di società,* Torino, 1996, 221.

[507] P. JAEGER, *Gli azionisti: spunti per una riflessione,* in *Giur. comm.,* 1993, 41, in proposito sottolinea, per un verso, l'innegabile "posizione di monopolio posseduta dagli azionisti di controllo e dai managers da questi nominati" e per altro verso, riprendendo la distinzione di G. OPPO, *Euguaglianza e contratto*, cit., 629, il potere di gestione attribuito ai soci imprenditori rispetto ai soci investitori.
Si veda anche F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 131, che evidenzia come l'influenza dominante dei soci di maggioranza si atteggia come "un potere tendenzialmente pervasivo di codeterminazione dell'attività sociale, idoneo ad abbracciare il governo societario nei suoi molteplici aspetti".
L'Autore osserva ulteriormente che l'influenza dominante dei soci di comando può tradursi tanto in fatti episodici quanto in situazioni sistematiche di interferenza nella formazione delle decisioni amministrative. In particolare, con riferimento alle scelte di governo societario, secondo la dottrina in commento, l'influenza dominate si esplica, da un lato, nel condizionamento dell'attività amministrativa di impulso e preparazione del procedimento assembleare e, dall'altro, nella determinazione della volontà dell'organo collegiale.

[508] Sul dogma dell'irresponsabilità del socio, F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa,* cit., 1 (dove ampia bibliografia in argomento); E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, cit., 23 e 59, che, criticando il principio della irresponsabilità del socio, osserva come "personalità giuridica significa autonomia patrimoniale perfetta, non v'è indicazione normativa per sostenere che l'immunità dei soci, oltre a riguardare le obbligazioni sociali (come si limita a prevedere l'articolo 2325 cod. civ.), sia estesa anche ai rapporti interni alla società, per determinarne così la giuridica irrilevanza. E' invece effettivamente diffusa l'affermazione che fa conseguire alla personalità giuridica una sorta di irresponsabilità a 360 gradi del socio, non circoscritta alle conseguenze obbligatorie dell'inziativa imprenditoriale collettiva, ma estesa anche a quelle iniziative poste in essere individualmente dai soci all'interno dell'organizzazione costituita con il contratto di società".

[509] Si tendeva, cioè, ad escludere in capo al socio ogni potere di direzione dell'impresa sociale e, più generale, di governo della società. Sul punto, F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa*, cit., 47. Cfr, altresì, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2*, cit., 42. In generale sui poteri del socio anche nel rapporto con l'organo amministrativo, P. ABBADESSA*, L'assemblea: competenze,* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, III, t.1, Torino, 1994, 15.

esservi stata, a seguito della riforma del 2003, con l'introduzione al I comma dell'articolo 2497 cod civ. del principio secondo cui chi esercita attività di direzione e coordinamento è direttamente responsabile nei confronti dei soci delle società controllate "per il pregiudizio arrecato alla redditività o al valore della partecipazione"[510].

Se nell'ambito delle organizzazioni di gruppo è oggi espressamente riconosciuto ai soci di minoranza delle controllate, danneggiati dalle scelte gestionali del soggetto controllante di agire nei confronti di quest'ultimo[511], occorre chiedersi se sia possibile estendere il principio espresso dal I comma dell'articolo 2497 anche nell'ambito delle società di capitali che non partecipano ad un gruppo.

Ebbene, l'articolo 2497, a giudizio di chi scrive, ha una portata ben più ampia di quella che emerge dalla lettera della norma, dimostrando che il nostro ordinamento ammette la possibilità di dislocare all'esterno dell'organo amministrativo ed, in particolare, in capo al soggetto che si trova in una situazione di influenza dominante, il potere di indirizzare stabilmente l'attività e lo sviluppo dell'organizzazione societaria[512] e la relativa responsabilità[513].

---

[510] Sull'articolo 2497 e sull'importanza dei principi in esso indicati,al fine di riconoscere in ambito societario una tutela di carattere risarcitorio, si veda G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranza*, cit., 132, che, da un lato, analizzando il secondo comma dell'articolo, osserva come lo stesso dimostri che "nell'ottica del legislatore occorra graduare e distinguere alcune ipotesi nelle quali può aver luogo una piena tutela risarcitoria, da altre, nelle quali si risponde solo nei limiti dell'arricchimento: senza passare per il tramite dell'organizzazione societaria" e, dall'altro, evidenzia "che il legislatore ha preso atto della frequente sovrapposizione dei rapporti che ruotano attorno alla società, senza distinguere quelli che intercorrono tra società e soci, da quelli che legano i soci direttamente tra loro. Con questa conseguenza: che nel settore dell'ordinamento, qui esaminato, sembra prevalere il principio della effettività della tutela sul principio della relatività dei rapporti obbligatori".

Cfr., anche, F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 41, che osserva come anche prima della riforma il nostro diritto societario aveva mosso alcuni importanti passi nel senso della limitazione della tutela invalidatoria a favore di una tutela di carattere risarcitorio. Si pensi, ad esempio, alla possibilità che era attribuita dall'articolo 2501-*bis* (oggi 2501-*ter*) di stabilire in caso di fusione e scissione un conguaglio in denaro per agevolare il concambio.

[511] Tale azione è destinata a concorrere, da un lato, con l'azione spettante ai creditori sociali per la lesione della loro garanzia patrimoniale e, dall'altro, con l'azione spettante alla stessa società controllata per il risarcimento del danno patito dai soci "collettivamente".

[512] Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 128, che, con riferimento all'articolo 2497, rileva come in tale norma il legislatore "delineando la fattispecie di controllo ed introducendo alcuni principi di disciplina del gruppo, imperniati sulla pubblicità e sulla tutela dei soci esterni e dei terzi, esprime un giudizio di valore positivo sul fenomeno di eterodirezione della società". L'Autore osserva, ulteriormente, come il

Un ostacolo all'estensione del principio contenuto nell'articolo 2497 alle società indipendenti potrebbe, tuttavia, individuarsi nella circostanza che il legislatore delegato, modificando oltretutto l'originaria formulazione della norma (che prevedeva essere responsabile "*chi* esercitava, a qualunque titolo, attività di direzione e coordinamento di società"), ha fatto espresso riferimento solo "alle società ed agli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento".

Dal tenore letterale della norma potrebbe sembrare che il legislatore ha espressamente voluto limitare l'ambito operativo dell'articolo 2497 all'ipotesi di holding posta a capo di una vera e propria organizzazione di gruppo, escludendo le fattispecie di eterodirezione strutturate in forma più elementare.

Tuttavia, molteplici sono gli argomenti contrari ad una simile interpretazione. In primo luogo, occorre osservare come "la costituzione del gruppo si fonda giuridicamente sul fatto dell'attività di direzione e coordinamento da parte di un diverso soggetto, della quale, nella prospettiva della responsabilità, occorre verificare il carattere abusivo o illecito alla stregua di una valutazione di correttezza della scelta imprenditoriale e alla luce del rischio concreto di collisione di interessi" [514]. Orbene, "la qualità" e

---

richiamo ai principi "di corretta gestione societaria ed imprenditoriale", operato dall'articolo 2497, riveste un'importanza fondamentale, poiché dà ingresso nel nostro ordinamento, senza residue possibilità di dubbio, a un penetrante sindacato giudiziale sulle modalità di esercizio del potere di influenza dominante, che investe i processi decisionali dell'impresa in ogni loro fase e si estende all'intero ciclo dell'attività sociale, al di là delle barriere formali derivanti dall'articolazione organizzativa e dalle sue compentenze.

[513] Cfr., F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 128, secondo il quale "se si condivide tale assunto, si deve allora convenire sulla fondatezza dell'affermazione secondo cui "l'ordine istituzionale delle competenze, desumibile dal modello codicistico della società per azioni indipendente, non può rappresentare, in linea di principio, un ostacolo al riconoscimento della rilevanza unitaria e soggettiva della partecipazione di controllo, né contraddire l'esigenza di riservare un trattamento particolare al socio (o più in generale, al soggetto) che quella posizione ricopre. Sul punto, si veda anche M. STELLA RICHTER JN., *Trasferimento del controllo e rapporti tra i soci*, Milano, 1996, 82.

[514] F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 143. Sul problema dell'interpretazione della formula legislativa contenuta nel I comma dell'articolo 2497 si veda anche V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc*., 2003, 1233. Sulla ricostruzione della disciplina della responsabilità da abuso di eterodirezione, anteriormente alla riforma, si veda F. BONELLI, *La responsabilità*, 149; P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata*, in *I gruppi di società*, I, Milano, 1996, 22; P. JAEGER, *Direzione unitaria, e responsabilità degli amministratori*, Milano, 1985, 854; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento, nella disciplina dei gruppi di società,* Torino, 1996, 138; F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità*, cit., 448.

la struttura del soggetto controllante appaiono ininfluenti su questo genere di apprezzamenti, che riguardano, più che altro, la *condotta* nella quale si esplica il potere di eterodirezione, a prescindere che essa provenga da una società ovverosia da un unico socio-imprenditore o, infine, da una coalizione di soci-imprenditori non organizzati in forma societaria.

Occorre poi rilevare come il II comma dell'articolo 2497 estenda la responsabilità derivante dalla violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria anche a tutti i coautori materiali dell'illecito commesso dalla società madre (amministratori, soci di comando, etc)[515] nonché ai beneficiari consapevoli dell'atto di eterodirezione[516].

L'estensione a tali soggetti della responsabilità da direzione unitaria pare giustificata, per un verso, da ragioni di coerenza sistematica e, per altro verso, dall'esigenza di garantire l'effettività del rimedio[517].

Le medesime istanze, come rilevato dalla dottrina, impongono di includere anche il socio di comando – ancorché privo della qualità di ente o società – nell'ambito dei legittimati passivi dell'azione risarcitoria in commento.

Ciò anche perché, altrimenti, si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i soci esterni (e creditori) delle società controllate da un'altra organizzazione societaria e creditori delle società controllate da una

---

[515] Per un dettagliato esame del II comma dell'articolo 2497 cod. civ., R. WEIGMANN, *I gruppi di società,* in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 206; G. GUZZI, *Partecipazioni qualificate*, cit., in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 346; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, cit., 1249; ID, *Primi appunti sulla cd responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società,* in *Riv. dir. civ*., 2003, II, 339; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali,* in *Giur. comm*., 2003, I, 661.

[516] Quanto all'estensione della responsabilità anche ai beneficiari dell'atto di eterodirezione, la dottrina ha rilevato come "essa rappresenti un singolare modello di solidarietà passiva diseguale di difficile inquadramento " (Così F. GUERRERA, *op. loc. cit*.). Sui problemi derivanti dall'inquadramento delle coobligazioni del soggetto beneficiato, si veda R. WEIGMANN, *I gruppi di società,* cit., 207.

[517] Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa*", 144, che ribadisce, altresì, (p. 344) come "sarebbe l'immanenza stessa del rischio del perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui - cioè estraneo, se pure non necessariamente conflittuale rispetto a quello della società controllata – a giustificare l'estensione analogica della responsabilità della capogruppo" e come "l'evoluzione del concetto di controllo e del suo uso normativo nella legislazione societaria speciale, testimonia, del resto, una tendenza all'ampliamento della nozione giuridica di soggetto controllante. Viene in rilievo, cioè, ai fini della repressione degli abusi dell'influenza dominante, la posizione di qualunque soggetto (anche diverso dall'ente o dalla società capogruppo) che disponga dei voti necessaria a dominare l'assemblea o comunque detenga stabilmente il potere di governo della società".

holding individuale ovvero da un socio non avente la qualità di imprenditore in senso tecnico[518].

Dalle riflessioni ora svolte, pare discendere la possibilità di un'interpretazione estensiva dell'articolo 2497, in particolare, nell'individuazione del "soggetto controllante". Sembra, in altri termini, che la disposizione in commento non presenti carattere di eccezionalità con riferimento ai gruppi di società, ma, al contrario, risponda all'esigenza – propria del diritto comune – di assicurare un'effettiva protezione a tutti gli interessi connessi all'organizzazione societaria e messi a repentaglio dalle abusive esplicazioni del processo decisionale organizzato[519].

La deroga alla disciplina societaria "si coglie piuttosto sotto il profilo del meccanismo di reintegrazione del danno (e, conseguentemente, della legittimazione attiva e passiva all'azione di responsabilità); ma escluderne l'operatività rispetto alle fattispecie più elementari di eterodirezione equivarrebbe soltanto ad incentivare un contenzioso destinato a coinvolgere la società nelle controversi interne fra soci, in contrasto con la ratio deflattiva ed efficientistica della norma"[520].

Alla luce di quanto sinora rilevato, sembra condivisibile l'orientamento dottrinale secondo il quale il principio enunciato dal I comma dell'articolo 2497 deve applicarsi anche all'interno delle società che non partecipano ad un gruppo. In tal caso, sembra ragionevole che risponda delle scelte gestionali il cd socio-imprenditore[521] e cioè colui che, pur non avendo la titolarità della gestione, ha nella concreta organizzazione dei processi

---

[518] Senza considerare che, come rilevato da F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa*", 144, non applicare il principio di cui all'articolo 2497 alle ipotesi nelle quali il controllo sia esercitato da un singolo socio "potrebbe determinare distorsioni paradossali nella scelta del modello organizzativo di gruppo, incentivando gli operatori a sottrarsi alle condizioni del nuovo e più severo regime".

[519] Così, F. GUERRERA, *op. loc. cit*. ; R. SACCHI, *Sulla responsabilità*, cit., 662; G. GUZZI, *Partecipazioni qualificate*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 348.

[520] F. GUERRERA, *op. loc. cit*.

[521] Sul socio-imprenditore, cfr. G. OPPO, *op. loc. cit*; P. JAEGER, *Gli azionisti*, cit., 38, F. GUERRERA, *op. loc. cit*.; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, 348; E. GLIOZZI, *Holding e attività imprenditoriale,* in *Giur. comm*., 1995, I, 522.

informativi e decisionali dell'impresa, un ruolo preponderante, che gli consente di indirizzare nel senso da esso deciso l'attività della società[522].

Il principio di corretta gestione societaria di cui all'articolo 2497, nella prospettiva che qui si suggerisce, rappresenta il criterio, e nello stesso tempo il limite, secondo cui possono essere esercitate le diverse figure di influenza dominante all'interno delle società per azioni, siano esse o meno inserite in un'organizzazione di gruppo.

E del resto, nella maggior parte degli ordinamenti europei è espressamente affermato il principio in base al quale il socio che si trova in una posizione dominante è responsabile per i danni arrecati ai soci di minoranza.

Ad esempio, il § 117 dell'*Aktiengesetz* sancisce la responsabilità di chi, facendo uso del proprio influsso sulla società, intenzionalmente conduca uno dei titolari dell'organo amministrativo o di controllo ad agire in pregiudizio della società o degli altri soci[523].

D'altra parte, se, come si è detto, l'obbligo di rispettare il principio di buona fede sembra trascendere l'ambito delle deliberazioni assembleari ed essere applicabile a tutti i comportamenti adottati dai soci nell'esercizio dei propri diritti e doveri all'interno della società[524], il socio di maggioranza, se per la posizione che ricopre è in grado di esercitare un'influenza dominante sui processi decisionali dell'impresa, dovrebbe, anche nell'esercizio di tale potere, salvaguardare gli interessi delle minoranze assembleari e, ove non rispetti il dovere di correttezza, dovrebbe essere tenuto al risarcimento dei danni in tal modo arrecati agli azionisti di minoranza[525].

