

DENUNZIA EX ART. 2409 C.C. PER GRAVI IRREGOLARITÀ NELLA GESTIONE DI UNA SOCIETÀ: RIFLESSIONI MINIME A PROPOSITO DI ALCUNE QUESTIONI DIBATTUTE

di GIORGIO BARBIERI e GAETANO ANZANI

Avvocati in Reggio Emilia nello Studio Legale Sutich-Barbieri-Sutich

SOMMARIO: 1. Cenni di inquadramento generale del controllo giudiziario *ex art. 2409 c.c.* – 2. Sugli interessi protetti dall'*art. 2409 c.c.* – 3. Sulla necessità di apprezzare l'irregolarità dei singoli atti gestori. – 4. Sui limiti di rilevanza dell'irregolare gestione di una controllata. – 5. Sulla posizione della società, degli Amministratori e dei Sindaci. – 6. Sulla residualità dell'istituto. – 7. Sui riflessi di una procedura concorsuale che esautori gli organi sociali nel procedimento *ex art. 2409 c.c.* – 8. Sulle spese legali.

1. L'*art. 2409 c.c.*, così come novellato dalla riforma del diritto societario, consente, con apposito ricorso, di denunciare al Tribunale delle Imprese, ove sussista «*il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate*», i fatti che abbiano dato luogo alle irregolarità.

L'istituto è stato dettato in materia di società per azioni, ma, in virtù del rinvio posto dagli *artt. 2454 e 2545 quinquiesdecies c.c.*, è sicuramente spendibile pure rispetto alle società in accomandita per azioni (a fronte del sospetto di irregolarità dei Soci accomandatari, che sono di diritto Amministratori) ed alle società cooperative (con qualche adattamento)¹. Inoltre, sebbene

¹ V. A. FERRUCCI – C. FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici*, 2^a ed., t. I, Milano, 2012, 815 ss.

non sia stato richiamato in materia di società a responsabilità limitata, esso sembra doversi ritenere applicabile – salva qualche voce dissonante – anche alle società appartenenti a quest’ultimo tipo².

Il Giudice competente per la trattazione del ricorso, secondo l’orientamento preferibile, è il Tribunale delle Imprese competente in base al luogo in cui la società ha la propria sede legale³.

Il procedimento *ex art. 2409 c.c.* si svolge secondo il rito camerale ed è espressione di volontaria giurisdizione, con conseguente applicabilità anche degli artt. 737 e ss. c.p.c. Tra i partecipanti al procedimento, pertanto, non si instaura un contraddittorio funzionale alla definizione con efficacia di giudicato di situazioni giuridiche soggettive contrapposte, sicché essi non assumono la qualità di parti in senso sostanziale, bensì in senso meramente processuale⁴.

La “gestione” della società può essere intesa come sinonimo di “amministrazione”, così da ricomprendere tutti gli atti inerenti al funzionamento dell’organizzazione societaria ed al perseguimento dell’oggetto sociale⁵. Viene però accolta anche un’accezione ristretta di attività gestoria, così da escludere qualunque rilevanza alla violazione dei doveri gravanti sugli Amministratori per finalità organizzative, amministrative, di corretto esercizio della vita della compagine sociale, nonché di esercizio dei diritti dei soci e dei terzi⁶.

La sostituzione degli Amministratori ai quali si imputano le irregolarità rilevanti ai sensi dell’art.2409 c.c. e la messa in liquidazione della società, di per sé, non impediscono l’inizio e la prosecuzione del procedimento, salvo che nel frattempo le anomalie siano cessate ed i loro effetti siano stati rimossi⁷ o, almeno, che i nuovi organi sociali (Amministratori e Sindaci), oltre ad

² Cfr. Trib. Bologna, Sez. impr., 4 febbraio 2015; Trib. Trieste, 21 gennaio 2011; Trib. Milano, 26 marzo 2010; Trib. Roma, 6 luglio 2004; Trib. Milano, 5 marzo 2007; Trib. Udine, 18 giugno 2004.

³ Cfr. Trib. Roma, Sez. impr., 6 dicembre 2016.

⁴ Cfr., per tutte, Cass. civ., 21 gennaio 2009, n. 1571; Cass. civ., 10 giugno 2004, n. 10989; App. Napoli, 23 novembre 2003.

