

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
XXI CICLO**

**LA RIMOZIONE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO
NELLE SOCIETA DI CAPITALI:
PROFILI PROCESSUALI**

COORDINATORE: PROF. SALVATORE BOCCAGNA

TUTOR: PROF. FRANCESCO DE SANTIS

DOTTORANDO: DOTT. GUGLIELMO FLACCO

*Alla mia stella meravigliosa:
la piccola Allegra Lavinia*

INDICE

PREMESSA	6
-----------------------	---

CAPITOLO I

L'AZIONE DI RESPONSABILITA' NELLA SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA E LA REVOCA CAUTELARE DEGLI AMMINISTRATORI. LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEL SOCIO E DELLA SOCIETA'. NATURA DELL'AZIONE.

1. La natura sociale dell'azione di responsabilità ex art. 2476, comma 3 c.c.....	8
1.2. L'azione del socio è un'ipotesi di sostituzione processuale?.....	11
1.3. Azione individuale del socio e posizione processuale della società nell'ipotesi in cui il socio venga considerato sostituto processuale: è un'ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.	14
2. Sussistenza di una legittimazione concorrente della società. Tesi favorevole. .	19
3. L'azione del socio come azione individuale, diretta, esclusiva ed autonoma.....	23
4. Un'ulteriore ipotesi interpretativa. L'azione del socio quale "eccezionale gestione d'affari processuale".	27

CAPITOLO II

LA REVOCA CAUTELARE DEGLI AMMINISTRATORI DELLA S.R.L.

1. Natura giuridica e funzione del provvedimento di revoca degli amministratori ex art. 2476 c.c., 3° comma, c.c.	30
2. La tesi della strumentalità della revoca cautelare degli amministratori rispetto all'azione di responsabilità con carattere risarcitorio.	35
3. La revoca cautelare come misura strumentale all'azione di merito diretta ad ottenere la revoca definitiva degli amministratori.	39
3.1. (<i>Segue</i>): Rilievi critici.	47
4. Carattere conservativo o anticipatorio della revoca cautelare. Ultrattività della misura cautelare.	53

5. La questione dell'ammissibilità della istanza di revoca cautelare proposta <i>ante causam</i>	67
6. Interpretazioni relative alla sussistenza di un ambito di operatività residuale per la tutela cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c.	80
6.1. (<i>Segue</i>): ipotesi di ammissibilità della richiesta di revoca degli amministratori <i>ante causam</i> per mezzo del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., laddove la misura tipica, disciplinata dall'art. 2476 c.c., sia ammissibile solo incidentalmente al giudizio di merito.	81
6.2. (<i>Segue</i>): verifica dell'ammissibilità della tutela d'urgenza <i>ex art.</i> 700 c.p.c. per ottenere provvedimenti diversi dalla revoca degli amministratori di carattere inibitorio o riguardanti l'esercizio di poteri gestionali.	91

CAPITOLO III

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 2409 C.C. E LA REVOCA DEGLI ORGANI SOCIALI

1. Il <<nuovo>> art. 2409 cod. civ.: natura giuridica e finalità del procedimento.....	98
2. I presupposti per l'applicazione della norma.	105
2.1. Fattispecie applicative.	107
3. I provvedimenti del Tribunale.	111
3.1. (<i>Segue</i>) L'ordine di ispezione. Natura, limiti, e reclamabilità.	111
3.2. (<i>Segue</i>) I provvedimenti a contenuto atipico: forma, natura, contenuto e reclamabilità.	116
3.3. (<i>Segue</i>) La revoca degli amministratori e sindaci e la nomina dell'amministratore giudiziario. Natura e definitività.	123
4. Ambito di applicazione: s.p.a., s.a.p.a. e cooperative.	125
5. Il controllo giudiziario nelle società a responsabilità limitata: inammissibilità.....	128
5.1. Elementi differenziali tra l'istituto della revoca cautelare ex art. 2476 c.c. e quello del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.	130
5.2. (<i>Segue</i>): Il controllo giudiziario nelle s.r.l. dotate di collegio sindacale.....	134

CAPITOLO IV
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Premessa	139
2. La legittimazione ad agire e la natura dell'azione di responsabilità nella s.r.l.....	140
3. La revoca cautelare degli amministratori della società a responsabilità limitata.	142
4. Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.	150
BIBLIOGRAFIA	157
ELENCO DECISIONI GIURISPRUDENZIALI.....	171

PREMESSA

La riforma del diritto societario processuale e sostanziale, avviata con la legge delega 3 ottobre 2001 n. 366 e introdotta nell'ordinamento a seguito dell'entrata in vigore dei D. Lgs. n. 5/2003 e 6/2003, ha modificato la disciplina delle società di capitali, prevedendo, tra l'altro, l'introduzione di nuovi strumenti di rimozione degli amministratori, quale ad esempio nella s.r.l. la revoca cautelare disciplinata dall'art. 2476, comma 3, c.c. e modificando quelli esistenti, quale l'istituto del controllo giudiziario, disciplinato dall'art. 2409 c.c., adattandolo alle nuove norme intervenute, anche in applicazione delle indicazioni pervenute dagli orientamenti giurisprudenziali formati nel corso degli anni.

Come noto, prima del recente intervento legislativo, la disciplina della s.r.l. era completamente rinviata a quella delle s.p.a. con la conseguenza che ad essa si applicava anche la norma della denuncia al tribunale che costituiva uno strumento di grande invasività, pensata per società di grandi dimensioni, e che, permettendo una penetrante forma di controllo sulla gestione di società di modeste dimensioni, in alcuni casi incideva in maniera preponderante sulla vita della stessa società, specie laddove il procedimento si concludeva con la rimozione degli amministratori e la nomina di un amministratore giudiziario.

Il legislatore societario, sulla scorta di questa esperienza ed ottemperando a quanto indicato dalla legge delega, ha creato una disciplina *ad hoc* per le società a responsabilità limitata, prevedendo, peraltro, proprio un apposito strumento di revoca dell'organo amministrativo all'art. 2476, comma 3, c.c. che, dopo aver affermato che gli amministratori sono responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza della legge e dell'atto costitutivo nella gestione della società, dispone che l'azione di responsabilità (con richiesta di condanna al risarcimento dei danni) contro di essi può essere promossa da ciascun socio il quale può chiedere in caso di gravi irregolarità la revoca cautelare degli amministratori.

Nel corso dell'elaborato che affronterà, dal punto di vista processuale, i profili di novità della riforma, si cercherà di dare conto delle varie ipotesi interpretative fornite all'art. 2476, comma 3, c.c. il cui dettato normativo, vuoi per l'ambiguità della lettera che per la difficoltà della problematica trattata, ha dato origine ad una molteplicità di interpretazioni con riferimento alla legittimazione ad agire, alla natura della misura cautelare ed alla sua strumentalità, alla natura

conservativa o anticipatoria della tutela sommaria ed all'individuazione del giudizio di merito.

La revoca cautelare degli amministratori della s.r.l. sembra essere l'unica modalità di rimozione dell'organo amministrativo in questa tipologia societaria, a meno di un'espressa previsione nello statuto, a differenza delle società per azioni dove la rimozione degli amministratori per via giudiziale costituisce un'eccezione rispetto alla revoca per via assembleare, invero nelle s.p.a., gli amministratori sono revocabili in qualunque tempo dall'assemblea (salvo il risarcimento del danno se la revoca avviene senza giusta causa) o anche a seguito della deliberazione assembleare dell'azione di responsabilità che comporta la revoca automatica dei medesimi laddove assunta con una certa quota del capitale sociale (un quinto).

E' pur vero che, però, il legislatore, consapevole del fatto che la revoca assembleare non sempre è idonea a garantire tutti gli interessi coinvolti, ha previsto la destituzione degli amministratori, anche per via giudiziale, attraverso la denuncia al tribunale di cui all'art. 2409 c.c. laddove vi sia fondato sospetto che l'organo amministrativo abbia commesso gravi irregolarità gestorie, derivanti da violazioni della legge o dello statuto, che possono arrecare un danno alla società o alle controllate.

Tale norma, come anzidetto, ha subito delle modifiche, a seguito della riforma del diritto societario, laddove sono stati modificati i presupposti di ammissibilità e di legittimazione ad agire, ammesso lo strumento del reclamo per l'ispezione, ampliato l'ambito di applicazione per le cooperative ma abrogato per le s.r.l. con ambiguità interpretativa se sia ancora ammissibile per quest'ultime laddove munite di collegio sindacale.

Lo studio e le diverse valenze interpretative di queste novità dispositive saranno affrontate nel corso del lavoro, anche considerando se e come ha inciso l'abrogazione del rito societario che, all'art. 33 del D. Lgs. n. 5/2003, assoggettava l'art. 2409 c.c. alla disciplina camerale societaria, obbligando quindi il denunziante a ricorrere alla precedente disciplina di cui agli artt. 737 ss., con ogni consequenziale dubbio interpretativo.

CAPITOLO I

L'AZIONE DI RESPONSABILITA' NELLA SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA E LA REVOCA CAUTELARE DEGLI AMMINISTRATORI. LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEL SOCIO E DELLA SOCIETA'. NATURA DELL'AZIONE.

SOMMARIO: 1. La natura sociale dell'azione di responsabilità ex art. 2476 co. 3 c.c.; 1.2 L'azione del socio è un'ipotesi di sostituzione processuale; 1.3. Azione individuale del socio e posizione processuale della società nell'ipotesi in cui il socio venga considerato sostituito processuale: è un'ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.; 2. Sussistenza di una legittimazione concorrente della società. Tesi favorevole.; 3. L'azione del socio come azione individuale, diretta, esclusiva ed autonoma; 4. Un'ulteriore ipotesi interpretativa. L'azione del socio quale "eccezionale gestione d'affari processuale".

1. La natura sociale dell'azione di responsabilità ex art. 2476, comma 3, c.c.

L'art. 2476 c.c. disciplina l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l.

Il primo comma dell'articolo in commento esordisce così "Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo", delineando, sin da subito, la responsabilità dell'organo amministrativo nei confronti della società e non dei soci, anticipando quindi la natura sociale dell'azione, la cui disciplina è dettata dal successivo terzo comma¹.

¹ In questo senso GROSSI, *L'azione di responsabilità ex art. 2476, comma 3 c.c.*: in claris non fit interpretatio, in *Società*, 2009, 1290-1291 secondo cui il terzo comma dell'art. 2476 disegna l'azione di responsabilità come un'azione della società (e non del socio) nei confronti degli amministratori "solidalmente responsabili verso la società". Cfr. DUBINI - LENTINI, *Azione sociale di responsabilità contro l'amministratore unico di s.r.l. e litisconsorzio necessario*, in *Società*, 2007, 193; GIORDANO, *L'azione "sociale" di responsabilità proponibile dal singolo socio ai sensi del nuovo art. 2476 comma 3 c.c.*, in *Corr. merito*, 2005, 28; AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, 295; PARRELLA, *Sub art. 2476*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI e SANTORO, Torino, 2003, 132 ss.; MALAVASI, *L'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c. e litisconsorzio necessario della società*, in *Società*, 2008, 1433 ss. In giurisprudenza ritengono il carattere sociale dell'azione: Trib. Milano 18 dicembre 2008, in *Giustizia a Milano*, 2009, I, 7; Trib. Roma 17 dicembre 2008, in *Giur. merito*, 2009, 6, 1585 con nota di NARDELLI; Trib. Milano 30 giugno 2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 7-8, 53; App. Milano 13 giugno 2008, in *Foro Padano*, 2007, 3-4, 421; Trib. Napoli 6 giugno 2007, in *Società*, 2008, 1433 ss. con nota di MALAVASI.

Come noto il terzo comma dell'art. 2476 c.c. legittima ciascun socio², indipendentemente dalla partecipazione posseduta a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori inadempienti, con la facoltà di chiedere la revoca cautelare degli stessi laddove abbiano commesso gravi irregolarità nella gestione della società³: così facendo, il legislatore ha attribuito due azioni al socio, quella di responsabilità con richiesta di condanna ai danni e quella cautelare di revoca degli amministratori, entrambe da esperire nell'interesse della società ma in nome proprio⁴.

Pertanto, nonostante l'esplicita legittimazione del socio all'esercizio delle azioni appena enunciate, le stesse devono considerarsi unicamente destinate a ricostituire il patrimonio della società a cui è destinato l'eventuale risarcimento⁵.

Vi sono, peraltro, altre considerazioni che inducono, inevitabilmente nella direzione di ritenere l'azione giudiziale in esame di carattere sociale, infatti: a) il comma 4 dell'art. 2476 c.c. prevede il rimborso, da parte della società, delle spese di giudizio e quelle per l'accertamento dei fatti sostenute dal socio per l'instaurazione del giudizio, a condizione che l'esito sia stato vittorioso per la società; b) la liquidazione dei danni, in caso di accoglimento della domanda, è effettuata a favore della società come unica destinataria degli effetti positivi della sentenza; c) l'azione può essere rinunciata e transatta dalla società, ai sensi del comma 5 dell'art. 2476 c.c. (sia pur con voto favorevole di una maggioranza dei soci che rappresentano almeno i due terzi del capitale sociale e che non vi sia opposizione di tanti soci che rappresentino il decimo del capitale sociale): è del tutto evidente che l'ente sociale, per poter transigere o rinunciare all'azione, abbia la disponibilità del diritto che invece, nel silenzio della norma, deve essere negata

² La qualità di socio e la rappresentanza del capitale sociale, nelle misure previste dalla legge o dallo statuto, devono sussistere al momento della decisione, in quanto requisiti della legittimazione ad agire, con la conseguenza che, se sussistono al momento dell'instaurazione del giudizio, ma mancano nel momento della emissione della sentenza definitiva, il giudizio si deve concludere in rito, così COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari; profili processuali*, in *Società*, 2007, 209.

³ Sui rapporti tra azione di merito e revoca cautelare degli amministratori si veda *sub* Cap. II.

⁴ In questo senso FORTUNATO, *I controlli nella riforma della società*, in *Società*, 2003, 306. Di diverso avviso COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l. secondo il nuovo art. 2476*, in AA. VV., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di SANTORO, Milano, 2003, 173 ss. la quale ritiene che le due azioni siano distinte nel senso che l'azione di responsabilità degli amministratori appartenga alla società mentre quella di revoca cautelare sia prerogativa del socio, con la conseguenza che la rinuncia e transazione si riferiscano solo all'azione di condanna.

⁵ L'azione di responsabilità degli amministratori è un'azione sociale promossa dal socio nel primario interesse della società, così GROSSI, *op. cit.*, 1291.

al socio⁶, non potendosi applicare analogicamente la disciplina speciale dettata per le società per azioni ai sensi dell'art. 2393bis, co. 6, c.c.⁷; d) il settimo comma dell'art. 2476 c.c. ha sancito la responsabilità solidale degli amministratori e dei soci (quali amministratori di fatto) per i danni causati alla società indicando tra i beneficiari del risarcimento anche la società; e) l'amministratore convenuto può proporre al socio tutte le eccezioni proponibili alla società⁸.

Ad ulteriore conferma della natura sociale dell'azione in commento, va soggiunto che l'art. 2476, comma 6, c.c. attribuisce espressamente al socio (indipendentemente dall'instaurazione dell'azione di cui al comma 3) una distinta ed autonoma azione di risarcimento, ai sensi dell'art. 2043 c.c., per danni causati direttamente al proprio patrimonio, a seguito delle condotte illecite degli amministratori.