---

[522] Cfr. F. GUERRERA, *op. loc. cit.,* che evidenzia, altresì, come riconoscimento della possibilità per il socio di minoranza di esperire un'azione di risarcimento danni nei confronti degli azionisti di maggioranza pone, però, il problema del rapporto tra tale azione e quella di responsabilità nei confronti degli amministratori.

[523] Regole analoghe sono disposte nel sistema americano, dove l'azionista dissenziente rispetto ad una vasta gamma di *major corporate transictions* potenzialmente pregiudizievoli ha il diritto *(apprasail right)* di conseguire da parte della società il pagamento del fair value delle azioni. In proposito, si veda R.C. CLARK, *Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986, 38, che definisce l'*apprasial right* come "the right to be bought by the company at a price reflecting the value of his shares, as determined in a judicial proceeding".

[524] Cfr. A. D'ANGELO, *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede,* cit., 111.

[525] Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., che evidenzia come "la regola della buona fede, riguardata nel suo basilare aspetto protettivo obbliga il soggetto in posizione di influenza dominante a esercitare ragionevolmente i poteri (di proposta, di approvazione, di veto) attribuitigli dallo statuto dell'organizzazione della società e a non impiegare , comunque, il proprio diritto corporativo né in danno della

D'altronde, se non si considerano i rapporti endoassociativi[526] e le concrete dinamiche che si creano all'interno delle società pare difficile, se non impossibile, tutelare in maniera efficace le minoranze azionarie.

4.12 Un'ulteriore forma di tutela per i soci di minoranza: il possibile collegamento tra controllo giudiziario ed istituto del recesso.

Ulteriore possibilità per rendere effettiva la tutela delle minoranze azionarie potrebbe essere quella di collegare il controllo giudiziario con l'istituto del recesso [527].

Il diritto di *exit*, infatti, in molte ipotesi - e specialmente con riguardo agli azionisti risparmiatori – rappresenta un fondamentale mezzo di tutela e di reazione avverso una attività di gestione della società non condivisa[528].

---

stessa, diminuendone il patrimonio o la capacità di profitto o il valore globale delle azioni; né in danno ai soci di minoranza, pregiudicando la loro posizione a prescindere da ogni lesione all'interesse sociale, sia pure inteso in senso pluralistico".

[526] Argomento ancora insufficientemente esplorato nella nostra dottrina, se si eccettuano alcuni spunti, già presenti nei classici contribuiti di T. ASCARELLI, *Interesse sociale*, cit., 148; P. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 178; G. OPPO, *Euguaglianza e contratto*, cit., 629; P. SPADA, *La tipicità delle società,* Padova, 1974, 340, nt. 195; G.C. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1964, 264; e, in tempi più recenti, gli studi di C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole di correttezza,* in *Giur. comm*., 1992, I, 1017; ID, voce *Società per azioni,* in *Enc. dir*., XLII, Milano, 1990, 986; D. PREITE, *Abuso della maggioranza*, cit., 74; M. STELLA RICHTER JN, "*Trasferimento del controllo*", cit., 231; A. PATRONI GRIFFI, "*Fiduciary duties" e gruppi di società, in Giur. comm*., 1994, I, 892.

[527] Così suggerisce G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e diritto delle minoranze*, cit., 130. Sulla disciplina del recesso in generale si veda M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso e autonomia statutaria,* in *Riv. dir. comm*., 2004, 389; A. TOFFOLETTO, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel recesso convenziale del socio di società di capitali, ivi,* 347; A. PACIELLO, *Il diritto di recesso nelle spa: primi rilievi, ivi*, 417; S. CARMIGNANI, sub *articolo 2437*, in *La riforma delle società,* a cura di M. SANDULLI – V. SANTORO, 2, Torino, 2004, 882.

[528] Cfr. C. ANGELICI, *Le minoranze nel decreto 58/1998: "tutela" e "poteri",* in *Riv. dir. comm.*, 1998, 218, che osserva come "i modi di reazione nei confronti di un'attività di gestione non condivisa sono astrattamente due: quelli che vanno sotto gli slogans dell'*exit* e della *voice*. […] Ciascuno di questi due modi corrisponde di fatto a diverse tipologie dell'investimento : quando si tratta del piccolo azionista risparmiatore, la strada fondamentale è quella dell'exit, poiché risulterebbe economicamente irrazionale affrontare i costi (a partire da quelli di informazione) per un'azione positiva , sia essa l'esercizio del diritto di voto oppure la proposizione di una domanda giudiziaria; se si tratta invece di una quota di partecipazione importante, e tale deve considerarsi il 5% del capitale sociale di una società quotata, è proprio la strada dell'*exit* che potrebbe risultare eccessivamente costosa, se non altro in quanto la vendita sul mercato di una quota così rilevante può produrre un abbassamento della quotazione. In sostanza, ed il rilievo appare ovvio, più alta è la quota di partecipazione e meno essa risulta economicamente negoziabile".

Nella prospettiva che qui si propone il diritto di recesso svolgerebbe una funzione di "mezzo di impugnazione" del contratto ovvero di "strumento di "autotutela"[529] che consentirebbe ai soci di minoranza di reagire contro comportamenti della maggioranza che minacciano la soddisfazione dei loro interessi.

In un'ottica sanzionatoria, il recesso è stato introdotto in materia di gruppi di società alla lettera *b)* del comma I dell'articolo 2497-*quater*, dove si prevede che i soci delle controllate, danneggiati dall'attività di direzione e coordinamento della capogruppo, possono recedere dalla società non appena l'illecito sia stato accertato con sentenza esecutiva[530].

"In tal modo i soggetti oppressi da chi abusa del proprio potere all'interno della compagine sociale, riescono finalmente ad ottenere, sul piano della tutela individuale, quei risultati concreti e definitivi (la liquidazione della quota, previa reintegrazione del patrimonio sociale per il danno subito a causa dell'illecito) che l'ordinamento, per le già viste ragioni, non può garantire sul piano della regolarizzazione dell'attività amministrativa"[531].

---

[529] Sulle diversi funzioni del recesso, si veda V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA- ZATTI, Milano, 2001, 550, che distingue un recesso "di liberazione", un recesso di "autotutela" e un recesso "di pentimento". "Chiamiamo recessi di liberazione quelli dati alla parte per consentirle di sottrarsi ad un vincolo contrattuale che diversamente peserebbe in modo intollerabile sulla sua libertà: come accade tipicamente nei contratti a tempo indeterminato. Il recesso di autotutela ha invece la finalità di consentire alla parte di reagire contro eventi sopravvenuti che minacciano i suoi interessi contrattuali; tra gli esempi tipici di questa categoria rientra il recesso per giusta causa. I recessi di pentimento, infine, sono quelli che la legge dà ad una parte, senza vincolarli al alcun presupposto, ma solo perché ritiene opportuno - in una logica di speciale protezione della parte – consentire a questa di cambiare idea rispetto al contratto già concluso". Sulla classificazione delle diverse forme di recesso si veda anche E. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 16.

[530] Sulla funzione di autotutela del recesso nell'ambito di gruppi di società, V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale,* in *Riv. soc*., 2003, 1264; A, NIUTTA, *La novella del codice civile in materia di società: luci e ombre della nuova disciplina sui gruppi di società,* in *Riv. dir. comm*., 2003, I, 411.

[531] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 130, il quale riconosciuta l'utilità di una possibile utilizzazione della norma in collegamento con il controllo giudiziario si chiede però se l'articolo 2497-*quater* "possa essere applicato secondo il suo tenore letterale, o non abbia bisogno di un qualche adattamento. Viene da chiedersi, infatti, se una qualunque condanna di chi ha esercitato la direzione ed il coordinamento sia sufficiente a giustificare il recesso, o non sia necessario – a tal fine – che i fatti accertati dal giudice evidenzino una vera e propria politica di oppressione ai danni della minoranza".
L'Autore evidenzia, poi, il ruolo che il procedimento *ex* 2409 potrebbe assumere nei gruppi di società, rilevando come "molto probabilmente le amministrazioni giudiziarie di società sottoposte a direzione e

La norma ora citata sembra, quindi, suscettibile, di un'interpretazione estensiva, in base alla quale il recesso può essere esercitato anche nel caso nel quale la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed il danno ai soci della controllata non risulti da una sentenza esecutiva, ma emerga da una procedura di amministrazione giudiziaria[532].

Più difficile sembra arrivare alla medesima conclusione con riferimento alle società per azioni che non partecipano ad un gruppo. Infatti, per un verso, l'articolo 2497-*quater* non sembra applicabile analogicamente a tali società, in considerazione del fatto che l'articolo 2437 cod. civ., con riferimento alle società indipendenti, prevede delle ipotesi tassative di recesso nelle quali non è ricompresa l'ipotesi in commento[533].

Sarebbe, tuttavia, auspicabile un intervento legislativo volto ad estendere l'esercizio del recesso *ex* 2437 anche alle ipotesi nelle quali amministratori e soci di maggioranza adottino delle scelte gestionali dannose per i soci di minoranza.

Ed invero, se la funzione del recesso, così come disciplinato dall'articolo 2437, è quella di mitigare l'applicazione del principio maggioritario[534], attribuendo ai soci la possibilità, nel caso nel quale l'assemblea adotti una delibera che essi non condividono e della quale non hanno potuto impedire l'assunzione, di uscire dalla società, a maggior ragione, tale diritto dovrebbe essere concesso alle minoranze qualora la maggioranza dei soci eserciti arbitrariamente il potere alla stessa attribuita di vincolare alle proprie decisioni gli altri azionisti, o laddove, al seguito del compimento di

---

coordinamento ai sensi dell'articolo 2497 cod. civ., finiranno tutte – presto o tardi – con l'assolvere a quella funzione strumentale alla quale prima accennavo (il riferimento è alla funzione informativa), giacché i soci di minoranza – dicevo – saranno indotti ad utilizzare l'istituto previsto dall'articolo 2409 cod. civ. per ottenere, tramite l'intervento di un ispettore e di un amministratore giudiziario, informazioni utili a comprovare le ingiustizie subite in modo da potersi finalmente liberare – con il recesso – dal vincolo che li opprime".

[532] Si consideri che in una simile ipotesi, se gli amministratori della controllata non si attiveranno per eliminare le irregolarità secondo le istruzioni dell'autorità giudiziaria, i soci delle controllate potranno esperire l'azione di responsabilità *ex* articolo 2497 cod. civ.

[533] Oltretutto, nessuna delle ipotesi di recesso previste dall'articolo 2437 sembra avere una funzione di autotutela. Sul punto, cfr. A. TOFFOLETTO, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel recesso convenziale del socio di società di capitali*, cit., 352. Si veda anche A. DENTAMARO, *Il diritto di disinvestimento nelle società per azioni,* in *Riv. dir comm*., I, 441.

[534] Sulla funzione del recesso in ambito di società di capitali la Relazione al D.lgs 6 del 2003 sottolinea che il recesso è volto a negoziare la permanenza del socio nella compagine sociale dinnanzi ad alterazioni rilevanti del suo originario investimento.

irregolarità gestionali, sia venuto meno il rapporto di fiducia tra soci di minoranza ed amministratori.

4.13 Governance e controlli nell'ambito del piano di modernizzazione del governo societario predisposto dall'Unione Europea. Il Rapporto Winter.

La proposta di rivalutare la funzione informativa propria del controllo giudiziario sembra trovare validi appigli anche nel processo di modernizzazione della legislazione comunitaria, all'interno del quale particolare rilevanza è attribuita alla creazione di un efficiente sistema di protezione delle minoranze azionarie. peculiare

A tal proposito, peculiare importanza assume il Rapporto Winter[535], documento redatto da un gruppo di esperti in materia societaria[536], ai quali la Commissione Europea nel settembre 2001 ha affidato il compito di formulare delle raccomandazioni in vista dell'armonizzazione del diritto societario.

Nell'affrontare il tema centrale del governo dell'impresa, riconosciuto come obiettivo principale del diritto delle società quello di garantire l'efficienza e la competitività tra le imprese, nel rapporto Winter sono stati fissati una serie di punti–chiave per la costruzione di un nuovo diritto societario europeo:

1) migliorare l'informazione fornita agli azionisti e ai creditori e, in particolare, la pubblicità relativa alle pratiche di governo dell'impresa[537];

2) rafforzare i diritti e la tutela degli azionisti di minoranza;

3) rafforzare gli obblighi degli amministratori[538];

---

[535] Il testo del Rapporto Winter , *Un cadre réglementaire moderne pour le Droit Européen des sociétés,* è consultabile sul sito www.europe.eu.int.

[536] Il Rapporto è stato redatto da J.Winter, J.M. Garrido Garcia, K.J. Hopt, J. Rickford, G. Rossi, J.S. Christensen, J. Simone, D. Thienpoint, K. Van Hule.

[537] Nel Rapporto, ad esempio, si specifica che deve essere migliorata la pubblicità relativamente alla remunerazione degli amministratori.

[538] In particolare, nel documento in commento si sottolinea come dovrebbe essere rafforzato l'obbligo degli amministratori di rispondere nel caso di crisi della società.

4) valutare la necessità di coordinare le normative nazionali in materia societaria o di elaborare un codice di governo dell'impresa europeo[539].

Le diverse proposte contenute nel documento si fondano sul rilievo che nelle società caratterizzate da uno o più azionisti principali, i soci di minoranza non hanno un'influenza reale anche se votano: ciò in quanto non hanno la possibilità di accedere alle informazioni utili per poter decidere misure appropriate al fine di incidere sulla vita delle società.

Sulla base di questa constatazione, nel Rapporto si sottolinea la necessità di prevedere a livello comunitario un'adeguata disciplina a tutela delle minoranze azionarie e, tra le misure suggerite, nella raccomandazione 3.8 si auspica la previsione di una procedura di investigazione speciale volta a garantire una corretta informazione circa le operazioni di gestione della compiute dagli amministratori e a verificare la sussistenza di eventuali irregolarità gestionali. Nello specifico, si prevede che "les actionnaires, lors de l'assemblée générale ou lorqu'ils detiénnent un maximum compris entre 5% et 10% du capital social, devraient avoir li droit de saisir un tribunale ou un organe administratif approprié pou demander l'ouverture d'investigations spéciales [...]. La procédure ne devrait être ordonée que lorsqu'il existe de soupçons sérieux de comportement impropre, afin d'eviter qu'elle ne soit utilisée à tout hansard ou comme instrument de harcèlement"[540].

Una procedura simile, secondo quanto specificato nel Rapporto, potrebbe costituire un mezzo efficace per rafforzare l'informazione degli azionisti.

---

[539] Le osservazioni contenute nel Rapporto sono state pienamente condivise dalla Commissione Europea che nella comunicazione "*Modernizzare il diritto delle società"* ha specificato come "l'esistenza di un regime efficace di tutela degli azionisti e dei loro diritto è una condizione indispensabile per la crescita delle imprese". La Commissione ha, poi, osservato come il rafforzamento dei diritti dei soci, con particolare riferimento a quelli di minoranza, deve avvenire con modalità differenti a seconda che si tratti di società chiuse ovvero di società aperte. Per le prime occorre accrescere i poteri individuali di informazione e di controllo sull'amministrazione, garantendo l'accesso pieno a tutti i documenti sociali ed il diritto di ogni socio di poter agire contro le irregolarità gestionali. Per le società aperte, invece, l'informazione deve essere più ampia e dettagliata e si devono tenere in considerazione anche gli interessi degli stakeholders esterni (e, nella specie, dei risparmiatori e dei consumatori).
Analoghe riflessioni sono state svolte dal Parlamento Europeo nella Relazione sulla Comunicazione della Commissione, nella quale è stato altresì sottolineato come "il tema del governo societario non può limitarsi esclusivamente alla relazione tra azionisti e management in ragione del ruolo essenziale dei portatori di interessi che sono dentro o ruotano intorno all'impresa".

