

Revoca *ante causam* dell'amministratore unico di s.r.l. e clausola compromissoria

di **FRANCESCO TEDIOLI**

pubblicato in *Studium Iuris*, 2008, fasc. 2, pagg. 133-141

1. PREMESSA ED INDIVIDUAZIONE DELLE QUESTIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

Una recente ordinanza, pronunciata dal Giudice designato dal Presidente del Tribunale di Treviso¹, affronta, fra l'altro, il tema dell'ammissibilità della revoca *ante causam*, ai sensi dell'art. 2476, co. 3 c.c., dell'amministratore unico di una società a responsabilità limitata.

Il Tribunale, consapevole degli orientamenti non uniformi espressi sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza e richiamate, se pur genericamente, proprie precedenti ed ormai numerose pronunce², ritiene che la domanda di revoca cautelare degli amministratori non possa essere proposta se non "nell'azione di responsabilità" già promossa nei confronti degli stessi. A sostegno il G.d. richiama la lettera della norma, secondo cui "l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca". Tale provvedimento parrebbe inscindibile da una causa di merito, rispetto alla quale non ha carattere propriamente anticipatorio - nella causa è chiesta la condanna al risarcimento dei danni - ma natura strumentale, intesa ad evitare il prodursi di ulteriori danni per la società.

La lettura offerta dal Tribunale troverebbe, inoltre, conferma nella Relazione al D.lgs. 6/2003, che significativamente motiva la soppressione del controllo giudiziario per le società a responsabilità limitata con la legittimazione, attribuita ad ogni socio, all'azione sociale di responsabilità e con la possibilità di chiedere "in quella sede" il provvedimento di revoca degli amministratori, revoca che del resto anche l'art. 2409 c.c. consentiva solo all'interno della procedura di controllo.

A fronte dell'eccezione che, comunque, un giudizio (arbitrale) di merito era già stato instaurato e

¹ Il testo integrale dell'ordinanza in commento, depositata in cancelleria in data 21 giugno 2007, è disponibile sul sito web: www.tedioli.com/revoca_amministratori_srl.pdf

² Trib. Treviso 7 febbraio 2005, in *G. It.* 2005, 2107, con nota di MARRA; Trib. Treviso 22 ottobre 2004, inedita.

che la fase cautelare doveva svolgersi avanti il tribunale ordinario, il G.d. esclude che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, la lite possa considerarsi instaurata. Infatti, la semplice istanza di nomina dell'arbitro, rivolta all'ente previsto nella clausola compromissoria dello statuto sociale, non determinerebbe la pendenza del giudizio.

Quanto, infine, alla domanda subordinata, il Tribunale ritiene del tutto irrituale la richiesta di "sospensione delle facoltà" dell'amministratore, in quanto, in nessun caso, il giudice potrebbe nominare un amministratore provvisorio. Detta nomina compete, infatti, all'assemblea dei soci. Per tutti questi motivi, dunque, le istanze cautelari formulate vengono giudicate inammissibili.

2. L'AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ NELLA SRL

L'art. 2476 c.c. disciplina la responsabilità degli amministratori nella s.r.l.³. La norma, al co. 3, prevede che ciascun socio⁴, indipendentemente dall'entità della propria quota di partecipazione⁵ e senza alcuna necessità di previa deliberazione assembleare, possa promuovere l'azione sociale^{6/7}

3 In tema: LAMBERTINI, *La società a responsabilità limitata. Organizzazione, governo e finanziamento*, Padova 2005, 244 ss.; AAVV, *Le novità fiscali e civilistiche della S.R.L.*, Milano 2004, 205 ss; DE NICOLA, *L'azione sociale di responsabilità delle minoranze alla luce della riforma*, in *D. prat. soc.* 2003, 48; MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Le società* 2004, 937. La norma ha subito interessato la dottrina ed è stata qualificata: *una delle disposizioni più importanti ed innovative del nuovo diritto societario, la quale propone una sciarada davvero deliziosamente stuzzicante, innanzitutto e proprio dal punto di vista teorico, accendendo infinite chances di discussioni e dissensi* (CONSOLO, *Note sul potere di revoca fra diritto e processo: è vera misura cautelare? Quale disciplina? Ante causam la revoca dell'amministratore ma non la inhibitoria delle delibere?*, in *Corr. giur.* 2005, 272 e 274) ovvero *una norma che inquieta il processualcivilista non meno del cultore del diritto sostanziale* (MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *R. soc.* 2004, 1108).

4 L'azione spetta anche al socio amministratore. Secondo parte della dottrina (PISELLI, *La legittimazione dell'azione di responsabilità di minoranza*, in *D. prat. soc.* 2003, 35) la disciplina statutaria potrebbe restringere la possibilità di azione della minoranza, mentre secondo altra (BUSANI, *S.r.l. il nuovo ordinamento dopo il D.Lgs. 6/2003*, Milano 2003, 465) la legittimazione individuale sarebbe inderogabile. La norma non attribuisce, invece, alcun diritto sostanziale al singolo socio (PEDRELLI, *Questioni processuali in tema di azione ex art. 2476 c. c.*, in *G. it.* 2005, 7 ss.).

5 Il riconoscimento della legittimazione attiva a ciascun socio risulta strettamente connesso al fatto che, con la riforma di diritto societario, non è più previsto, per le s.r.l., il controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c.

6 La norma non parla di azione sociale, ma che di essa si tratti, lo si desume sia dalla relazione illustrativa del D.lgs. 6/2003, sia dalle previsioni normative che: 1) stabiliscono la responsabilità solidale degli amministratori verso la società (art. 2476, co. 1, c.c.); 2) fanno carico alla società di rimborsare al socio vittorioso, salvo il diritto di regresso nei confronti degli amministratori, le spese sostenute per il giudizio e per l'accertamento dei fatti (art. 2476, co. 4, c.c.); 3) attribuiscono alla società il potere di rinuncia o transazione in ordine all'azione stessa (art. 2476, co. 5, c.c., con indicazione specifica delle condizioni richieste); 4) fanno salvo il diritto al risarcimento dei danni, in capo a soci o terzi direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori (art. 2476, co. 6, c.c.).

7 Per l'esame della disciplina previgente all'entrata in vigore del D.lgs. 6/2003, v. TOMAIUOLI, *La nuova azione sociale*

contro gli amministratori che, nella gestione della società ed in violazione ai loro doveri, hanno provocato un danno al patrimonio sociale. La disposizione configura una forma di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.)⁸, in quanto il socio fa valere in nome proprio un diritto altrui⁹.

