

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DEGLI AFFARI E TRIBUTARIO DELL'IMPRESA
XXVII CICLO

*L'INTERVENTO DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE
DEL GIUDICE
NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI*

- RIASSUNTO -

TUTOR

Chiar.mo Prof. Gustavo VISENTINI

Chiar.ma Prof.ssa Silvia VANONI

DOTTORANDA
Dott.ssa Eleonora MUNNO

Anno Accademico 2013/2014

L'INTERVENTO DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

- RIASSUNTO -

Il presente lavoro ha ad oggetto l'intervento di volontaria giurisdizione del giudice nelle società di capitali. La ricerca è stata incentrata sull'individuazione delle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria interviene in ambito societario non per svolgere la "normale" attività di risoluzione delle controversie ma per svolgere un'attività ora di controllo, ora integrativa o sostitutiva di quella degli organi sociali. In particolare, si è affrontato l'argomento sotto il profilo storico-evolutivo, al fine di osservare il rilievo che, nel tempo, la figura del giudice ha avuto nell'ambito del diritto societario e di come essa si sia modificata nel tempo. La tesi è suddivisa in quattro capitoli: il primo è dedicato alla volontaria giurisdizione mentre gli altri alle ipotesi specifiche di volontaria giurisdizione societaria. Pertanto, il secondo riguarda il procedimento di omologa, il terzo, i poteri integrativi e sostitutivi del giudice e, il quarto, la denuncia al tribunale.

Nel primo capitolo introduttivo si è cercato di illustrare i caratteri della volontaria giurisdizione, facendo emergere le discussioni riguardanti la sua qualificazione. Essa viene, infatti, da alcuni, collocata nell'ambito della giurisdizione contenziosa, di cui costituirebbe una *species*, pur mancando l'elemento essenziale del diritto controverso. Altri ritengono che abbia delle caratteristiche proprie tali da costituire una categoria autonoma da collocarsi tra la giurisdizione civile e quella amministrativa. L'opinione più accreditata, tuttavia, è quella che inserisce la volontaria giurisdizione nell'ambito della giurisdizione amministrativa, condividendone soprattutto il potere discrezionale del giudice, definendola appunto "amministrazione pubblica di diritto privato esercitata da organi giurisdizionali". L'attenzione si è, dunque, soffermata sulla volontaria giurisdizione societaria osservandola dal punto di vista degli interessi tutelati. Si è giunti, così, a constatare come, il controllo da parte dell'autorità giudiziaria è reso necessario dalla molteplicità degli interessi che ruotano intorno alla società; non solo, quindi, quello sociale ma anche gli interessi di coloro che, giornalmente, entrano in contatto con la stessa e confidano in

un'organizzazione che opera nel rispetto della legalità e delle regole che ne garantiscono un funzionamento efficiente e produttivo.

Il secondo capitolo ospita uno degli ambiti in cui il giudice ha avuto un ruolo fondamentale: l'omologazione. Con tale espressione si intendeva quel controllo di legalità sugli atti costitutivi (art. 2330 c.c.) e sulle delibere (art. 2410 prev. c.c.) con cui l'autorità giudiziaria, verificata la ricorrenza delle condizioni richieste dalla legge, procedeva all'iscrizione nel registro delle imprese con produzione di effetti differenti a seconda degli atti. Nel primo caso, l'iscrizione era, ed è, presupposto per la venuta ad esistenza dell'ente e per l'acquisto della personalità giuridica, e quindi, di un'autonomia patrimoniale perfetta; nel secondo caso, invece, essa, ora come allora, è finalizzata alla produzione degli effetti della delibera. L'omologazione, dunque, si sostanziava in un controllo cd. successivo che si poneva a valle di un atto già completo, idoneo a produrre effetti ma ancora inefficace. Tuttavia, si è in senso critico osservato che, seppur tale controllo era successivo rispetto alla redazione dell'atto, era da considerarsi preventivo rispetto all'efficacia dello stesso. Questa distinzione è stata proposta per sottolineare, da un lato, il controllo di legge del giudice e, dall'altro, l'importanza dello stesso rispetto all'effetto che quell'atto deve produrre. La scelta, infatti, che portò il Parlamento ad attribuire nel codice di commercio del 1882 le citate competenze al giudice piuttosto che al notaio, fu giustificata dalla garanzia di imparzialità e di efficienza del controllo, che, grazie alla sua terzietà, sarebbe stato assicurato. Tuttavia, nonostante la certezza del controllo giudiziale, esigenze di celerità e semplificazione hanno portato il legislatore ad individuare un soggetto che avrebbe dato le medesime garanzie, riaprendo nuovamente la "sfida" tra giudice e notaio, stavolta vinta da quest'ultimo. Con la Legge di semplificazione n. 340/2001, infatti, che ha, sotto alcuni aspetti, anticipato alcune delle linee guida che hanno ispirato la successiva riforma delle società (d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6), la competenza relativa al controllo sugli atti costitutivi e sulle delibere assembleari è stata attribuita al notaio, restando all'autorità giudiziaria l'omologa sulle delibere (art. 2436 c.c.) seppur in via solo residuale. Nonostante tale scelta legislativa, era vivo il dibattito circa la "sostituibilità" del notaio al giudice, essendo dubbia la sua imparzialità e le sue competenze. Premesso che