[540] Così nel Rapporto, cit., 72.

Nel documento in commento si osserva altresì come procedimenti di inchiesta speciali sono previsti già in diversi Stati[541] – tra cui l'Italia (il riferimento è, chiaramente, al controllo giudiziario) – e, sebbene si riconosca che fino ad oggi tali procedure non hanno garantito un'efficace tutela delle minoranze, si ribadisce che le stesse, se usate "*correctement*", potrebbero costituire un "*moyen de dissuasion important*" contro le irregolarità gestionali commesse dall'organo amministrativo e dalla maggioranza a discapito della minoranza.

Quel che rileva a livello europeo è la convinzione che "a successful special investigation can serve as basis for a court claim" e che "the righ to information is often a more effective deterrent than the right to istigate a court claim"[542].

4.14 L'ordinamento tedesco: la *Sonderprüfung.*

A questo punto dell'indagine sembra utile un'analisi comparatistica dei principali ordinamenti europei che, al pari di quello italiano, già presentano una procedura di investigazione speciale.

Partendo dall'ordinamento tedesco, i paragrafi 142 e seguenti dell'*Aktiengesetz* disciplinano l'istituto della *Sondeprüfung* (la revisione speciale), istituto la cui funzione e le cui finalità appaiono assimilabili –

[541] Nella specie una "*special investigation rights of minority*" è adottato in paesi come la Germania, la Francia, l'Inghelterra, il Belgio, l'Olanda, e la Danimarca. Si tratta di procedure diverse, talvolta di carattere giudiziario talaltra di natura amministrativa, accumunate, però, da un unico presupposto: la necessità di garantire ai soci di minoranza di ottenere informazioni utili sulla gestione della società. Cfr. A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 212.

[542] In proposito, nel *Corporate Group Law for Europe, Forum Europaeum Corporate Group Law*, in *European Business Organisation Law Review*, 2000, da un lato, si riconosce che la procedura di inchiesta speciale "*even if it is rarely used, is an important detteren or fleet in being*" e dall'altro, si rileva che "provided that it can be executed with the help of an expert; that its enforcement is supported by law: and that the rules concerning publicity apply even if this amounts to no more than the publicity applied to a general meeting. It is, of course, more satisfactory, if in the jurisdiction concerned, a special investigation which has yielled incriminating material is followed by a court claim for compensation or for any other remedy provided by the law. This is the case in Germany, Great Britain and Netherlands. The special investigation is then part of the legal process together with a compensation claim against the members of the organs of the company or with any other remedy which may be sought by a minority shareholder".

almeno per alcuni profili – a quelle della procedura di amministrazione giudiziaria[543].

Il paragrafo 142 attribuisce all'assemblea il potere di nominare dei revisori speciali, i *Sonderprüfen* per il controllo dei provvedimenti relativi alla costituzione ed alla gestione della società[544].

E' poi previsto che, se l'assemblea respinge la richiesta di nomina di revisori speciali da parte dei soci (per rivedere un fatto attinente alla costituzione o gestione della società che non risale a più di 5 anni), i *Sonderprüfen* possono essere nominati dal Tribunale, su richiesta di una minoranza qualificata di azionisti pari alla centesima parte del capitale sociale o che possieda azioni per un valore pari a 100.000 euro, qualora vi sia il fondato sospetto che la società abbia subito un danno provocato da una cattiva gestione ovvero da gravi violazioni di legge o dello statuto. In questo

[543] Cfr. N. DE LUCA, *Note sulla recente riforma della Sonderprüfung nell'ordinamento tedesco delle società per azioni*, Relazione al Convegno su *La riforma delle società di capitali*, tenutosi presso l'Università Luiss in Roma, 9-10 maggio 2003, su www.archivioceradi.it, 123; F. PERNAZZA, *Autonomia e controllo nell'ordinamento delle società per azioni. Profili di diritto comparato*, Milano, 1999, 108; ID, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità (art. 2409 cod. civ.): profili di diritto comparato. Gli ordinamente francese, tedesco e spagnolo*, Relazione al Convegno su *La riforma delle società di capitali*, tenutosi presso l'Università Luiss in Roma, 9-10 maggio 2003, su www.archivioceradi.it, 100; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel Governo societario*, cit., 224, nt. 45, la quale sottolinea l'interessante storia della *Sonderprüfung*. "Le grandi frodi nel mercato azionario nella *Gründerzeit* indussero il legislatore tedesco nel 1884 a disciplinare il controllo sull'amministrazione della società al fine di tutelare gli azionisti: nacque così l'istituto". In proposito, cfr. R. JÄNIG, *Aktienrechtliche Sonderprüfung und UMAG – Die weitergehende Reformbedürftigkeit der aktienrechtlichen Sonderprüfung,* in *Betriebsberater,* 2005, Helft 18, 949.
In generale, sulla tutela delle minoranze e sul rapporto maggioranza-minoranza si veda anche K.J. HOPT, *Società di capitali, e corporate governance in Germania* in *Diritto societario e competitività in Germania*. Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, 2003, 37; K. PUSZKAJLER, *Tutela delle minoranza nel diritto tedesco delle società di capitali*, in P.POLLICE – L. GATT. (a cura di), *I processi di armonizzazione nel diritto privato europeo, Riflessioni e colloqui su talune recenti sentenze nel sistema tedesco*, Napoli, 2007, 415; P.D. BELTRAMI, *Realizzazione dell'Aktionärsforum nel diritto tedesco,* in *Riv. soc*., 2006, 163; E.H. SCHMID, *Continuità e cambiamento nella corporate governance in Germania,* in *Diritto societario e competitività in Italia e in Germania*, cit. 21.

[544] All'istituto disciplinato dal § 142 si affianca la fattispecie prevista dal § 258 della stessa legge, in base al quale i soci che rappresentino il 5% del capitale ovvero azioni per un valore di 500.000 euro possono richiedere al Tribunale la nomina di un revisore speciale in relazione ad ipotesi di approvazione di bilanci che sembrano presentare delle irregolarità.

caso, i ricorrenti devono addurre ragioni di sospetto circa le irregolarità che si ritengono compiute dagli amministratori[545].

Evidentemente la *Sondeprüfung* assurge ad una funzione differente secondo che sia disposta dall'organo assembleare ovvero dal tribunale, su richiesta di una minoranza qualificata di azionisti[546].

Infatti, mentre nel primo caso la nomina dei revisori speciali si pone come strumento di controllo nel rapporto tra i soci (intesi nel loro insieme) e gli organi amministrativi, nella seconda ipotesi – e, cioè, quando l'istituto è attivato dalla minoranza - la nomina assume (al pari del nostro controllo giudiziario) la funzione di tutelare gli interessi dei soci di minoranza (sia quelli individuali sia quelli vantati *uti socii*) rispetto a comportamenti pregiudizievoli degli amministratori, non rilevati dalla maggioranza, che, conseguentemente, deve ritenersi solidale con l'organo amministrativo[547].

Il profilo forse più rilevante della disciplina della *Sonderprüfung* sembra individuabile nello stretto collegamento che la riforma del diritto societario del 1998 ha instaurato tra il controllo dei revisori speciali e l'azione di responsabilità contro i componenti dell'organo amministrativo.

Il paragrafo 148 dell' *Aktiengesetz*, infatti, dopo aver previsto che un quorum di azionisti costituenti la centesima parte del capitale sociale ovvero

---

[545] Sostanzialmente per l'apertura della *Soderprüfung* sembra richiesto un presupposto analogo al nostro "fondato sospetto". Ed, infatti, non è richiesta la prova della *mala gestio*, ma solo la sussistenza di indizi gravi circa l'esistenza di gravi irregolarità.

[546] In tal senso F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale*, cit., 101, secondo cui il ricorso alla nomina giudiziale del *Sonderprufen,* essendo subordinato alla sottoposizione, in via preliminare, della richiesta all'organo assembleare, costituisce un rimedio residuale rispetto a quelli di carattere endosocietario.

[547] Ciò, secondo F. PERNAZZA, *op. loc. cit*., sembra emergere da diversi profili della disciplina. Innanzitutto, la *Sonderprüfung* attivata dalla minoranza presuppone il rigetto in sede assembleare di una mozione per la nomina dei *Sonderprufer* e, quindi, la sussistenza di fatti che lasciano sorgere il sospetto di gravi irregolarità o della violazione di norme di legge o di previsioni statutarie in relazione alla costituzione o alla gestione degli ultimi 5 anni. In secondo luogo, secondo l'Autore, la previsione che i costi per le spese e i compensi derivanti dall'incarico sono posti a carico della società dimostra che l'istituto è finalizzato alla tutela dell'interesse della società.

Con riferimento agli interessi tutelati, Pernazza osserva ulteriormente come "l'assenza di disposizioni che legittimino alla richiesta della revisione speciale anche organismi esterni alla compagine sociale evidenzia una differenza di fondo rispetto alla denuncia *ex* articolo 2409 cod. civ.: la tutela offerta dall'istituto tedesco è sempre connessa con l'interesse alla corretta gestione della società così come percepibile da chi ad essa partecipi in posizione di socio. Non appare quindi configurabile un interesse generale alla legittimità della gestione sociale tale da giustificare la legittimazione di un'autorità giudiziaria od amministrativa alla attivazione della procedura di nomina del *Sorderprufe*r".

titolari di azioni per un valore pari a 100.000 euro, possono chiedere la nomina di un rappresentante speciale che eserciti l'azione di responsabilità contro gli amministratori, dispone che la nomina del rappresentante, laddove vi sia il fondato sospetto che la società abbia subito un danno a causa di una gestione infedele (*Unredlichkeiten)* ovvero di gravi violazioni di legge o di statuto, possa essere contestuale alla richiesta di una revisione speciale.

In questo caso, il giudice nominerà un rappresentante[548] che dovrà, in primo luogo, accertare la *mala gestio* da parte dell'organo amministrativo e, secondariamente, se riscontrerà delle irregolarità, esercitare l'azione di responsabilità.

La procedura di revisione viene così ad assumere una funzione strumentale rispetto all'azione di responsabilità: rappresenta il mezzo attraverso il quale ottenere le prove della commissione di violazioni amministrative che giustificano l'esperimento dell'azione di responsabilità[549].

Lo stretto collegamento con l'azione di responsabilità sembra rendere la *Sonderprüfung* strumento più efficace del nostro controllo giudiziario.

Se, infatti, per un verso, il sistema tedesco appare meno invasivo di quello italiano – la società sottoposta a revisione, per l'intera durata del controllo, prosegue tranquillamente ed autonomamente la propria attività – per altro verso, sembra portare più facilmente all'azione di responsabilità.

In Germania, difatti, nel caso nel quale le istanze della minoranza sono reputate ammissibili, viene immediatamente nominato un revisore (il rappresentante speciale) che, se ritiene sussistere le irregolarità e, dunque, fondata l'azione di responsabilità, può esperirla direttamente, laddove in

---

[548] E' chiamato rappresentante e non revisore speciale solo perché la norma che ammette di esercitare insieme le due azioni è stata inserita all'interno della disciplina dell'azione di responsabilità.

[549] Sul collegamento tra procedura di controllo e azione di responsabilità, cfr. N. DE LUCA, *op. loc. cit*., che analizza, altresì, gli interessi tutelati dalla procedura in esame, osservando come in Germania "non esiste un interesse pubblico che giustifichi un intervento del tribunale, se non in caso di fallimento. Ciò testimonia che sebbene l'ordinamento tedesco delle società sia quello che da un punto di vista di *Corporate Governance* è il più incline alla partecipazione di altri interessi alla gestione della società, oltre quelli del capitale, e che, com'è noto, sono gli interessi dei lavoratori, tuttavia non reputa opportuno un intervento autonomo delle pubbliche autorità, giudiziarie o amministrative, nella gestione dell'economia privata. L'unico intervento ammissibile è quello volto a garantire il diritto alla minoranza si esercitare un'azione di responsabilità a proprio rischio e pericolo".

Italia è necessaria una prima valutazione di fondatezza della denuncia da parte del Tribunale, cui consegue la nomina di un ispettore, quindi una deliberazione della sussistenza delle irregolarità denunciate, cui segue, nei casi più gravi, la revoca degli amministratori e dei sindaci e la nomina di un amministratore giudiziario che, se ritiene opportuno, esercita l'azione di responsabilità. Il meccanismo dell'articolo 2409 risulta, evidentemente, molto più complesso.

Senza considerare, che il sistema tedesco, prevedendo che sia il rappresentante dei soci ad esercitare l'azione di responsabilità ed a proseguirla fino alla chiusura della stessa, elimina ogni possibilità di transazioni tra soci di maggioranza ed amministratori macchiatesi di gravi irregolarità, transazioni che, spesso, come si è visto, nel nostro ordinamento svuotano di contenuto l'azione di responsabilità faticosamente proposta dall'amministratore giudiziario.

Sarebbe auspicabile che anche nel nostro ordinamento fosse introdotta la regola secondo cui l'amministratore giudiziario resta in carica, anche dopo la chiusura della procedura di controllo, limitatamente alla prosecuzione dell'azione di responsabilità dallo stesso proposta; ovvero che fosse espressamente previsto che tale azione venga proseguita da un curatore speciale, al quale sia riservata in via esclusiva la facoltà di proporre all'assemblea la rinuncia o la transazione dell'azione di responsabilità[550].

4.15 L'ordinamento francese: l'*expertise de gestion*.

L'ordinamento francese contempla una complessa disciplina disposta a tutela della minoranza azionarie; all'interno di essa particolare interesse, ai fini della nostra indagine, presenta l'istituto dell'*expertise de gestion*, disciplinato dagli articoli L. 222.231 e seguenti del codice di commercio francese[551].

[550] Una simile proposta è già stata avanzata da M. BUSSOLETTI, *Il procedimento* ex *art. 2409*, cit, 1221.

[551] F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale*, cit. 92; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit. 220; C. DUCOULOUX FAVARD, *L'abus de biens et de pouvoir sociaux*, in LAMY, *Droit penal des affaires*, Paris, 2003, 1351. O PULHAN, *L'espertise de gestion: une arme à la disposition des actionnaires minoritaires*,

La norma ora citata prevede che uno o più soci che rappresentino il 5% del capitale sociale[552] o un'associazione di azionisti di cui all'articolo L. 225-120 possano proporre al presidente del consiglio di amministrazione domande in forma scritta su uno o più atti di gestione. Ove la risposta non pervenga nell'arco di un mese ovvero non appaia soddisfacente, i soci possono richiedere al tribunale la nomina di uno o più esperti per la redazione di un rapporto sugli atti di gestione dagli stessi indicati[553].