Ogni dubbio che l'azione di responsabilità configuri un'azione sociale è, comunque, fugato dalla lettura della Relazione alla riforma del diritto societario laddove al par. 11, con riferimento alla stessa, si legge che “ (...). Essa s'impenna sul principio secondo il quale, sulla base della struttura contrattuale della società, ad ogni socio è riconosciuto il diritto di ottenere notizie dagli amministratori in merito allo svolgimento degli affari sociali e di procedere ad una diretta ispezione dei libri sociali e dei documenti concernenti l'amministrazione della società. Da questa soluzione consegue coerentemente il potere di ciascun socio di promuovere l'azione di responsabilità e di chiedere con essa la provvisoria revoca giudiziale dell'amministratore in caso di gravi irregolarità. (...). Naturalmente la soluzione adottata non esclude che pur sempre si tratta di un'azione sociale di responsabilità esperita dal socio nel suo interesse.(...)”.

Dunque, la Relazione ha chiarito in maniera chiara ed esplicita che l'azione di responsabilità, seppur esperita dal socio, rimane nella più ampia disponibilità della società (come meglio sarà evidenziato nel seguito della

⁶ Ad ogni buon conto deve essere evidenziato come il socio abbia la facoltà di rinunciare agli atti del giudizio, in tal senso *sub* art. 2476 c.c., in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003, 207. *Contra* COSTANTINO, *op. cit.*, 210 il quale evidenzia che, in mancanza di una previsione simile all'art. 2393bis c.c. i soci agenti non possano rinunciare agli atti, all'azione transigere o conciliare, e, comunque, compiere atti di disposizione del diritto che fanno valere in giudizio solo in via eccezionale.

⁷ L'art. 2393bis c.c. consente ai soci della s.p.a. di transigere e conciliare la controversia. In giurisprudenza v. Tribunale S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, in *Società*, 2005, 477 ss. secondo cui il socio agisce nell'interesse esclusivo della società ed ha solo la facoltà di rinunciare agli atti del giudizio ma non all'azione. Per tali motivi, l'azione sembra rimanere unicamente nella disponibilità della società.

⁸ Così anche GROSSI, *op. cit.*, 1292; MALAVASI, *op. cit.*, 1435.

trattazione) che resta, comunque, l'unica destinataria degli effetti della sentenza definitiva.

1.2. L'azione del socio è un'ipotesi di sostituzione processuale?

L'analisi dell'art. 2476 c.c., unitamente alle chiare lettere della Relazione, evidenzia la natura sociale dell'azione instaurata a favore degli interessi sociali ma, in nome proprio, dal socio che, quindi, assume la qualità di legittimato straordinario⁹, ai sensi dell'art. 81 c.p.c. e sostituto processuale della società che fa propri i risultati dell'azione con onere di rimborsare tutte le spese (anche quelle di accertamento dei fatti) in caso di accoglimento della domanda.

A proposito di quest'ultima disposizione, si è correttamente rilevato¹⁰ come non sia coerente, con l'istituto della legittimazione straordinaria ad agire, la circostanza secondo cui la società debba provvedere al rimborso delle spese processuali al socio solo in caso di accoglimento della domanda, infatti, il socio agisce, sempre in qualità di sostituto processuale *ex lege* anche quando la lite potrebbe avere esito negativo, con la conseguenza che, anche in tal caso, gli andrebbero rimborsate le spese.

Riteniamo che il legislatore abbia previsto una tale limitazione in ordine al regime delle spese, per circoscrivere il ricorso all'azione di responsabilità solo laddove il socio abbia degli elementi idonei per promuoverla ed evitare l'instaurazione di infondati e strumentali giudizi persecutori che sarebbero agevolati nel caso in cui gli oneri economici rimanessero a carico della società: in definitiva, è un modo di responsabilizzare, ad un uso corretto dello strumento di tutela, il socio la cui veste di sostituto processuale non viene meno.

Come noto l'art. 81 c.p.c., prescrivendo che, fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno possa far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui, afferma, in termini positivi, che la legittimazione ad agire compete al soggetto che è titolare del diritto che si vuol far valere (è il principio di indisponibilità del diritto alla tutela giurisdizionale), salvo le eccezioni che la legge prevede espressamente e configurano appunto le ipotesi di sostituzione

⁹ V. PASQUARIELLO, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Vol. III, sub art. 2476 c.c., Padova, 2005, 1984; DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 286 ss. In giurisprudenza Trib. Napoli 17 settembre 2008, cit. secondo cui l'azione sociale di responsabilità è esperita dal socio *uti singulus* quale sostituto processuale ex art. 81 c.p.c.; Id. 6 giugno 2007, cit.

¹⁰ In tal senso GROSSI, *op. cit.*, 1292.

processuale¹¹. Non esiste una definizione positiva della legittimazione ad agire, ma essa può ricavarsi *a contrario* dalla disposizione dell'art. 81 c.p.c.

La legittimazione ad agire è condizione dell'azione per ottenere dal giudice un qualsiasi decisione nel merito, la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del diritto dedotto in giudizio¹².

Il principio affermato, pertanto, riconosce una serie (ben ristretta) di fattispecie di legittimazione straordinaria ad agire, nelle quali è consentito ad un soggetto di poter agire in giudizio in nome proprio per far valere un diritto altrui¹³, senza che però il fenomeno debba confondersi con la rappresentanza processuale (in cui il soggetto agisce sempre in nome altrui)¹⁴.

¹¹ Sul tema si veda MONTESANO - ARIETA, *Tratto di diritto processuale, Principi generali Rito ordinario di cognizione*, Vol. I, t. 1, 515 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, 131 ss.; ANDRIOLI, *La legittimazione ad agire*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1935, 273 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2007, 51 ss.; PEDRELLI, *Osservazioni sulla legittimazione ad agire in giudizio del singolo socio e della Società nell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c.*, in *Giur. merito*, 2005, 1567 la quale evidenzia come sotto il profilo sistematico, la sostituzione processuale trova la sua previsione nell'art. 81 c.p.c. ed investe, sia pure secondo una logica *a contrario* la tematica della legittimazione ad agire che presuppone la coincidenza in capo al medesimo soggetto della titolarità del diritto e dell'azione. Il fondamento è ravvisabile nell'art. 24 Cost. il quale, nel riconoscere a ciascuno la possibilità di tutelare in giudizio i propri diritti, sembra imporre la coincidenza sopra evidenziata, sottesa alla regola della legittimazione ad agire.

¹² Così Trib. Salerno 19 marzo 2009, in *www.de jure.it*, 2009.

¹³ L'espressione è di MANDRIOLI, cit., 2007, 57 secondo cui l'attribuzione della legittimazione straordinaria è l'effetto di una politica legislativa contrastante con quella che suggerisce la disponibilità esclusiva della tutela giurisdizionale al titolare del diritto. Le ragioni andrebbero rinvenute in motivi di opportunità acquisiti dagli ordinamenti ovvero in esigenze di natura sociale alle quali vanno ricondotti i diversi casi di legittimazione straordinaria riconosciuti anche ai "gruppi" laddove la tutela riguarda interessi collettivi o diffusi. Da ultimo in materia di legittimazione straordinaria ad agire si pensi alla cd. class action l'azione collettiva risarcitoria introdotta nel nostro ordinamento dagli artt. 445 ss. della c.d. Legge Finanziaria 2008 o alla più risalente legge 20 maggio 1970 n. 300 il c.d. "statuto dei lavoratori" che, all'art. 18, comma 4 ed all'art. 28, consente la tutela dei diritti dell'associazione stessa (legittimazione ordinaria) ma anche degli associati (configurandosi in tal caso un'ipotesi di legittimazione straordinaria). V. GROSSI, *op. cit.*, 1294 la quale ribadisce la tassatività delle ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire e porta alcuni esempi rappresentati dall'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. laddove, in caso di inerzia del creditore, il soggetto creditore del creditore può agire nei confronti del debitore del secondo per assicurare che siano soddisfatte o conservate le proprie ragioni di credito, esercitando i diritti e le azioni processuali che apparterebbero al proprio debitore. In questo caso il creditore in surroga esercita un diritto del proprio debitore, tutelando comunque anche il proprio. Ancora un esempio che viene portato è quello dell'usufruttuario che agisce per difendere il diritto del nudo proprietario nei confronti di un terzo che usurpi il fondo o vada ad incidere sul diritto del proprietario ai sensi dell'art. 1102, comma 2, c.c. Un ultimo esempio è rappresentato dalla legittimazione del Pubblico Ministero che, nei casi di PM agente, può instaurare un giudizio a difesa di situazioni giuridiche altrui.

¹⁴ La sostituzione processuale troverebbe il suo fondamento nelle ipotesi di interferenza tra due o più rapporti giuridici nei casi in cui un interesse, che sia materia di un rapporto, potrebbe essere pregiudicato dalle vicende di altro rapporto che, col primo, si trovi ad interferire così PEDRELLI, *Osservazioni*, cit., 1568 la quale, sul punto, fa espresso rinvio ad ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 571. Cfr. GROSSI, *op. cit.*, 1294 la quale precisa come il legittimato straordinario non è il rappresentante del legittimato ordinario nel senso che non agisce in nome e

E' del tutto evidente, quindi, che l'oggetto del processo sarà costituito dal diritto del sostituto e gli effetti della sentenza esplicheranno efficacia verso quest'ultimo e, solo indirettamente, verso il sostituto.

Non v'è dubbio che la lettura dell'art. 2476 c.c. consente di annoverare l'azione ivi disciplinata nei casi di legittimazione straordinaria, dovendosi ritenere che il socio agisca in nome proprio ma a tutela dei diritti societari lesi (o presuntivamente lesi) dagli amministratori della medesima tanto da poter essere considerata, come anzidetto un'azione sociale¹⁵.

Per quanto sopra, la sostituzione processuale in discorso può apparire come un'estensione dei poteri del socio a maggior difesa dei diritti del singolo, quasi una contropartita al mancato potere di impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione, o al mancato potere di chiedere l'annullamento dei contratti conclusi contro l'interesse sociale, avendo egli la possibilità di

per conto del rappresentato e rileva come le spese sono a carico del rappresentante mentre gli effetti della sentenza si imputano sia al rappresentato che al legittimato ordinario.

¹⁵ Aderiscono a questa interpretazione COSTANTINO, *op. loc. ult. cit.* il quale evidenzia come i casi di sostituzione processuale corrispondono, nei paesi di *common law*, a quelli compresi nella nozione di attore involontario. L'autore, inoltre, ricorda come il sostituto invochi comunque una tutela per un diritto proprio, ma la soddisfazione del suo diritto dipende dal riconoscimento di un diritto altrui e sul punto richiama FAZZALARI, voce *Sostituzione processuale* (Dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 159 e COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. it.*, XVIII, 1990. Cfr. anche M. SANDULLI, *Azione di responsabilità e di revoca verso gli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2005, 482; FICO, *La revoca degli amministratori nella s.r.l.*, in *Società*, 2007, 1099; BENATTI, *Osservazioni sulla revoca cautelare degli amministratori di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 877; TOMAIUOLI, *La revoca degli amministratori e l'azione di responsabilità promossa dal socio, dai creditori sociali e dal curatore fallimentare*, in www.judicium.it; PEDRELLI, *Osservazioni sulla legittimazione ad agire in giudizio del singolo socio e della società nell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c.*, in *Giur. merito*, 2005, 1563 secondo cui proprio la connotazione di azione sociale dell'azione di responsabilità esercitata, atteso che è oggetto della medesima la responsabilità degli amministratori per il danno causato alla società e la circostanza che il socio individualmente possa agire per il risarcimento, induce a far rientrare tale fattispecie in quei casi espressamente previsti dalla legge di sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c.. A tale conclusione l'autrice, peraltro, perviene dopo aver esaminato varie interpretazioni dottrinali sul concetto di sostituzione processuale e legittimazione straordinaria ad agire tra cui quella di SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1996, I, 129 secondo cui "non un diritto altrui fa valere il sostituto ma un diritto proprio, come qualunque legittimato. Ciò che semmai lo differenzia dall'ipotesi generale è che il diritto proprio è in relazione a un rapporto nel quale l'agente non è soggetto a un rapporto altrui"; MAINETTI, *op. cit.*, 942 che evidenzia come il socio sia autorizzato ad esercitare in nome proprio, ma nell'interesse della società, l'azione di responsabilità normalmente promossa dalla società stessa a tutela dei propri diritti; DUBINI - LENTINI, *op. cit.*, 194 i quali sottolineano come vi sia una unanimità di vedute in dottrina e giurisprudenza circa la natura sociale dell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c. che viene esercitata dal socio in nome proprio ma per conto della società, titolare effettivo del diritto fatto valere in giudizio; DOMENIGHINI, *L'azione di responsabilità verso l'organo amministrativo promossa dal socio di s.r.l.*, in *Società*, 2008, 630.

reintegrare il patrimonio sociale e quindi, indirettamente, la propria quota di partecipazione per mezzo dell'azione di responsabilità in parola ¹⁶.

Il potere così attribuito al singolo socio ha di certo, anche una valenza deterrente nei confronti degli amministratori spregiudicati, considerato che non è previsto un minimo di capitale sociale per l'instaurazione del giudizio e che, nell'ambito giudiziale, come anzidetto, al socio è attribuita anche la facoltà di chiedere la revoca degli amministratori in presenza di gravi irregolarità nella gestione della società.

1.3. Azione individuale del socio e posizione processuale della società nell'ipotesi in cui il socio venga considerato sostituto processuale: è un'ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c.

La collocazione dell'azione del socio nell'ambito del fenomeno della sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., secondo cui quest'ultimo agisce in veste di sostituto della società, ha creato non pochi dubbi interpretativi con riguardo alla posizione processuale dell'ente societario, anche e soprattutto per il già ricordato silenzio dell'art. 2476 c.c. con riferimento alla legittimazione attiva dell'ente sociale¹⁷.

Certamente, la previsione legislativa secondo cui il socio, almeno nelle lettere, è legittimato in via individuale ad instaurare l'azione sociale potrebbe far propendere per l'ipotesi secondo cui la società non debba essere chiamata in giudizio, perlomeno come litisconsorte necessaria, invero, è del tutto evidente la differenza con l'art. 2393bis (la già ricordata azione di responsabilità da parte del socio della società per azioni)¹⁸ e con l'art. 129 del testo unico dell'intermediazione finanziaria che espressamente dispongono il coinvolgimento

¹⁶ E' questa l'opinione di DOMENIGHINI, *op. cit.*, 630 la quale stigmatizza la sinteticità ed incompletezza della norma che può essere fonte di contrasto tra poteri riconosciuti al singolo socio e poteri spettanti alla società. In merito l'autrice sottolinea da un lato la posizione rafforzata del socio, in base al dettato dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 2476 c.c. e dall'altro la formale attribuzione alla società di transigere o rinunciare all'azione intrapresa dal singolo socio senza una disciplina della relazione instauratasi tra i due soggetti, con il rischio di comprometterne la valenza difensiva.

¹⁷ PEDRELLI, *Osservazioni*, cit., 1571 la quale evidenzia i dubbi della dottrina e giurisprudenza sulla sussistenza o meno di un'ipotesi di litisconsorzio necessario della società nel giudizio di responsabilità sociale promosso individualmente dal socio ai sensi dell'art. 2476 c.c.; MALAVASI, *op. cit.*, 1435 la quale evidenzia come la qualificazione di sostituto processuale del socio porta a chiedersi se sussista o meno un litisconsorzio con la società.

¹⁸ L'art. 2393bis c.c., rubricato "Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci" al terzo comma così dispone "La società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione è ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale".

della società nel giudizio, prevedendo l'obbligo di notificare alla stessa l'atto di citazione introduttivo del giudizio di responsabilità¹⁹.

Dunque, in applicazione del principio *lex ubi voluit dixit*, dovrebbe ritenersi che l'omissione del legislatore non sia frutto di una svista ma di una ben precisa volontà legislativa di escludere la società dal giudizio avendo, in casi del tutto simili, come dianzi evidenziato, effettuato la scelta di segno contrario, prevedendo il coinvolgimento obbligatorio dell'ente sociale nella controversia giudiziale.