⁵ V. F. GHEZZI, *Diritto societario. Amministrazione e controllo nelle società per azioni*, Milano, 2016, 307.

⁶ Cfr. Trib. Roma, Sez. impr., 6 dicembre 2016.

⁷ V. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, t. 2, Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2010, 436 ss.; A. FERRUCCI – C. FERRENTINO, *op. cit.*, 820.

avere adeguati requisiti di professionalità ed indipendenza, diano garanzie di agire proficuamente per il ripristino della legalità⁸.

La legittimazione alla denuncia spetta, anzitutto, ai Soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale – si ritiene, anche congiuntamente⁹ – o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale, ma non è chiaro se la legittimazione venga meno durante il procedimento qualora la partecipazione detenuta dalla parte ricorrente si riduca sotto la soglia legale (sebbene l'orientamento prevalente sia di segno negativo)¹⁰. Nelle società cooperative, però, ai sensi del primo comma dell'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c., la denuncia può essere presentata anche da un decimo del numero complessivo dei Soci o, se la cooperativa ha più di tremila Soci, da un ventesimo di essi. Inoltre, sono legittimati l'organo interno di controllo (a seconda dei casi, il Collegio sindacale, il Consiglio di sorveglianza o il Comitato per il controllo sulla gestione), la cui prerogativa può essere esercitata – non da ogni singolo membro, bensì – collegialmente¹¹, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il Pubblico Ministero (P.M.).

Si deve ritenere che un socio, pur non titolare di una partecipazione tale da legittimarlo autonomamente alla denuncia, possa intervenire in un procedimento già instaurato da altri, anche per rappresentare ulteriori irregolarità gestionali¹².

Il sospetto di irregolarità deve apparire “fondato”: dev'essere suffragato, cioè, almeno da un concreto e serio quadro indiziario, non dalle sole dichiarazioni del ricorrente¹³. In caso di fondatezza almeno parziale, il Tribunale in composizione collegiale

⁸ Cfr. Trib. Roma, Sez. impr., 6 dicembre 2016.

⁹ V. G. GIANNELLI, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Giuffrè, 2016, sub art. 2409 c.c., 1751.

¹⁰ V. S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, in N. Abbriani-S. Ambrosini-O. Cagnasso-P. Montalenti, *Le società per azioni*, vol. IV, Padova, 2010, 820. V. anche L. D'ORAZIO, *Nuova disciplina del procedimento ex art. 2409 c.c.: prime applicazioni*, nota a Trib. Tivoli, 24 maggio 2004, in *Giur. Merito*, 2005, 1574, par. 2, secondo cui i Soci non ricorrenti, ancorché titolari di partecipazioni non qualificate, potrebbero comunque intervenire nel procedimento già instaurato, benché di natura camerale.

¹¹ Cfr. Trib. Milano, 14 maggio 2012, decr.

¹² Cfr. Trib. Roma, Sez. impr., 6 dicembre 2016.

¹³ In giurisprudenza, cfr. Trib. Novara, 21 maggio 2012.

può disporre, con decreto motivato, una o più delle misure previste dall'art. 2409 c.c., che possono avere natura atipica.

Il decreto del Tribunale è reclamabile alla Corte d'Appello, ed il termine per l'impugnazione, considerata la struttura bilaterale o plurilaterale del procedimento, è di dieci giorni dalla notifica. La Corte, nel decidere sul reclamo anch'essa con decreto motivato, ha le medesime prerogative del Giudice di primo grado. Non è necessario proporre reclamo incidentale per ottenere la riforma del provvedimento che sia stato impugnato sotto differenti profili da altre parti processuali¹⁴.

Lungi dal voler compiere una disamina completa dei presupposti e degli aspetti procedurali concernenti il controllo giudiziario, svolgeremo di seguito solo brevi osservazioni su alcune questioni tuttora dibattute dopo le modifiche legislative.

2. Il novero degli interessi protetti dall'art. 2409 c.c. continua a non essere pacifico¹⁵.

Stando ad un certo orientamento, sarebbe tutelato non solo l'interesse della società di cui si sospetta l'irregolare gestione, ma pure quello dei Soci e finanche quello generale o pubblico. In particolare, la ricomprensione di interessi superindividuali nella sfera della disposizione sarebbe desumibile dalla persistenza di una nondimeno circoscritta legittimazione ad agire del P.M.¹⁶.