---

su www.journaldunet.com/juridique, il quale, parlando in generale della tutela delle minoranze, specifica che "l'esprit du législateur à l'époque (il riferimento è al 1966, anno nel quale è stata emanata la legge n. 537 che, come noto, disciplina le *sociétés anonymes*), était de doter notre dispositif légal de moyens permettant aux actionnaires de se protéger contre toute dérive des dirigeants. Ce dispositif est aujourd'hui constitué d'une batterie de mesures qui permettent aux actionnaires minoritaires de faire entendre leur voix auprès des dirigeants de l'enterprise, notamment:

- le droit pour tout actionnaire de parteciper aux assemblées générales;
- le droit de se faire communiquer des informations sur la société, soit à l'occasion d'une assemblée générale soit en dehors de toute réunion;
- le droit pour tout actionnaire représentant 5% du capital si celui-ci est de au plus égal à 750.000 euros (pourcentage moindre si le capital est supérieur) de demander l'inscrption d'un projet de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée;
- le droit de poser des questions écrites avant une assemblée;
- le droit d'intenter indivi duellement une action en responsabilité contre les dirigeants;
- le droit de demander la récusation en justice du commissaire aux comptes si les demandeurs représentent au moins 5% du capital".

In giurisprudenza, Court d'Appel de Paris, 20 mai 1988, 14ème Ch. A. Laurent c/Sté Mico, *BRDA,* 1998, 20; Court d'Appel de Versailles, 22 février 1997, *BRDA* 1997 10.

[552] Gli azionisti che non soddisfano i requisiti necessari per richiedere la nomina di un esperto di gestione, come rileva O PULHAN, *L'espertise de gestion,* op. loc.cit., possono ricorrere al tribunale ai sensi dell'articolo 145 del codice di procedura civile francese, che disciplina la figura dell'*expertise in futurum*. In particolare l'articolo 145 ora citato dispone che "tout interessé peut domander des mesures d'instruction par voie de requête ou de référé s'il existe un motif légitime de conserver ou d'etablir avant tout procès la preuve de faits dont pourrant dépendre la solution d'un litige". Circa le differenze tra *expertise de gestion* ed *expertise in futurum* si vedano le riflessioni di F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale*, cit., 93.

[553] In relazione alla legittimazione degli azionisti, dottrina e giurisprudenza hanno sollevato una serie di interessanti questioni. Innanzitutto si è affrontato il problema dell'assimilabilità alla qualifica di azionista del nudo proprietario e dell'usufruttuario delle azioni. In proposito, si veda F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale*, cit., 98.

Altra questione sollevata dalla giurisprudenza è quella dell'estendibilità della legittimazione dell'azionista agli atti gestori compiuti dagli amministratori delle società controllate. La giurisprudenza prevalente propende per la soluzione negativa, sul punto si veda Cass. comm., 15 julliet 1993*, J.C.P*., 1994, E, II, 567, con nota di Y. GUYON.

Legittimati a proporre l'istanza, ai sensi del III comma dell'articolo L. 222.231, sono altresì gli amministratori, il pubblico ministero[554], il *comité d'enteprise*[555], i *commissaires du comptes* e, se la società fa appello al pubblico risparmio, l'*Autorité des marchés financiers* (AMF, prima COB)[556].

La legittimazione di soggetti esterni alla società impone di verificare quali interessi il legislatore francese ha voluto in tal modo tutelare. In altre parole, occorre chiedersi se i soggetti sopra elencati svolgano indirettamente un ruolo di protezione dei soci di minoranza ovvero siano portatori di autonomi interessi la cui protezione si è voluta così garantita.

Per quanto concerne il pubblico ministero, l'orientamento prevalente ritiene che tale soggetto debba tutelare non solo gli interessi degli azionisti non legittimati all'azione diretta, ma anche "l'*ordre public économique*"[557].

Per quanto attiene, invece, all'*Autorité des marchés financiers*, il riconoscimento alla stessa della legittimazione attiva sembra essere stato voluto a tutela oltre che degli azionisti di minoranza, anche della trasparenza e dell'integrità del mercato[558].

---

[554] Sul punto A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 222, la quale osserva come "la legittimazione riconosciuta al p.m. anche nelle società chiuse, garantisce non solo il diritto dei soci non legittimati all'azione diretta, ma anche degli obbligazionisti e in generale, di qualsiasi terzo leso da atti di cattiva gestione: l'intervento del PM, in ogni caso, mira a far emergere eventuali violazioni di legge e di norme di ordine pubblico. Si veda anche H. HANSMANN – R. KRAAKMAN, *Il governo delle società di capitali,* in *Diritto societario comparata*, a cura di L. ENRIQUES, Bologna, 2006, 85; C. DOUCOULOUX – FAVARD, *L'abus de biens*, cit., 120, secondo cui il p.m. "ne peut agir que pour représenter l'ordre public économique".

[555] Il *comité d'enterprise* è l'organo interno di informazione e consultazione dei lavoratori subordinati, obbligatoriamente previsto nella società che hanno più di cinquanta dipendenti.

[556] Cfr. F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale,* cit., 99, che sottolinea come "l'introdotta legittimazione del p.m. e della COB, nei limiti in cui è prevista costituisce, innanzitutto, un completamento ed un rafforzamento di tale forma di protezione dei soci. Non si può negare, però, che la modifica abbia un significato più ampio. […] Esso diventa così un mezzo di "detection et de prévention de toutes les difficultés que peuvent traverser les sociétés".

[557] Cfr. C. DOUCOLOUX FAVARD, *L'abus de biens*, cit., 201, che osserva come "qu'on le veuille ou non le p.m. ne peut agir que pour répresenter l'ordre public économique". Si veda anche A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 222; H. HASMANN – R. KRAAKMAN*, Il governo delle società*, cit., 85; F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale*, cit., 99.

[558] Come rilevato da A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., n. 34, 222, particolarmente interessanti sono le osservazioni critiche sviluppate in tema dal MEDEF, *En finir avec les contraintes inutiles imposée par la Loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 Mai 2001 dans le fonctionnement des sociétés commerciales*, mai 2002, nel quale si sottolinea "*L'abaissemnt du pourcentage de détention permettant à un ou plusieurs actionnaires de solliciter une expertise de gestion ne parâit pas justifié*

La legittimazione del *comité d'enterprise*, infine, pare giustificarsi con l'esigenza di tutelare anche gli interessi dei lavoratori dell'impresa.

L'istituto dell'*expertise*, alla luce delle considerazioni ora svolte (differentemente dal controllo giudiziario), sembra preordinato alla tutela, non solo degli interessi delle minoranze azionarie, ma di tutti i molteplici interessi che ruotano intorno alla società[559].

Passando ai presupposti oggettivi dell'azione di *expertise*, nulla è espressamente previsto dal codice di commercio. La giurisprudenza più recente ritiene sufficiente un fondato sospetto di irregolarità, senza reputare necessaria la prova della illegittimità dell'atto sul quale si richiede che sia effettuato l'*expertise*[560].

Quanto alla nozione di "atto di gestione", sempre a livello giurisprudenziale, si è specificato che essa ricomprende esclusivamente gli atti compiuti dagli organi amministrativi e non quelli realizzati dall'organo assembleari.

Ciò, d'altra parte, sembra corrispondere alle finalità dell'istituto che sono, come sopra visto, principalmente informative: per quando concerne le deliberazioni assembleari, si ritiene che il diritto di informazione sia garantito – almeno in astratto – dalla possibilità di partecipare alle assemblee[561].

Occorre ancora osservare come in origine un altro carattere dell'istituto era individuato nella "sussidiarietà": la nomina dell'esperto era concessa

---

dès lors que cette action est ouvert au Parquet et à la COB qui peuvent être sollicités par les actionnaires n'atteignant pas ce seuil".

[559] Cfr. A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 223, la quale osserva come "l'esperto di minoranza, destinato originariamente alla protezione dei soli azionisti di minoranza, diviene così un esperto giudiziario di gestione in ragione dell'estensione della legittimazione dei richiedenti: PM, COB – oggi AMF – e comitato d'impresa".

[560] Cfr. F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale*, cit., 94, che rileva come "mentre non è sufficiente evocare in termini generali una violazione dell'interesse sociale, l'azione è ammissibile laddove la domanda offra seri elementi di dubbio circa la regolarità di una determinata operazione sociale".

In giurisprudenza si veda Court d'Appel 27 mai 1987, *Gaz. Palais*, 1988, I, 104; Court d'Appel Dijon, 30 novembre 1988, *Bull. Joly*, 1987, 711.

[561] In proposito, F. PERNAZZA, *op. loc. cit*., sottolinea come "per la verità l'argomento è convincente solo in parte: la nomina dell'expert può essere considerata superflua solo in relazione alle decisioni assunte dall'assemblea, ma non è priva, ad esempio, di interesse quando investa l'accertamento dei presupposti della convocazione o delle modalità con cui quest'ultima venga posta in essere dagli amministratori". Cfr., altresì, Court d'Appel Paris, 28 novembre 1990, *Bull Joly*, 1991, 182.

solo qualora si fosse dimostrato che erano già stati utilizzati tutti gli altri strumenti predisposti dall'ordinamento per ottenere informazioni sulla gestione.

In seguito, però, atteso che una simile prova avrebbe potuto avere un "effetto paralizzante" sulla procedura di *expertise,* la giurisprudenza ha preferito subordinare la nomina dell'esperto alla mera verifica dell'effettiva carenza ed insufficienza delle informazioni a disposizione del ricorrente[562].

La dottrina francese tende a collegare l'*expertise de gestion* all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, riconoscendo unanimemente che le prove raggiunte durante la procedura di *expertise* possono essere utilizzate in sede di azione di responsabilità per dimostrare la *mala gestio* degli amministratori ed i danni arrecati alla società.

Più nel dettaglio, l'*expertise* viene definita come "*une arme à la disposition des actionnaires minoritaires*", un'arma che permette alle minoranze azionarie di ottenere, come detto, le prove delle irregolarità gestionali sulle quali fondare l'azione di responsabilità contro gli amministratori.

L'istituto dell''*expertise de gestion*, a differenza della *Sondeprüfung*, nella pratica si è dimostrato, tuttavia, "*parfois bien légère pour ébranler un management en place et en tout cas souvent inefficace pour amener un groupe d'actionnaires minoritaires à faire entendre sa différence auprès des dirigeants*"[563]. Ciò in quanto i poteri conferiti all'esperto si esauriscono nell'accertamento di eventuali irregolarità, senza poter incidere direttamente sull'organizzazione societaria per l'eliminazione delle stesse[564]. Sotto questo

[562] F. PERNAZZA, *La denuncia al tribunale*, cit., 96, sul punto, osserva che questa semplificazione "non ha comportato una utilizzazione indiscriminata dell'istituto perché esso, nella configurazione offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, rimane uno strumento di carattere eccezionale il cui esperimento, inoltre, ha sempre un costo per la società. E' stato infatti opportunamente messo in evidenza come la semplice proposizione del ricorso comporti un discredito degli organi amministrativi e indirettamente della società, oltre a rendere necessaria, in caso di nomina dell'*expert*, la messa a disposizione di tempo, personale e documenti con evidente ulteriore danno per la società. L'orientamento più recente è dunque quello volto a trovare una delimitazione dell'ammissibilità dell'azione, non tanto attraverso il riconoscimento del suo carattere sussidiario, quanto della sua "eccezionalità", che si riflette nella delimitazione dell'oggetto dell'azione dell'*expert*".

[563] O. PAULHAN, *L'expertise de gestion*, cit., 1.

[564] A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 223; F. PERNAZZA, *op. loc. cit*.

profilo, l'*expertise* sembra risentire delle stesse cause di inefficienza strutturale che caratterizzano il nostro controllo giudiziario.

Ed, infatti, anche in Francia, al pari che in Italia, accanto allo strumento informativo non sembrano essere predisposti adeguati strumenti per garantire alle minoranze azionarie, dimostrate le gravi irregolarità, la definitiva eliminazione delle stesse od almeno un risarcimento dei danni subiti dalla *mala gestio* di amministratori e soci di maggioranza[565].

4.16 L'ordinamento inglese.

L'ordinamento inglese sembra offrire un buon livello di tutela ai soci di minoranza tanto nei confronti delle irregolarità commesse dall'organo assembleare quanto di quelle commesse direttamente dai soci di maggioranza[566].

La Section 994 del Companies Act 2006[567] (che recepisce la Section 459 del Companies Act del 1985[568]) attribuisce a ciascun socio[569] il diritto di chiedere al giudice ogni provvedimento che si ritenga appropriato nel caso

[565] Per tutelare efficacemente le minoranze azionarie, come detto, non basta attribuire alle stesse un efficace mezzo di informazione in ordine alla gestione della società, ma è necessario individuare anche degli efficienti strumenti attraverso i quali, a livello reale o a livello risarcitorio, i soci di minoranza possano vedere soddisfatte le proprie ragioni.

[566] Cfr. A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 231, secondo cui il sistema inglese "da un lato, infatti, rifugge da meccanismi complessi di regole e di divieti in quanto si fonda sulla pubblicità e sulla pressione psicologica, che l'opinione pubblica può esercitare sugli organi di gestione della società, dall'altro, si affida agli interventi dei giudici ai quali conferisce poteri molto estesi, spesso discrezionali".

[567] Sul Companies Act del 2006: A. KEY, *Enlighted shareholder value, the reform of the duties of companies directors and the corporate objective*, 2006, L.M.C.L.Q, 335; E.V. FERRAN, *Company Law Reform in the UK. A. Progress Report*, in ECGI*, Working Paper Series in Law,* 27/2005, 6, consultabile sul sito www.ecgi.org*;* S. BRUNO, *Profili del diritto societario inglese alla luce della riforma*, in *Riv soc*., 2004, 929.

[568] La formula è pressoché identica salvo qualche differenza di ordine meramente lessicale. La Section 459 a sua volta era andata a sostituire la Section 210 del Companies Act del 1948, la quale poneva come presupposto dell'azione la circostanza che gli affari della società fossero condotti in maniera "oppressiva" rispetto ad una parte dei soci.

[569] L'orientamento prevalente in giurisprudenza ritiene che la qualità di socio deve sussistere al momento dell'esercizio dell'azione, cosicché non può agire in giudizio chi abbia ceduto la propria partecipazione antecedentemente all'inizio del procedimento. Si ritiene, invece, che possa avvalersi del rimedio in esame chi abbia acquistato la partecipazione societaria in un momento successivo al verificarsi della condotta pregiudizievole. In proposito, si veda *Re Quickdome Ltd* (1988) BCLC 370.

nel quale gli affari della società siano condotti (o siano stati condotti) in modo tale da arrecare un ingiusto pregiudizio (*unfairly prejudice*) agli interessi della generalità dei suoi membri o di una parte di essi (incluso almeno l'attore) ovvero nel caso nel quale l'adozione o l'omissione di un atto sia (o sarebbe) altrettanto pregiudizievole (*would be so prejudicial*)[570].

Presupposto del ricorso all'autorità giudiziaria, dunque, è un atto o una condotta pregiudizievole che sia imputabile alla società o, comunque, riguardi la "conduzione dei suoi affari".

In tale nozione si è soliti ricomprendere tutti i comportamenti imputabili a coloro che, nel concreto, controllano la società, amministratori e/o soci di maggioranza nonché, nell'ipotesi di gruppo di società, tutte le decisioni prese dalla *parent company* riguardanti gli affari della controllata[571].

Quanto agli interessi tutelati attraverso l'*unfair prejudice remedy,* si tratta esclusivamente di quelli attinenti alla qualità di socio e non anche quelli concernenti la qualità di creditore o di amministratore della società[572].

---

[570] In proposito, L.C.B. GOWER – P.L. DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, by P.L. DAVIES, London, 2003, 516, hanno osservato che "most notably the test for intervention ceased to be oppression of the minority by the controllers and became instead that of unfair prejudice, a clear indication that the Parliament intended the corurts to take a more active role".