Nonostante l'assenza di un'esplicita indicazione in tal senso, la legittimazione all'esercizio dell'azione spetta anche alla società^{10/11} che, comunque, è litisconsorte necessaria nel giudizio¹² instaurato dal socio. Se in causa sono convenuti tutti gli amministratori o se la società ha un amministratore unico, il Presidente del tribunale, su istanza del socio, deve nominare un curatore speciale, ai sensi dell'art. 78 c.p.c.¹³.

L'esercizio dell'azione di responsabilità è volto ad ottenere (esclusivamente¹⁴) il risarcimento dei danni provocati alla società dall'inosservanza, da parte degli amministratori¹⁵, dei doveri imposti per l'amministrazione della medesima, dalla legge e dall'atto costitutivo. Tuttavia, la responsabilità

di responsabilità nelle S.R.L., in *Giust. civ.* 2006, 1457 ss.

8 Trib. Piacenza 23 agosto 2004, in *Corr. mer.* 2005, 25. Nondimeno, autorevole dottrina ha ritenuto di ravvisare nella fattispecie in esame un'ipotesi di *gestione di affari processuale* ammessa dalla legge in considerazione dell'interesse del gestore al risultato. Con essa il socio pretende di gestire un interesse della società in quanto partecipa dell'interesse sociale ed in tal modo agisce a tutela di un diritto distinguibile da quello proprio del sostituito (OPPO, *L'azione «sociale» di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *R. d. civ.* 1998, II, 408; GIORDANI, *L'azione «sociale» di responsabilità proponibile dal singolo socio ai sensi del nuovo art. 2476 comma 3 c. c.*, in *Corr. mer.* 2005, n. 1, 27 ss.).

9 Così, in dottrina, DE NICOLA, *cit.* 45; PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Fallimento* 2003, 1137; SALAFIA, *Amministrazione e controllo della società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Le società* 2002, 1469.

10 ABRIANI, *Decisioni dei soci - Amministrazioni e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano 2003, 223; SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Le società* 2003, 8 ss.; BUSANI, *cit.*, 467; CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era delle società a responsabilità limitata*, in *G. comm.* 2003, I, 515. In giurisprudenza, Trib. Termini Imerese 12 dicembre 2006, in *Corr. mer.* 2007, 4, 444, che richiama, in proposito, le disposizioni generali in materia di mandato; nonché Trib. Treviso 16 gennaio 2006, in *G. it.* 2006, 10, 1878; Trib. Milano 17 dicembre 2005, n. 13572 in *Il merito* 2006, 4, 46; Trib. Milano 13 gennaio 2005, in *G. it.* 2005, 748; Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 novembre 2004, in *G. civ.* 2005, I, 2837; Trib. Napoli 16 febbraio 2005, *cit.*, in *Corr. mer.* 2007, 4, 444; Trib. Marsala 1 aprile 2005, *G. mer.* 2006, 354. Va osservato che non mancano pronunce che hanno diversamente sostenuto come l'azione spetti in via esclusiva ai singoli soci: Trib. Milano 12 aprile 2006, in *G. it.* 2006, 11, 2097; Trib. Marsala 15 marzo 2005, in *G. civ.* 2005, 1563 ss., argomenta richiamando la previsione contenuta dall'art. 2393 *bis*, co. 3, c.c. secondo cui la società *deve essere chiamata in giudizio* dal socio che eserciti l'azione sociale in nome proprio.

11 Per effetto della riforma del diritto societario, i creditori sociali non possono più esercitare l'azione sociale, come era previsto nell'art. 2394 c.c., oggi sostanzialmente non più riferibile alla disciplina della società a responsabilità limitata. Così, Trib. Milano 25 gennaio 2006, in *Le società* 2007, 3, 320 con nota di CARMINATI.

12 La tesi contraria argomenta che la legge non lo prevede, diversamente da quanto avviene per le s.p.a. (art. 2393 *bis*, co. 3, c.c.). In giurisprudenza, Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in *F. it.* 2006, 4, 1222 secondo cui, in tema di azione sociale di responsabilità, la legittimazione attiva del socio configura un'ipotesi di sostituzione processuale dello stesso alla società, la quale non è un litisconsorte necessario.

non si estende a quelli che dimostrino di essere stati esenti da colpa e, conoscendo l'atto che si stava per compiere, abbiano manifestato il proprio dissenso.

Dal punto di vista processuale, gli amministratori convenuti possono far valere nei confronti del socio attore, ogni eccezione, sostanziale o processuale, opponibile alla società. L'eventuale sentenza di condanna non deve essere emessa a favore del socio, ma della società¹⁶, la quale ha il diritto di impugnare la pronuncia, se sfavorevole.

L'accoglimento della domanda non determina la revoca automatica degli amministratori. Tale misura cautelare, infatti, può essere chiesta solo *in caso di gravi irregolarità nella gestione della società*¹⁷ e con effetti limitati al tempo necessario per la pronuncia definitiva sull'azione avente per oggetto il risarcimento dei danni.

Sul punto, bisogna dare atto, però, di una tesi dottrinale¹⁸ e giurisprudenziale¹⁹, secondo la quale l'art. 2476, co. 3, c.c. delinea, nel merito, (anche) un'azione di revoca degli amministratori. In particolare, la norma conterrebbe la previsione di due distinte azioni esperibili dai soci di una s.r.l. nei confronti degli amministratori inadempienti. Da una parte, l'azione di responsabilità sociale prevista dal co. 1; dall'altra, l'azione di revoca di cui al co. 3, le quali non coincidono, né devono

13 SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano 2003, 220. In giurisprudenza, Trib. Milano 21 dicembre 2005, n. 1009, in *Le società* 2007, 2, 193 con nota di DUBINI e LENTINI; Trib. Genova 4 novembre 2005, in *Le società* 2007, 1, 76 (con nota di MALAVASI) secondo cui *sussiste un conflitto di interessi, tale da richiedere la nomina di un curatore speciale ex art. 78, comma 2, c.p.c., pena la nullità dell'intero giudizio, quando si chiede la revoca cautelare ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c. dell'amministratore unico di s.r.l.* Conformi anche Trib. Roma 4 aprile 2005, in *G. civ.* 2005, 1563 ss.. TOMAIUOLI, *cit.*, 1461, propende, invece, per la notifica dell'atto introduttivo al Presidente del Collegio sindacale, ove tale organo sussista.