la funzione del notaio è cd. antiprocessualistica, non si può mettere in discussione la sua competenza in materia; d'altronde, il controllo che egli è normalmente chiamato a fare nel ricevimento degli atti societari, evita l'eventuale successivo intervento dell'autorità giudiziaria. E, inoltre, nulla osta alla professionalità del notaio la circostanza che, in sede di atto costitutivo in cui svolge l'attività negoziale che gli è propria, ricopra il ruolo di controllore e consulente, perché è proprio tale duplice funzione che rafforza il buon esito delle competenze societarie lui attribuite. Pertanto, nonostante l'autorità giudiziaria abbia, con riferimento all'omologazione, perso i poteri che gli erano propri, si può dire che sia stato trovato un valido sostituto il cui controllo coincide sostanzialmente con quello svolto dal giudice, al punto che, qualcuno ritiene che anche con riferimento al notaio si possa parlare di controllo omologatorio.

Nel terzo capitolo sono stati selezionati quegli interventi di volontaria giurisdizione societaria del giudice in cui egli svolge prevalentemente un'attività ora sostitutiva ora integrativa degli organi sociali, sempre in funzione di assicurare il regolare funzionamento della società. L'art. 2367 c.c. richiama la convocazione giudiziale dell'assemblea quando, nonostante la richiesta dei soci rappresentanti la ventesima parte del capitale sociale, gli amministratori e i sindaci rimangano inerti. La norma è rimasta pressoché contenutisticamente identica a quella contenuta nel codice di commercio e nel successivo codice del 1942 come, d'altronde, anche la sua *ratio*. L'intervento del giudice è volto, infatti, a tutelare le minoranze azionarie contro la cattiva gestione degli amministratori e della eventuale collusione dei sindaci. Si è osservato, tuttavia, questo potrebbe costituire un'ipotesi, forse l'unica, in cui mediante la tutela dell'interesse dei soci si attua anche quello sociale: non a caso la convocazione ex art. 2367 c.c. opera in relazione "*a quegli argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge su proposta degli amministratori*". Generalmente, ad essere mediato è l'interesse dei soci, perché in secondo piano rispetto all'interesse sociale che le scelte gestionali sono finalizzate ad attuare, mentre, nel caso in oggetto, prevale l'interesse dei soci a che le attività di ordinaria amministrazione siano correttamente e diligentemente svolte, costituendo le basi per il corretto funzionamento della

società in conformità all'art. 2247 c.c. e alle esigenze economico-organizzative. Inoltre, l'intervento del giudice deve operare nei limiti consentiti dalla norma, e dunque, per quegli argomenti sui quali l'assemblea delibera a norma di legge su proposta degli amministratori (art. 2441, 2463 n. 5 c.c.). Fermo il limite del controllo di merito, a mio avviso, la valutazione circa l'obbligatorietà della convocazione, nelle materie consentite, non può essere evitata ai fini del controllo e del successivo intervento giudiziale sostitutivo che opera solo nelle ipotesi di omesso obbligo di convocazione; al momento della richiesta, l'autorità giudiziaria deve verificare, prudentemente, che si rientri nell'ultimo comma dell'art. 2367 c.c. onde sconfinare in ambiti e materie escluse dalla propria area di competenza.