Si veda anche C. FRIGENI, *Società chiusa e tutela del socio oppresso: esperienze estere*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 345; B.R. CHEFFINS, *Company Law, Theory, structure and operation*, Oxford, 1998, 58.

Ulteriore strumento previsto dall'ordinamento inglese a tutela delle minoranze è la più conosciuta *derivative action*. In proposito si veda D. LATELLA*, L'azione di responsabilità*, cit., 20.

Si veda anche C. FRIGENI, *Società chiusa e tutela del socio oppresso: esperienze estere*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 345; B.R. CHEFFINS, *Company Law, Theory, structure and operation*, Oxford, 1998, 58.

[571] Nello specifico, le decisioni della *holding* possono considerarsi come conduzione degli affari della *subsidiary* ogniqualvolta la gestione finanziaria ed amministrativa delle diverse società avvenga da parte della controllante come se si trattasse di un'unica impresa. Sul punto, cfr. Law Commission, Consultation paper 142 (Shareholder remedies), in *www.lawcom.gov.UK/lib-comp.htlm#libcp142*.

[572] Tuttavia, occorre sottolineare come il recente Company Law Reform Bill – forse risentendo delle istanze comunitarie ed in linea con la dottrina più recente – nell'affermare la responsabilità degli amministratori nei confronti degli azionisti ha specificato che "in quest' ottica la valutazione della responsabilità non può prescindere anche da una valutazione degli interessi "altri" coinvolti nelle scelte gestionali, interessi che in un'ottica di lungo periodo svolgono un ruolo decisivo per il raggiungimento di un sistema di imprese in grado di sviluppare un tessuto produttivo sano che promuova ricchezza e opportunità di lavoro". La ricostruzione è di A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, cit., 234.

Cfr., anche, M.L. VITALI, *Prime considerazioni sui progetti di riforma del diritto societario inglese,* in *Riv. soc.*, 2006, 156; E.V. FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, Oxford, 1999, 662.

La nozione di interesse è strettamente connessa a quella di *unfairness* (ingiustizia). Il pregiudizio è da ritenersi *unfair* (e, quindi, rilevante) solo qualora sia conseguenza di violazioni di legge o dell'atto costitutivo o, infine, dei doveri fiduciari incombenti sugli amministratori[573].

Di contro, non rientra nel concetto di ingiustizia la semplice perdita economica derivante da mera inefficienza dell'organo amministrativo, poiché tale evenienza fa parte del rischio insito nella partecipazione ad una società[574].

Per quanto concerne i rimedi adottabili dal giudice, come sopra anticipato, egli può disporre ogni provvedimento che ritenga opportuno per la risoluzione del caso specifico. In proposito, la Section 996 del Companies Act del 2006 individua, a livello esemplificativo, alcuni rimedi adottabili dalla corte, la quale può, ad esempio, regolare la futura conduzione degli affari sociali[575]; ordinare alla società di astenersi dal compiere (o dal continuare a compiere) un atto lamentato dal ricorrente[576] ovvero, al

---

[573] In proposito, particolarente importante appare la sentenza O Neill v. Phillips 1999, 2 All ER, 921, con la quale la *House of Lord* si è pronunciata per la prima volta in tema di *unfair prejudice*, individuando una serie di criteri che debbono essere seguiti dalle giurisdizioni inferiori.
La Corte si è espressa in questi termini:
1)il giudice, per garantire la certezza del diritto, nell'applicare il concetto di *fairness* deve basarsi su principi razionali che sono rinvenibili tra i principi tradizionalmente utilizzati nei giudizi di *equity;*
2)l'*unfairness* può consistere sia in una violazione di norme contrattuali o legislative sia in un modo che l'*equity* giudicherebbe contrario a buona fede;
3) il giudice, nella specie, è tenuto a verificare se gli atti che costituiscono esercizio di un potere conferito dall'atto costitutivo o dalla legge non disattendono le *legittimate expectations* delle minoranze azionarie, fondate su accordi informali sul cui presupposto i soci hanno costituito la società ovvero anche su accordi successive alla predetta costituzione;
4)una *legittimate expectation* può fondarsi esclusivamente su accordi o promesse effettivamente intercorsi tra i soci.

[574] Salvo, chiaramente, il caso nel quale si sia in presenza di un "*serious mismanagement*" e, cioè, di una pessima gestione sociale, soprattutto se protratta per un lungo periodo di tempo.

[575] Il provvedimento giudiziale, in questo caso, può consistere o in un semplice ordine rivolto alla società come, ad esempio, la convocazione coattiva dell'assemblea, ovvero può consistere in un ordine più complesso volto a regolamentare in materia dettagliata la gestione interna della società.
Per completezza, occorre osservare come il rimedio sia scarsamente utilizzato: le corti inglesi, invero, si sono mostrare refrattarie a recepire questa disposizione. La *ratio* di tale scelta sembra da rinvenire nella volontà dei giudici di interferire il meno possibile nella conduzione degli affari sociali.

[576] Lo strumento dell'inibitoria, contrariamente a quello indicato nella nota precedente, risulta essere particolarmente utilizzato dalle corte inglesi. Un esempio dell'applicazione di tale rimedio è offerto dal caso Whyte Petioner [1984], SLT, 330, nel quale i giudici hanno impedito la convocazione di un'assemblea dei soci

contrario, compiere un atto del quale l'attore abbia lamentato l'omissione; o ancora, può autorizzare la proposizione di azioni civili in nome e per conto della società; ovvero ordinare l'acquisto delle partecipazioni di qualunque membro della società da parte di altri soci o da parte della società stessa (e, in quest'ultimo caso, la conseguente riduzione del capitale sociale).

Con riferimento a quest'ultimo rimedio – che risulta essere il più utilizzato – la dottrina ha sollevato una serie di questioni: *in primis*, si è interrogata circa i criteri da adottare per la valutazione della partecipazione sociale; secondariamente, si è chiesta se il comportamento delle parti incida sulla suddetta valutazione; infine, si è domandata quale sia il momento cui riferire la stima della partecipazione.

Per quanto attiene al primo quesito, l'orientamento prevalente ritiene che debba essere risolto ricorrendo alla *fairness* (equità). Il socio che subisce un danno a causa del comportamento dell'organo amministrativo (o degli altri soci) ha diritto di uscire dalla società con un adeguato ristoro calcolato sul valore della propria partecipazione sociale.

E, proprio per garantire il rispetto del criterio della *fairness,* la giurisprudenza ha specificato che per una corretta stima è fondamentale accertare preliminarmente se la partecipazione minoritaria è stata acquistata semplicemente a titolo di investimento o se, al contrario, vi sia un diretto coinvolgimento del socio nella gestione della società. In tale caso il valore della partecipazione sarà maggiore[577].

Passando alla seconda delle questioni sopra indicate (e, cioè, se il comportamento del socio istante possa incidere sulla valutazione del valore della partecipazione sociale) i giudici inglesi ritengono che, per compiere una corretta valutazione della partecipazione sociale, occorre verificare se l'azionista di minoranza abbia, in qualche modo, contribuito alla realizzazione del pregiudizio. Se così è, nella stima si dovranno seguire dei parametri più favorevoli per gli acquirenti.

Altro interrogativo, come sopra accennato, è quello relativo all'individuazione del momento rilevante per valutare il valore della

---

nella quale la maggioranza avrebbe voluto attribuire la procura a difendere la società ad un soggetto che aveva un interesse contrapposto al buon esito del procedimento legale nel quale la società era coinvolta.

[577] Cfr. *Re Bird Precision Bellows Ltd* [1984], Ch 419.

partecipazione sociale. Questo interrogativo si pone perché, evidentemente, il predetto valore potrebbe subire delle variazione nell'arco di tempo che intercorre tra la data nella quale si cita la parte che ha arrecato il pregiudizio e il momento nel quale la corte pronuncia la sua decisione.

In ordine alla menzionata questione, non sembra esistere una regola generale e spetta ai giudici, caso per caso, valutare quale sia il momento più adatto[578].

Nel fissare la data più opportuna, generalmente, si tiene in considerazione lo "stato di salute" della società: se l'impresa si trova in difficoltà finanziarie, per evitare un deprezzamento della partecipazione del socio di minoranza, la valutazione viene normalmente rapportata al momento di proposizione della domanda, di contro, se la società si trova in buone condizione, si preferisce, al fine di avvantaggiare l'azionista di minoranza, stimare il valore della partecipazione in un momento successivo a tale data[579].

Azione analoga a quella prevista dalla Section 994 del Companies Act del 2006, ai sensi della Section successiva[580], può, poi, essere disposta su ricorso del Segretario di Stato[581]. Più in dettaglio, quest'ultimo, nel caso nel quale abbia ricevuto un rapporto da parte degli ispettori ai sensi della Section 437 del Companies Act del 1985 o abbia esercitato i poteri allo stesso concessi dalle Sections 447 e 448 della medesima legge[582], qualora ritenga che la società sia stata gestita in modo da arrecare un *unfair prejudice* alle minoranze azionarie, può – in aggiunta o in alternativa ad una

[578] Normalmente si prende in considerazione o il momento nel quale è stata posta in essere la condotta pregiudizievole, o il momento della proposizione della domanda che ha dato inizio al procedimento o, infine, la data della pronuncia del giudice. Per un quadro delle diverse posizioni giurisprudenziali si veda *Law Commission*, cit., 100.

[579] Sussistono, inoltre, dei casi nei quali considerazioni di equità impongono che la valutazione in esame venga svolta facendo riferimento ad una data anteriore alla proposizione della domanda. Ciò, ad esempio, può essere opportuno nell'ipotesi nella quale il socio di maggioranza, proprio in previsione del ricorso all'autorità giudiziaria da parte della minoranza, abbia compiuto una serie di atti volti al deprezzamento del valore delle partecipazioni sociali. In proposito, cfr. D. GRIFFIN, *Company Law Foundamental Principles*, London, 1996, 323.

[580] La Section 995 riprende la precedente Section 460 del Companies Act del 1985.

[581] Tradizionalmente l'azione in esame viene fatta rientrare nei cd "rimedi amministrativi", così definiti perché di competenza del Department of Trade and Industry.

[582] Il riferimento è al potere di richiedere la produzione di documenti alla società (Section 447) e alla possibilità di ricorrere al giudice per un mandato di perquisizione (Section 448).

richiesta di liquidazione della società – ricorrere al giudice per ottenere uno dei provvedimenti indicati dalla Section 996 del Companies Act del 2006.

Le azioni ora brevemente esaminate rivestono un ruolo importante soprattutto con riferimento alle *public companies* o alla *private companies* di grandi dimensioni, nelle quali gli azionisti di minoranza possono difficilmente accedere alle informazioni necessarie ai fini della prova di un abuso di potere da parte dell'amministrazione della società.

La disciplina inglese sembra offrire importanti spunti di riflessione: per tutelare adeguatamente le minoranze azionarie è necessario considerare i rapporti endosocietari che si realizzano nel singolo caso concreto; occorre verificare se vi sono soci in grado di esercitare un'influenza dominante sulla gestione; occorre distinguere i soci-imprenditori dai soci risparmiatori; occorre, a seconda dei casi, predisporre una tutela di carattere reale (ad esempio l'annullamento di una delibera del consiglio di amministrazione ovvero dell'assemblea) ovvero di carattere risarcitorio (ad esempio imporre alla società o ai soci di maggioranza di acquistare le azioni dei soci di minoranza).

Osservazioni conclusive

L'analisi storica della procedura di controllo giudiziario ha dimostrato come tale istituto presenti da sempre dei profili di inefficienza. Si è parlato dell'attribuzione, all'interno del procedimento, di un ruolo centrale all'organo assembleare, che comporta il rischio che i soci di comando annullino i risultati della procedura: tale ragione di inefficienza era già stata evidenziata in sede di commento all'articolo 153 del codice di commercio nonché in sede di redazione dei progetti del codice civile.

Allo stesso modo, come si è rilevato, da sempre si lamenta il fatto che il controllo giudiziario non è in grado di incidere definitivamente sulla organizzazione societaria.

D'altra parte, da sempre ragioni contrapposte a quelle ora indicate, come ampiamente illustrato, giustificano, da un lato, il ruolo attribuito all'assemblea all'interno della procedura[583], e dall'altro, i risultati precari del controllo giudiziario[584].

Queste ultime ragioni dimostrano che sarebbe un errore attribuire all'amministrazione giudiziaria un ruolo che la stessa non è in grado di assumere, e cioè quello di strumento idoneo a garantire "un definitivo

[583] Cfr. G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 119, che rileva come il fatto che l'assemblea costituisca il giudice di ultima istanza della procedura, appare "inevitabile e può sembrare logico, se si immagina una società a larga base azionaria, nella quale non vi sono maggioranze precostituite, bensì soci che si aggregano liberamente nella votazione e che aspettano d'essere chiamati a deliberare secondo scienza e coscienza, per colpire chi ha tradito la loro fiducia e per rinnovare la composizione degli organi sociali, immettendovi nuove energie e nuove competenze. […] E' chiaro però che la situazione è molto diversa nelle società a ristretta base azionaria, ove gli amministratori ed i sindaci, sollevati dal loro incarico, sono spesso […] espressione della medesima maggioranza chiamata a votare in assemblea".

[584584] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 121, il quale sottolinea come "tutto ciò, per certi versi è inevitabile: non solo, perché si ha a che fare con un procedimento di volontaria giurisdizione, ma soprattutto, perché la regolarizzazione compiuta dall'amministratore giudiziario, quando non sbocca in un processo che si è chiuso con una sentenza definitiva di merito, ha la natura e gli effetti propri di una normale attività privata". L'Autore, come già si è rilevato, ribadisce, poi, la necessità di trovare una soluzione che "garantisca alle parti in causa un qualche approdo, capace di porre fine alla conflittualità: o tramite lo scioglimento del rapporto associativo oppure con un provvedimento del giudice idoneo a passare in giudicato".

ristabilimento dell'ordine nel modo di condurre gli affari e, soprattutto, nel modo di intrattenere i rapporti con le minoranze"[585].

Ciò non significa che il controllo giudiziario non possa comunque avere un ruolo rilevante all'interno del più complesso sistema previsto a protezione delle minoranze azionarie.

A tal proposito, nel corso dell'indagine si è dimostrato come le minoranze, denunciando la violazione delle regole di correttezza e buona fede da parte dei soci di maggioranza, possono paralizzare i tentativi di questi ultimi di annullare gli effetti del controllo. In tal modo, se non può sempre conseguirsi l'effettiva eliminazione delle violazioni rilevate dall'autorità giudiziaria, può comunque ottenersi il risarcimento dei danni cagionati dal comportamento abusivo dei soci di maggioranza.

Per altro verso, si è messa in luce la fondamentale funzione svolta a livello informativo dalla procedura di controllo giudiziario.

Il patrimonio conoscitivo offerto dalle indagini interne alla procedura, è, per sua natura, stabile e non deperibile "in quanto una volta acquisito, non può essere disperso da chi ritorna ad amministrare la società: l'accertamento dei fatti continua a far prova - a favore o contro certi soggetti - in tutte le sedi nelle quali potrà essere utilizzato"[586], quali azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, ovvero azioni di risarcimento danni direttamente nei confronti dei soci di comando, azioni queste ultime che sembrano esperibili nel nostro ordinamento grazie ad una lettura estensiva dell'articolo 2497 cod. civ[587].