14 Trib. Genova 6 settembre 2005, in *Le società* 2007, 1, 77.

15 Sono legittimati passivi (e solidalmente responsabili con gli amministratori) anche i soci che hanno intenzionalmente deciso od autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. In tema, FUSI-MAZZONE, *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, Milano 2005, § 6.

16 Talché l'istanza di revoca dell'amministratore, formulata in sede cautelare, può essere concessa solo qualora sia strumentalmente collegata con l'instaurazione da parte del socio di una azione di merito di responsabilità sociale ex 2476, 1 co., c.c. e non anche in vista di un'azione risarcitoria "personale" *iure proprio* del socio ricorrente (Trib. Marsala 15 marzo 2005, *cit.*).

17 Un esempio di *grave irregolarità nella gestione* è costituito dalla mancata registrazione di parte degli incassi inerenti le consumazioni di un esercizio commerciale (Trib. Milano 18 gennaio 2006, in *Il merito* 2006, 6, 48).

18 FAIETA, *Prime osservazioni sulla responsabilità ante causam dell'amministratore di s.r.l.*, in *R. not.* 2004, 772; CAGNASSO, *Commento sub. art. 2476 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bologna 2004, 1187; PROTO, *cit.*, 1139; OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam ed in corso di causa nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it.

19 Trib. Salerno 4 luglio 2006, in *Corr. giur.* 2007, 5, 703 ss. con nota di PELLEGRINI, *Revoca cautelare degli amministratori di s.r.l.: ammissibilità ante causam ex art. 700 c.p.c. e domanda di revoca in via principale*; Trib. Napoli 22 marzo 2006, *ibidem*.

essere proposte cumulativamente. La prima richiederebbe la responsabilità degli amministratori per il verificarsi di un danno al patrimonio della società di cui viene chiesto il risarcimento; la seconda il compimento, da parte dei medesimi, di irregolarità di gestione che potrebbero anche non essere produttive di danno e per effetto delle quali i soci chiedono la loro rimozione dalla carica.

Si tratterebbe, pertanto, di due azioni diverse per *petitum* e *causa petendi*, che possono essere proposte cumulativamente - tale sarebbe il significato da attribuire al pur equivoco avverbio "altresi" contenuto nel co. 3 dell'art. 2476 c.c. - restando comunque ammissibile la proposizione di una domanda limitata alla sola revoca. Questa tesi, che, in qualche sua espressione²⁰, ammette anche l'esperimento della domanda di revoca cautelare *ante causam* quale misura *anticipatoria* rispetto ad un'azione di merito tesa ad ottenere la revoca in via definitiva degli amministratori²¹, non pare condivisibile²².

Se così fosse, infatti, il quadro e la funzione della norma in questione assumerebbero una portata molto più vasta. La minoranza (intesa anche come il singolo socio) non solo potrebbe chiedere la reintegrazione del patrimonio della società depauperato ad opera degli amministratori infedeli, ma anche di rimuoverli definitivamente, senza ricorrere ad una conforme delibera assembleare. A mio parere, inoltre, tale ricostruzione viola il disposto dell'art. 2908 c.c. (tassatività delle azioni costitutive)²³ ed estende oltre misura il disposto dell'art. 2476 c.c., ove la revoca è solo cautelare e strumentale rispetto al risarcimento dei danni²⁴.

Nonostante le numerose perplessità manifestate, la configurabilità dell'azione di revoca in termini di autonomia sembrerebbe trovare un notevole avallo in un *obiter dictum* della sentenza

20 Trib. Milano 12 gennaio 2006, in www.ipsoa.it/societaonline; MALAVASI, *Revoca cautelare ex art. 2476 c.c.: ammissibilità ante causam e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Le società* 2004, 1542.

21 Saremmo di fronte ad un provvedimento anticipatorio in senso stretto, che rientra perfettamente nel paradigma delineato all'art. 23, co. 1, del d. lgs. n. 5 del 2003, in quanto presenta contenuto perfettamente sovrapponibile alla sentenza di merito in caso di accoglimento della domanda.

22 Conf. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano 2005, 41.

23 Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in *F. it.* 2006, I, 1222; Trib. Santa Maria Capua Vetere 20 luglio 2004, in *Le società* 2004, 1545, con nota adesiva di MALAVASI. In dottrina, DI BITONTO, *Inammissibilità della revoca giudiziale definitiva degli amministratori di s.r.l.*, in *Le società* 2006, 5, 625.

24 Del pari è inammissibile il ricorso, in via analogica, all'art. 2259, co. 3, c.c., allo scopo di *colmare eventuali presunte lacune nella disciplina della nuova s.r.l.*, relative, appunto alla non previsione di una azione ordinaria di revoca (MERCURIO, *Revoca cautelare ex art. 2476 c.c.: inammissibilità ante causam e carattere non anticipatorio del provvedimento. Note sulla distinzione tra misure cautelari anticipatorie e conservative, alla luce delle disposizioni del nuovo processo commerciale*, in www.judicium.it).

interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, 29 dicembre 2005, n. 481, che così recita: “*la qualificazione di cautelare data dalla legge alla misura della revoca ben può essere intesa ... nel senso di strumentale (ed anticipatoria rispetto) ad una azione volta ad ottenere una sentenza di revoca degli amministratori, per ciò solo che nella gestione della società sono presenti "gravi irregolarità" e v'è mero pericolo di danno per la medesima*”.

3. IL RAPPORTO TRA L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ E LA RICHIESTA DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE DI REVOCA

Non esiste uniformità di vedute in ordine al rapporto che deve intercorrere tra l'azione di responsabilità e la richiesta di provvedimento cautelare di revoca degli amministratori.

Secondo parte della dottrina²⁵ e della giurisprudenza²⁶, il provvedimento cautelare potrebbe essere chiesto (*ex art. 669 ter* o *ex art. 700*²⁷ c.p.c.) anche prima dell'inizio della causa avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori. A questa tesi - a mio parere più convincente - consegue, che, se la causa di merito non viene iniziata o se il giudizio promosso si estingue, il provvedimento

25 PROTO, *cit.*, 1139; CAGNASSO, *Commento sub. art. 2476 c.c., cit.*, 1187; SCARAFONI *Il provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di s.r.l.: inquadramento sistematico e riflessioni*, in *G. mer.* 2005, I, 306; PEDRELLI, *L'istanza cautelare di revoca degli amministratori ex art. 2476 comma 3 c.c. e la strumentalità attenuata nel nuovo procedimento cautelare societario*, in *G. mer.* 2004, I, 2259; OLIVERI, *cit.*.