Tuttavia, l'indagine deve andare, come sempre, oltre il significato letterale e quanto espressamente disciplinato dalla norma, al fine di individuare la vera *ratio* della disciplina; a tal proposito occorre, quindi, considerare sia il rapporto che si instaura tra socio e società che gli effetti della sentenza resa all'esito dell'azione di responsabilità.

La posizione del socio che agisce in nome proprio ma per conto della società, in realtà, non implicherebbe automaticamente l'obbligo di chiamare in giudizio l'ente quale litisconsorte necessario, dovendosi distinguere le ipotesi di sostituzione processuale vera e propria e fenomeni ad essi simili presenti nell'ordinamento italiano²⁰ ed, in particolare tra le ipotesi di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.* e i casi di azione diretta.

La distinzione, appena menzionata, comporta che, sia nei casi di sostituzione processuale propriamente detta che in quelli di azione diretta, la legittimazione ad agire trae origine da una rapporto giuridico altrui ma, al fine di verificare se si tratti dell'una o dell'altra fattispecie, è opportuno individuare il perimetro del *petitum* e non della *causa petendi* infatti, solo laddove l'attore chiederà una sentenza che espliciti un'efficacia diretta sull'altrui diritto si ricadrebbe in un'ipotesi di sostituzione processuale in senso proprio mentre laddove l'attore, pur invocando in giudizio un rapporto altrui, chiede un

¹⁹ Per comodità si riporta anche il testo dell'art. 129 del D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (Testo unico intermediazione finanziaria) rubricato "Azione sociale di responsabilità" che, al comma primo, così recita: "Tanti soci, iscritti da almeno sei mesi nel libro dei soci, che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale o la minore percentuale stabilita nell'atto costitutivo possono esercitare l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci e i direttori generali, anche se la società è in liquidazione. La società deve essere chiamata in giudizio. Se l'azione è esercitata nei confronti degli amministratori o dei direttori generali, l'atto di citazione è notificato alla società anche in persona del presidente del collegio sindacale". In giurisprudenza si è espressa nel senso di negare la sussistenza del litisconsorzio necessario tra società e socio Trib. Marsala 15 marzo 2005, in *Giur. merito*, 2005, 1563.

²⁰ Questa differenziazione è fatta da COSTANTINO, *Diritto processuale civile, Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 8.

provvedimento che incida esclusivamente sulla propria sfera giuridica²¹ si verterà in un caso di azione diretta.

La suddetta bipartizione non è di scarsa importanza in quanto, solo nei casi in cui la sentenza espliciti efficacia sulla posizione del sostituto, le parti avranno l'onere di integrare il contraddittorio nei confronti di quest'ultimo che assumerebbe la veste di litisconsorte necessario poiché, il destinatario degli effetti del provvedimento, è anche il titolare del rapporto principale. In definitiva il criterio distintivo, cui consegue la necessità di far partecipare in giudizio il terzo, si rinviene nella domanda giudiziale, e più precisamente nell'individuazione del *petitum* che determinerà l'ambito di efficacia della successiva pronuncia giudiziale²².

Appare quindi del tutto evidente che, nei casi di legittimazione straordinaria, la necessità dell'integrazione del contraddittorio al litisconsorte necessario rinvenga, per un verso il suo fondamento nella esigenza di tutela del sostituto che si troverebbe a subire gli effetti di una sentenza emessa nell'ambito di un giudizio a cui lo stesso non ha partecipato²³ e, per altro verso, nella

²¹ A tal proposito ancora COSTANTINO, *op. loc. ult. cit.* il quale porta l'esempio dell'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. quale ipotesi di sostituzione processuale in senso proprio in cui la statuizione richiesta dal sostituto produce effetti sulla situazione giuridica del sostituto a differenza dell'azione dei dipendenti dell'appaltatore ex art. 1676 c.c. in cui la sentenza esprimerà una decisione che avrà efficacia unicamente sulle posizioni attoree, pur traendo origine da un rapporto altrui: in merito l'A. sottolinea l'efficacia conservativa dell'azione surrogatoria a differenza di quella satisfattiva dell'azione ex art. 1676 c.c.. Il sostituto ai sensi dell'art. 81 c.p.c., così precisa l'A., è il soggetto nei confronti del quale il sostituto chiede che si determinino gli effetti della sentenza al pari di quanto si ravvisa nella figura dell'*involuntary plaintiff*, ovvero dell'attore involontario di cui alla Rule 19 (a) delle *Federal Rules of Civil Procedure*.

²² V. COSTANTINO, *op. it.*, 8 il quale elenca una serie di ipotesi di sostituzione processuale ricomprendendovi: l'opposizione al matrimonio, ex artt. 102 e 103 c.c., l'impugnazione del matrimonio ex art. 117 c.c., le azioni a tutela della servitù proponibili dall'usufruttuario ex art. 1012 c.c., l'azione di nullità di un contratto proponibile da soggetti diversi dai contraenti ex art. 1421 c.c., l'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. L'A. esclude, invece, dal novero dei casi di sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c. le ipotesi previste dall'art. 1416, comma 2, c.c. che consente ai creditori del simulato alienante di agire in giudizio direttamente nei confronti del simulato acquirente, quelle previste dagli artt. 1595, 1676 e 2867 c.c. che consentono rispettivamente al locatore di agire direttamente nei confronti del sub conduttore, ai dipendenti dell'appaltatore di agire nei confronti della committente, ai creditori ipotecari di agire direttamente nei confronti del terzo acquirente del bene ipotecato e debitore del prezzo: in tutti questi casi l'attore fa valere un diritto proprio e chiede anche una statuizione in proprio favore. E' quindi, del tutto evidente che nei casi di esclusione dalle ipotesi di sostituzione processuale deve escludersi ogni ipotesi di litisconsorzio necessario.

²³ Sul punto si veda ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, sub art. 81, Napoli, 1957, 230 il quale si chiede se la cosa giudicata si costituisca direttamente nei confronti del sostituto e si estenda soltanto al sostituto (come ritenuto da altri autori tra i quali Chiovenda, Redenti, Betti) ovvero se si formi solo nei confronti del sostituto (l'A. a tal proposito cita Carnelutti per il quale "quando taluno fa valere in giudizio il diritto di un altro, si intende che l'efficacia del giudicato si spiega rispetto al secondo e non rispetto al primo"). L'A. ritiene che il dubbio possa essere sciolto a seconda del concetto che viene dato alla legittimazione infatti, laddove quest'ultima sia ritenuto "il complesso dei criteri che permettono di identificare i soggetti,

opportuna utilità, di carattere sostanziale e processuale, in modo che anche il sostituito sarà certamente vincolato dalle statuizioni della sentenza²⁴. Si tratta pertanto, di garantire il diritto di difesa del sostituito ma anche di assicurare, attraverso un regolare svolgimento del contraddittorio tra le parti titolari del diritto sostanziale, gli elementi necessari al perseguimento della giustizia nel processo²⁵.

Nei fatti, laddove è la legge a stabilire l'esistenza di un litisconsorzio necessario, anche perché imposto da ragioni di natura sostanziale, non emergono problemi per l'interprete il quale, al contrario, nei casi di legittimazione straordinaria²⁶, incontra non pochi ostacoli per definire l'ambito soggettivo ed oggettivo della controversia.

Nel caso di specie, la sentenza, emessa nell'ambito del giudizio di responsabilità, esplicherà i propri effetti nei confronti della società (legittimata ordinaria) in quanto titolare del rapporto giuridico accertato, mentre il socio, in qualità di legittimato straordinario, si limiterà a consumare il proprio diritto di azione, con la conseguenza che non può negarsi la sussistenza di un litisconsorzio tra il socio (sostituto processuale) e la società, ai sensi dell'art. 102 c.p.c.²⁷

nel contraddittorio dei quali la sentenza deve essere pronunciata affinché produca i suoi effetti” la sostituzione rientra nella categoria della legittimazione che si differenzia “sol per ciò che non è determinato sulla base della coppia normale diritto soggettivo = obbligo” da cui consegue, comunque, che la cosa giudicata produce effetti dapprima nei confronti del sostituto dal quale, per via del vincolo sostanziale, si estenderà al sostituito (vengono citati, aventi opinioni conformi in tal senso, Betti e “con minore congruenza logica” Chioyenda e Betti). Diversamente – continua l’A. – se la sostituzione processuale viene vista “come qualcosa di diverso di una sottospecie di legittimazione e si collega direttamente il prodursi della cosa giudicata alla coppia normale diritto soggettivo = obbligo” è del tutto conseguente che la cosa giudicata produrrà effetti sul sostituito e non sul sostituto. L’A., invece, fornisce una propria interpretazione richiamando il concetto di interessi legittimi e ritenendo che il titolare di un diritto in un rapporto giuridico veda affievolita la sua posizione giuridica al rango di interesse legittimo rispetto ad altro rapporto giuridico che è prevalente rispetto al primo rapporto: in tali casi la legge permetterebbe al portatore di un interesse di instaurare un giudizio in nome proprio con effetti sul rapporto preminente o “meno decisamente” attribuisce ad esso la facoltà di intervenire in via adesiva dipendente ai sensi dell’art. 105, comma 2, c.p.c. In entrambi i casi sostiene ANDRIOLI, *Commentario*, cit., 232 la cosa giudicata si formerà con riferimento al rapporto preminente non interessando il titolare dell’interesse legittimo (che di quel rapporto non è parte) il quale subirà dalla sentenza una mera preclusione, modellata sulla sentenza medesima del cui giudicato seguirà le sorti.

²⁴ DUBINI - LENTINI, *op. cit.*, 195 i quali, nei casi di legittimazione straordinaria, ritengono che l'estensione del contraddittorio al soggetto titolare del diritto azionato in giudizio realizzi un'ipotesi di litisconsorzio necessario, funzionale all'utilità del provvedimento in modo che sia vincolato alla decisione.

²⁵ In tal senso PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 93 ss.

²⁶ PATELLI, *Il litisconsorzio nel processo civile*, Torino, 2001, 40 il quale evidenzia che il fenomeno del litisconsorzio necessario viene applicato con una certa resistenza al di là delle ipotesi previste dalla legge, allorché si verta in tema di legittimazione straordinaria ad agire.

²⁷ In dottrina nel ritenere la società parte necessaria, ex art. 102 c.p.c., nel giudizio instaurato dal socio v. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Società*, 2002, 1469; ARIETA - GASPERINI, *La revoca cautelare ante causam*

Argomentare diversamente, privando la società della legittimazione attiva all'azione ex art. 2476 c.c., significherebbe violare il precetto costituzionale dell'art. 24 Cost., del diritto di difesa ed al contraddittorio²⁸ ex art. 101 c.p.c., in quanto si impedirebbe al soggetto, titolare del diritto, di agire in giudizio a tutela dello stesso²⁹. A ciò aggiungasi che la sentenza emessa in assenza del litisconsorte necessario sarebbe *inutiliter data* perchè, seppur produca effetti riflessi nei confronti del legittimato straordinario, non avrebbe alcun effetto nei confronti del legittimato ordinario vero titolare del diritto oggetto del giudizio.

Da ultimo, occorre evidenziare come l'attribuzione della qualità di litisconsorte necessario alla società potrebbe comportare il problema della rappresentanza in giudizio della medesima, specie laddove la rappresentanza legale sia stata affidata ad un amministratore unico, con la conseguenza che lo stesso assumerebbe il duplice ruolo di “accusato” ed “accusatore”. In tali casi, non v'è dubbio che si è in presenza di un conflitto di interessi per cui la società dovrà stare in giudizio in persona del presidente del collegio sindacale³⁰ o del revisore (per via dell'espresso rinvio dell'ultimo capoverso dell'art. 2477 c.c.) laddove lo statuto preveda la presenza dell'organo di controllo ovvero in persona di un curatore speciale ex art. 78, comma 2, c.p.c.³¹ in modo da evitare che le condotte processuali della società e degli amministratori in qualche modo si intersechino e si influenzino: disattendere questo obbligo significherebbe incidere sulla costituzione del rapporto processuale con conseguente nullità dell'intero giudizio

degli amministratori di s.r.l., in *Corr. giur.*, 2005, 264; AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, 295; SILVESTRINI, *La responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, 696; nel senso più generale che il sostituto è litisconsorte necessario nel giudizio instaurato dal sostituto ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, 319; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2001, 314. In giurisprudenza v. Trib. Roma 17 dicembre 2008, cit.; Trib. Napoli 7 settembre 2007, in *Foro it.*, 2008, 6, 2060; Id. 6 giugno 2007, cit..

²⁸ Di questa opinione anche GROSSI, *op. cit.*, 1295.

²⁹ In questo senso SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 8.

³⁰ Analogicamente a quanto accade per le s.p.a. ai sensi dell'art. 2393bis c.c.

³¹ Cfr. COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari; profili processuali*, cit., 210. Sulla necessità che la società nell'azione di responsabilità stia in giudizio per mezzo di un curatore speciale nominato ex art. 78 c.p.c., in giurisprudenza v. Trib. Roma 10 ottobre 2008, in *Riv. dir. comm.*, 2009, con nota di ROSSI; Trib. Roma 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 307; Trib. Roma 4 aprile 2005, in *Giur. merito*, 2005, 1563 con nota di PEDRELLI; Trib. Piacenza 23 agosto 2004, in *Corr. merito*, 2005, 25 con nota di GIORDANO.

per violazione del precetto costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.³².

Diversamente, ove la rappresentanza legale della società sia stata affidata a più amministratori, e non tutti gli amministratori siano stati chiamati in giudizio per l'azione di responsabilità, la società potrebbe essere rappresentata proprio da questi amministratori, estranei al giudizio di *mala gestio*, non trovandosi in conflitto di interessi.

2. Sussistenza di una legittimazione concorrente della società. Tesi favorevole.

L'introduzione da parte del legislatore dell'azione individuale di responsabilità ex art. 2476 c.c. senza un esplicito richiamo all'azione da parte della società pone il quesito sulla sussistenza della legittimazione in capo agli organi sociali a promuovere la stessa.

In premessa, occorre ribadire che la relazione allo schema di decreto legislativo di riforma del diritto societario prevedeva espressamente che l'azione individuale accentuava il significato contrattuale del rapporto sociale senza escludere che “pur sempre si tratta di un'azione sociale di responsabilità esperita dal socio nel suo interesse”³³.

Pertanto la connotazione di azione sociale al procedimento promosso dal socio ex art. 2476 c.c., nei termini anzidetti, implica che la legittimazione attiva sembri spettare anche alla società³⁴ danneggiata e ciò pur in mancanza di un'espressa previsione normativa³⁵.

³² Nella giurisprudenza di legittimità si sono espressi per la nullità del giudizio in conseguenza dell'omessa nomina di un curatore speciale: Cass. civ. 30 maggio 2003, n. 8803, in *Dir. e giust.*, 2003, 25; Cass. civ. 16 novembre 2000, n. 14866, in *Giust. civ.*, 2001, I, 695.

³³ Così nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo (poi divenuto il d. lgs. n. 6/2003) al paragrafo 11.

³⁴ TEDIOLI, *Revoca ante causam dell'amministratore unico di s.r.l. e clausola compromissoria*, in *Studium iuris*, 2, 2008, 134; SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 8 il quale ritiene che “La società è la titolare del diritto al risarcimento, il cui esercizio a lei compete prima che ad altri”. In giurisprudenza v. Trib. Milano 30 giugno 2008, cit., 53 secondo cui la legittimazione attiva spetta anche alla società la cui azione deve essere deliberata dall'assemblea dei soci, con la conseguenza che, in mancanza della deliberazione, l'azione deve essere dichiarata anche *ex officio* improcedibile.