L'indagine svolta conduce ad un'ulteriore riflessione: considerando i molteplici interessi che rilevano all'interno della società, al fine di costruire un efficiente sistema di protezione delle minoranza azionarie pare possibile

---

[585] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 128, che evidenzia come ciò non significhi che l'intervento del tribunale e, nella specie, dell'amministratore giudiziario non possa dare qualche frutto: "innanzitutto rassicura la minoranza, garantendo una gestione imparziale, che impedisce alla maggioranza di spadroneggiare e di persistere nel suo disegno oppressivo; in secondo luogo, permette di regolarizzare una serie di atti (a partire dai bilanci) e di promuovere una serie di azioni, volte a reintegrare il patrimonio sociale delle perdite ingiustamente subite; infine, ma non da ultimo in ordine di importanza, consente di portare alla luce una serie di verità, sia sulle vicende che hanno intorbidato i rapporti associativi, sia sulla situazione attuale dell'impresa, nei suoi profili economici, patrimoniali e finanziari".

[586] G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze*, cit., 128.

[587] Cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa",* cit., 120.

utilizzare in maniera complementare i diversi ordini di rimedi – invalidatorio, indennitario, risarcitorio, liquidativo – espressamente previsti dal nostro ordinamento a tutela delle minoranze[588].

Ed, infatti, a seconda della fattispecie concreta e della posizione che il socio assume all'interno della compagine sociale, gli interessi dello stesso potrebbero essere maggiormente garantiti attraverso una forma di tutela piuttosto che un'altra[589].

In ogni caso, tuttavia, il primo passo per proteggere le minoranze potrà essere quello di garantire alle stesse, tramite l'amministrazione giudiziaria, un buon livello di informazioni circa le operazioni gestionali poste in essere dagli amministratori ed in ordine al comportamento dei soci di comando.

Tale vocazione dell'istituto del controllo giudiziario è d'altronde in sintonia con i progetti di armonizzazione del diritto societario comunitario ove, come si è visto, si auspica la creazione nei diversi ordinamenti europei di una procedura di investigazione speciale (giudiziaria od amministrativa) volta a garantire una corretta informazione circa le operazioni di gestione compiute dall'organo amministrativo ed a verificare la sussistenza di eventuali irregolarità commesse a danno dei soci di minoranza.

---

[588] Come del resto sembra avvenire nel sistema inglese.

[589] In proposito C. ANGELICI, *Le minoranze nel decreto 58/1998: "tutela" e "poteri",* in *Riv. dir. comm.*, 1998, 218, sui diversi modi di reazione nei confronti di un'attività di gestione non condivisa. L'Autore osserva come i rimedi siano astrattamente due:"quelli che vanno sotto gli slogans dell'*exit* e della *voice*. […] Ciascuno di questi due modi corrisponde di fatto a diverse tipologie dell'investimento : quando si tratta del piccolo azionista risparmiatore, la strada fondamentale è quella dell'exit, poiché risulterebbe economicamente irrazionale affrontare i costi (a partire da quelli di informazione) per un'azione positiva , sia essa l'esercizio del diritto di voto oppure la proposizione di una domanda giudiziaria; se si tratta invece di una quota di partecipazione importante, e tale deve considerarsi il 5% del capitale sociale di una società quotata, è proprio la strada dell'exit che potrebbe risultare eccessivamente costosa, se non altro in quanto la vendita sul mercato di una quota così rilevante può produrre un abbassamento della quotazione. In sostanza, ed il rilievo appare ovvio, più alta è la quota di partecipazione e meno essa risulta economicamente negoziabile".

Indice delle opere citate

- AA. VV., *Il ruolo attuale delle società di persone e la prospettiva di riforma della disciplina codicistica*, a cura di F. DI SABATO, Napoli, 1993.

- AA. VV, *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003.

- P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali, sulle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. 16, Torino, 1985, 5.

- P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenze,* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, III, t.1, Torino, 1994, 1.

- P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata*, in *I gruppi di società*, I, Milano, 1996.

- L. ABETE, *Le gravi irregolarità nel novellato testo dell'articolo 2409 c.c.: brevi riflessioni*, in *Società*, 2004, 1475.

- F. ACCETTELLA, *Il nuovo controllo giudiziario: presupposti oggettivi ed interessi tutelati*, nota a a Tribunale Napoli, 22 giugno 2004, in *Giur. comm*., 2006, II, 957.

- G. AFFERNI – G. GUSSO, *Attribuzione all'amministratore giudiziario dei poteri assembleari*, in *Società*, 2002, 997.

- V. ALLEGRI, *Denuncia di gravi irregolarità e tutela delle minoranze*, nota a Corte d'Appello di Milano, 26 ottobre 1979, in *Giur. comm*., 1980, II, 754.

- V. ALLEGRI, *L'amministrazione ed il controllo*, in AA.VV, *Diritto Commerciale*, Bologna, 2004, 225.

- G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza,* in *Riv. dir. comm.,* 1971, II, 288.

- G. ALPA, *La solidarietà,* in *Nuova giur. civ. comm*., 1994, II, 365.

- G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano,* Bari, 2000

- V. AMATO, *Il controllo sulla gestione*, Relazione all'incontro di Studi C.S.M., su *Primo corso di formazione di diritto commerciale:questioni attuali di diritto dell'impresa e di diritto industriale; giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria nel diritto societario*, tenutosi a Roma il 26-29 marzo 2001.

- S. AMBROSINI, *Il problema del controllo nella srl, tra tentazioni "correttrici" degli interpreti e dubbi di costituzionalità*, in *Giur. comm*., 2005, I, 375.

- C. ANGELICI, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privat*o diretto da P. RESCIGNO, vol. 16, Torino, 1985, 218.

- C. ANGELICI, voce *Società per azioni,* in *Enc. dir*., XLII, Milano, 1990, 986;

- C. ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, in *Giur. comm*., 1991, I, 681.

- C. ANGELICI, *Rapporti sociali e regole di correttezza,* in *Giur. comm*., 1992, I, 1017

- C. ANGELICI, *Scioglimento anticipato di società e buona fede contrattuale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I., Padova, 1998, 110.

- C. ANGELICI, *Le minoranze nel decreto 58/1998: tutela e poteri*, in *Riv. dir. comm*., 1998, I, 206.

- C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2004.

- C. ANGELICI, *Le basi contrattuali delle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo – G.B. Portale, 2004, 1, 101.

- C. ANGELICI, *Attività e organizzazione*, Torino, 2007.

- A. ARCANGELI – T. ASCARELLI, *Il regime della società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze,* in *Riv. dir. comm*., 1932, I, 166.

- T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle spa*, in *Riv. dir. comm*., 1930, I, 735.

- T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949.

- T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1951, 1145.

- T. ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. soc*., 1956, 92.

- T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952.

- T. ASCARELLI*, Personalità giuridica e problemi della società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959.

- A. ASQUINI, *Conflitto d'interessi tra il socio e la società nelle deliberazioni di assemblee di società per azioni*, nota a Tribunale Milano, 20 gennaio 1919, in *Riv. dir. comm*., 1919, II, 652.

- A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm*., 1943, I, 1.

- A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc*., 1959, 617.

- A. ASQUINI, *Dal Codice di Commercio del 1965 al libro del lavoro del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm*., 1967, 1.

- F. AULETTA, sub *articolo 2393*-bis, in *La riforma delle società*, a cura si M. SANDULLI – V. SANTORO, t. 2, Torino, 2003, 488.

- G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937.

- L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni,* vol. III, *L'attuazione*, Milano, 1964.

- M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto, in Il contratto e le tutela. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 305.

- P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

- A. BASSI, *Correttezza e contratto di società,* in *Giur. comm.,* 2002, I, 300.

- S. BATTAGLIA, *La presenza del pubblico ministero nel procedimento* ex *art. 2409 c.c.,* in *Società,* 1982, 422.

- F. BELLI, *Alle origini delle istituzioni capitalistiche in Italia, Il Sindacato governativo sulle società commerciali e gli istituti di credito (1866-1869),* in *Riv. trim. dir. pub.*, 1972, 1517.

- F. BELLI – A SCIALOJA, *Vocazioni interventiste. Miti ed ideologie del liberismo all'indomani dell'unificazione nazionale: il controllo delle società commerciali e degli istituti di credito nell'esperienza del sindacato governativo (1866-1869),* Bologna, 1978.

- .D. BELTRAMI, *Realizzazione dell'Aktionärsforum nel diritto tedesco,* in *Riv. soc*., 2006, 163.

- F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1968.

- P. BENAZZO, *Autonomia statutarua e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Padova, 1999.

- J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1960.

- M. BESSONE – A. D'ANGELO, voce *Buona fede,* in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988.

- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazion*i, vol. I, Milano, 1953.

- C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale,* in *Riv. dir. civ*., 1983, I, 205.

- C. M. BIANCA, *Diritto civile, IV. L'obbligazione*, Milano, 1990.

- W. BIGIAVI, *Nomina senza richiesta di un amministratore giudiziario delle società per azioni ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, in *Riv. trim, dir. proc. civ*., 1954, 303.

- W. BIGIAVI, *Ancora sulla nomina senza richiesta , di un amministratore giudiziario della società per azioni ai sensi dell'articolo 2409*, in *Riv. dir. civ*., 1955, 221.

- W. BIGIAVI, *Interesse sociale e interesse pubblico*, in *Riv. dir. civ*., 1956, I, 711.

- L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, vol. II, Torino, 1988, 169.

- E. BONAVERA, *L'ispezione giudiziale e l'amministratore giudiziario*, in *Società*, 1990, 1222.

- M. BONELL, *Intervento giudiziario ex art. 2409 c.c. e "gravi irregolarità*, in *Riv. Dir. Comm*., 1969, II, 221.

- G. BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'articolo 2409 c.c*., in *Riv. trim., dir. proc., civ*., 1995, 515.

- U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

- M.C. BREIDA, *Nuove (e vecchie) questioni in tema di controllo giudiziario delle società*, in *Giur. it*., 1990, 1886.

- A. BRUNELLI, *Il libro del lavoro, in Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano, 1943, 253.

- A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, Milano, 1948, vol. II, 406.

- S. BRUNO, *Profili del diritto societario inglese alla luce della riforma*, in *Riv soc*., 2004, 929.

- F.D. BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto,* in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 565.

- V. BUONOCORE, *L'impresa*, Torino, 2002.

- M. BUSSOLETTI, *Procedimento ex art. 2409 c.c.: nuove legittimazioni nel quadro dei controlli sulle società quotate*, in *Giur. comm*., 2000, I, 339.

- M. BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 cod.civ*., in *Riv. soc*., 2003, 1212.

- G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, in *Diritto delle società, II,* Torino, 1992.

- G. .F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, II. Diritto delle società*, Torino, 2002

- G. CANALE, *Sulla titolarità del decimo del capitale sociale ai sensi dell'art. 2409 c.c*., in *Giur. comm*., 1985, II, 369.

- G. CANALE, *Sulla legittimazione della maggioranza sociale alla proposizione del reclamo* ex *art. 2409 c.c.*, in *Giur. Comm*., 1990, II, 674.

- F. CANDIAN, *In margine all'articolo 2409,* in *Temi*, 1952, 97.

- F. CANDIAN, *Il diritto del socio nelle società cd di capitali,* in *Dir. fall*., 1961, I, 238;

- O. CAPOLINO, *Commento all'art. 70, in Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 1995, 227.

- F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 72, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2001, 560.

- V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc*., 2003, 1233.

- S. CARMIGNANI, sub *articolo 2437*, in *La riforma delle società,* a cura di M. SANDULLI – V. SANTORO, 2, Torino, 2004, 882

- F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926.

- F. CARNELUTTI, *Tutela penale della minoranza nelle società per azioni*, in *Riv dir. soc*., 1956, I, 394.

- P. CASELLA, *Note marginali sull'articolo 2441, comma 3, cod. civ. e sull'interesse sociale,* in *Temi,* 1961, 331.

- M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1990.

- G. CASTELLINI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c*., Relazione all'incontro di studi sul tema *Controversie societarie e nuovi rapporti fra banca e cliente*, tenutosi a Ostia Lido (Roma), 19-21 ottobre 1995, in *Quaderni C.S.M*., n. 94, 1997.

- C. CASTRONOVO, *L'avventura delle calusole generali*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1986.

- A. CECCHERINI, *Il nuovo controllo giudiziario e il controllo interno*, Relazione al Convegno su *Le riforme delle cooperative tra leggi del mercato e tutela della mutualità*, in *Società*, 2002, 929.

- M. CERA, *Controllo giudiziario* ex *art. 2409 c.c. e messa in liquidazione della società* in *Giur. comm*., 1978, II, 400.

- M. CERA, *Sostituzione degli amministratori in pendenza di procedimento ex art. 2409 c.c. e finalità dell'amministrazione giudiziaria*, in *Giur. comm*., 1988, II, 634.

- V. CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali (art. 2409c.c.),* Milano, 1954.

- A. CERRAI – A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze in Il diritto delle s.p.a. Problemi, esperienze e progetti,* Milano, 1993, 339.

- G. CESARONI, *La responsabilità dei sindaci per omessa denuncia al pm ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, nota a Tribunale Rimini, 23 luglio 2002 (ord.), in *Giur. comm*., 2003, II, 187.

- B.R. CHEFFINS, *Company Law, Theory, structure and operation*, Oxford, 1998.

- F. CHIMOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari,* Milano, 1969.

- F. CHIZZONI, *L'ispezione giudiziale come strumento di controllo giudiziario ex art. 2409 del codice civile*, in *Impresa*, 2002, 1188.

- M.G. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994.

- R.C. CLARK, *Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986.

- G.E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio nelle società per azioni*, Padova, 1965.

- L.P. COMOGLIO, *Difesa e contradditorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc*., 1997, 719.

- F. CONTE, *Sugli interessi tutelati dall'articolo 2409*, in *Giur. comm*., 1986, II, 466

- D. CORAPI, *In tema di denuncia al tribunale* ex *art. 2409 c.c.,* in *Riv. dir. comm*., 1964, II, 219.

- G. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, 45.

- G. COTTINO, *Contrattualismo ed istituzionalismo*, in *Riv. soc*., 2005, 693.

- F. D'ALESSANDRO, *I titoli di partecipazione*, Milano, 1968.

- F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "Battelli sul Reno" alle "Navi vinchinghe",* in *Foro it.,* 1988, V, c., 48.

- F. D'ALESSANDRO, *«La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». Ovvero: esiste ancora il diritto societario?,* in *Riv. soc*., 2003, 34.

- F. D'ALESSANDRO, *Il controllo giudiziario sulle spa*, in *Temi di diritto societario*, Milano, 1997, I, 229

- C. D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, in *Società*, 2004, 448.

- A. D'ANGELO, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA – M. BESSONE, vol. IV, t. 2, in *Giur. sist. dir. civ. e comm*., fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, 691.

- A. D'ANGELO, *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, in *Principi civilistici della riforma del diritto societario*, a cura di A. AFFERNI – G. VISENTINI, Milano, 2005, 109.

- 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, 447.

- R. DABORMIDA, *La natura giuridica del procedimento*, in *Società,* 1990, 1177.

- R. DABORMIDA, *Intervento adesivo nel procedimento* ex *articolo 2409*, in *Soc*., 1989, 1315.

- R. DABORMIDA, *Controllo giudiziario nelle società in liquidazione*, in *Società*, 1991, 1056.

- A. DACCÒ, *Commento art. 89, in La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza,* a cura di A. CASTAGNOLA E R. SACCHi, Torino, 2000, 463.