Un ulteriore intervento integrativo dell'autorità giudiziaria ricorre in sede di liquidazione con specifico riferimento alla nomina dei liquidatori (art. 2487 comma 2, c.c.). In particolare, tale intervento si considera consequenziale all'omissione della convocazione dell'assemblea da parte degli amministratori ma presuppone, anche, che sia stata pubblicizzata la causa di scioglimento. In ogni caso, come previsto dall'art. 2485, comma 2, c.c. il giudice può essere anche chiamato ad intervenire, su istanza degli amministratori o dei soci, per procedere all'iscrizione della causa nel registro imprese, previa verifica della sua sussistenza. Pertanto, si è giunti ad osserva che seppur l'intervento del giudice nella legge delega si è inserito nel programma di semplificazione ed accelerazione della procedura liquidativa, dall'altro sembra più concretamente intervenire a colmare le mancanze dell'organo che sarebbe competente: un ruolo integrativo che si sposa con la collocazione del medesimo nell'ambito della giurisdizione volontaria e non contenziosa, mancando qualsiasi ragione di conflitto.

La necessità di avere sempre una rappresentazione veritiera della situazione patrimoniale della società e di avere le risorse necessarie per continuare a svolgere l'attività sociale ma, soprattutto, in ossequio al principio di integrità del capitale sociale, hanno condotto, in modo costante negli anni, il legislatore a prevedere l'intervento del giudice anche in sede di riduzione del capitale per perdite obbligatoria. Ci si riferisce in particolare all'art. 2446, comma 2, c.c. quando, essendosi inutilmente rinviata all'anno successivo la riduzione della perdita senza che questa risulti ricondotta almeno entro un terzo del capitale,

l'assemblea non provveda alla riduzione del capitale in proporzione alle perdite accertate. La particolarità di questo intervento sta nella possibilità per il giudice di procedere direttamente alla riduzione del capitale con proprio decreto senza preventivamente procedere alla convocazione dell'assemblea: il decreto ha, dunque, lo stesso contenuto della delibera che doveva essere approvata, sostituendosi ad essa.

La tutela della posizione soggettiva dei membri del collegio sindacale e l'interesse generale della società e, di riflesso, dei terzi creditori e delle minoranze azionaria, ad una corretta gestione della società, che viene perseguita tramite la tutela dell'indipendenza dei membri dell'organo di controllo e assicurata dalla garanzia di stabilità per tutta la durata dell'incarico, salva l'effettiva sussistenza della giusta causa, costituiscono le ragioni alla base del coinvolgimento del Tribunale nella revoca dei sindaci di cui all'art. 2400, comma 2, c.c. In deroga, infatti, alla regola generale secondo cui vi è parallelismo tra l'organo legittimato alla nomina e quello legittimato alla revoca, l'intervento dell'autorità giudiziaria, che si sostanzia nell'approvazione della revoca previa verifica del ricorrere del requisito della giusta causa (ovvero qualsiasi fatto che rende inutile ed intollerabile la prosecuzione del rapporto sociale derivante dall'inadempimento), evita che l'assemblea rimuova l'organo di controllo per ragioni di convenienza.

Si è colta, infine, a termine del capitolo, l'opportunità di riflettere sulle opposizioni dei creditori (in sede di riduzione del capitale art. 2445 c.c., di fusione art. 2503 c.c. e di revoca dello stato di liquidazione art. 2487^{ter} c.c.). La dottrina è da sempre oscillante circa l'esatta collocazione dell'opposizione nell'ambito della giurisdizione contenziosa o volontaria. La scelta non è indifferente incidendo sulla natura dell'atto introduttivo (atto di citazione, nel primo caso, o ricorso, nel secondo) e sull'applicazione della sospensione feriale dei termini. Nonostante la teoria della natura giudiziale dell'opposizione sia al momento prevalente, non si può non citare un recente orientamento del notariato romano che ha accolto la tesi della natura stragiudiziale, discorrendo dal principio di libertà delle forme e presentandola forma di tutela più immediata, forte ed economica per i creditori rispetto all'azione, giudiziaria, non applicandosi alla medesima la sospensione feriale dei termini. Nel testo si è sostenuta la preferenza questo secondo orientamento. Qualificare l'opposizione