26 Trib. Milano 18 gennaio 2006, *cit.*, secondo cui siffatta interpretazione appare conforme allo spirito della legge, *il quale va inteso nel senso che, in tale tipo di società, si è voluto privilegiare il potere di reazione e controllo dei soci rispetto al potere di controllo dell'autorità giudiziaria*. Conformi anche Trib. Roma 4 aprile 2005, *cit.*; Trib. Marsala 15 marzo 2005, *cit.*; Trib. Pinerolo 2 novembre 2004, in *G. it.* 2005, 8, con nota di MARCELLINO, *Revoca di amministratore e provvedimento cautelare ante causam*; Trib. Catania 14 ottobre 2004, in www.judicium.it; Trib. Roma 5 agosto 2004, in *G. civ.* 2005, II, 306; Trib. Roma 30 luglio 2004, in *G. it.* 2005, 309ss., con nota di CAGNASSO, *Diritto di controllo dei soci e revoca dell'amministratore per gravi irregolarità: primi provvedimenti in sede cautelare relativi alla «nuova» società a responsabilità limitata*.

27 Trib. Napoli 22 marzo 2006, in *Corr. giur.* 2007, 5, 704 e Trib. Napoli 9 novembre 2005, in *Le società* 2006, 11, 1406 con nota di CARDARELLI, hanno ritenuto ammissibile l'azione *ante causam ex art. 700 c.p.c.* In particolare, la seconda pronuncia ha ravvisato i presupposti della tutela cautelare nella violazione, da parte dell'amministratore, del dovere di cui all'art. 2476, co. 2, c.c. (*fumus boni iuris*) e nel danno derivante dal mancato esercizio dell'azione di responsabilità, di fatto, impedita dall'impossibilità di accedere alle informazioni riguardanti la gestione sociale (*periculum in mora*). Conf. in dottrina, RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella nuova s.r.l.*, in *Le società* 2004, 1089. Contrario alla possibilità di ricorrere alla tutela cautelare innominata, Trib. Vercelli 28 settembre 2005, in *Guida al dir.* 2005, n. 42, 58 ss. In dottrina, ARIETA – GASPERINI, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l. - Note sul potere di revoca fra diritto e processo: è vera misura cautelare? quale disciplina? ante causam la revoca dell'amministratore ma non la inibitoria delle delibere?*, in *Corr. giur.* 2005, 271. Nel caso del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora* sarebbero identici a quelli richiesti dal co. 3 dell'art. 2476 c.c. Per approfondimenti, FICO, *La revoca degli amministratori nella s.r.l.*, in *Le società* 2007, 1101.

cautelare di revoca conserva la sua efficacia²⁸ ai sensi degli artt. 1, co. 4, e 23 del D. Lgs.5/2003²⁹. Inoltre, esaurita l'eventuale fase di reclamo, se si verificano mutamenti nelle circostanze (art. 23, co. 3), è sempre possibile chiedere la revoca del provvedimento cautelare al giudice che ha provveduto sull'istanza. In tale contesto, pertanto, il provvedimento di revoca degli amministratori potrebbe essere concesso anche in presenza di un danno solo potenziale³⁰, prescindendo dall'azione di responsabilità che, come si è visto, ha natura risarcitoria³¹.

Secondo l'opinione contraria³², invece, il provvedimento cautelare si colloca nell'alveo dell'azione di responsabilità³³, necessita la pendenza del giudizio di merito e presuppone che un danno si sia già verificato. I sostenitori della tesi negativa, pertanto, oltre a richiamare il dato letterale³⁴ ed a

28 Si tratta della cosiddetta *strumentalità attenuata*.

29 Il meccanismo operativo sarebbe, dunque, il seguente: in difetto di un'espressa previsione processuale, si applicano al processo societario le norme processuali generali (del c.p.c.), ivi comprese quelle afferenti al procedimento cautelare uniforme, salvo il limite dell'incompatibilità. Nel caso di specie, non v'è dubbio che la norma nulla dica sull'ammissibilità del rimedio cautelare *ante causam*, né vi siano elementi di incompatibilità strutturale con l'art. 669 *ter* c.p.c.

30 Inclini ad ammettere il rimedio quando il danno sia soltanto potenziale, sul presupposto della tardività e inadeguatezza del successivo rimedio risarcitorio, PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Le società* 2002, 1481, nt. 11; SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, *cit.*, 8.

31 Così anche Trib. Napoli 22 marzo 2006, *cit.*, che, però sostiene la tesi secondo cui l'art. 2476, co. 3 c.c. conferisce al socio la legittimazione a proporre, oltre alla domanda risarcitoria, anche la domanda di revoca dell'amministratore che può essere esercitata separatamente dalla prima.

32 SILVESTRINI, *La responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Le società* 2004, 696; DALMOTTO, *Commento sub art. 2409 c.c.*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna 2004, 1219; ABRIANI, *cit.*, 223; PARRELLA, *Commento sub art. 2476 c.c.*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli Santoro, Torino 2003, 132; DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *R. soc.* 2003, 475; DI AMATO, *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, 207; SCHIRÒ, *Il controllo dei soci e l'azione di responsabilità contro gli amministratori*, intervento al Convegno Paradigma, *La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. ed s.p.a.*, Milano 27-29 novembre 2002. In giurisprudenza, Trib. Genova 6 settembre 2005, *cit.*, 77, secondo cui la domanda di revoca è *priva di carattere strumentale e di finalità anticipatorie rispetto all'azione di merito, azione che è invero, di natura esclusivamente risarcitoria*. *Idem*, Trib. Agrigento 15 febbraio 2006, in www.ipsoa.it/societaonline; Trib. Ravenna 3 febbraio 2006, *ibidem*; Trib. Milano 27 aprile 2005, in *Corr. mer.* 2005, 833; Trib. Brescia 8 marzo 2005, con nota di FANTI, *proponibilità ante causam dell'azione di revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Le società* 2005, 1254; Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 novembre 2004, *cit.*; Trib. Santa Maria Capua Vetere 20 luglio 2004, *cit.*; Trib. Santa Maria Capua Vetere 30 aprile 2004, in www.judicium.it;

33 I sostenitori della tesi negativa fanno osservare che collocare la revoca nella *sedes materiae* dell'azione di responsabilità sociale ed immediatamente dopo la previsione della stessa significhi ancorare saldamente la revoca all'avvenuta instaurazione del giudizio risarcitorio. A sostegno richiamano il dato letterale della norma (considerato non rilevante dalla tesi contraria) ed alcuni passi della relazione illustrativa al D.lgs.