- E. DALMOTTO, Sub *articolo 2393*-bis, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, a cura di G. COTTINO – G, BONFANTE – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, 2, Bologna, 2004, 785.

- L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc*., 2003, 469.

- A. DE GREGORIO, *Delle società, e delle associazioni commerciali*, sub *art. 76-250, cod. comm*., Torino, 1938, 381.

- N. DE LUCA, *Note sulla recente riforma della Sonderprüfung nell'ordinamento tedesco delle società per azioni*, Relazione al Convegno su *La riforma delle società di capitali*, tenutosi presso l'Università Luiss in Roma, 9-10 maggio 2003, su *www.archivioceradi.it*, 123.

- A. DE MARTINI*, La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli delle società*, in *Riv. dir. comm*., 1953, 32.

- F. DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002.

- S. DE VITIS, sub *articolo 2409*, in *La riforma delle società*. Commentario al dlgs. 17 gennaio 2003, n. 6, a cura di S. SANTORO e M. SANDULLI, Torino, 2003.

- A. DENTAMARO, *Il diritto di disinvestimento nelle società per azioni,* in *Riv. dir comm*., I, 441.

- A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, artt. 1173-1176, Bologna- Roma, 1988, 275.

- A. DI MAJO*, La fideiussione omnibus e il limite della buona fede*; Cassazione, 20 luglio 1989, in *Corr. giur*., 1989, 1084.

- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

- F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999.

- F. DI SABATO, *Provvedimenti cautelari di cui all'art. 2409 c.c*., Atti del Convegno su "*La denuncia al tribunale per gravi irregolarità*" (art. 2409 c.c.), organizzato dalla Università Luiss, Roma , 5 febbraio 1999, Roma, 2000, 52.

- F. DI SABATO*, Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa – G.B. Portale, 1, Torino, 2007, 133.

- G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, II, Torino, 1985, 589.

- G. DOMENICHINI, *La denuncia al tribunale (art. 2409)*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004.

- C. DUCOULOUX FAVARD, *L'abus de biens et de pouvoir sociaux*, in LAMY, *Droit penal des affaires*, Paris, 2003, 1351.

- A. FATTORI, *Procedimento di controllo di irregolarità della gestione sociale*, in *Società,* 1992, 1100.

- G. FAUGEGLIA, *Delibera di scioglimento anticipato della società e sindacato giudiziario*, in *Giur. comm*., 1980, II, 956.

- E. FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. dir*., XIX, Milano, 1970, 330.

- E.V. FERRAN, *Company Law Reform in the UK. A. Progress Report*, in ECGI*, Working Paper Series in Law,* 27/2005, 6, consultabile sul sito *www.ecgi.org*.

- C. FERRARIS, *Approvazione del bilancio da parte dell'amministratore giudiziario e impugnazione di deliberazione negativa*, nota a tribunale Napoli, 5 dicembre 2002, in *Giur. comm*., 2004, II, 199.

- B. FERRARO, *I limiti del potere di intervento del tribunale*, in *Società*, 1983, 10.

- G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm*., 1934, I, 723.

- G. FERRI, *Le società come contratto*, in *Studi per Ferrara*, Milano, 1943, I, 262.

- G. FERRI, *Del codice civile della codificazione e di altre cose meno commendevoli,* in *Foro it.,* 1944, 46.

- G. FERRI, *Poteri della maggioranza e diritto del socio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1951, 1145.

- G. FERRI, *Poteri della maggioranza e diritti del socio*, in *Banca, borsa, tit. cred*, 1952, II, 160.

- G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo,* in *Riv. dir. comm*., 1963, 409.

- G. FERRI, *Violazione del diritto di opzione e procedimento* ex *art. 2409 c.c*, nota a Tribunale Milano, 24 novembre 1978, in *Riv. dir. comm*., 1980 II, 283.

- G. FERRI, *Procedimento ex articolo 2409 cod.civ. in corso di impugnativa della deliberazione di approvazione di bilancio*, in *Riv. dir. comm*., 1987, II, 384.

- G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile* fondato da F. VASSALLI, Torino, 1987.

- P. FERRO-LUZZI, *Sul problema degli aumenti di capitale deliberati in danno della minoranza,* in *Riv. dir. comm*., 1964, II, 93.

- P. FERRO-LUZZI – P.G: CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, Milano, 1970, 330.

P. FERRO – LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971.

- P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1993 (ristampa inalterata).

- S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società,* 2003, 303.

- C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario,* in *Giur. comm.*, 2000, I, 421.

- G. FRANCHI, *Società per azioni. Irregolarità. Ispezione. Camera di consiglio*., in *Nuova riv. dir. comm*., 1950, II, 1938.

- C. FRIGENI, *Società chiusa e tutela del socio oppresso: esperienze estere*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 345.

- M. FUMAGALLI, *Presupposti del controllo giudiziario e questioni di diritto transitorio*, nota a Tribunale Padova, 26 aprile 2004 (decr.), in *Società*, 2005, 215.

- F. FUNARI, *Note in tema di «fondato sospetto di gravi irregolarità» ai sensi dell'art. 2409 c.c*., nota a Tribunale Palermo, 24 dicembre 1999, in Società, 2000, 866.

- E. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 16.

- F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, Padova, 1988.

- F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 1996, I, 3.

- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* vol. II*, Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in generale*, Padova, 1999.

F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, 342.

- A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm*., 1994, I, 841.

- A. GAMBINO, *La disciplina del conflitto di interesse del socio,* in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 376.

- A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 1987.

- A. GAMBINO, *Cassazione e contrattualismo societario, un incontro?,*in *Giur. comm*., 1996, II, 346.

- B. GATTAI, *Conflitto di interessi e azioni di responsabilità,* in *Giur. comm*., 1985, II, 339.

- M. F. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994.

- G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato, in Riv. dir. comm*., 1965, I, 335.

- G. GIANNATTASIO, *Ancora in tema di denuncia al tribunale per gravi irregolarità degli amministratori e dei sindaci*, in *Foro pad*., 1960, I, 211.

- M. GIORGIANNI, Lezioni di diritto civile nell'anno accademico 1953-1954, Catania, 1954.

- E. GLIOZZI, *Holding e attività imprenditoriale*, in *Giur. comm*., 1995, I, 522.

- L.C.B. GOWER – P.L. DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, by P.L. DAVIES, London, 2003.

- G. GORLA, *Le società secondo il nuovo codice. Breve guida pratica*, Milano, 1942.

- C. GRANELLI, *La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali*, in *Società*, 2003, 1564.

- E. GRASSO, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc*., 1990, 35.

- A. GRAZIANI, *L'articolo 2409 è applicabile alle società cooperative?, in Riv. soc*., 1956, 85.

- A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962.

- P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959.

- D. GRIFFIN, *Company Law Foundamental Principles*, London, 1996, 323.

- A. GUACCERO, *Obblighi ed interessi nella disciplina delle offerte pubbliche di acquisto*, Roma, 2007.

- F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1991.

- F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali,* Torino, 2004.

- G. GUZZI, *Partecipazioni qualificate*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 348.

- H. HANSMANN – R. KRAAKMAN, *Il governo delle società di capitali,* in *Diritto societario comparata*, a cura di L. ENRIQUES, Bologna, 2006, 85.

- M. HAURIOU, *La theorié de l'institution et de la fondation,* in *La cité moderne et les transformations du droi. Cahiers de la nouvelle journeé*, Paris, 1925.

- K.J. HOPT, *Società di capitali, e corporate governance in Germania* in *Diritto societario e competitività in Germania*. *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2003.

- P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964.

- P. JAEGER, *Direzione unitaria, e responsabilità degli amministratori*, Milano, 1985, 854.

- P.G. JAEGER, *Gli azionisti, spunti di riflessione*, in *Giur. comm*., I, 1993.

- P.G. JAEGER *L'interesse sociale rivisitato quarant'anni dopo* in *Giur. comm*., 2000, I, 797.

- P.G. JAEGER – F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1992.

- R. JÄNIG, *Aktienrechtliche Sonderprüfung und UMAG – Die weitergehende Reformbedürftigkeit der aktienrechtlichen Sonderprüfung,* in *Betriebsberater,* 2005, Helft 18, 949.

- A. JANNACCONE, *Il procedimento regolato dall'art. 2409 c.c*., in Società, 1984, 656.

- A. JANNUZZI, *Richiesta di provvedimenti ai sensi dell'art. 2409 c.c. e comunicazione alle altre parti*, in *Giust. civ*., 1967, I, 170.

- A. KEY, *Enlighted shareholder value, the reform of the duties of companies directors and the corporate objective*, 2006, L.M.C.L.Q, 335.

- H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967.

- S. LA CHINA, *Società (ispezione giudiziaria)*, in *Enc, giur*., Milano, 1990, XLII, 1152.

- E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria. Giustizia ed efficienza del risarcimento*, Roma,2008, ed. provv.

- L. LAMANDINI, *Il controllo, Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995.

- L. LAMBERTINI, *Ispezione ed amministrazione giudiziaria delle società di capitali*, Padova, 1998.

- S. LANDOLFI, *I provvedimenti del tribunale ed i reclami*, in *Società*, 1990, 1216.

- A. LANZA, *Fini e limiti dell'amministrazione giudiziaria in una società di capitali* ex *art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. civ*., 1957, II, 459.

- D. LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Torino, 2005.

- B. LIBONATI, *Holding e investement trust*, Milano, 1969.

- O LOI, *Appunti per una discussione sulla partecipazione del p.m. al procedimento previsto dall'art. 2409 c.c*., in *Riv. soc*., 1971, 336.

- L. LORDI, *Il cosi detto eccesso di potere nelle società anonime,* in *Riv. dir. comm*., 1937, I, 140.

- F. MAINETTI, *Note in tema di controllo giudiziario delle società: alcune decisioni recenti*, nota a Tribunale Como, 10 giugno 1998 (decr.) e Tribunale Como, 7 novembre 1997, in *Giur. it*., 1999, 1459.

- F. MAINETTI, *Intervento della società e assenza del PM nel procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Società,* 2002, 1392.

- F. MAINETTI, sub *articolo 2409*, *in Il nuovo diritto societario*, commentario a cura di G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 948.

- F. MAINETTI, *Intervento della società e assenza del PM nel procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, nota a Corte d'Appello di Roma, 29 marzo 2002 (decr.), in *Società*, 2002, 1392.

- D. MALTESE, *I procedimenti in camera di consiglio: profili generali*, in *Riv. dir. civ.,* 1997, I, 565.

- P. MANFRIN, *L'ordinamento delle società in Italia*, Padova, 1875.

- MARASÀ, *Le società*. Le società in generale, Milano, 2000.

- F. MARCHISIO, *Spunti in tema di denuncia al tribunale* ex *art. 2409*, in *Società,* 2008, 1245.

- A. MARCINKIEWICZ, *Il decreto di revoca di amministratori e sindaci*, in *Società*, 1990, 1209.

- B. MARESCOTTI, *Il controllo del tribunale sulle irregolarità sociali*, in *Società*,1998. 736.

- F. MARTORANO, *Ispezione della società e consulenza tecnica,* in *Foro it*., 1953, I, 186.

- G. MARZIALE, *Il controllo giudiziario delle società*, in *Il controllo giurisdizionale sulle società*, Quaderni C.S.M., 1992, n. 54, 122.

- G. MARZIALE*, Il controllo giudiziario delle società*, Atti del Convegno su "*La denuncia al tribunale per gravi irregolarità*" (art. 2409 c.c.), organizzato dalla Università Luiss, Roma , 5 febbraio 1999, Roma, 2000, 52.

- S. MASTURZI, *I poteri deliberativi dell'assemblea nelle more del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. Impresa*, 2001, 235.

- M. MASUCCI, *Note in tema di procedimento ex art. 2409 c.c. e di funzionamento del collegio sindacale*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 38.

- L. MENGONI, *Appunti per una revisione del conflitto di interessi nelle deliberazioni assembleari della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 441.

- L. MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1956, 689.

- G. MEO, *Incidenza dell'interesse alla regolarizzazione della gestione sociale sull'imputazione delle spese e sulla procedibilità della denunzia di gravi irregolarità commesse dagli amministratori cessati dalla carica*, in *Giur. Merito*, 1987, I, 1221.

- F. MESSINEO, *La struttura della società e il cd contratto plurilaterale,* in *Riv. dir. civ.*, 1942, 74.

- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale,* Milano, 1957.

- A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725.

- A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della company inglese*, in *Riv. soc.*, 1960, 633.

- G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.

- G. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nelle deliberazioni assembleari e di consiglio,* in *Riv. dir. comm.*, 1956, 314.

- R. MISITI, *La convocazione dell'assemblea nel procedimento ex art. 2409 c.c.,* in *La denunzia al tribunale per gravi irregolarità (art. 2409 c.c.)*, Atti del Convegno di Studi organizzato dall'Università LUISS, in Roma, 5 febbraio 1999.

- C. MONTAGNANI, *Ambito di applicazione dell'art. 2409 c.c. e controllo giudiziario delle società personali*, in *Giur. it*., 1982, I, 2, 488.

- C. MONTAGNANI, *Sulla "compatibilità" delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. civ*., 1994, II, 197.

- C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario, ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. soc*., 2004, 1105.

- C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, 2008.

- G. MONTANELLI*, Ragionamento intorno alle società commerciali*, (1846), in *Annali delle Università toscane*, Pisa, 1846.

- L. MONTESANO, *Le disposizioni generali del codice di procedura civile,* Roma, 1984.

- L. MONTESANO, *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. giur. Treccani,* XV, Roma, 1989.

- L. MONTESANO, *Giudizi camerali su atti e gestioni di società e tutela giurisdizionale di diritti ed interessi,* Relazione del Convegno organizzato dal Centro di ricerca per il diritto e l'impresa della LUISS, Roma, 5 febbraio 1999, su "*la denuncia al tribunale per gravi irregolarità*", su www.archivioceradi.luiss.it.

- L. MONTESANO – L. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, 1 e 2, Padova, 2002.

- F. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle*

esigenze dj tutela degli interessi sottostanti, nota a Cassazione, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ*., 1990, I, 137.

- L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale. IV. Società per azioni*, Padova, 1957.

- E. MOSCATI, *Osservazioni in tema di buona fede in senso oggettivo nel diritto privato italiano,* in *Gli allievi romani in memoria di Francesco Calasso*, Roma, 1967, 255.

- F.M. MUCCIARELLI, *Compagine sociale e interesse sociale nella giurisprudenza*, in *Giur. comm*., 2003, I, 647.

- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole di correttezza,* in *Banca, borsa, tit. cred*., 1961, I, 172.

- U. NATOLI, *Le regole della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175),* in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 129.

- L. NAZZICONE, *La funzione di accertamento della procedura* ex *art. 2409 c.c*., in *Foro it*., 1995, I, c, 2263.

- L. NAZZICONE, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409: le novità della riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1078.

- L. NAZZICONE, sub *articolo 2393*-bis, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, 5, Milano, 2003, 204.

- L. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005.

- N. NERI BERNARDI, *Volontaria giurisdizione. Profili processuali*, Torino, 1999.

- G. NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nell'estinzione delle società*, Milano, 1990.

- A, NIUTTA, *La novella del codice civile in materia di società: luci e ombre della nuova disciplina sui gruppi di società,* in *Riv. dir. comm*., 2003, I, 411.

- R. NOBILI, *Sui poteri dell'assemblea dopo la nomina dell'amministratore giudiziario*, in *Riv. dir. comm*., 1961, II, 19.