Tuttavia, una simile lettura, già coltivata in passato da una parte della dottrina e della giurisprudenza, è più difficile da sostenere dopo la riforma del diritto societario, la quale ha sensibilmente mutato il testo dell'art. 2409 c.c. nella direzione di una "privatizzazione" dei controlli. Basti pensare che: (i) ora sono suscettibili di denuncia non tutte le gravi irregolarità gestorie, bensì solo quelle potenzialmente foriere di danno alla società o ad una o più società da essa controllate; (ii) il procedimento dev'essere sospeso se l'assemblea sostituisce gli Amministratori e i Sindaci con soggetti che siano di adeguata professionalità e

In dottrina, v. F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 2^a ed., t. I, Padova, 2004, 316; A. FERRUCCI – C. FERRENTINO, *op. cit.*, 817 ss.

¹⁴ Cfr. App. Napoli, 23 novembre 2013.

¹⁵ Per una sintesi del dibattito, v. S. AMBROSINI, *op. cit.*, 815 ss.; G. GIANNELLI, *op. cit.*, 1743 ss.

¹⁶ V. A. FERRUCCI – C. FERRENTINO, *op. cit.*, 815 ss.

si attivino per accertare ed eventualmente eliminare le irregolarità; (iii) soprattutto, il P.M. è adesso legittimato alla denuncia solo rispetto alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio¹⁷.

La persistente legittimazione del P.M. in relazione alle società c.d. “aperte”, invero, si spiega sia perché queste sono di solito caratterizzate dalla frammentazione del capitale sociale, che rende infrequente la titolarità in capo ai Soci di partecipazioni qualificate sufficienti a legittimarli alla denuncia, sia perché spesso, in sostanza, gli azionisti sono tali non per contribuire alla gestione comune dell’attività d’impresa in forma sociale, ma soltanto a scopo di investimento, così da rendere opportuna la tutela di un interesse allora sì generale o pubblico: ossia quello al risparmio, in consonanza all’art. 47 Cost.¹⁸. Pertanto, l’odierno raggio di applicazione dell’art. 2409 c.c. non coinvolge di norma interessi superindividuali, ad eccezione di alcune fattispecie, disciplinate in leggi speciali, nelle quali risulta che il controllo giudiziario è stato orientato dal legislatore pure alla salvaguardia di tali interessi tramite l’estensione della legittimazione ad agire a soggetti istituzionali, come il P.M., la Banca d’Italia, la Consob o alcuni Pubblici Ufficiali¹⁹.

Secondo un orientamento intermedio, però, l’innegabile rimodulazione in senso più marcatamente privatistico dell’istituto disciplinato dall’art. 2409 c.c. e l’eliminazione della legittimazione autonoma del P.M. nelle società c.d. “chiuse” non paiono capaci di escludere che, accanto ad interessi privati, possano rilevare pure interessi generali o pubblici. Ed il coinvolgimento di un interesse pubblico permetterebbe al P.M., se non di dare impulso al procedimento con una propria iniziativa al di fuori delle ipotesi nelle quali egli è dotato di legittimazione attiva, almeno

¹⁷ V. S. AMBROSINI, *op. cit.*, 817 ss.; nonché C. AMATUCCI, in *Manuale di Diritto Commerciale*, ideato da V. Buonocore, 11^a ed., Torino, 2013, 416.

¹⁸ V. L. D’ORAZIO, *op. cit.*, par. 2; G. GIANNELLI, *op. cit.*, 1752. Per un accenno a questi aspetti, v. anche S. AMBROSINI, *op. cit.*, 822 ss.

¹⁹ Ai sensi del primo comma dell’art. 89 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, nell’ambito di una procedura di Amministrazione Straordinaria «[i]l commissario giudiziale, il commissario straordinario e il curatore dell’impresa dichiarata insolvente possono proporre la denuncia prevista dall’articolo 2409 del codice civile contro gli amministratori e i sindaci delle società del gruppo».