34 Secondo Trib. Genova, 6 settembre 2005, *cit.*, 77 l'inscindibilità della richiesta cautelare di revoca dell'amministratore rispetto all'azione di responsabilità nei suoi confronti trova uno specifico riscontro nella dizione letterale dell'art. 2476, comma 3, c.c., in forza del quale il socio può promuovere l'azione di responsabilità contro gli

valorizzare quanto indicato nella relazione al D.lgs. 6/2006³⁵, fanno leva sulla natura conservativa³⁶ e non anticipatoria³⁷ del provvedimento di revoca rispetto alla sentenza di accertamento della responsabilità e della conseguente condanna al risarcimento dei danni causati dagli amministratori. Sarebbero, pertanto, irrilevanti le irregolarità che, per quanto gravi, non risultino pregiudizievoli per il patrimonio sociale³⁸. In altre parole, se manca il danno o se lo stesso è solo potenziale, difetta il presupposto per l'azione di responsabilità e, di conseguenza, di una correlata misura cautelare. Se, invece, il pregiudizio patrimoniale esiste, poiché è elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria già in punto di *fumus boni iuris*, esso va verificato nel giudizio di merito³⁹.

E' importante sottolineare che l'individuazione della natura anticipatoria o conservativa della misura in esame assume rilevanza in luce del disposto di cui all'art. 23 D.lgs. 5/2003, secondo cui i provvedimenti d'urgenza e quelli idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non perdono efficacia se la causa di merito non viene iniziata ovvero se, iniziata poi, si estingue. La sussunzione nei provvedimenti cautelari con funzione anticipatoria ovvero in quella con funzione conservativa determina, infatti, l'applicabilità o meno, del regime di strumentalità attenuata delineato dalla norma sopra citata.

A mio parere, la tesi dell'inammissibilità della revoca *ante causam* degli amministratori non va condivisa, perché da una parte, senza esplicitarne il motivo ed in aperta violazione dell'art. 24 Cost, nega la possibilità di applicare la disciplina generale del processo cautelare uniforme ogni qual volta l'accertamento giudiziale si appalesi complesso e non immediato⁴⁰; dall'altra perché non riconosce

amministratori e può "altresì" chiedere che sia adottato un provvedimento cautelare di revoca: *espressione, questa, che fa pensare ad un collegamento tra due iniziative giudiziali, nel senso che la richiesta di revoca viene ad aggiungersi, in via di urgenza, al giudizio di cognizione, contestualmente o in precedenza instaurato.*

35 Si fa riferimento, in particolare, a due passi della Relazione che, parlando dell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c., ricordano la possibilità di chiedere «in quella sede» e «con essa» un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori. In giurisprudenza valorizzano questo aspetto: Trib. Agrigento 15 febbraio 2006, *cit.*; Trib. Ravenna 3 febbraio 2006, *cit.*; Trib. Santa Maria Capua Vetere 20 luglio 2004, *cit.*.

36 In giurisprudenza, Trib. Vercelli 28 settembre 2005, *cit.*, 58 ss; Trib. Santa Maria Capua Vetere 20 luglio 2004, *cit.*.

37 I provvedimenti anticipatori sono quelli che anticipano gli effetti del futuro giudizio di merito; mentre quelli conservativi cristallizzano la situazione di fatto al momento della pronuncia, in attesa della statuizione di merito.

38 MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, *cit.*, 936.

39 DI AMATO, *op. cit.*, 207.

40 Secondo la tesi contraria non si verifica alcuna limitazione irragionevole del diritto di difesa, in quanto è sempre possibile proporre istanza di revoca cautelare immediatamente dopo la notifica dell'atto di citazione e , quindi, in tempi molto brevi.

l'ammissibilità dei provvedimenti cautelari *ante causam* di carattere conservativo, in palese ed irragionevole contrasto con l'intero sistema del processo cautelare societario (art. 23)⁴¹. In tale ambito, infatti, parte della dottrina⁴², amplia il concetto di natura anticipatoria, ricomprendendo anche i provvedimenti che procurano solo parziale soddisfazione al diritto tutelato⁴³ (come la revoca degli amministratori, strumentale all'azione di risarcimento dei danni). Inoltre, la teoria criticata attribuisce una importanza univoca e decisiva al dato letterale, ove, invece, l'avverbio *altresì*, per nulla esclude che la revoca cautelare possa essere domandata *ante causam*⁴⁴.

Nel filone interpretativo restrittivo si colloca anche quella dottrina⁴⁵ che, sostenendo una tesi non dissimile da quella del Tribunale di Treviso, osserva come il provvedimento di revoca sia un rimedio cautelare tipico, assimilabile - per funzione - a quello cautelare atipico *ex art. 700 c.p.c.*⁴⁶ che non può essere esperito prima o in mancanza dell'azione di responsabilità⁴⁷. Altra giurisprudenza⁴⁸, del pari, ritiene che l'art. 2476, co. 3, c.c. sia norma speciale rispetto a quelle più generali che regolano i procedimenti cautelari in materia societaria (artt. 23-24 D.lgs. 5/2003), norme a loro volta speciali rispetto agli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c. La regola della generale

41 Così, TOMAIUOLI, *La nuova azione sociale di responsabilità nelle S.R.L.*, in *G. civ.* 2006, 1466.

42 ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 1192; SALETTI, in Sassani, (a cura di) *La riforma delle società. Il processo*, Torino 2003, 2234 ss.; OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam ed in corso di causa nella riforma del processo societario*, *cit.*.

43 La nozione di anticipatorietà non presuppone, così, la necessaria coincidenza tra il contenuto del provvedimento provvisorio e il contenuto definitivo della sentenza di merito. La dottrina, pertanto, parla di un'attenuazione del nesso di strumentalità sancita dall'art. 23 D. lgs. 5/2003 (ARIETA – GASPERINI, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l. cit.*, 261; FRUS, *sub art. 23*, in *Il nuovo processo societario, Commentario* diretto da Chiarloni, Bologna 2004, 655 ss.; SALETTI, *sub art. 23*, in *La riforma delle società. Il processo* a cura di Sassani, Torino 2003, 222 ss.; RUBINO, *Sub art. 23*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Lo Cascio, Milano 2003, 250 ss.; COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *R. d. proc.* 2003, 651 ss.