³⁵ Cfr. ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 264 secondo i quali il silenzio dell'art. 2476 c.c. non deve esser letto nel senso di escludere la legittimazione della società che, sulla scorta dei principi generali, sussiste implicitamente posto che la società è titolare del risarcimento del danno e ad essa va riconosciuta la legittimazione ordinaria; in tal senso anche DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 294 il quale ritiene che il silenzio del legislatore non possa essere interpretato nel senso di escludere la società dal novero dei soggetti legittimati all'azione visto che il socio agisce per un

Del resto, come innanzi evidenziato, vi sono alcuni indici normativi che attribuirebbero, implicitamente, la legittimazione alla società: la quale è l'unica beneficiaria del risarcimento dei danni eventualmente accertati e ad essa spetta peraltro, ai sensi del comma 5, la facoltà di transigere o rinunciare alla controversia (sia pure con una maggioranza qualificata), facoltà che le sarebbe preclusa ove non fosse titolare di alcun diritto.

A ciò aggiungasi la netta distinzione tra l'azione del socio per danni diretti nel proprio patrimonio regolata dal comma 6 dell'art. 2476 c.c., avente natura azione risarcitoria per responsabilità extracontrattuale degli amministratori, da quella contrattuale delineata nell'azione di responsabilità sociale³⁶.

Il comma 3 dell'art. 2476 cit. quindi "non disciplina affatto un'azione individuale di responsabilità, ma un'azione sociale di responsabilità a tutela della minoranza e con legittimazione del singolo socio. Il potere di iniziativa processuale del singolo socio rappresenterebbe soltanto una semplificazione procedimentale rispetto alla necessità della nomina di un rappresentante comune prevista per le società per azioni"³⁷; del resto, non consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale a chi è titolare del diritto troverebbe l'ostacolo insormontabile del dettato dell'art. 24 Cost.³⁸ come già affermato in precedenza.

Che però dal complesso delle norme si appalesi una lacuna legislativa appare fuori di dubbio, invero, a differenza delle società per azioni, ove l'azione sociale è espressamente disciplinata dall'art. 2393 c.c., nella disciplina delle s.r.l. manca ogni riferimento legislativo a tale tipo di giudizio così come alle modalità

danno della società. L'A. sostiene che la mancata espressa previsione legislativa è "aderente alla realtà dei rapporti sociali in una s.r.l. nella quale l'azione di responsabilità, più che altrove, presuppone uno scenario di scontro tra i soci". In merito CAGNASSO, *Azione di responsabilità*, cit., 2098 si chiede se, in mancanza di una norma che espressamente preveda la legittimazione della società alla proposizione dell'azione di responsabilità degli amministratori, sia possibile introdurla con regola pattizia atteso che le competenze sono in primo luogo attribuite dall'atto costitutivo. Si veda ancora PLATANIA, *Nuova disciplina dell'azione di responsabilità nella s.r.l. e questioni di diritto transitorio*, in *Società*, 2004, 1400 il quale sostiene che, pur non prevedendo esplicitamente la norma un'azione di responsabilità della società, ciò non significa che la stessa non possa promuoverla, dovendosi ricostruire il sistema delle azioni di responsabilità delle s.r.l. in maniera non dissimile da quella prevista per le altre società secondo le regole che disciplinano la responsabilità contrattuale.

³⁶ In questo senso anche PEDRELLI, *Osservazioni*, cit., 1570.

³⁷ La definizione è di DI AMATO, *op. cit.*, 292.

³⁸ Sul punto DI AMATO, *Le responsabilità degli amministratori e le azioni di responsabilità*, relazione all'incontro di studi sulla riforma del diritto societario organizzato dal CSM, tenutosi in Roma dal 27 al 30 gennaio 2003 secondo cui "la società potrà agire secondo il principio generale secondo cui ogni soggetto può esercitare i diritti che gli spettano". Cfr. PLATANIA, *op. cit.*, 1401, il quale ritiene costituzionalmente illegittimo escludere che la società, in quanto soggetto leso dal comportamento di *mala gestio* degli amministratori, non possa agire per il risarcimento dei danni subiti sia promuovendolo che intervenendo nell'eventuale giudizio già promosso dai soci.

per promuoverlo, né possono analogicamente applicarsi le norme sulle s.p.a. avendo il legislatore della riforma societaria abrogato la regola del rinvio alla disciplina delle società per azioni.

In realtà, le modalità di esercizio dell'azione da parte della società, in mancanza di un'espressa previsione normativa, crea più di un qualche dubbio interpretativo oltre che di carattere pratico: è, infatti, arduo pensare che i singoli amministratori possano prendere autonomamente la decisione di esperire l'azione avverso un altro amministratore (magari ancora in carica) il quale, a sua volta, potrebbe rispondere nei confronti del primo con una medesima azione³⁹, così esplicitando una volontà sociale evidentemente contraddittoria; parimenti, non sembra possibile neanche la circostanza secondo cui gli amministratori in carica possano agire contro gli ex amministratori in via del tutto autonoma, senza prendere in considerazione la volontà dei soci (in sede assembleare) che potrebbero ritenere inopportuna ed assolutamente non conveniente un'azione di responsabilità.

Peraltro, difficilmente si potrebbe imporre agli amministratori di promuovere l'azione sociale di responsabilità, subordinandola alla delibera assembleare (sia che si intenda presupposto processuale che condizione dell'azione) laddove manchi una previsione legislativa, dell'atto costitutivo o dello statuto⁴⁰.

A tali argomenti si aggiunga che, dalla lettura dell'art. 2479 c.c. che disciplina gli argomenti che tassativamente devono essere sottoposti al vaglio della decisione dei soci della s.r.l.⁴¹, manca ogni riferimento all'azione di

³⁹ Ancora DI AMATO, *op. cit.*, 294 il quale ipotizza come la possibilità di reciproche azioni tra gli amministratori non si presenterebbero come contraddittorie sul piano logico laddove gli stessi amministratori in quanto soci agissero ai sensi dell'art. 2476 comma 3.

⁴⁰ V. PLATANIA, *op. loc. ult. cit.* il quale sottolinea la mancanza di una norma che impedisca agli amministratori di agire in giudizio senza una decisione dei soci e, al contempo, rileva come tale omissione, anche in assenza di una norma statutaria che disciplina l'esercizio dell'azione di responsabilità, può offrire il fianco a strumentalizzazioni specialmente ove si consideri che i nuovi modelli di *governance* possono prevedere l'amministrazione disgiuntiva per effetto del quale anche il singolo amministratore autonomamente può agire in giudizio. L'A. comunque evidenzia il richiamo dell'art. 2475 c.c. alle norme della società di persone, in particolare all'art. 2257 c.c., per effetto del quale ciascun amministratore si può opporre alle iniziative degli altri e rimettere alla deliberazione dei soci ogni valutazione.

⁴¹ L'art. 2479 c.c. affida alla decisione dei soci l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili, la nomina degli amministratori, dei sindaci, le modificazioni dell'atto costitutivo e la scelta di effettuare operazioni che modificano l'oggetto sociale o radicali cambiamenti dell'assetto dei diritti dei soci, ma nulla dispone in merito all'autorizzazione a promuovere l'azione sociale di responsabilità.

responsabilità⁴², a differenza degli artt. 2364 n. 4 e 2364bis n. 3 c.c., che invece la prevedono per le società per azioni, con la conseguenza che gli amministratori potrebbero addirittura promuovere l'azione anche fuori da ogni delibera assembleare⁴³.

Tale evenienza, tuttavia, sembra da escludersi considerato che, laddove si voglia ritenere sussistente la legittimazione concorrente della società con il diritto del socio di agire, in tal modo equiparando tale situazione a quanto previsto per le società per azioni, è opportuno che l'assemblea dei soci esprima una propria deliberazione in merito al giudizio da promuovere⁴⁴ al pari di quanto dettato dall'art. 2393 c.c. per le s.p.a.⁴⁵.

In definitiva, la società potrà instaurare il giudizio per mezzo dei propri amministratori i quali, se anche soci potranno far valere il proprio diritto di agire in tale qualità, se invece solo amministratori dovranno opportunamente sottoporre all'assemblea (*rectius* decisione) dei soci la convenienza di un'azione di responsabilità, quantomeno per ragioni sistematiche, atteso che proprio ai soci il legislatore ha conferito *in primis* il diritto di agire per accertare la responsabilità degli amministratori rei di aver compiuto atti di *mala gestio*.

Nel diverso caso in cui vi fosse conflitto tra i diversi amministratori sull'opportunità o necessità di instaurare il giudizio oppure uno di essi volesse intraprenderlo autonomamente (magari perché ha il potere di amministrare disgiuntamente dagli altri), senza sottoporsi al vaglio dell'assemblea dei soci, l'amministratore dissenziente potrà ben opporsi convocando un'assemblea *ad*

⁴² Anche CAGNASSO, *Azione di responsabilità*, cit., 2098 sottolinea la mancanza della promozione dell'azione di responsabilità tra le materie attribuite in ogni caso all'assemblea dei soci di s.r.l.

⁴³ In tal senso MAINETTI, *op. cit.*, 941 il quale ipotizza che il legislatore, con il silenzio della norma, abbia volutamente svincolato l'esercizio dell'azione sociale da parte della società dalla preventiva decisione dei soci, ritenendo plausibile un'azione diretta della stessa, salvo poi dubitare dell'utilità pratica della stessa. L'autore, pertanto, sollecita una riflessione sul piano sistematico più meditata che dia una soluzione al problema, ricordando che, d'ora in poi, sarà necessaria guardare alle norme sulle società di persone per poter interpretare quelle sulla società a responsabilità limitata.

⁴⁴ E' di questa opinione SALAFIA, *Il nuovo modello*, cit., 8 il quale ritiene che spetti all'assemblea dei soci la decisione sull'opportunità dell'azione giudiziale anche se essa rientra nell'ambito della gestione societaria. A fondamento della propria tesi, l'autore sostiene che dall'insieme delle norme societarie si ricava il principio secondo cui "la delibazione della convenienza dell'esercizio dell'azione di responsabilità è sempre riservata ai soci, salvi i casi in cui la legge li autorizza ad agire autonomamente".

⁴⁵ PLATANIA, *op. loc. ult. cit.*, ritiene difficile fornire una risposta al quesito in ordine alla necessità, per l'organo amministrativo che agisce nei confronti degli amministratori, di essere previamente autorizzato dall'assemblea, come avviene nelle società per azioni.

hoc, così come previsto dall'art. 2479 co.1, che deciderà sull'opportunità del giudizio intrapreso.

Tuttavia deve ritenersi sussistere la competenza dell'assemblea dei soci nel decidere l'azione di responsabilità sociale e l'eventuale revoca degli amministratori, ogni qualvolta questi siano stati nominati con decisione dei soci ai sensi dell'art. 2475 c.c., in quanto, per ragioni logiche e di coerenza di sistema, al potere di nomina dovrebbe certamente corrispondere un potere di revoca.

Infine, va sottolineato come la società è libera di instaurare un'azione di responsabilità nei confronti dei propri amministratori, previa favorevole decisione dei soci⁴⁶, senza che ad essa consegua la revoca automatica degli amministratori, analogamente a quanto previsto dall'art. 2393 c.c. per le società azionarie, non potendosi estendere quella norma ad altre forme societarie se non espressamente previsto *ex lege*⁴⁷.

3. L'azione del socio come azione individuale, diretta, esclusiva ed autonoma.

Una diversa interpretazione dell'art. 2476 c.c. tenderebbe ad escludere la legittimazione della società all'esperimento dell'azione di responsabilità degli amministratori, riconoscendo unicamente al socio di s.r.l. una legittimazione diretta, esclusiva ed individuale alla suddetta azione⁴⁸.

Un primo argomento a favore di tale tesi si fonda sul dato letterale, invero, la norma tace in ordine alla legittimazione processuale della società, il che, in applicazione del principio *lex ubi voluit dixit*, sembrerebbe deporre a favore di un'esclusione della società dal novero dei soggetti che possono promuovere l'azione in parola; tale considerazione troverebbe anche riscontro nel fatto che il legislatore, come anzidetto, mentre ha ommesso ogni riferimento legislativo nella

⁴⁶ E' di questa opinione anche DI AMATO, *op. cit.*, 294 il quale conclude per la necessità che l'azione di responsabilità sia frutto di una decisione dei soci in assemblea o con il metodo della consultazione scritta, secondo quanto prescritto dall'atto costitutivo.

⁴⁷ Cfr. ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 267 i quali ritengono di natura eccezionale la previsione legislativa di una revoca automatica degli amministratori nel caso in cui venga deliberata l'azione di responsabilità nei loro confronti, sottolineando come la rimozione degli amministratori debba essere sempre oggetto di una delibera *ad hoc* da parte di tutti i soci laddove l'atto costitutivo attribuisca a questi il potere di nomina.

⁴⁸ In tal senso SANTARSIERE, *Problematiche ricorrenti circa istituti del diritto societario alla luce della riforma*, in *Giur. merito*, 2007, 2914 il quale afferma che l'azione sociale di responsabilità appartiene a ciascun socio e non alla società, indipendentemente dalla quota sociale posseduta. In giurisprudenza ritiene la legittimazione unica ed esclusiva del socio App. Milano 28 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 12, 3173; nello stesso senso App. Milano 16 aprile 2008, in *www.dejure.it*, 2009.

normativa dedicata alla s.r.l., ha previsto per le s.p.a. sia l'azione di responsabilità della società, disciplinandola all'art. 2393 c.c., che del singolo socio (sia pure nell'ambito di una minoranza qualificata) come dettato dall'art. 2393bis c.c..

E' certamente difficile pensare che l'omissione sia stata frutto di una svista legislativa atteso che l'abrogazione di ogni rinvio alle norme per la s.p.a. (e quindi anche all'azione di responsabilità da parte della società) avrebbe dovuto senz'altro spingere il legislatore nel porre rimedio ai vuoti normativi (che tale soppressione ha creato): nonostante ciò l'art. 2476 c.c. ha previsto espressamente solo l'azione individuale del socio⁴⁹.

Peraltro, non sarebbe neanche possibile applicare analogicamente l'art. 2393 bis, comma 3, c.c. che prevede l'obbligatoria notifica dell'atto di citazione ai soci nel caso di azione di responsabilità instaurata dai soci della s.p.a., per difetto del "presupposto della somiglianza rilevante" richiesto dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale⁵⁰.

Altro argomento letterale che sembrerebbe avvalorare la tesi in parola deve essere rinvenuto nella assoluta mancanza, tra le materie tassativamente soggette alla decisione dei soci della s.r.l. ex art. 2479 c.c., di ogni riferimento alla deliberazione sull'azione di responsabilità degli amministratori, contrariamente a quanto esplicitamente previsto per le s.p.a. dall'art. 2393 c.c. che impone la deliberazione assembleare per instaurare l'azione di responsabilità.

Ancora, una motivazione di carattere logico, che non riconoscerebbe la possibilità per la società di agire in giudizio, si dovrebbe rinvenire nella circostanza, palesemente contraddittoria, secondo cui per il socio che ha la più ampia facoltà di agire individualmente, come disciplina il comma 3 dell'art. 2476 c.c., apparirebbe davvero superfluo e ridondante andare alla ricerca di una maggioranza in sede assembleare per poter promuovere la suddetta azione⁵¹ di cui ha piena disponibilità.

⁴⁹ Così anche CIAMPI, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in *Società*, 2006, 286 il quale ritiene impensabile che l'eliminazione dell'azione da parte della società sia il frutto di una mera dimenticanza da parte del recente legislatore allorquando tale azione, nella previgente disciplina, era esplicitamente prevista per mezzo di un rinvio recettizio).