V. G. GIANNELLI, *op. cit.*, 1749. V. anche C. SIMONE, in G. Grippo (a cura di), *Commentario delle società*, t. 1, Torino, 2009, 574 ss.

di intervenire nel procedimento instaurato da altri (*ex art. 70, ultimo comma, c.p.c.*)²⁰.

Nelle società cooperative, poi, ai sensi del secondo comma dell'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c., il ricorso dev'essere notificato a cura dei ricorrenti anche all'Autorità di vigilanza, che parteciperà al procedimento e avrà diritto di essere sentita in camera di consiglio, ma che potrà pure assumere le determinazioni di sua competenza al di fuori del procedimento *ex art. 2409 c.c.*

Ad ogni modo, seppur si volesse inquadrare il controllo giudiziario in una dimensione prettamente privatistica, va aggiunto che, qualora l'art. 2409 c.c., oltre agli interessi privati della società, tutelasse anche un interesse altrettanto privato dei Soci²¹, esso sarebbe comunque inscindibile da quello della stessa società alla conservazione ed all'incremento del suo patrimonio sociale, la cui lesione potrebbe cagionare un danno riflesso al patrimonio dei Soci. Costoro, pertanto, sarebbero latori di un interesse personale indiretto, e non potrebbero agire in funzione di un interesse puramente extrasociale, soprattutto se quest'ultimo fosse addirittura confliggente con gli interessi della società: l'interesse egoistico da cui fosse mosso il Socio agente dovrebbe sempre legarsi alla tutela della sua personale posizione in società, e l'esercizio della facoltà d'azione non dovrebbe concretare un abuso del processo.

Se si considera che deve sussistere almeno il rischio di un danno per la società che si sospetta essere irregolarmente gestita o per le sue controllate, e quindi – indirettamente – per la stessa controllante, l'interesse tutelato sembrerebbe ravvisabile non tanto (se non incidentalmente od occasionalmente) in quello generale o pubblico alla corretta gestione sociale, e forse neppure in quello privato dei singoli Soci, bensì nell'interesse privato della stessa società (che nondimeno è talvolta correlato di riflesso ad interessi altrui), con conseguente irrilevanza di irregolarità puramente formali e non pregiudizievoli per quest'ultima²².

²⁰ V. L. D'ORAZIO, *op. cit.*, par. 4; L. MARZULLO, *Note minime in tema di intervento del Pubblico Ministero nel procedimento di cui all'art. 2409 c.c.*, nota a Trib. Forlì, 10 agosto 2012, n. 1934, in *Cass. pen.*, 2013, 4166.

²¹ La tutela dell'interesse dei Soci è anzi enfatizzata da S. AMBROSINI, *op. cit.*, 818.

²² Cfr. Trib. Napoli, 22 giugno 2004, decr.

3. Le irregolarità gestionali, alla stregua del tenore letterale e della comune interpretazione dell'art. 2409 c.c., rilevano solo se sono “gravi”, “pregiudizievoli” ed “attuali” (mentre può non essere attuale, bensì solo potenziale, il danno ricollegabile alle irregolarità)²³. Ogni singola irregolarità che rivesta tali requisiti può giustificare l'adozione di adeguati provvedimenti, sebbene la pluralità e la reiterazione di irregolarità rilevanti, ovviamente, accresca l'opportunità dell'intervento giudiziario²⁴.

Taluno, però, suggerisce di valutare la gestione nel suo complesso, così da attribuire rilevanza ad irregolarità che sarebbero di per sé insignificanti, ma che nell'insieme risultino meritevoli di reazione²⁵.

Tuttavia, si tratta di un'opinione contraria al chiaro tenore letterale della disposizione, perché l'art. 2409 c.c. prende in considerazione, in quanto potenzialmente pregiudizievoli, solo «gravi irregolarità nella gestione», non già una “gestione gravemente irregolare”, sicché la gravità deve potersi predicare con riguardo a distinti atti inseriti nel contesto della gestione, non all'attività gestoria globalmente e genericamente intesa.