come atto stragiudiziale consente al giudice di valutare il comportamento tenuto dalla società al solo fine di rilasciare un'autorizzazione che è sempre modificabile, revocabile e reclamabile; attribuirgli la natura giudiziale conduce il giudice ad emettere un provvedimento "obbligatorio" che va attuato e che non è suscettibile per alcuna ragione di essere modificato.

Il quarto, e ultimo, capitolo della tesi ha ad oggetto la denuncia al tribunale disciplinata dall'art. 2409 c.c., tema sempre al centro di dibattiti circa la sua natura giuridica e al pericolo di ingerenza del giudice in materia societaria. La collocazione dell'istituto nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione può rilevarsi sotto una duplice prospettiva: l'assenza di un contenzioso e gli interessi tutelati. In relazione a quest'ultimo profilo, si illustra come la dottrina sia particolarmente oscillante, ora giustificando l'intervento del giudice in relazione a interessi pubblici superiori ed esterni, ora paventando l'interesse dei soci quale unico e imprescindibile e, infine, concentrando l'attenzione sull'interesse sociale, da cui tutto muove. La legittimazione del pubblico ministero a procedere ai sensi dell'art. 2409 c.c. ha condotto gli interpreti, in linea anche con la natura di volontaria giurisdizione del procedimento, a dare rilievo alla necessità di tutelare non solo la società in sé ma anche chiunque entrasse in relazione con essa. Tale interpretazione, tuttavia, è risultata eccessiva in quanto limitativa dell'autonomia privata e tale da provocare ingerenza non moderata nel pubblico nell'ambito sociale. Inoltre, anche la sola tutela delle minoranze potrebbe sfociare in un meccanismo di protezionismo eccessivo; esse, infatti, non solo le uniche a beneficiare del ripristino della corretta gestione sociale. La tutela diretta dell'interesse della società e, indirettamente, la tutela dell'interesse dei soci sembra rappresentare in maniera più incisiva le ragioni che stanno alla base della denuncia e la cui attuazione può essere assicurata solo da un controllo effettuato da un soggetto terzo quale il giudice.

La riforma delle società è intervenuta sull'art. 2409 c.c. apportando delle novità relativamente ai presupposti oggettivi ed in relazione al procedimento in sé. In particolare, se prima della riforma era sufficiente il fondato sospetto di qualsiasi grave irregolarità per ricorrere al giudice, oggi il legislatore ha limitato la rilevanza delle irregolarità solo a quelle inerenti la gestione, restringendole alle

attività compiute dagli amministratori. È evidente la maggiore difficoltà del giudice di verificare la presenza dell'irregolarità; si è osservato, infatti che alcune situazioni rientranti nell'ambito del funzionamento dell'organizzazione non sono escluse dall'ambito gestionale, anzi, di pongono in un rapporto di *genus a species*. Ciò accade, per esempio, nell'omessa richiesta di autorizzazioni dell'assemblea, relativamente ad operazioni in cui è richiesta o nella sistematica riunione del consiglio di amministrazione senza la presenza del collegio sindacale o nelle attività rientranti nella fase liquidativa. Inoltre, pur prediligendosi dei rimedi endoprocedimentali, il giudice conserva nell'ambito della denuncia di cui all'art. 2409 c.c. un ruolo di rilievo. Egli, infatti, scandisce le fasi del procedimento e, nei limiti della discrezionalità riconosciutagli nella volontaria giurisdizione, emette i provvedimenti (ora l'ispezione, ora la revoca degli amministratori e dei sindaci e conseguente nomina dell'amministratore giudiziario) che ritiene più idonei alla eliminazione delle gravi irregolarità e al riassetto organizzativo-gestionale.