⁵⁰ In questo senso si è espresso Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in *Società*, 2006, 625.

⁵¹ Ancora CIAMPI, *op. cit.*, 287 ritiene che l'unica ragione ipotizzabile per cui un socio possa ricercare una decisione assembleare favorevole all'azione sociale sia quella di non sobbarcarsi le spese processuali ma, a tale argomento, l'autore replica rilevando come il legislatore abbia fatto proprio una scelta di carattere politico nell'affidare la responsabilità del giudizio in capo al socio al quale le spese saranno rimborsate solo nel caso di esito vittorioso della controversia.

Viene sostenuto, peraltro, che il carattere individuale ed esclusivo dell'azione del socio trovi larga conferma nei poteri ad esso attribuiti di conoscere direttamente i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione (art. 2476 co.2 c.c.), di ottenere informazioni sullo svolgimento degli affari sociali e di ottenere la revoca degli amministratori in caso di gravi irregolarità.

A giustificare la sussistenza dell'azione individuale contribuirebbero, quindi, anche le differenze di carattere normativo che intercorrono tra l'azione sociale esercitata dai soci delle s.p.a. e quella delle s.r.l., che giustificerebbero la convivenza delle due azioni solo nelle società con base azionaria, ed in particolare:

a) come dianzi rassegnato, l'azione da parte dei soci delle s.p.a., dettata dall'art. 2393*bis* c.c., prevede l'obbligatoria citazione in giudizio della società, citazione che è completamente assente nella disciplina dettata dall'art. 2476 cc. per le s.r.l., circostanza che evidenzia in maniera netta la differenza normativa nei due tipi sociali nonché l'iniziativa in qualche modo surrogatoria dell'azione dei soci nelle società per azioni ma non di quella dettata per le s.r.l. ove i soci resterebbero gli unici legittimati al giudizio (di fatto avvalorando l'ipotesi secondo cui la società debba rimanere estranea alle diatribe socio-amministratore che nelle s.r.l., al pari delle società di persone, spesso scaturiscono da conflitti di natura personale)⁵²;

b) l'azione nelle s.r.l. può essere transatta e rinunciata solo ed unicamente dalla società a differenza dei soci delle s.p.a. che conservano il diritto di poter transigere e rinunciare alla controversia, ai sensi del comma sesto dell'art. 2393 *bis* c.c., circostanza questa che dimostrerebbe l'esistenza di due azioni ben distinte e disciplinate nelle s.p.a. ma non nelle s.r.l.;

c) in caso di accoglimento della domanda, la s.r.l. rimborsa immediatamente le spese processuali ai soci a differenza delle s.p.a. ove, solo dopo la fallita preventiva escussione degli amministratori, possono essere rimborsate le spese alla minoranza qualificata dei soci che abbia agito in giudizio. L'immediato rimborso delle spese dimostrerebbe che la società non ha il potere di instaurare la controversia ma garantisce al socio, ove l'iniziativa abbia fondamento, ogni esborso economico.

⁵² E' questa la tesi di CIAMPI, *op. cit.*, 288.

Ritenuta non sussistente la legittimazione in capo alla società per l'esperimento dell'azione sociale, è del tutto evidente che l'azione individuale del socio non possa essere considerata una legittimazione straordinaria ad agire e, quindi una ipotesi di sostituzione processuale, ma vada considerata a tutti gli effetti una legittimazione ordinaria anzi una vera e propria "legittimazione attiva diffusa"⁵³ a favore dei soci che, non avendo amministrato il bene sociale, chiedono la reintegrazione del patrimonio sociale⁵⁴.

All'obiezione che una tale interpretazione confliggerebbe con i principi costituzionali secondo cui chi è titolare del diritto ne deve disporre, i sostenitori di questo orientamento interpretativo rispondono che un'identica fattispecie si realizza anche nelle società di persone ove i soci agiscono nei confronti degli amministratori personalmente e senza alcuna autorizzazione assembleare⁵⁵, ma non per questo è stata mai sollevata alcuna questione di legittimità costituzionale.

In definitiva, viene ritenuto che, nella disciplina delle s.r.l., la mancata previsione di un'azione sociale da parte della società configura una scelta legislativa nell'ambito di quella *ratio* di avvicinamento della disciplina della società a responsabilità limitata a quella di persone⁵⁶.

⁵³ L'espressione è di CIAMPI, *op. cit.*, 288 il quale sostiene che l'azione del socio non possa essere considerata un'ipotesi di sostituzione processuale ai sensi dell'art. 81 c.p.c. come sostenuto da parte della dottrina, in quanto ciò postulerebbe per acquisito ciò che è invece tutto da dimostrare e cioè che sia ancora ipotizzabile un'azione sociale decisa dalla maggioranza dei soci.

⁵⁴ In giurisprudenza il tribunale meneghino ha assunto un orientamento consolidato nel senso di ritenere il socio titolare in via esclusiva e diretta dell'azione di responsabilità, fugando ogni dubbio che si possa trattare di azione surrogatoria da attivare in caso di inerzia della società, così Trib. Milano 2 novembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 3, 655; id. 25 ottobre 2006, in *Giustizia a Milano*, 2006, 10, 70; id. 5 aprile 2006; id. 2 febbraio 2006, in *Giustizia a Milano*, 2, 11; id. 5 maggio 2005; id. 14 aprile 2005.

⁵⁵ Di opinione contraria CAGNASSO, *Azione di responsabilità*, cit., 2006, 2098 il quale ritiene non riconducibile la società a responsabilità limitata allo schema delle società di persone, affermando che, in mancanza di un atto costitutivo configurato su quegli schemi, le s.r.l. vadano assimilate alle società azionarie portando ad esempio il principio di collegialità dell'organo amministrativo ed anche il riparto di competenze tra soci ed amministratori. L'A. esclude quindi, che, nel silenzio di regole pattizie, si possa far ricorso a quelle delle società di persone e che, in ogni caso, ciò non è sufficiente ad escludere la legittimazione concorrente della società.

⁵⁶ Ancora CIAMPI, *op. cit.*, 288 il quale sottolinea come per la disciplina della società di persone non è mai stata sollevata una questione di legittimità costituzionale, pur versando in situazione analoga. L'autore al fine di evidenziare la disciplina delle società di persone cita FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1965, 215 laddove evidenzia che nei suddetti enti sociali non è prevista nessuna manifestazione della società in caso di azione di responsabilità verso il socio amministratore, da cui ne deriva che quella del socio non amministratore non configura un'azione *uti singulus* bensì come membro della collettività sociale e come strumento di restaurazione del patrimonio sociale danneggiato. E' pur vero che CAGNASSO, *Azione di responsabilità*, cit., 2098 evidenzia come la giurisprudenza in più occasioni ha riconosciuto, anche alle società di persone, la legittimazione sia dei singoli soci che della società, a tal proposito cita Trib. Milano, 9 giugno 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 883.

E' però certo che il legislatore, svincolando la facoltà dell'esercizio dell'azione di responsabilità del socio da una partecipazione minima, come invece previsto dal rinvio alle norme delle s.p.a. nel sistema previgente alla riforma del diritto societario, ha di fatto eliminato un filtro alle azioni intimidatrici o di disturbo del singolo socio che, a seguito della nuova disciplina, è libero di poter attivare la propria azione con ampia autonomia⁵⁷.

Tuttavia il legislatore ha compensato questa scelta con il mancato rimborso delle spese processuali da parte della società laddove l'azione non risulti vittoriosa (magari perché infondata e pretestuosa), aggravando la posizione del socio che ha intrapreso azioni defatigatorie, pretestuose e, comunque, temerarie.

4. Un'ulteriore ipotesi interpretativa. L'azione del socio quale "eccezionale gestione d'affari processuale"⁵⁸.

La natura sociale dell'azione di responsabilità è stata messa in dubbio anche da un minoritario orientamento che ha visto nell'azione di responsabilità, di cui all'art. 2476, comma 3, c.c., una riedizione di quello disciplinato dall'art. 129 del testo unico in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)⁵⁹.

Giova ricordare come l'art. 129 T.U.F. abbia introdotto un'azione di responsabilità degli organi sociali nei confronti della società che può essere esercitata da una minoranza di soci (5% del capitale sociale) e che può essere transatta o rinunciata dalla società, salva l'opposizione di coloro che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale.

Autorevole dottrina ha ritenuto, quindi, che, nella suddetta azione disciplinata dal T.U.F., non possa configurarsi una mera sostituzione processuale, nella quale un sostituto agisce a tutela di un diritto di cui è titolare in via esclusiva il sostituito, ma si tratterebbe di un'eccezionale "gestione d'affari processuale, ammessa dalla legge in considerazione dell'interesse, se non del diritto, del gestore al risultato"⁶⁰, nella quale la minoranza – così come il socio nella

⁵⁷ Cfr. SANTARSIERE, *op. cit.*, 2914 il quale ribadisce come nel sistema previgente la riforma del diritto societario, la legittimazione in parola era condizionata ad una significativa partecipazione sociale per evitare ai soci, titolari di minima partecipazione, di avviare azioni ricattatorie o di disturbo.

⁵⁸ L'espressione è di OPPO, *L'azione "sociale" di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1998, 408.

⁵⁹ Il testo unico in materia di intermediazione finanziaria è stato varato con D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58.

⁶⁰ Ancora OPPO, *op. cit.*, 408 il quale ritiene qualificabile l'azione come sociale solo perché la stessa ha interesse alla reintegrazione del patrimonio e ne profitta dell'eventuale esito favorevole

peculiare azione ex art. 2476 c.c. – tende a tutelare il diritto della società unitamente ad un interesse proprio⁶¹.

Questo orientamento interpretativo – che è stato specularmente trasposto nella disciplina dell'azione di responsabilità nelle s.r.l. - nega che possa trattarsi di azione surrogatoria (almeno in senso tecnico) o di sostituzione processuale ritenendo che la minoranza si comporti al pari di un gestore, la cui gestione può anche andare contro il dissenso dell'interessato (la maggioranza dei soci) al pari di quanto previsto nell'art. 2031, comma 2, c.c.⁶².

L'argomento che, quindi, metterebbe in dubbio la sussistenza di una ipotesi di sostituzione processuale e nega il carattere sociale all'azione di responsabilità di cui all'art. 2476 c.c., viene individuato in una diversa interpretazione del disposto normativo che è ritenuto una delle ragioni fondanti la tesi dell'esistenza del diritto di agire in capo alla società, qual è la facoltà concessa alla società di transigere e conciliare l'azione instaurata dal socio.

A tal proposito, - viene affermato – come non sia così immediata l'attribuzione alla società di un vero e proprio diritto ad agire avverso gli amministratori né che l'azione sociale sia nella disponibilità dell'ente sociale in quanto la decisione assembleare di transigere o rinunciare alla controversia può essere inibita da una minoranza dei soci che rappresenti almeno il dieci per cento del capitale: paradossalmente apparirebbe più semplice sostenere che il diritto sia nella disponibilità di quella minoranza dei soci⁶³ che può decidere, anche contro il

del giudizio ma non è da considerarsi sociale laddove è la minoranza ad agire e partecipare al giudizio.

⁶¹ In tal senso GIORDANO, *op. cit.*, in *Corr. merito*, 2005, 28 la quale evidenzia come il socio possa agire non solo per il ristoro del danno patrimoniale subito a causa della condotta degli amministratori ma anche, affinché la gestione dell'impresa sociale avvenga, più in generale nel rispetto dei canoni di correttezza.

⁶² In senso contrario si è espresso Trib. Napoli 6 giugno 2007, cit. secondo cui è da escludere che si tratti di un'eccezionale gestione d'affari processuale, con cui il socio agirebbe per tutelare un proprio interesse, invero, l'azione non è diretta a tutelare il socio da un pregiudizio al proprio credito.

⁶³ E' questa l'opinione di GIORDANO, *op. cit.*, 28 secondo cui è arduo negare che ai soci che rappresentino un decimo del capitale sociale sia attribuito un vero e proprio diritto di proseguire nell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori atteso che le decisioni assembleare possono essere inibite da tanti soci che rappresentino quella determinata quota. Nello stesso senso OPPO, *op. cit.*, 406 il quale sostiene che gli stessi soci che hanno assunto (cinque per cento) l'iniziativa giudiziale possono paralizzare qualunque intervento in altro senso della società e per essa dell'assemblea la quale viene espropriata della legittimazione a valutare la convenienza "sociale" dell'azione (che costituisce la *ratio* di tale previsione laddove la stessa viene legittimata alla rinuncia o alla transazione). L'A. continua sottolineando come "nel conflitto tra minoranza e maggioranza prevale, dunque, in tutto la ponderazione dell'interesse sociale da parte della prima, senza neanche la previsione di una composizione o un tentativo di composizione o almeno un confronto, delle diverse valutazioni".

volere della maggioranza sociale, la convenienza e l'opportunità del proseguimento dell'azione giudiziale e che non appartenga alla società⁶⁴.

Un ultimo argomento che potrebbe indurre a sostenere l'esistenza di una gestione d'affari altrui si rinviene nell'obbligo di rimborso delle spese al socio attore (sia pure solo in caso di accoglimento della domanda) al pari di quanto disposto dall'art. 2031 c.c. laddove prevede che l'interessato debba tenere indenne il gestore da tutte le spese assunte per suo conto.

Si ritiene che tali argomenti, francamente, appaiono davvero deboli per poter sostenere che si sia in presenza di una eccezionale gestione d'affari altrui di carattere processuale, a fronte di ragioni ben più pregnanti e di ordine sistematico, rappresentate per sostenere i diversi orientamenti.

Ad ogni buon conto, occorre ribadire come l'azione sociale di responsabilità ivi incluso il provvedimento di revoca cautelare dell'organo amministrativo, qualunque sia l'ipotesi interpretativa a cui si voglia aderire, costituisce espressione di quel potere di controllo più incisivo e pregnante che il legislatore ha fornito alla minoranza, e in particolare al socio, in modo da prevedere uno strumento di risoluzione dei conflitti interni alla società che rimane l'unica beneficiaria dell'azione, in quanto soggetto passivo dell'eventuale nocumento prodotto dagli amministratori infedeli, e destinataria degli effetti della sentenza di merito, come sarà meglio evidenziato nel corso del successivo capitolo.

⁶⁴ Sempre con riguardo all'azione di responsabilità proponibile ai sensi dell'art. 129 T.U.F., CAPRIGLIONE, *sub art. 129*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* a cura di Alpa-Capriglione, Padova, 1998, 1191 ritiene che il diritto di agire spetta unicamente al singolo socio componente la minoranza il quale, per mezzo dell'azione in esame, ha il diritto di pretendere una condotta corretta da parte degli amministratori. Di diverso avviso CAMPOBASSO, in *sub Art. 129*, in AA.VV., *Testo unico della Finanza D.lg. 24 febbraio 1998 n. 58. Commentario* a cura di Campobasso, Torino, 2002, 1072 secondo il quale l'azione riveste i caratteri della sostituzione processuale di carattere surrogatorio nonostante i soci non possano ritenersi dei creditori nel senso stretto del termine. Si adegua all'indirizzo maggioritario che ritiene l'azione della minoranza di cui all'art. 129 T.U.F. ipotesi di sostituzione processuale PICCIAU, *sub Art. 129*, in AA.VV., *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza, D. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 Commentario* a cura di Marchetti-Bianchi, Milano, 1998, spec. 1012.

CAPITOLO II

LA REVOCA CAUTELARE DEGLI AMMINISTRATORI DELLA S.R.L.