Inoltre, e pertanto, le irregolarità (di singoli atti) gestionali assumono rilevanza solo qualora ciascuna sia contemporaneamente grave e potenzialmente pregiudizievole nell'attualità per la società o per le sue controllate, ed anzi la possibilità di danno sembra essere costruita dal legislatore come conseguenza provocata dalla gravità dell'irregolarità. Ciò implica che la semplice sommatoria di irregolarità di per sé non gravi e – se si vuole, quindi – non attualmente foriere di eventuali pregiudizi non può trasformare in gravi e potenzialmente pregiudizievoli, nell'attualità, le singole irregolarità che non erano tali nel momento in cui sono state compiute.

4. La denuncia al Tribunale disciplinata dall'art. 2409 c.c., ai sensi del primo comma, è ammissibile nel caso in cui sussista il

²³ V. S. AMBROSINI, *op. cit.*, 824 ss.; G. GIANNELLI, *op. cit.*, 1747 ss.

La gravità può essere integrata anche dalla collusione tra gli Amministratori e i Soci che rappresentano la maggioranza dell'Assemblea, considerato che i provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria possono tendere ad esautorare tale organo: v. F. GALGANO, *op. cit.*, 318 ss.

²⁴ Cfr. Trib. Milano, Sez. impr., 28 settembre 2016, decr.

²⁵ V., ad esempio, G. GIANNELLI, *op. cit.*, 1744 ss.

fondato sospetto di gravi irregolarità gestionali che possano arrecare danno ad una società oppure ad una o più società da essa controllate. Ciò significa che il danno pur solo potenziale riferibile ad una controllata dev'essere la conseguenza della gestione gravemente irregolare non della stessa controllata, bensì della controllante, che infatti è l'unico ente a cui il ricorso va notificato.

L'art. 2409 c.c., nei commi successivi al primo, stabilisce, inoltre, che il Tribunale adito deve disporre l'audizione solo degli Amministratori e dei Sindaci della società per la quale viene denunciato il sospetto di gravi irregolarità, ossia della controllante, e che possa disporre alcuni provvedimenti solo nei confronti di tale società e dei suoi organi sociali.

Eventuali irregolarità gestionali compiute in seno ad una controllata, quindi, potrebbero rilevare – ove la denuncia riguardi la controllante – esclusivamente nella misura in cui siano sintomo della gestione di quest'ultima.

D'altronde, controllante e controllata, malgrado il rapporto di controllo, sono soggetti giuridici che rimangono completamente distinti, sicché rispetto alla controllata, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, ben potrebbe essere instaurato un autonomo procedimento *ex art.* 2409 c.c.

L'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c. nei confronti della controllata e dei suoi organi, del resto, non sarebbe necessaria per accertare o rimuovere eventuali irregolarità nella gestione della controllante²⁶.

5. Il procedimento *ex art.* 2409 c.c., in quanto di volontaria giurisdizione, non viene instaurato contro qualcuno, che dovrebbe rivestire la qualifica di convenuto, bensì per promuovere l'interesse della società di cui si sospetti l'irregolare gestione.

La società, infatti, è il soggetto maggiormente investito dal procedimento, tanto che il primo comma dell'art. 2409 c.c. prescrive espressamente la notifica del ricorso contenente la denuncia di gravi irregolarità gestorie anche alla società, la quale –

²⁶ A conferma di tutti questi rilievi, cfr. App. Milano, 12 marzo 2004, decr.; Trib. Milano, 14 maggio 2012, decr.

com'è ormai quasi pacifico – è legittimata a partecipare al procedimento e a costituirvisi in veste di parte processuale²⁷. Per di più, in caso di ricorso proposto dall'organo di controllo interno o dal P.M., i costi di un'eventuale ispezione giudiziale, ai sensi del settimo comma dell'art. 2409 c.c., gravano sulla società medesima.

In presenza di un conflitto di interessi pur solo potenziale tra la società e gli Amministratori sospettati di irregolarità, dunque, alla società dovrà essere nominato un Curatore Speciale in base al disposto dell'art. 78, secondo comma, c.p.c., nelle forme disciplinate dagli artt. 79 e 80 c.p.c.²⁸.