44 La norma richiede, evidentemente, che l'istanza di revoca sia vincolata all'esercizio dell'azione risarcitoria, ma senza puntualizzazioni di tipo cronologico. Così, Trib. Milano 12 gennaio 2006, *cit.*; Trib. Marsala 15 marzo 2005, *cit.*; Trib. Roma 5 agosto 2004, *cit.*; Trib. Roma 31 marzo 2004, in *R. not.* 2004, 768.

45 SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario, cit.*, 222.

46 CONSOLO, *La revoca degli amministratori ed il controllo dei soci nella s.r.l.* (l'art. 2476 c.c.), relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM, sul tema *Il punto sulla riforma del diritto societario*, Roma 21-23 marzo 2003. L'Autore evidenzia acutamente come il provvedimento di revoca dell'amministratore, ottenuto prima o nel corso del giudizio risarcitorio, non sia *strutturalmente* cautelare, ovvero finalizzato ad assicurare gli effetti della sentenza di condanna, quanto, invece, *funzionalmente* cautelare, perché preordinato a prevenire ulteriori attività dannose, e in questo senso assuma i connotati tipici della misura sommaria, rispetto alla quale l'esito della causa risarcitoria sarà ininfluenza.

47 Secondo MAINETTI, *cit.*, 943, siamo in presenza di una forma cautelare decisamente atipica ed il provvedimento di revoca degli amministratori, inserito nel contesto di un giudizio ordinario volto ad ottenere il risarcimento dei danni provocati dagli amministratori, non è idoneo ad anticipare gli effetti della decisione di merito.

48 Trib. Vercelli 28 settembre 2005, *cit.*; Trib. Santa Maria Capua Vetere 20 luglio 2004, *cit.*

ammissibilità del provvedimento cautelare *ante causam*, pertanto, non opererebbe in applicazione del principio di incompatibilità.

Anche questa posizione non appare condivisibile. Non vi sono, infatti, ragioni per considerare l'art. 2476, co. 3, c.c. *lex specialis*⁴⁹ rispetto al procedimento cautelare uniforme. Va ricordato, inoltre, che la subordinazione della tutela urgente alla pendenza del giudizio di merito deve essere espressamente stabilita dal legislatore (come accade nell'art. 2378, co. 3, c.c.)⁵⁰.

Secondo parte della dottrina⁵¹ e della giurisprudenza⁵², mancherebbe, infine, l'indispensabile requisito teleologico (della strumentalità)⁵³ tra la richiesta cautelare e la domanda di risarcimento danni formulata nel merito. La prima, lungi dall'anticipare gli effetti risarcitori della seconda o da presentare finalità in qualche modo conservative, sarebbe un *accessorio* rispetto all'azione ex art. 2476 c.c., un mezzo *incidentale* per impedire, nelle more del giudizio, che gli amministratori compiano attività dannose⁵⁴. Tuttavia, anche questa argomentazione non pare decisiva. Infatti, è sufficiente richiamare la disciplina della revoca giudiziaria dell'amministratore delle società di persone (art. 2259 c.c.). Essa è completamente svincolata dalla domanda risarcitoria ed è esperibile *prima e a prescindere* dal relativo giudizio di merito⁵⁵.

49 OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, cit..

50 La necessaria incidentalità della sospensione della delibera impugnata ex art. 2378, co. 3, c.c., è tesa a privilegiare le esigenze di certezza e stabilità dei rapporti sociali rispetto a quelle di eliminazione immediata della situazione pregiudizievole. Si tratta, pertanto, di una scelta di valore tra alternative comunque legittime la quale, ove operata in favore dell'una o dell'altra delle opzioni disponibili, deve potersi desumere da indici normativi chiari ed univoci, come avviene, ad es., proprio nell'ipotesi di sospensione degli effetti della delibera impugnata. Quando ciò non si verifica – come nel caso in esame - quando, cioè, la disciplina positiva non offre indicazioni che consentano di risalire in maniera inequivoca alla volontà legislativa di *connotare* la misura cautelare in vista di particolari esigenze ritenute prevalenti, non c'è ragione di negare applicazione ai principi generali (ARIETA – GASPERINI, *op. cit.*, 261 ss.).

51 MAINETTI, *Art. 2476 c.c.*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano 2004; AMBROSINI, *Commento sub art. 2476 c.c.*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di Niccolini – Stagno - D'Alcontres, Napoli 2004, 1599; CAGNASSO, *Commento sub art. 2476 c.c.*, cit., 1187.

52 Trib. Agrigento 15 febbraio 2006, cit.; Trib. Genova 6 settembre 2005, cit., 77; Trib. Santa Maria Capua Vetere 20 luglio 2004, cit.; Trib. Treviso 7 febbraio 2005, cit.

53 L'assenza di strumentalità va intesa come la mancanza di corrispondenza tra il *petitum* della misura cautelare di revoca e l'azione di merito a contenuto risarcitorio. Secondo PEDRELLI, *Questioni processuali in tema di azione ex art. 2476 c.c.*, cit., 7, la strumentalità non va intesa in senso stretto, in quanto a fronte della revoca cautelare dell'amministratore ex art. 2476, co. 3, c.c., la corrispondente azione di merito prevista dallo stesso co. è volta ad attribuire alla società una tutela risarcitoria.

54 Trib. Genova 6 settembre 2005, cit.

55 CONSOLO, *op. ult. cit.*; Trib. Napoli 22 marzo 2005, in *Le società* 2006, 885.

4. L'AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO

Il Tribunale di Treviso respinge la richiesta di *sospendere cautelamente le facoltà* dell'amministratore o di nominare un amministratore provvisorio⁵⁶.

La soluzione è indubbiamente corretta; infatti, con l'eliminazione della possibilità di procedere ai sensi dell'art. 2409 c.c., gli amministratori non possono essere sostituiti dall'amministratore giudiziario, bensì nei modi ordinari previsti dalla legge. Qualora, pertanto, l'atto costitutivo non preveda uno specifico sistema di sostituzione dell'amministratore revocato, vi dovrà provvedere l'assemblea o una decisione dei soci.

5. ARBITRATO E AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ³

Un'ulteriore questione, marginalmente affrontata dall'ordinanza in commento, riguarda la possibilità di compromettere in arbitrato l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori. Conformemente a prevalente giurisprudenza⁵⁷ e dottrina⁵⁸, ritengo si debba dare una risposta positiva al quesito in quanto l'azione esperita dal socio riguarda diritti disponibili⁵⁹ che possono formare oggetto di transazione⁶⁰ (limite oggettivo alla possibilità di *iuris dicere* degli arbitri).