SOMMARIO: 1. Natura giuridica e funzione del provvedimento di revoca degli amministratori ex art. 2476 c.c., 3° comma, c.c.; 2. La tesi della strumentalità della revoca cautelare degli amministratori rispetto all'azione di responsabilità con carattere risarcitorio; 3. La revoca cautelare come misura strumentale all'azione di merito diretta ad ottenere la revoca definitiva degli amministratori; 3.1. (*Segue*): Rilievi critici; 4. Carattere conservativo o anticipatorio della revoca cautelare. Ultrattività della misura cautelare; 5. La questione dell'ammissibilità della istanza di revoca cautelare proposta *ante causam*; 6. Interpretazioni relative alla sussistenza di un ambito di operatività residuale per la tutela cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c.; 6.1. (*Segue*): ipotesi di ammissibilità della richiesta di revoca degli amministratori *ante causam* per mezzo del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., laddove la misura tipica, disciplinata dall'art. 2476 c.c., sia ammissibile solo incidentalmente al giudizio di merito; 6.2. (*Segue*): verifica dell'ammissibilità della tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. per ottenere provvedimenti diversi dalla revoca degli amministratori di carattere inibitorio o riguardanti l'esercizio di poteri gestionali.

1. Natura giuridica e funzione del provvedimento di revoca degli amministratori ex art. 2476 c.c., 3° comma, c.c.

La revoca degli amministratori, disciplinata dall'art. 2476 co. 3 c.c., viene esplicitamente definita dal legislatore come misura cautelare⁶⁵: un argomento letterale che non lascia adito ad altre diverse interpretazioni⁶⁶.

⁶⁵ E' quella che viene definita misura cautelare extravagante. Con tale definizione vengono indicate tutte quelle misure cautelari la cui disciplina normativa si rinviene nel codice civile o nelle leggi speciali e sottostanno per quanto applicabili alle norme del rito cautelare uniforme come espressamente dettato dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. Sulla classificazione delle diverse tipologie di misure cautelari extravaganti v. MONTESANO - ARIETA, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Torino, 1999, 366 ss.

⁶⁶ RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, in *Società*, 2008, 818 il quale evidenzia come secondo alcuni autori "i dubbi interpretativi sulla disposizione normativa oggetto di analisi cominciano sin dalla corretta qualificazione del provvedimento di revoca. Però l'A. ritiene in via assoluta come non possa essere messa in dubbio la natura cautelare dell'istituto *de quo*, fondando il proprio convincimento sul dato normativo di cui all'art. 12 disp. prel. c.c. che impone di non attribuire alle parole altro senso che non sia quello proprio delle parole secondo la loro connessione. Una diversa interpretazione alle parole potrebbe essere fornita solo laddove si evidenzi un errore del legislatore nella scrittura della suddetta norma, errore – così continua l'autore – che non può ravvisarsi nel caso di specie. Ad ogni buon conto viene sottolineata la posizione contraria di CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra 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, 274 il quale prospetta la natura sommaria non cautelare del provvedimento la cui efficacia resterà indifferente e non intaccata dal provvedimento finale di merito.

Del resto, l'art. 12 disp. prel. c.c., che detta le regole in tema di interpretazione della legge, impone di “non attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”, significato che, nel caso di specie, non si crede possa essere messo in dubbio né travisato a meno di non voler ritenere – e non lo si crede – che la qualificazione di “cautelare” attribuita al provvedimento *de quo*, in sede di scrittura della norma, sia stata frutto di una svista o di un errore del legislatore⁶⁷.

A ciò aggiungasi che il legislatore, memore delle diatribe che ha creato la corretta interpretazione dei provvedimenti provvisori emessi ai sensi dell'art. 2409 c.c.⁶⁸, assorbito secondo quanto si legge nella Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 6/2003 dalle misure promuovibili ai sensi dell'art. 2476 c.c., ha inteso espressamente definire il provvedimento in esame come cautelare così da non creare difficoltà nella fase applicativa ed interpretativa⁶⁹.

La qualificazione in tali termini comporta, evidentemente, che la tutela cautelare è autonoma nel senso di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale⁷⁰ e strumentale in quanto preordinata all'assicurazione degli effetti della successiva tutela del diritto realizzata attraverso l'esercizio del giudizio di cognizione ordinario.

E' vero, infatti, che non vi è misura cautelare che non sia strumentale ad una successiva azione di merito⁷¹ così come è altrettanto vero che la stessa potrà

⁶⁷ Sono di questa opinione COMASTRI-VALERINI, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 455 secondo i quali il termine “cautelare” utilizzato dal legislatore non sembra possa dare adito ad equivoci sulla corretta interpretazione del provvedimento in esame e della sua classificazione all'interno delle tutele sommarie cautelari.

⁶⁸ Nel senso di ritenere l'istituto di cui all'art. 2409 c.c. come idoneo ad avviare un procedimento con finalità cautelare v. CANDIAN, *La pretesa reclamabilità dell'ordine di ispezione ai sensi dell'art. 2409 cod. civ. nella giurisprudenza della Corte di Milano*, in *Temi Emiliana*, 1943, 27 e ID., *In margine all'art. 2409 cod. civ.*, in *Temi*, 1952, 97. Il problema era nato in quanto tra le tecniche di tutela contro la *mala gestio* degli amministratori veniva di fatto inserito anche l'istituto ex art. 2409 c.c. in quanto pur nella sua non esplicita struttura cautelare aveva il compito di neutralizzare il pregiudizio derivante all'attore dalla durata dell'eventuale instauranda azione di responsabilità. In merito v. PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 457 la quale afferma che è inevitabile, quando si parli di tutela urgente a proposito dell'attività gestoria, inserire nelle ipotesi di lavoro anche strumenti diversi da quelli in senso tecnico-processuale quale la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.

⁶⁹ Non hanno dubbi ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 267 sulla natura cautelare del provvedimento in esame che viene definita “misura cautelare tipica extravagante” laddove la tipicità riguarda il contenuto del provvedimento avendo la norma espressamente previsto che all'azione di merito risarcitoria sia collegata la tutela cautelare; dello stesso avviso COMASTRI -VALERINI, *op. cit.*, 454.

⁷⁰ Le espressioni sono di MONTESANO - ARIETA, *Diritto processuale civile*, cit., 209 ss.

⁷¹ Anche se è bene rammentare come, a seguito delle modifiche introdotte al codice di procedura civile dal D.L. n. 35/05 convertito nella legge n. 80/05, il legislatore ha introdotto nel nostro sistema processuale il principio di ultrattività delle misure cautelari con effetti anticipatori della

essere concessa solo in presenza dei due elementi caratteristici del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* che, nel caso di specie, sono rappresentati rispettivamente dalle “gravi irregolarità nella gestione della società”⁷² e dal pregiudizio che deriverebbe all’ente dalla permanenza in carica degli amministratori infedeli e dalla loro gestione degli affari sociali.

Il provvedimento di revoca, eventualmente adottato, sarà, dunque, connotato dalla necessaria sommarietà tipica della misura cautelare e sarà emesso solo a seguito di un’istruttoria sommaria sulla base degli elementi che saranno dedotti dal socio ricorrente, al fine di intervenire immediatamente a tutela dei diritti sociali minacciati dalle condotte infedeli degli amministratori interessati e dal permanere in carica dei medesimi che potrebbero così pregiudicare il patrimonio della società.

Parimenti il provvedimento, proprio in quanto sommario, sarà connotato dalla provvisorietà, nel senso che non potrà dare un assetto definitivo e stabile all’oggetto del contendere anche se sarà in grado di incidere, in virtù dell’esecutorietà immediata di cui è dotato, temporaneamente e momentaneamente nel rapporto tra amministratore e società, in attesa che venga definito il giudizio di merito.

Se dubbi non v’è ne sono con riguardo alla natura cautelare del provvedimento disciplinato dall’art. 2476 c.c., ben altri problemi interpretativi emergono dalla lettura del dettato legislativo ed, in particolare, con riguardo all’individuazione dell’oggetto dell’azione ordinaria a cui è preordinata la suddetta misura cautelare⁷³.

In linea teorica, infatti, la misura cautelare di revoca, in base ai principi di strumentalità, dovrebbe essere preordinata ad una conseguente azione di merito con *petitum* individuato nella revoca definitiva degli amministratori ma, il suo inserimento all’interno del comma che disciplina l’azione di responsabilità, ne farebbe un provvedimento cautelare strumentale unicamente a quest’ultima

sentenza di merito. E’ bene, specificare come un preludio a tale principio era stato già fornito nel rito societario, oggi abrogato, dall’art. 23.

⁷² Così nell’esatta dizione dell’art. 2476 c.c..

⁷³ Non solo l’equivocità della formulazione dell’art. 2476 comma 3 c.c. ma anche il collegamento e la struttura della cautela con il merito a cui essa è strumentale hanno alimentato le incertezze di dottrina e giurisprudenza, così LONGO, *Presupposti e strumentalità del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2007,1015 la quale ritiene lontana la soluzione che individui il reale *fumus boni iuris* sotteso alla misura cautelare ed anzi ritiene che proprio il collegamento all’interno del suddetto articolo contribuisca ad ingenerare confusione.

azione, configurando una misura cautelare decisamente tipica⁷⁴ laddove il socio agirebbe non per ottenere la revoca degli amministratori ma al fine di ottenere il risarcimento dei danni causati dai medesimi⁷⁵.

L'interpretazione della norma, come unicamente collegata all'azione di responsabilità, farebbe emergere la mancanza di strumentalità tra la domanda di merito ed il provvedimento, sia pure provvisorio, di rimozione dell'organo amministrativo⁷⁶, invero, con la misura cautelare si richiede l'allontanamento degli amministratori infedeli mentre con l'azione di merito si domanda il risarcimento dei danni⁷⁷.

Quanto appena assunto, per il vero, trova fondamento nella lettera della norma che sembrerebbe ricondurre il *fumus boni iuris*, necessario per concedere la misura cautelare, nei fatti che ritengono verosimile la sussistenza di gravi irregolarità nella gestione sociale mentre il diritto tutelando consisterebbe nella pretesa risarcitoria del socio: in siffatto modo, sembrerebbe palese la mancanza di

⁷⁴ BENATTI, *op. cit.*, 877 la quale precisa come la tipicità riguarda il contenuto della misura nonché gli stessi presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Secondo RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, cit., 819 ci si trova innanzi ad una misura cautelare del tutto atipica in quanto la misura cautelare è inserita nell'ambito di un giudizio ordinario di cognizione per azione di responsabilità con successivo risarcimento dei danni mentre, in base al requisito di strumentalità del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori, il socio avrebbe la facoltà di esperire il mezzo di tutela sommaria solo per ottenere una sentenza di merito definitiva di revoca dell'amministratore. Di parere contrario ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 270 che definiscono la misura cautelare come "strumento di tutela tipico"; nello stesso senso LONGO, *op. cit.*, 1016 secondo cui la misura cautelare in oggetto ha carattere tipico in quanto ne sono individuati i contenuti e, salvi alcuni aspetti, i presupposti.

⁷⁵ Secondo PRESTIPINO, *La tutela cautelare ex art. 2476, 3° comma, c.c. e il diritto del socio di chiedere la revoca giudiziale dell'amministratore di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 219, ad una prima lettura della norma potrebbe apparire quasi scontato che la revoca cautelare sia strumentale all'esercizio dell'azione di responsabilità.

⁷⁶ SALAFIA, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori delle società di capitali*, in *Società*, 2008, 164 il quale è interessato a sottolineare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in considerazione della natura strumentale dei provvedimenti cautelari, si ritiene non coerente la rimozione dell'amministratore dell'incarico, prima dell'instaurazione del giudizio, con il contenuto della domanda di risarcimento dei danni, tipica dell'azione di responsabilità che sarà successivamente proposta. Nello stesso senso MAINETTI, *Art. 2476*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004 il quale ha osservato la mancanza del nesso teleologico tra la richiesta cautelare e la domanda di risarcimento formulata nel merito a meno che non si voglia sostenere che il socio, per poter ottenere la revoca cautelare degli amministratori, dovrà introdurre anche la domanda di merito finalizzata ad ottenere la revoca giudiziale dei medesimi ma RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, cit., 819 interpretando restrittivamente la norma osserva come tale lettura non sia possibile in ossequio al principio *ubi lex voluit dixit*.

⁷⁷ Ancora RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, cit., 819 che, pur ammettendo la riconduzione della richiesta di revoca e quella di risarcimento dei danni nell'ambito dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, sottolinea ed evidenzia l'assoluta autonomia e le finalità differenti tra la misura cautelare che tende unicamente a sciogliere il rapporto della società con l'amministratore e l'azione di merito che mira alla ristorazione del patrimonio sociale illegittimamente defraudato dall'attività degli amministratori infedeli.

coordinamento tra la cautela e l'azione di merito, in violazione dei consolidati principi in materia di tutela cautelare che, da sempre, sanciscono che il *fumus boni iuris* non costituisce altro che un giudizio di verosimiglianza dell'esistenza del diritto tutelando nell'instaurato o instaurando giudizio di merito.

Solo laddove, con una lettura più pregnante della norma, il concetto di *fumus* racchiudesse un giudizio prognostico sull'esistenza di gravi irregolarità gestorie e anche di danni al patrimonio sociale si verrebbe a creare un nesso tra la tutela sommaria e giudizio di merito risarcitorio così soddisfacendo il principio di strumentalità necessaria per la domanda cautelare⁷⁸.

Per altro verso, la (quantomeno apparente) mancanza di coordinamento e disomogeneità tra l'azione di responsabilità e la misura cautelare potrebbe comportare la prospettazione di un'assoluta autonomia procedimentale tra di esse con la conseguenza che si potrebbe riconoscere al socio la facoltà di instaurare in via principale un giudizio ordinario di revoca degli amministratori, in cui attivare anche la misura cautelare, prescindendo dall'eventuale instaurazione dell'azione di risarcimento dei danni⁷⁹.

Quest'ultima interpretazione comporterebbe, quindi, che l'azione di responsabilità andrebbe ad articolarsi in due domande: “quella di accertamento dell'inadempienza e della sua imputabilità (in sintesi quella dell'accertamento della responsabilità) e quella, immediatamente successiva dell'applicazione delle sanzioni previste dalla legge”⁸⁰. Le sanzioni evidentemente consisterebbero nella condanna al risarcimento dei danni e nella rimozione dell'organo amministrativo a seguito dell'accertamento della gravità dell'inadempienza al rapporto obbligatorio contratto con la società.

In tal modo le due azioni avrebbero un *petitum* ed una *causa petendi* diversi, infatti l'azione ordinaria di revoca degli amministratori circoscriverebbe i fatti costitutivi della domanda alla deduzione degli atti di *mala gestio* di costoro limitandosi ad ipotizzare il potenziale danno mentre, nel caso di promozione dell'azione risarcitoria, l'attore è tenuto a dimostrare oltre alle gravi irregolarità,

⁷⁸ LONGO, *op. cit.*, 1016 ritiene che, attraverso una simile ricostruzione il sistema riacquisterebbe coerenza e si armonizzerebbe con i principi consolidati in tema di rapporto tra cautela e merito che sono rimasti immutati anche di fronte alla cd. strumentalità attenuata introdotta con la riforma del rito cautelare uniforme di cui alla legge n. 80/2005 di conversione del D.L. n. 35/2005.

⁷⁹ In definitiva, l'art. 2476, comma, 3 c.c. delineerebbe due azioni di merito esperibili entrambi dai soci della s.r.l. nei confronti degli amministratori infedeli.