Le irregolarità denunciabili ineriscono almeno oggettivamente alla condotta – non di necessità inadempiente in senso tecnico²⁹ – degli Amministratori, ma l'eventuale inadempimento agli obblighi gestori e l'eventuale conseguente responsabilità degli Amministratori, che presuppone altresì un danno attuale, ben possono essere fatti valere in un diverso giudizio contenzioso. Ciò vale pure per i Sindaci, che sono coinvolti nel procedimento per il loro ruolo di controllo sulla gestione sociale. Come si diceva, quindi, gli Amministratori ed i Sindaci non sono parti in senso sostanziale nel procedimento *ex art. 2409 c.c.*, appunto perché questo non può sfociare in provvedimenti giurisdizionali che statuiscono, in via diretta e con efficacia di giudicato, in relazione a situazioni giuridiche³⁰.

Ai sensi dell'art. 2409 c.c., gli Amministratori e i Sindaci sono solo soggetti che l'Autorità Giudiziaria è chiamata a “sentire” prima di adottare la propria decisione: si ritiene che basti l'audizione di coloro che rivestono la carica sociale nel momento in cui viene disposta la convocazione in camera di consiglio, anche qualora non fossero i soggetti imputati delle irregolarità denunciate³¹; di conseguenza, nonostante il silenzio della legge sul

²⁷ In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 14 maggio 2012, decr. *Contra*, App. Milano, 10 marzo 2004, decr.; Trib. Milano, 12 marzo 2004, decr.

In dottrina, v. S. AMBROSINI, *op. cit.*, 829 ss.

²⁸ Cfr., da ultimo, App. Bologna, Sez. impr., 27-28 luglio 2017, decr.

²⁹ L'inadempimento, infatti, presuppone la colpevolezza.

In giurisprudenza, cfr. Trib. Novara, 21 maggio 2012.

In dottrina, v. S. AMBROSINI, *op. cit.*, 825 ss.; G. GIANNELLI, *op. cit.*, 1743 ss., 1746.

³⁰ Cfr. App. Napoli, 23 novembre 2003.

³¹ Cfr. Trib. Trani, 30 ottobre 2001, decr.; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 4 maggio 2001, decr.

punto, il ricorso va notificato pure agli organi in carica³². Da un lato, Amministratori e Sindaci sono potenzialmente in grado di fornire sommarie informazioni utili per addivenire alla più ponderata e migliore soluzione giurisdizionale. Dall'altro, essi sono titolari di una posizione giuridica qualificata, seppur suscettibile di incisione soltanto indiretta dall'emanando provvedimento giudiziario³³.

Sotto quest'ultimo profilo, il legislatore ha inteso assicurare agli organi sociali la facoltà – non certo il “dovere” – di spiegare e, se del caso, difendere nel procedimento le proprie ragioni, sia di persona, sia eventualmente tramite la costituzione a mezzo di un difensore tecnico³⁴. Pertanto, non si può sicuramente dichiarare la contumacia degli organi sociali, anche a non voler considerare che l'istituto della contumacia si attaglia unicamente alle fasi di merito del giudizio di cognizione³⁵.

6. La giurisprudenza e la dottrina che appaiono maggioritarie ritengono, a nostro avviso correttamente, che il procedimento *ex art. 2409 c.c.* abbia natura residuale, ossia che non concorra con altri rimedi tipici di carattere contenzioso, come in particolare l'impugnazione di una delibera del Consiglio di Amministrazione o – nei limiti in cui possa integrare un'irregolarità gestionale – di una delibera dell'Assemblea dei Soci³⁶.

Inoltre, nell'ambito residuale da riconoscere al procedimento *ex art. 2409 c.c.*, va ritenuto che la possibilità di adottare i provvedimenti provvisori previsti da quest'ultima disposizione

³² Cfr. già App. Bologna, 6 dicembre 1991.

³³ V. S. AMBROSINI, *op. cit.*, 830 ss.

³⁴ Cfr. Trib. Milano, 14 maggio 2012, decr.

Sotto la previgente disciplina, già in App. Bologna, 6 dicembre 1991, si legge che «l'«audizione» in senso tecnico-giuridico, lungi dall'essere un «dovere» per l'organo inquirente, rappresenta invece un «diritto» degli amministratori e dei sindaci, che sono liberi o meno di esercitare».

³⁵ Si tratta di nozioni elementari: v., per tutti, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione*, 25^a ed., Torino, 2016, 348 e ss.