Neppure si ravvisano limiti soggettivi all'operare della clausola⁶¹, in quanto l'art. 34, co. 1, D. lgs. 5/2003 pare estendere la sua portata agli amministratori che, con l'accettazione della carica sociale,

56 *Idem*, Trib. Macerata, 27 febbraio 2006, in *Le società* 2007, 1, 58 con nota di CAPPELLETTI. Anche la dottrina ritiene inopportuno un intervento dell'autorità giudiziaria nella fase di integrazione dell'organo amministrativo in quanto risulterebbe un'ingiustificata intromissione nei meccanismi dell'organizzazione societaria (MAINETTI, *Art. 2476*, in *Codice commentato delle nuove società*, cit.; CORSI, *Relazione di sintesi al Convegno Verso il nuovo diritto societario - Dubbi ed attese*, Firenze 16 novembre 2002, in www.notarlex.it; AMBROSIANI, *Art. 2476 c.c.*, cit.).

57 Così, Trib. Milano 25 giugno 2005 e Trib. Bologna 25 maggio 2005, in *G. it.* 2006, 1639 ss., con nota di RESTANO; Cass. 2 settembre 1998, n. 8699.

58 COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Le società* 2007, 221; CABRAS, *Dell'arbitrato societario, dell'arbitrato gestionale e della conciliazione stragiudiziale. Commento agli artt. 34-40 d.leg. 17 gennaio 2003*, 5, in *Commentario del diritto delle società* diretto da F. d'Alessandro, Milano, in corso di pubblicazione.

59 In materia societaria, *l'area dell'indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte* (Cass. 23 febbraio 2005, n. 3772).

60 La dottrina precisa che occorre menzionare specificatamente, nella clausola compromissoria statutaria, le controversie che coinvolgano organi sociali, altrimenti l'arbitrato non è ammissibile (ZUCCOLI GALLI FONSECA, in CARPI - a cura di - *Arbitrato societario*, Bologna 2004, 7; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *R. d. proc.* 2004, 713).

61 E cioè la possibilità di opporre la clausola statutaria agli amministratori.

manifestano una sorta di *consensus implicito* anche alla clausola compromissoria⁶².

Va, infine, ricordato che i provvedimenti cautelari, quali quello in esame, sono in generale esclusi dalla competenza degli arbitri (art. 818 c.p.c.; art. 35, co. 5, D.lgs. 5/2003⁶³)⁶⁴. Le parti, pertanto, devono chiederne la concessione al giudice ordinario, ed, in particolare, a quello che avrebbe potuto conoscere la controversia se non vi fosse stato l'accordo arbitrale (art. 669 *quinquies* c.p.c.).

5. QUANDO SI PUO' CONSIDERARE PENDENTE IL GIUDIZIO ARBITRALE

Un'ultima questione processuale riguarda il momento in cui si può ritenere pendente il giudizio arbitrale⁶⁵. Con riferimento all'arbitrato rituale comune, la dottrina maggioritaria⁶⁶ e la più recente giurisprudenza⁶⁷ considerano che la litispendenza si verifichi con la notificazione (o la

62 Così, RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *R. trim. d. proc. civ.* 2003, 524, il quale parla di *regola del gruppo che vincola anche coloro che non hanno concorso a formarla*; NELA, in Chiarloni (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna 2004, 959. Parte della dottrina ha ravvisato, invece, un'illegittimità costituzionale, per l'introduzione di un arbitrato non sorretto da idonea volontà compromissoria. In particolare, RUFFINI, *Il nuovo arbitrato nelle controversie societarie*, in *Riv. trim. d. proc. civ.* 2004, 517; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.* 2003, II, 483.

63 Salva l'eccezione prevista dal co. 5, riguardante il potere cautelare tipico di sospensione dell'efficacia delle delibere.

64 In tema, AAVV, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano 2004, 527. I rapporti tra arbitrato e tutela cautelare societaria sono approfonditi da MOTTO, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in *R. arb.* 3/2006, 587.

65 Prima della riforma del 1994, l'opinione di gran lunga prevalente faceva coincidere il momento determinativo della pendenza con la costituzione del collegio arbitrale, ossia con l'accettazione dell'arbitro o con l'ultima accettazione, se gli arbitri erano più e l'accettazione non avveniva contemporaneamente da parte di tutti (CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Nov. D.*, I, 2, 881; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, IV, Napoli 1964, 824; FAZZALARI, *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXXVI, 307; VERDE, *Effetti processuali e sostanziali dell'atto di nomina dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 1991, 299; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, 64; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 142; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1988, 442; Cass. 9 marzo 1982, n. 1519). Decisivo rilievo veniva dato alla circostanza che il collegio arbitrale, ossia il "giudicante", non era preconstituito - come nei processi civili -, ma si formava solo dopo la notifica della domanda, appunto con l'accettazione di tutti gli arbitri nominati.

66 Dopo la riforma del 2006 ricollegano la pendenza alla notificazione della domanda e contestuale nomina del proprio arbitro, TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in www.judicium.com; CURTI, *L'arbitrato*, Milano 2006, 57; SIROTTI GAUDENZII, *Guida al diritto dell'arbitrato*, Milano 2006, 120. Dopo la riforma del 1994 avevano sostenuto tale tesi: MONTESANO e ARIETA, *Diritto processuale civile*, IV, Torino 2000, 468 ss.; FAZZALARI, in Briguglio, Fazzalari e Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994, 108; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, rist. agg. 1999, 77; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*³, Milano 1998, 140; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato* a cura di Carpi, Bologna 2001, 226 ss.; SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in *Riv. arb.* 2002, 678 ss.; SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 661 e 667.

67 Nella previgenza delle norme riformate nel 2006, la Cassazione affermava che il giudizio arbitrale rituale fosse pendente, ad ogni effetto, dal momento nel quale una delle parti notifica all'altra l'atto con cui propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina del (primo) arbitro (Cass. 8 aprile 2003, n. 5457, in *G. it.* 2004, 1391, con nota di RONCO). *Idem*, Cass. 12 dicembre 2003, n. 19025; Cass. 28 maggio 2003, n. 8532; Cass. 25 luglio 2002,

comunicazione) alla controparte dell'atto contenente la domanda e la contestuale nomina del (proprio) arbitro (810 c.p.c.) e non con la costituzione del collegio arbitrale⁶⁸.

La litispendenza determina, infatti, tutta una serie di effetti che la parte deve poter essere in grado di produrre da sola, senza dover contare sulla cooperazione di terzi, specialmente ove detto contegno possa dilazionare, in modo anche rilevante, il momento della produzione degli effetti stessi.