⁸⁰ L'espressione è di SALAFIA, *L'azione di responsabilità*, 2008, 164 il quale non dubita del nesso di strumentalità della tutela cautelare con il successivo giudizio di merito di revoca laddove sia questo il contenuto da dare all'azione di responsabilità.

fonte di responsabilità, anche il danno effettivo pena il rigetto dell'azione⁸¹. L'attore, quindi, accedendo ad una lettura estensiva della norma, potrebbe, arbitrariamente delimitare la propria domanda giudiziale alla semplice revoca dell'organo amministrativo, avvalendosi se del caso anche della misura cautelare indicata nell'art. 2476, comma 3, c.c., ovvero estenderla anche alla condanna al risarcimento dei danni subiti.

Questa disomogeneità tra il provvedimento di revoca dell'organo amministrativo e giudizio di merito ha, peraltro, portato a dubitare della natura cautelare della misura provvisoria intravedendovi piuttosto un provvedimento di natura sommaria al quale sarebbero applicabili le norme del rito cautelare uniforme, ad eccezione degli artt. 669 *octies* e *nonies* c.p.c., in quanto la misura della rimozione avrebbe un carattere non cautelare nel senso stretto del termine ma funzionalmente cautelare nel senso che esplicherebbe solo una funzione preventiva volta ad evitare ulteriori gravi irregolarità di gestione e l'aggravamento dei danni già verificatisi⁸².

Alla luce di quanto detto, appaiono del tutto evidenti le difficoltà che incontrerà l'interprete nell'esegesi dell'art. 2476 c.c. il quale, così come strutturato, lascia numerosi aperti ed irrisolti numerosi dubbi interpretativi come si vedrà nel seguito della trattazione.

2. La tesi della strumentalità della revoca cautelare degli amministratori rispetto all'azione di responsabilità con carattere risarcitorio.

Il combinato disposto dal comma primo e terzo dell'art. 2476 c.c. sembra configurare un legame tipico tra tutela cautelare ed il giudizio di merito diretto ad accertare la responsabilità degli amministratori⁸³, anche se occorre precisare che il

⁸¹ In tal senso anche TEDIOLI, *op. cit.*, 2008, 2, 135 da atto dell'esistenza di un orientamento dottrinale e giurisprudenziale secondo cui l'azione sociale di responsabilità sarebbe prevista dal comma 1 dell'art. 2476 c.c. mentre l'azione di revoca verrebbe disciplinata dal comma 3 del medesimo articolo. Al fine di esperire l'azione di responsabilità propriamente detta, sarebbe richiesta la responsabilità degli amministratori e la causazione di un danno al patrimonio sociale di cui si chiede il ristoro mentre l'azione di revoca presupporrebbe il compimento da parte dell'organo amministrativo irregolarità di gestione anche non produttive di un effettivo danno.

⁸² Così CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo*, cit., 274.

⁸³ E' questa l'opinione di CARDARELLI, *Revoca dell'amministratore unico di s.r.l. ex art. 700 c.p.c.*, in *Società*, 2006, 1409; TEDIOLI, *op. cit.*, 136 secondo cui una diversa interpretazione dell'art. 2476 c.c. estenderebbe oltre modo il disposto dell'articolo citato; DE ANGELIS, *L'azione cautelare di revoca ex art. 2476 c.c., comma 3, c.c. alla luce della disciplina cautelare del nuovo rito societario*, in *Giust. civ.*, 2005, 11, 2857 secondo cui il carattere di strumentalità va inteso nel senso che la sua funzione sia quella di tutelare l'azione di responsabilità, evitando l'aggravarsi dei danni nelle more del giudizio; LONGO, *op. cit.*, 1016 secondo cui la misura cautelare sotto il

nesso di strumentalità che lega la misura sommaria al giudizio di cognizione non va inteso in senso stretto in quanto, a fronte di un'azione diretta alla rimozione in via cautelare dell'organo amministrativo, corrisponde un'azione cognitiva di risarcimento dei danni⁸⁴: questo particolare nesso strumentale ha destato più di una qualche perplessità con riguardo alla mancanza di un collegamento teleologico tra la misura cautelare e l'azione di merito.

A ben vedere, però, nulla osta ad un possibile nesso di strumentalità tra l'azione cautelare di revoca e l'azione sociale di responsabilità, infatti – viene osservato – come sia stata rigettata l'eccezione di incostituzionalità con riferimento all'art. 2476, comma 3, c.c. nella parte in cui prevede la misura cautelare di revoca come strumentale ad un giudizio risarcitorio sulla circostanza secondo cui il legislatore può articolare la misura cautelare nel modo più ritenuto opportuno, al fine di assicurare una più incisiva e larga tutela del diritto soggettivo tutelando⁸⁵. Tale considerazione comporta che la singolare forma di tutela cautelare si giustificherebbe, per via della prospettiva essenzialmente privatistica del controllo sull'amministrazione della società a responsabilità limitata, con funzione di arrestare il verificarsi di ulteriori condotte dannose rispetto a quelle che costituiscono oggetto dell'azione di responsabilità e del consequenziale risarcimento del danno⁸⁶.

Alla luce di quanto sopra il nesso di strumentalità tra l'azione risarcitoria e la revoca cautelare degli amministratori sembrerebbe suffragato dalla collocazione topografica della facoltà⁸⁷, attribuita al socio, di richiedere la misura cautelare all'interno del medesimo comma disciplinante l'azione di

profilo del *fumus boni iuris* è costruita come strumentale all'azione di responsabilità che può essere promossa da ciascun socio al fine di ottenere la reintegrazione del patrimonio sociale.

⁸⁴ In questo senso PEDRELLI, *Questioni processuali in tema di azione ex art. 2476 c.c.*, in *Giur. it.*, 2005, 1473.

⁸⁵ Così DE ANGELIS, *op. cit.*, 2857 la quale ritiene di non capire perché negare il nesso di strumentalità tra l'azione cautelare di revoca e l'azione sociale di responsabilità, non essendoci alcuna regola limitativa dell'ammissibilità della tutela cautelare rispetto all'azione di merito. L'A., in nota, richiama anche i precedenti della Corte costituzionale che avallano tale opinione ed, in particolare, Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 253, in *Giust. civ.*, 1995, 659; Corte Cost. 23 maggio 1995 n. 190, in *Giur. cost.*, 1995, 1493; Corte Cost. 16 luglio 1996 n. 249, in *Giust. civ.*, 1997, I, 33.

⁸⁶ E' l'opinione di MAINETTI, *Il controllo dei soci*, cit., 2003, 944 il quale evidenzia la funzione cautelare della revoca degli amministratori che impedirebbe l'ulteriore condotta dannosa da parte degli stessi.

⁸⁷ La collocazione topografica della misura cautelare potrebbe far pensare che essa sia strumentale all'azione sociale di responsabilità e di condanna del danno subito così DALMOTTO, *Il controllo giudiziario delle società* (art. 2409 c.c.), in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 1281 ss. Di questa opinione anche COMASTRI – VALERINI, *op. cit.*, 459 per i quali la previsione nel medesimo comma induce a ritenere che il legislatore abbia inteso fondare il nesso di strumentalità della tutela cautelare con l'azione di responsabilità.

responsabilità⁸⁸, propriamente intesa come giudizio di accertamento delle responsabilità degli amministratori e contestuale risarcimento dei danni provocati dagli atti di *mala gestio*⁸⁹.

In tal modo il legislatore avrebbe creato un collegamento indissolubile e strumentale tra la tutela cautelare di rimozione dell'organo amministrativo e di merito risarcitoria⁹⁰.

Un'altra motivazione a favore di questa ipotesi interpretativa, andrebbe a rinvenirsi nel dato letterale e, in particolare, nella presenza dell'avverbio "altresì", contenuto nel comma 3 dell'art. 2476 c.c., che sottolineerebbe un legame "strutturale e funzionale tra revoca ed azione risarcitoria" e un collegamento "fra le due iniziative giudiziali nel senso che la richiesta di revoca viene ad aggiungersi, in via d'urgenza, al giudizio di cognizione, contestualmente o in

⁸⁸ In tal senso PRESTIPINO, *op. cit.*, 219 il quale ritiene che, essendo facoltà del socio di richiedere la misura cautelare disciplinata all'interno del medesimo comma in cui è prevista l'azione di responsabilità, il legislatore abbia voluto espressamente collegare le due iniziative giudiziarie tra loro. Ciò anche in considerazione del fatto che l'unica azione di merito, letteralmente ivi prevista, è unicamente quella di responsabilità per risarcimento dei danni. In giurisprudenza v. Trib. Vercelli 28 settembre 2005, in *Guida al dir.*, 42, 58 ss con nota di DE MATTEIS e in *Società*, 2006, 886 con nota di PICARONI secondo cui la domanda cautelare di revoca degli amministratori, presupponendo l'instaurazione del giudizio risarcitorio, si inserisce nel medesimo con funzione strumentale - conservativa.

⁸⁹ In questo senso anche COMASTRI-VALERINI, *op. cit.*, 456 i quali ritengono che questa sia la soluzione corretta in quanto, diversamente argomentando, si dovrebbe ritenere ammissibile un'azione di revoca ordinaria che non sembra possibile configurarsi sul piano dei principi generali e per le ricadute che avrebbe "sul sistema societario nazionale". In giurisprudenza nel senso dell'esperibilità della revoca cautelare esclusivamente nell'ambito di una promossa azione di responsabilità: Trib. Roma 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, 1, 307 ss.; Trib. Ravenna 3 febbraio 2006 e Trib. Agrigento 15 febbraio 2006, in *Società*, 2007, 1009 con nota di LONGO; Trib. Genova 6 settembre 2005, in *Società*, 2007, 78 con nota di MALAVASI; Trib. Milano 27 aprile 2005, in *Corr. merito*, 2005, 883; Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 58; Trib. 9 marzo 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006; Trib. Marsala 15 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2007, 430 con nota di MANZO; Trib. Brescia 8 marzo 2005, in *Società*, 2005, 1254 ss. con nota di FANTI; Trib. Parma 25 ottobre 2004, *ivi*, 2004, 758 ss., con nota di MALAVASI; Trib. Catania 14 ottobre 2004, in *Dir. fall.*, 2005, II, 277 ss. con nota di PENTA; Trib. Roma 5 marzo 2004, cit., 263 ss.; Trib. S.M. Capua Vetere, 20 luglio 2004, *ivi*, 2004, 1545 ss.; Trib. Roma 31 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2005, 263 ss. con nota di PEDRELLI.

⁹⁰ V. RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, cit., 819 il quale preferisce tale tesi anche prendendo a riferimento l'art. 2393 comma 4 c.c., dove il legislatore ha esplicitamente inteso collegare la revoca degli amministratori all'azione di responsabilità. Nello stesso ordine di idee PEDRELLI, *Questioni processuali*, cit., 1473 secondo cui l'ammissibilità della tutela cautelare, di cui all'art. 2476 c.c., pone come dato imprescindibile la sua strumentalità rispetto all'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore; BENATTI, *op. cit.*, 879 la quale afferma la strumentalità e provvisorietà della misura cautelare rispetto all'azione di merito di accertamento della responsabilità degli amministratori e di condanna al risarcimento dei danni dai medesimi provocati, precisando che occorre però interrogarsi sull'effettiva cautelarietà processuale del provvedimento di revoca nel contesto di un'azione di merito risarcitoria. In giurisprudenza v. Trib. Marsala 15 marzo 2005, *Giur. it.*, 2005, 1468 con nota di PEDRELLI secondo cui l'istanza di revoca formulata in sede cautelare ex art. 2476, 3° comma, c.c. può essere concessa solo qualora sia strumentalmente collegata all'instaurata azione di responsabilità da parte del socio ai sensi del comma 1° del medesimo articolo e non anche in vista di un'azione risarcitoria di carattere personale.

precedenza instaurato”⁹¹: la revoca dell'amministratore per gravi irregolarità e l'azione di responsabilità nei suoi confronti, dunque, costituirebbero due aspetti dello stesso diritto della società di essere amministrata secondo le regole di correttezza laddove la misura cautelare “non avrebbe né finalità anticipatorie né conservative ma offrirebbe uno specifico mezzo di tutela del patrimonio sociale idoneo ad evitare ulteriori attività dannose degli amministratori”⁹².

Avvalora il dato letterale anche la Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 6/2003, la quale prevede espressamente “il potere di ciascun socio di promuovere l'azione di responsabilità e di chiedere” contestualmente “con essa la provvisoria revoca dell'amministratore in caso di gravi irregolarità”⁹³.

A voler ragionare diversamente sulla natura strumentale e conservativa dell'istanza di revoca rispetto all'azione sociale di responsabilità, significherebbe - secondo questa interpretazione - che il provvedimento cautelare emesso debba rimanere fine a se stesso, atteso che il disposto dell'art. 2476 c.c. fa espressa menzione solamente di un'azione di responsabilità volta al risarcimento dei danni subiti dalla società e non di una altra e diversa azione di merito quale, ad esempio, quella di revoca degli amministratori infedeli⁹⁴.

Un ulteriore argomento a favore di questa tesi ma di carattere sistematico, si rinverrebbe nella mancata coincidenza di *petita* tra domanda di revoca cautelare e domanda di merito di carattere risarcitorio il che impedirebbe di configurare la

⁹¹ L'espressione è di RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, cit., 819.

⁹² In tal senso si è espresso Trib. Genova 6 settembre 2005, cit., 78 secondo cui “La inscindibilità della richiesta cautelare di revoca dell'amministratore rispetto all'azione di responsabilità nei suoi confronti trova fra l'altro, uno specifico riscontro nella dizione letterale della norma, in forza del quale il socio può promuovere la azione di responsabilità contro gli amministratori e può altresì chiedere che sia adottato provvedimento cautelare di revoca (...)”. Ci sembra che quanto affermato dal tribunale sia piuttosto contraddittorio quantomeno con riferimento all'affermazione secondo cui la misura cautelare non abbia finalità conservative laddove poi viene sostenuta la sua funzione di tutela del patrimonio sociale nelle more dello svolgimento del giudizio per l'accertamento della responsabilità; v. anche Trib. Roma 22 maggio 2007, cit., 307 che afferma la strumentalità della revoca cautelare con l'azione di responsabilità; Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1222 ss., con nota redazionale, con cui il tribunale partenopeo ha rigettato la domanda di revoca definitiva, ritenendola esperibile solo in via cautelare e con effetti limitati al tempo necessario per accertare la responsabilità degli amministratori e per condannarli al risarcimento del danno.

⁹³ In tal senso si esprime la Relazione al D. Lgs. n. 6 del 2003, § 11, in *La riforma della società. Appendice*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 167. In giurisprudenza v. Trib. Agrigento 15 febbraio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, 4, 910 con nota di CAGNASSO; Trib. Brescia 8 marzo 2005, cit., 1254.

⁹⁴ E' di questa opinione Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 886. Cfr. COMASTRI – VALERINI i quali ritengono che la previsione di un'azione di revoca nel merito mal si concilia con i principi di fondo della riforma societaria che ha preferito favorire gli interessi dei soci mediante il risarcimento per equivalente rispetto ad una tutela reale o in forma specifica; sull'argomento gli A. richiamano DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 431 ss.

tutela sommaria in termini anticipatori di una decisione di merito di revoca definitiva e ne confermerebbe la funzione conservativa, nel senso di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale "in relazione al diritto a contenuto patrimoniale fatto valere nel giudizio risarcitorio"⁹⁵.

E' del tutto evidente che, laddove si ritenga la revoca cautelare legata strumentalmente all'azione risarcitoria, sarà necessario che il danno al patrimonio sociale sia attuale, non essendo sufficiente il semplice compimento delle gravi irregolarità gestorie che, per quanto rilevanti, non abbiano ancora prodotto un danno risarcibile⁹⁶ in quanto verrebbe a mancare il presupposto per l'azione di responsabilità e la correlata tutela sommaria.