³⁶ Cfr., Trib. Bologna, Sez. impr., 20 giugno 2017, n. 152; App. Milano, 10 marzo 2004, decr.; Trib. Napoli, 22 giugno 2004, decr.

Una delibera dell'Assemblea non può costituire irregolarità gestionale secondo quanto statuito in App. Milano, 10 marzo 2004, decr. ed in Trib. Milano, 12 marzo 2004, decr. In tal senso, v. in dottrina G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 435.

escluda l'invocabilità delle generali misure cautelari disciplinate dal Codice di rito³⁷.

Il datato orientamento favorevole all'applicazione autonoma e complementare dell'art. 2409 c.c.³⁸ potrebbe forse far leva sulla celerità e sull'efficacia che informano la tutela offerta dall'istituto del controllo giudiziario sull'amministrazione delle società. Tuttavia, quest'ultimo argomento non sarebbe soddisfacente, perché trascurerebbe di bilanciare in modo ponderato le plurime e confliggenti esigenze che vengono in rilievo.

Per un verso, una tutela tempestiva ed incisiva, talvolta in porzioni addirittura maggiori di quella apprestata dall'art. 2409 c.c., può essere ottenuta anche con provvedimenti cautelari strumentali ad un giudizio contenzioso.

Per altro verso, il procedimento camerale *ex art.* 2409 c.c. è improntato a sommarietà ed attenuazione delle garanzie del contraddittorio, sicché dovrebbe trovare applicazione solo qualora non siano previsti altri rimedi tipici che permettono più ampi margini di difesa e, per giunta, che rappresentano l'esito di un apposito bilanciamento di rango legislativo³⁹.

7. Le ragioni che inducono a richiedere un controllo giudiziario sono con una certa frequenza connesse a momenti di crisi finanziaria della società che dovrebbe esserne oggetto. Pertanto, può accadere che per quest'ultima sopraggiunga l'apertura di una Procedura Concorsuale nelle more del procedimento *ex art.* 2409 c.c., con conseguente necessità di valutare gli effetti della prima sul secondo.

Una soluzione che appare di immediata evidenza, ma che in realtà è semplicistica, consiste nel dichiarare l'interruzione del procedimento *ex art.* 2409 c.c. ai sensi dell'art. 43, terzo comma,

³⁷ In tal senso, in dottrina, v. A. PANDOLFI, *Sui provvedimenti "cautelari" o "provvisori" ex art. 2409 c.c.*, nota ad App. Milano, 13 marzo 2004, in *Giur. comm.*, 2004, 633. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 12 marzo 2001.

Contra, Trib. Napoli, 9 dicembre 1996, ord.

³⁸ Cfr. App. Lecce, 9 luglio 1990; Trib. Milano, 30 ottobre 1986; Trib. Milano, 15 ottobre 1985.

³⁹ Come si è già avuto modo di osservare, infatti, il procedimento *ex art.* 2409 c.c., sebbene non possa sfociare in provvedimenti suscettibili di incidere con efficacia di giudicato su diritti soggettivi, è nondimeno in grado di intaccare la sfera giuridica dei soggetti coinvolti in misura notevole, ancorché indirettamente.

Legge Fallimentare, che comporta l'applicazione della disciplina dettata all'art. 298 c.p.c. (in virtù del richiamo contenuto nell'art. 304 c.p.c.) e all'art. 305 c.p.c.⁴⁰.

Tuttavia, l'istituto dell'interruzione dei procedimenti giudiziari, a ben vedere, serve ad evitare che i diritti difensivi della parte divenuta priva di capacità processuale (anche in quanto sottoposta a procedura concorsuale), così come quelli del successore di una parte defunta, subiscano lesione a causa della prosecuzione di un procedimento nel quale il soggetto legittimato a parteciparvi non sarebbe attualmente in grado di contraddire, ancorché astrattamente interessato al risultato utile potenzialmente connesso, a seguito di un'eventuale ed opportuna riassunzione, al regolare compimento del procedimento: il procedimento interrotto, infatti, si estingue solo se non viene riassunto nei termini fissati dalla legge. La *ratio* dell'interruzione, dunque, non si attaglia ad un procedimento *ex art. 2409 c.c.* in tutte le ipotesi nelle quali l'apertura di una procedura concorsuale a carico della società per la quale sia stato domandato il controllo giudiziario esautorì gli organi sociali e determini il subentro di un Pubblico Ufficiale, pur in ottica liquidatoria, nell'esercizio dei poteri gestori o almeno conservativi sotto la supervisione dell'Autorità Giudiziaria. In un simile caso, infatti, ogni provvedimento adottabile dalla stessa Autorità Giudiziaria ai sensi dell'art. 2409 c.c. sarebbe incompatibile con il ruolo già assunto da quel Pubblico Ufficiale⁴¹: il procedimento, invero, perderebbe qualunque funzione, sicché la sua riassunzione non avrebbe alcun senso e, d'altronde, nessuno avrebbe interesse a riassumerlo.