Una conferma della tesi maggioritaria si trae anche da alcune disposizioni (artt. 2943, ult. co., 2652, ult. co., 2653, ult. co., 2690, ult. co., 2691, ult. co., c.c. e 669 *octies* c.p.c.) che ricollegano alla notificazione della domanda di arbitrato, indipendentemente dall'accettazione degli arbitri, una serie di effetti strettamente connessi alla pendenza del giudizio, evidenziando, così, che il procedimento arbitrale ha inizio proprio con la predetta notifica.

Può accadere, però, che nella convenzione di arbitrato, non sia prevista la facoltà di indicazione degli arbitri in capo alle parti. In tal caso, ritengo che la litispendenza sia determinata dal deposito del ricorso al Presidente del Tribunale o al terzo designato, o, nell'evenienza dell'arbitrato amministrato, dal deposito della domanda di arbitrato. In tutte e tre le ipotesi, ovviamente, la domanda di merito deve essere già stata notificata a controparte o deve essere già contenuta nell'atto introduttivo.

Quanto all'arbitrato societario, il potere di nomina di tutti gli arbitri deve essere conferito, a pena di nullità, ad un soggetto terzo totalmente estraneo alla società. Non esiste alcuna previsione normativa che stabilisca quale, tra l'istanza di nomina degli arbitri e la domanda di arbitrato, debba essere precedente o successiva⁶⁹. Conformemente alla recentissima giurisprudenza di merito⁷⁰,

n. 10922.

68 Ritengono, invece, che solo con la costituzione del collegio si abbia pendenza del procedimento: Cass. 20 febbraio 1999, n. 1452; Trib. Latina 25 marzo 1999, in *Gius* 2000, 169; in dottrina: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova 2000, 502; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*², Padova 2000, 840; CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato*, in *R. d. proc.* 1997, 149. Ad avviso di VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*², Torino 2006-99, «la pendenza del processo arbitrale finisce inevitabilmente col determinarsi "a tappe" successive» (p. 90), con la conseguenza che «con l'accettazione degli arbitri si determina la pendenza ad ogni effetto del procedimento arbitrale» (p. 102). A mio parere, invece, la circostanza che il collegio arbitrale non sia ancora costituito non sembra assumere un rilievo negativo, dal momento che anche nel processo civile ordinario con la notificazione della citazione non si è ancora avuto il "contatto" con il giudice e non esiste un giudice concretamente investito della causa; l'iscrizione della causa a ruolo avviene in un momento successivo, eppure è pacifico che il processo pende fin dal momento della notificazione della citazione.

69 NELA, *cit.*, 972.

70 Trib. Verona 12 aprile 2005, in www.associazionepreite.it, così argomenta: 1) la disciplina del nuovo arbitrato societario dettata dagli artt. 34 ss. del D. lgs. n. 5/03 ha svincolato la nomina degli arbitri dalla domanda di arbitrato

ritengo *corretta* la scelta di notificare innanzitutto la domanda di arbitrato, riservando all'esito della definizione dell'oggetto del procedimento arbitrale la proposizione dell'istanza di nomina degli arbitri. Fatta questa premessa, credo che la litispendenza si verifichi esaurito l'intero *iter procedimentale* (notifica della domanda arbitrale ed istanza rivolta al soggetto terzo), senza necessità di avvenuta designazione degli arbitri o di accettazione, da parte degli stessi, dell'incarico ricevuto⁷¹.

La tesi pare trovare conferma nell'art. 35, d.lgs. n. 5 del 2003, ove prevede che la domanda di arbitrato, proposta dalla società o nei suoi confronti, debba essere depositata presso il registro delle imprese. Siffatto adempimento va effettuato subito dopo la notificazione (e anche) prima della costituzione del collegio arbitrale, con lo scopo di rendere pubblica la pendenza del procedimento arbitrale, al fine di consentire ad eventuali interessati di intervenire nel procedimento⁷².

Nel caso in esame, l'ordinanza del Tribunale di Treviso non chiarisce se la parte istante abbia notificato a controparte la domanda arbitrale, ma solo che è stata avanzata una semplice richiesta di nomina dell'arbitro, rivolta all'ente previsto nella clausola compromissoria dello statuto sociale.

Non è, pertanto, possibile esprimersi in ordine alla correttezza o meno della pronuncia, la quale esclude che la lite sia stata instaurata. A mio parere, dunque, il giudizio arbitrale non era pendente, a meno che l'istanza rivolta al terzo designatore non fosse stata preceduta dalla notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

(per la quale ha previsto il deposito presso il registro delle imprese), senza però regolare specificamente le modalità di instaurazione del procedimento arbitrale; 2) in difetto di tale regolamentazione da parte della clausola compromissoria, va affermata la necessità di un'autonoma notificazione della domanda di arbitrato, con la possibilità della notificazione di una replica da parte del destinatario nei 20 giorni successivi, secondo lo schema previsto dall'art. 810 c.p.c.; 3) la nomina dell'arbitro da parte del terzo, pur essendo apparentemente sganciata dall'instaurazione del procedimento nei termini su indicati, ne costituisce una conseguenza sotto il profilo logico, in quanto presuppone l'individuazione dell'oggetto dell'arbitrato, che è condizionata proprio dalla domanda e dall'eventuale replica; 4) d'altra parte, la decorrenza dei termini per il deposito del lodo (che consegue proprio alla nomina dell'arbitro) ha senso solo se il procedimento arbitrale sia stato instaurato e ne sia stato individuato l'oggetto.

71 *Contra*, Trib. Verona 12 aprile 2005, *cit.* richiama il disposto dell'art. 820 c.p.c., che fa decorrere il termine, fissato dalle parti (o di 240 giorni) per la decisione, dall'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro unico o dall'ultima accettazione nel caso di più arbitri.

72 RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. d. proc. civ.* 2003, 531; ARIETA - DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova 2004, 645; AULETTA, *Commento agli artt. 34-37*, in *La riforma delle società. Il processo* a cura di Sassani, Torino 2003, 344 ss.; NELA, *Commento all'art. 35*, in Chiarloni, *Il nuovo processo societario*, Bologna - Roma 2004, 977; COMOGLIO - DELLA VEDOVA, *Lineamenti di diritto processuale societario*, Milano 2006, 517 ss.; MAJORANO, *Commento all'art. 35*, in *I procedimenti in materia commerciale* a cura di Costantino, Padova 2005, 779.