- A. NUZZO, *L'abuso della minoranza*. *Poteri, responsabilità e danno nell'esercizio del diritto di voto*, Torino, 2003.

- G. OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, Relazione all'incontro di studi al C.S.M. su *La riforma del diritto societario*, tenutosi a Roma il 27-30 gennaio 2003, in Quaderni C.S.M., 2004.

- G. OPPO, *Euguaglianza e contratto nelle società per azioni,* in *Riv. dir. civ.,* 1974, I, 380.

- G. OPPO *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni invalide,* in *Scritti giuridici, II, Diritto delle società*, Padova, 1992, 383.

- G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in G. OPPO, *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, IV, Padova, 2000.

- G. Oppo, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Scritti giuridici*, vol. VII, Milano, 2003, 14.

- G. OPPO, *Quesiti in tema di azioni e di strumenti finanziari,* in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, t. 1, Torino, 2007, 717.

- M. OPROMOLLA, *Tutela dei diritti dei soci di minoranza e interesse sociale nelle delibere di riduzione del capitale* ex *art. 2447 c.c.,* in *Giur. merito*, 1997, I, 359.

- A. PACIELLO, *Il diritto di recesso nelle spa: primi rilievi, ivi*, 417.

- A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in AA. VV., 1882-1982, *Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984.

- M. PAGANO, *Contributi allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, Napoli, 1996.

- A. PALAZZO, *Attività etiche della persona e rapporti civili*, in A. PALAZZO – I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, 311.

- M.G. PAOLUCCI, sub *articolo 2409*, in *Il nuovo diritto delle società, commento sistematico al D.lgs 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D.lgs 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Bologna, 1013.

- A. PANDOLFI, *Sui provvedimenti cautelari o provvisori* ex *art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 640.

- V. PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'art. 2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni*, in *Riv. trim., dir. proc. civ.*, 1954, 689.

- S. PANUNZIO, *La produzione del diritto*, in *Il fondamento giuridico del fascimo*, Roma, 1987.

- A. PATELLI, *La legittimazione del socio a proporre la denuncia*, in *Società*, 1990, 1193.

- A. PATELLI, *Poteri dell'amministratore giudiziario nominato* ex *articolo 2409*, in *Società*, 1997, 82.

- A PATELLI, A. MARCINKIEWICZ, *Il nuovo controllo giudiziario* ex *art. 2409 c.c. sulle s.r.l.*, in *Società*, 2005, 355.

-A. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971.

- A. PATRONI GRIFFI, *Società (controllo giudiziario sulla)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1993.

- A. PATRONI GRIFFI, "Fiduciary duties*" e gruppi di società,* in *Giur. comm*., 1994, I, 911.

- A. PATRONI GRIFFI, *La denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. Gli interessi tutelati*, in *Giur. comm*., 1999, I, 145.

- A. PAVONE LA ROSA, *Profili della tutela degli azionisti*, in *Riv. soc*., 1965, 72.

- A. PAVONE LA ROSA, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese. I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Bologna, 1982.

- G.L. PELIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.,* 1967, I, 113.

- E. PEREGO, *La competenza per i provvedimenti* ex *art. 2409 cod. civ*., in *Giur. it*., 1981, IV, 7.

- F. PERNAZZA, *Autonomia e controllo nell'ordinamento delle società per azioni. Profili di diritto comparato*, Milano, 1999, 108.

- F. PERNAZZA, *Autonomia e controllo nell'ordinamento delle società per azioni. Profili di diritto comparato*, Milano, 1999, 108 e *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità (art. 2409 cod. civ.): profili di diritto comparato. Gli ordinamente francese, tedesco e spagnolo*, Relazione al Convegno su *La riforma delle società di capitali*, tenutosi presso l'Università Luiss in Roma, 9-10 maggio 2003, su *www.archivioceradi.it*,.

- S. PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974.

- D. PETTITI, *Sul procedimento di denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 cod.civ*., in *Riv. dir. comm.,* 1952, II, 278.

- D. PETTITI, *Ancora sul procedimento dell'articolo 2409 c.c*. in *Riv. dir. comm*., 1961, II, 54.

- G. PIAZZA, *Controllo giudiziario ex art. 2409 sulle società non quotate: ricorso autonomo del P.m. e reclamabilità tra vecchia e nuova disciplina*, in *Corr. giur*., 2004, 393.

- F. PLATANIA, *La tutela cautelare nel procedimento* ex *art. 2409 c.c*., in *Società,* 2007, 1399.

- D. PORRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di applicazione dell'articolo 2409 cod. civ*., nota a Tribunale Mantova, 6 febbraio 1997, in *Giur. comm*., 1998, II, 660.

- G.B. PORTALE, "*Uguaglianza del contratto: il caso dell'aumento di capitale in presenza di più categorie di azioni,* in *Riv. dir. comm*., 1991, 735.

- M. PORZIO, *Interessi pubblici e interessi privati nella disciplina del credito, in Banca, borsa, tit. cred,* 1973, I, 1.

- D. PREITE, *Il conflitto di interesse del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare,* in *Riv. soc.*, 1988, 361.

- D. PREITE, *Abuso della maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni,* in *Trattato delle società per azioni,* a cura di *G.E. Colombo – G.B. Portale*, Torino, 1992, III, 2, 3.

- D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni*, Milano, 1992.

- E. PROTETTÌ*, L'ispezione dell'amministrazione delle società,* in *Società,* 1984, 1310.

- E. PROTETTÌ, *Controllo* ex *art. 2409 c.c. in pendenza di impugnazione del bilancio*, nota a Tribunale Milano, 30 ottobre 1986 (decr.), in *Società*, 1987, 185.

- R. PROVINCIALI, *Aspetti del controllo giudiziario sulle società per azioni di cui all'art. 2409 c.c.*, in *Dir. fall*., 1955, II, 311.

- R. PROVINCIALI, *Natura giuridica, impugnabilità e intervento del p.m. nel procedimento* ex *art. 2409 c.c.,* in *Dir. fall*.,1956, II, 311.

- R. PROVINCIALI, *Impugnabilità ex art. 111 comma 2 Cost. del provvedimento reso in appello di cui all'art. 2409 2 comma c.c*., in *Dir. fall*., 1961,II, 417.

- R. PROVINCIALI, *Procedimento ex art. 2409 c.c. e trasformazione di società di capitali in società di persone,* in *Riv. dir. comm*., 1973, I, 39.

- O PULHAN, *L'espertise de gestion: une arme à la disposition des actionnaires minoritaires*, su www.journaldunet.com/juridique.

- K. PUSZKAJLER, *Tutela delle minoranza nel diritto tedesco delle società di capitali*, in P.POLLICE – L. GATT. (a cura di), *I processi di armonizzazione nel diritto privato europeo, Riflessioni e colloqui su talune recenti sentenze nel sistema tedesco*, Napoli, 2007.

- B. QUATRARO – E. TOSI, *Il controllo giudiziario delle società ex. art. 2409 c.c*., Milano, 1994.

- E. RAFFAELLI, *Rassegna di giurisprudenza onoraria in materia di società,* in *Riv. dir. comm*., 1994, I, 85.

- A. RAPPAZZO – G. RAPPAZZO, *Le irregolarità degli amministratori nelle società per azioni*, Milano, 2001.

- P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 2001.

- W. RATHENAU, *La realtà delle società per azioni*, in *Riv. soc*., 1960, 918.

- V. RICCIUTO, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999.

- G.C. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1964.

- N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le disposizioni generali sulle società e sulle società di persone. Prospettive di riforma*, a cura di N. ROCCO DI TORREPADULA, Milano, 2001.

- N. ROCCO DI TORREPADULA, *Gravi irregolarità nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005.

- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

- S. ROMANO, voce *Buona fede, i*n *Enc. Dir*., V, Milano, 1959, 677

- N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003

- V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA- ZATTI, Milano, 2001, 550.

- R. RORDORF, *L'ispezione della società* ex *art. 2409 c.c.,* in *Società*, 1985, 587.

- R. RORDORF, *La irregolare amministrazione delle società*, in *Società*, 1990, 1203.

- R. RORDORF, *Le minoranze azionarie tra tutela ed eterotutela*, in *Società*, 2002, 112.

- G. ROSSI, *Controllo pubblicistico sulle spa*, in *Riv. soc*., 1958, 520.

- G. ROSSI, *I mercati dell'investimento tra diritto ed economia*, in *Riv. soc*., 1991, 963.

- G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.

- L. ROVELLI, *I soggetti del procedimento e posizioni processuale*, in *Società,* 1990, 1186.

- L. ROVELLI, *La correttezza,* in *I contratti in generale*, a cura di G. Alpa – M. Bessone, vol. I, Torino, 1991, 558.

- F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo stato*, in *Riv. dir. civ*., 1968, I, 258.

- M. RUBINO DE RITIS, *Legittimazione dei soci ex articolo 2409 e squeezouts of minorità*, in *Giur. comm*., 1996, 285.

- A. SACERDOTI, *Dei sindaci nelle società anonime e delle garanzie da sostituirsi agli stessi,* in *Riv. dir. comm*., 1914, 657.

- R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

- R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?,* in *Il principio di buona fede*, Atti della giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985, Milano, 1987, 46.

- V. SALAFIA, *I poteri istruttori del Tribunale*, in *Società*, 1982, 659.

- V. SALAFIA, *Il controllo giudiziario sulla gestione della società*, in *Società*, 1990, 1165.

- V. SALAFIA, *I presupposti del controllo giudiziario sulle società di capitali* ex *art. 2409 c.c.*, in *Società* 1995, 1273.

- V. SALAFIA, *La riforma del collegio sindacale*, in *Società,* 1997, 1123.

- V. SALAFIA, *I nuovi soggetti legittimati al ricorso ex 2409 c.c. secondo l'art. 152 D.lgs 58/1998,* in *Società,* 2001, 143.

- V. SALAFIA, *Funzioni poteri dell'ispettore nominato nel procedimento regolato dall'art. 2409 c.c.*, nota a Tribunale Venezia, 30 novembre 2001 (decr.), in *Società*, 2002, 345.

- V. SALAFIA, *La riforma del controllo previsto dall'aticolo 2409*, in *Società,* 2002, 1331.

- V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 391.

- V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali, nella recente riforma societaria,* in *Società,* 2003, 1469.

- V. SALAFIA, *sub art. 2409*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI, F. GHEZZI – M- NOTARI, Milano, 2005, 299.

- L. SALIS, *Osservazioni in tema di applicabilità dell'art. 2409 cod.civ*., in *Giust. civ*., 1965, I, 1925.

- C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice civile e scienza,* in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma- Bari, 1990, 257.

- M. SARALE, *Diritti soggettivi, causa societaria e principio di maggioranza: i turbamenti degli interpreti*, commento a Cassazione, 27 ottobre 2000, n. 14142, in *Giur. it*., 2007.

- P. SCHLESINGER*, I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. dir. priv*., 1996, 445.

- A. SCIALOJA, *In tema di invalidità di deliberazioni assembleari di accomandita per azioni, presa in violazione dell'articolo 2469 cod. civ.,* in *Giur. it*., 1948, I, 2, 85.

- C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi de contraenti*, Padova, 1992.

- G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento, nella disciplina dei gruppi di società,* Torino, 1996.

- G. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale,* in *Riv. soc*., 1958, I, 43.

- C. SILVETTI - G.CAVALLI - M, MARULLI, *La società per azioni 3, II*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIAVI, II, Torino, 1996.

- R. SMIROLDO BONGIORNO, *Rassegna delle principali questioni controverse in tema di controllo giudiziario delle società di capitali secondo l'articolo 2409 c.c.*, in *Dir. fall.*, 1957, I, 226.

- N. SOLDATI, *Ammissibilità del ricorso* ex *art. 2409 presentato dal socio sovrano*, in *Società*, 2003, 587.

- P. SPADA, *La tipicità delle società,* Padova, 1974.

- P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 233.

- G. SPALTRO, *Ancora sul procedimento di controllo giudiziario delle società di capitali*, nota a Tribunale Trani, 30 ottobre 2001 (decr.), in *Società*, 2002, 350.

- G. SPALTRO, *Assoggettabilità alla procedura ex art. 2409 c.c. degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 T.U.B.*, commento a Tribunale Messina, 29 maggio 2002, in *Società,* 2003, 747.

- M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso e autonomia statutaria,* in *Riv. dir. comm.*, 2004, 389.

- M. STELLA RICHTER JR, *"Trasferimento del controllo" e rapporti tra i soci,* Milano, 1996.

- G. STOLFI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 185.

- G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, V, Torino, 1988, 189.

- G.U. TEDESCHI, *Funzione preventiva del controllo giudiziario, nota a Tribunale Milano, 21 dicembre 1988 (decr.),* in *Società*, 1989, 610.

- - G.U. TEDESCHI, *Controllo giudiziario richiesto da un sindaco*, in *Società,* 1989, 1073.

- G.U. TEDESCHI, Il *controllo giudiziario, gli altri controlli e l'interesse tutelato. Profili comparatistici*, , in *Società* 1990, 1167.

- G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni,* in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, 3, Torino, 2007, 116.

- R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990.

- A. TOFFOLETTO, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel recesso convenziale del socio di società di capitali,* in *Riv. dir. comm.,* 2003, 347.

- A. TURATI – BOTTAI, *La carta del lavoro illustrata e commentata*, Roma, 1929, 1.

- G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.

- R. VACCARELLA, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità*, Atti del Convegno su "*La denuncia al tribunale per gravi irregolarità*" (art. 2409 c.c.), organizzato dalla Università Luiss, Roma , 5 febbraio 1999, Roma, 2000, 52.

- G. VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in *Riv dir. comm*., 1943, I, 21.

- G. VALERI, *Manuale di diritto commerciale* I, Firenze, 1945, 160.

- P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leurs administration en droit comparé*, Bruxelles,1960

- F. VASSALLI, sub *articolo 2393*-bis, in *Società di capitali*, *Commentario*, a cura di G. NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, 693.

- P. VERRUCOLI, *Esperienze comparatistiche in tema di controlli interni ed esterni sulle società per azioni, con particolare riguardo ai paesi CEE*, in Aa. Vv., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972.

- E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1894, 14.

- G. VIDIRI, *Sull'articolo 2409 e sui poteri del giudice in presenza di irregolarità nell'amministrazione sociale*, in *Giust. civ*., 1994, I, 3147.

- G. VISENTINI, *In tema di aziende di credito società per azioni*, in *Banca , borsa, tit. credito*, 1971, I, 1.

- G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica e i problemi della società per azioni,* in *Riv. soc.*, 1999, 114.

- M.L. VITALI, *I doveri degli amministratori e la protezione degli azionisti alla luce del nuovo diritto inglese*, in *Riv. soc*., 2008, 210.

- V. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari sulle società di capitali*, Milano, 1992.

- O. VON GIERKE, *DieGenossenschaftheorie und die Deutsche Rechtssprechun*, Berlin, 1887.

- R. WEIGMANN, voce *Società per azioni*, in *Digesto disc. priv., sez. comm*., vol. XIV, Torino, 1997, 338.

- R. WEIGMANN, *I gruppi di società,* in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 206

- R. WEIGMANN, *Luci e ombre del nuovo diritto societario,* in *Società*, 2003, 280.

- G. ZANARONE, L'invalidità delle deliberazioni assembleari, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE, 1993, vol. III, t. 2, Assemblea, cit., 266.

- F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1969, 188.