Nel caso appena ipotizzato, allora, un procedimento *ex art. 2409 c.c.* deve di necessità estinguersi immediatamente in rito per una vicenda sopravvenuta, e la formula di chiusura più adeguata sembra essere la dichiarazione di improcedibilità (o di "non luogo a procedere"), in linea con la giurisprudenza più avveduta⁴².

Non a caso, qualora sia coinvolta una società cooperativa, il terzo comma dell'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c. stabilisce espressamente che «[i]l tribunale, sentiti in camera di consiglio

⁴⁰ Cfr., di recente, App. Bologna, 2 febbraio 2018, ord.

⁴¹ Cfr. Trib. Novara, 21 maggio 2012, decr. Cfr. inoltre, pur nel contesto di una differente normativa, App. Milano, 25 ottobre 1994.

⁴² Cfr. Trib. Bologna, 8 ottobre 2013, n. 119, decr. Cfr. inoltre, pur nel contesto di una differente normativa, App. Milano, 30 ottobre 1993.

gli amministratori, i sindaci e l'autorità di vigilanza, dichiara improcedibile il ricorso se per i medesimi fatti sia stato già nominato un ispettore o un commissario dall'autorità di vigilanza».

8. La giurisprudenza anche della Corte di Cassazione, in aderenza a principi sanciti pure a Sezioni Unite e dalla Corte Costituzionale, è ormai consolidata nel ritenere che le spese legali sostenute dagli intervenuti nel procedimento *ex art.* 2409 c.c. vadano addossate, in base ai criteri della causalità e della soccombenza meramente processuale, e con applicazione analogica dell'art. 91 c.p.c., a chi abbia determinato l'esigenza di instaurare il procedimento o di svolgere al suo interno attività difensiva.

Pertanto, i soggetti titolari di una posizione soggettiva qualificata in relazione al procedimento, ossia di interessi suscettibili di incisione nondimeno indiretta ad opera dei provvedimenti che l'Autorità Giudiziaria potrebbe adottare, come gli Amministratori ed i Sindaci, hanno non solo la facoltà di costituirsi a mezzo di un difensore tecnico e di svolgere attività difensiva, ma possono avere pure il diritto al rimborso delle spese sostenute.

La decisione sulle spese giudiziali, d'altronde, è suscettibile di passaggio in giudicato, in quanto la pronuncia dell'Autorità Giudiziaria, sotto questo aspetto, incide su diritti soggettivi. Il decreto motivato del Tribunale può essere oggetto esclusivamente di reclamo avanti alla Corte d'Appello anche solo per le spese, giacché un eventuale ricorso straordinario per cassazione sarebbe inammissibile in presenza di un apposito mezzo di impugnazione. Il decreto con il quale la Corte d'Appello decide sul reclamo *ex art.* 2409 c.c., invece, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., solo in merito alle spese giudiziali⁴³.

⁴³ Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte Cost., 5 novembre 2007, n. 379. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 29 ottobre 2004, n. 20957; Cass. civ., 21 gennaio 2009, n. 1571; Cass. civ., 10 gennaio 2005, n. 293. In Cass. civ., 8 maggio 2001, n. 6365, si è ammessa quantomeno la liquidazione delle spese relative al procedimento di reclamo. Sulla necessità di impugnare il decreto del Tribunale con un reclamo anche solo in merito alle spese, cfr. Cass. civ., 29 novembre 2004, n. 22489.

Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 14 maggio 2012, decr.; Trib. Salerno, 24 ottobre 2006; App. Milano, 12 marzo 2004, decr.