Per quanto sopra, il dato letterale, unitamente a quello sistematico, vincolerebbe la revoca cautelare unicamente all'azione di responsabilità e, quindi, al diritto di credito oggetto del risarcimento del danno, con la conseguenza che la tutela cautelare svolgerebbe una funzione conservativa⁹⁷, come meglio si vedrà in seguito, in vista di un aggravamento del pregiudizio patrimoniale subito dalla società⁹⁸.

3. La revoca cautelare come misura strumentale all'azione di merito diretta ad ottenere la revoca definitiva degli amministratori.

⁹⁵ Così si è espresso Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 887. Nel senso che la diversità di effetti tra provvedimento cautelare e sentenza di merito non esclude che la revoca cautelare degli amministratori assicuri l'effettività della tutela giurisdizionale in relazione al diritto a contenuto patrimoniale fatto valere nel giudizio risarcitorio v. Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, in *Società*, 2004, 1545 con nota di MALAVASI ed in *Foro it.*, rep. 2004, n. 1011. In dottrina CARDARELLI, *op. cit.*, 1410 ritiene come questa disomogeneità tra domanda di merito e cautelare suggerisce una diversa lettura del rapporto tra le due azioni più vicina alle esigenze specifiche di tutela dell'esercizio dell'attività economica di una società che ha subito un danno dal comportamento dell'amministratore infedele. L'A. sostiene che, così legiferando, il legislatore abbia voluto offrire ai soci uno strumento di tutela d'urgenza idoneo a tutelare la società da gravi irregolarità idonee ad intaccare il patrimonio sociale; mentre FANTI, *Proponibilità ante causam dell'azione di revoca degli amministratori di s.r.l.*, 2005, in *Società*, 1257; PASQUARIELLO, sub art. 2476, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 1982, 1985 e RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella nuova s.r.l.*, cit., 1087 ritengono che la diversità di *petita* comporta che la tutela cautelare si configuri come decisamente atipica in quanto non sarebbe idonea ad assicurare gli effetti della sentenza di condanna del merito, perdendo quel carattere di strumentalità proprio della misura cautelare.

⁹⁶ In questo senso MANZO, *Note in tema di revoca in via cautelare degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 447 che fa rinvio alla dottrina che concorda sulla necessità dell'esistenza di un danno attuale; PENTA, *Controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata e surrogabilità delle tutele: la Corte Costituzionale si pronuncia*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 435; DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006, 212 ss.

⁹⁷ Nel senso di attribuire carattere conservativo alla misura cautelare anche MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo processo societario*, in *Corriere Giur.*, 2004, 1250 il quale evidenzia la difficoltà di ricostruire il nesso teleologico tra misura cautelare e giudizio ordinario.

⁹⁸ In tal senso si è espresso Trib. S. M. Capua Vetere, 20 luglio 2004, cit..

Come anzidetto, una lettura estensiva del comma 3 dell'art. 2476 c.c. porterebbe ad ammettere l'esistenza di un'azione di merito di revoca degli amministratori del tutto indipendente ed autonoma dall'azione risarcitoria: tale interpretazione, pur forzando il dato letterale, risulta supportata anche da argomenti di carattere sistematico⁹⁹.

Una prima motivazione, che si fonda sull'argomento letterale, fa espresso riferimento all'avverbio "altresi"¹⁰⁰ il quale andrebbe inteso in senso attributivo di un'ulteriore facoltà al socio: a quest'ultimo, pertanto, verrebbe concessa la facoltà di promuovere l'azione di risarcimento, cumulativamente o disgiuntamente, all'azione di revoca nel merito, senza che si possano legare forzosamente le due azioni¹⁰¹ le quali presentano una *causa petendi* ed un *petitum* del tutto autonomi e diversi¹⁰².

⁹⁹ In giurisprudenza favorevoli alla sussistenza di un'azione di revoca definitiva v. Corte Cost. 29 dicembre 2005, n. 481, cit. 451 ss. con nota di SENINI; in *Giur. it.*, 2006, 2077 ss.; in *Giur. comm.*, 2006, II, 798 ss. con nota di RIMINI e TINTISONA; Trib. Lucca 13 settembre 2007, in *Giur. comm.*, 2009, II, 216 ss. con nota di PRESTIPINO il quale sostiene che, pur inserita in contesto riferibile alla sola azione di responsabilità, il provvedimento cautelare non può essere considerato in modo avulso da un'interpretazione logico-sistematica; Trib. Salerno 4 luglio 2006, in *Corr. giur.*, 2007, 703; Trib. S.M. Capua Vetere, 15 novembre 2004, cit., 477 ss. con nota di SANDULLI. In dottrina TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum GIANFRANCO CAMPOBASSO*, diretto da ABBADESSA PORTALE, Torino, 2006, 655.

¹⁰⁰ Cfr. LONGO, *Presupposti e strumentalità del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2007, 1018 secondo cui "in questa diversa chiave di lettura l'avverbio "altresi" indicherebbe la possibilità dell'esercizio di una diversa ed ulteriore azione, ossia quella di revoca meramente anticipata del provvedimento cautelare, con autonomia di *petitum* e *causa petendi*, coltivabile anche autonomamente rispetto all'azione di responsabilità". Nello stesso senso M. SANDULLI, *op. cit.*, 485 il quale ritiene che la formulazione del testo dell'articolo 2476 sia "ingannevole" in quanto l'avverbio "altresi" sembrerebbe far rientrare l'azione di revoca cautelare necessariamente nell'ambito dell'azione di responsabilità mentre, al contrario, sarebbe espressione della facoltà per il socio di una diversa ed ulteriore azione coltivabile anche fuori dell'esercizio dell'azione di responsabilità. Ancora l'autore, fornendo una diversa ipotesi interpretativa, sostiene che il comma 3 dell'art. 2476 c.c. preveda due azioni diverse, collegate al comma 1 e comma 2 del medesimo articolo, ed in particolare, l'azione di responsabilità collegata alla fattispecie di cui al comma 1 che suppone l'esistenza di danni già prodotti, e l'azione di revoca proposta in via cautelare (ma funzionale all'autonoma decisione di merito della revoca degli amministratori) quale conseguenza derivante dall'esercizio di controllo sulla documentazione amministrativa e sui libri contabili disciplinata dal comma 2 del medesimo articolo; anche COMPAGNUCCI, *op. cit.*, 179 la cui opinione viene riportata anche da MANZO, *Note in tema di revoca in via cautelare degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 439 secondo cui la previsione dell'art. 2476 comma 3 c.c. sembrerebbe attribuire al socio il potere di chiedere un'azione di merito di revoca degli amministratori in aggiunta all'azione di responsabilità. In giurisprudenza v. Trib. Napoli 22 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2007, 704 il quale, afferma come l'avverbio "altresi" va letto come attributivo al socio di un ulteriore diritto, quale quello di domandare la revoca dell'amministratore, che si aggiunge a quello di agire in via risarcitoria, ove ne ricorrano i presupposti.

¹⁰¹ In tal senso anche WEIGMANN, *La revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle Società - Liber amicorum GIANFRANCO CAMPOBASSO*, diretto da Abbadessa Portale, Torino, 2007, 545 il quale sostiene che il socio ha la facoltà di affiancare le due domande così come può instare solo per il risarcimento dei danni senza domandare la revoca e viceversa. Anzi l'autore, riprendendo il pensiero di PARRELLA,

Ancora un'argomentazione che supporta l'esistenza dell'azione di merito di rimozione dell'organo amministrativo viene desunta dalla circostanza secondo cui la domanda di revoca cautelare è "ontologicamente strumentale alla revoca definitiva nel merito"¹⁰³ in considerazione dei principi generali espressione della tutela cautelare, mentre ben altre misure sono idonee a tutelare la società in presenza di un giudizio risarcitorio (valga per tutte la misura del sequestro conservativo¹⁰⁴ che garantirebbe, in caso di esito vittorioso, la società dalla sottrazione fraudolenta di beni da parte dell'amministratore in causa).

L'amministrazione, in *Il nuovo diritto societario* a cura di Ambrosini, I, Torino, 2005, 443 ritiene che la domanda di cessazione dall'ufficio potrebbe non necessariamente fondarsi sulle gravi irregolarità ma anche in gravi fatti incolpevoli quali la lunga malattia o l'assenza. In giurisprudenza Trib. Lucca 13 settembre 2007, cit., 216 che ha condiviso l'opinione di coloro che, a dispetto della connotazione letterale, ritengono ammissibile la facoltà per il socio di esercitare (cumulativamente o alternativamente al giudizio risarcitorio) l'azione di revoca di merito degli amministratori per giusta causa, simmetricamente a quanto stabilito in tema di società di persone. Deve essere evidenziato come il tribunale toscano ritenga la domanda cautelare, comunque, strumentale sia all'azione di responsabilità che di revoca dell'amministratore, lasciando alla parte istante la prospettazione a quale delle due azioni voglia riferire la tutela sommaria; Trib. Salerno 4 luglio 2006, cit., 703 ritiene che l'art. 2476 c.c. contenga la previsione di due distinte azioni esperibili rispettivamente di responsabilità e di revoca le quali non coincidono né devono essere proposte cumulativamente richiedendo la prima il verificarsi di un danno alla società e la seconda le irregolarità di gestione anche non produttive di danno.

¹⁰² Anche COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l. secondo il nuovo art. 2476*, in AA. VV., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di SANTORO, Milano, 2003, 179 ritiene che "(...) il legislatore, nello stabilire la possibilità di chiedere la revoca in via cautelare dell'amministratore, abbia previsto la proponibilità – in sede di giurisdizione contenziosa – e da parte di ciascun socio – della domanda di revoca dell'amministratore per il compimento di gravi irregolarità nella gestione, domanda questa da ritenersi fondata su presupposti non identici a quella di natura risarcitoria e quindi ammissibile anche in assenza di un giudizio di responsabilità per danni ovvero separatamente da questo".

¹⁰³ In questo modo si è espresso Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 novembre 2004, in *Giust. civ.*, 2005, 2840 secondo cui l'azione cautelare non può essere considerata ontologicamente strumentale al proficuo esercizio dell'azione di responsabilità in quanto quest'azione è tesa ad ottenere la condanna dell'amministratore e, quindi, alla soddisfazione per equivalente pecuniario del diritto di credito al risarcimento dei danni subiti dalla società. Il tribunale campano, peraltro, ritiene esperibili dal socio, strumentalmente all'azione di responsabilità nel senso proprio del termine, i rimedi cautelari del sequestro conservativo, in caso di timore di dispersione della garanzia patrimoniale o della procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c. per sospendere l'amministratore dalla carica o dalla delega conferitagli.

¹⁰⁴ In questo senso 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*, in *Società*, 2007, 708 la quale evidenzia come l'ordinanza del Tribunale Salerno 4 luglio 2006, *ibidem*, 703 abbia precisato che l'azione risarcitoria, contemplata dal comma 1 dell'art. 2476 c.c., ha come presupposto il danno causato alla società dall'amministratore per violazione dei propri doveri e che l'azione cautelare strumentalmente collegata a questa domanda può essere solo il sequestro conservativo e non la revoca cautelare che invece è legata alla revoca definitiva. Cfr. GAETA, *La revoca ex art. 2259 c.c. degli amministratori della nuova s.r.l.*, in *Giur. merito*, 2008, 3188 s.s. la quale condivide l'impostazione fornita dal Tribunale di Lucca 13 settembre 2007, cit., 216 secondo cui l'azione di revoca prevista dal nuovo art. 2476 comma 3 c.c. non può essere sempre strumentale all'azione sociale di responsabilità che – quale azione diretta ad una condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo risarcitorio – trova una adeguata tutela cautelare negli strumenti tipici tesi alla conservazione del patrimonio del debitore, tra i quali si annovera evidentemente il sequestro conservativo.

Per tali motivi, l'azione cautelare di revoca¹⁰⁵ anticipata dell'amministratore, in tal caso, si configurerebbe come una misura tipica idonea a garantire l'azione di merito "implicitamente ma inequivocamente sottostante alla previsione normativa della corrispondente domanda cautelare"¹⁰⁶ finalizzata ad ottenere una pronuncia di carattere costitutivo di risoluzione del contratto di mandato tra la società ed amministratore per i gravi inadempimenti (dolosi o colposi) compiuti da quest'ultimo, in violazione dei doveri imposti dalla legge o dall'atto costitutivo.

Altra motivazione che avvalorerebbe la sussistenza dell'azione di merito può rinvenirsi nel destino della misura cautelare la cui conclusione naturale consisterebbe nell'assorbimento nella sentenza definitiva di revoca dell'amministratore¹⁰⁷ ove ammissibile, mentre tale epilogo dovrebbe ovviamente negarsi ove si affermi il nesso di strumentalità della tutela sommaria con il giudizio avente ad oggetto il risarcimento dei danni per via dell'incompatibilità assoluta dei due *petita* di merito e cautelare¹⁰⁸.

L'esistenza dell'azione ordinaria di revoca degli amministratori si ricaverebbe, inoltre, dall'applicazione analogica, alle società a responsabilità limitata, dell'art. 2259 comma 3 c.c.¹⁰⁹ che prevede la facoltà per il socio della società di persone di richiedere la revoca giudiziale degli amministratori per giusta causa, azione di merito tutelabile anche in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

¹⁰⁵ Il *fumus boni iuris* della cautela così configurata non necessita il verosimile verificarsi di un danno ma solo la sussistenza in via sommaria delle gravi irregolarità gestorie che rendono verosimile il diritto di revoca degli amministratori per giusta causa così LONGO, *op. cit.*, 1018. Cfr. anche SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 220.

¹⁰⁶ Così Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 2840.

¹⁰⁷ Cfr. PICARONI, *Irregolarità di gestione e tutela del socio nella s.r.l.: la revoca cautelare degli amministratori*, in *Società*, 2006, 889 è dell'opinione che, in tutti i casi, in cui il tribunale non si sia pronunciato direttamente per mancanza della domanda di revoca nel merito o indirettamente omettendo, nell'ambito del giudizio risarcitorio, di escludere l'esistenza di gravi irregolarità gestorie, il provvedimento che ha disposto la revoca cautelare mantiene la sua efficacia, salva in ogni caso la possibilità per l'amministratore rimosso di promuovere un giudizio di accertamento negativo.

¹⁰⁸ Di contrario avviso ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 271 i quali sostengono che l'operare del principio di strumentalità tra cautela e merito, comporterebbe che la misura cautelare venga assorbita dalla sentenza di accertamento delle responsabilità ed eventuale condanna, con il risultato paradossale, "in linea teorica" della reviviscenza dei poteri gestori degli amministratori. Secondo gli autori, però, quello appena menzionato appare come un falso problema in quanto i soci della s.r.l., in mancanza della possibilità di nomina di un amministratore giudiziario, procederanno sicuramente al rinnovo delle cariche sociali con la conseguenza che il nuovo organo amministrativo sarà incompatibile con la riviviscenza dei poteri dei vecchi amministratori.

¹⁰⁹ E' di questa opinione PARRELLA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2005, 442 il quale, sia pure con qualche dubbio, si ritiene favorevole all'applicazione analogica dell'art. 2259 comma 3 c.c. alle società a responsabilità limitata.

Ed allora, atteso che la s.r.l. è stata assimilata per alcuni versi alla società di persone, non vi sarebbero ostacoli, per il socio di tale tipologia societaria, a riconoscere il diritto di ottenere un provvedimento giudiziale a cognizione piena sull'esistenza dei presupposti della revoca, “specie nel caso in cui non difettino i requisiti di urgenza e irreparabilità del pregiudizio, connessi alle gravi irregolarità”¹¹⁰, non potendosi negare che questi comportamenti rientrino nella nozione di giusta causa¹¹¹.

E parrebbe davvero singolare che solo nella società a responsabilità limitata non si possa conseguire un simile risultato, se non indirettamente attraverso l'esercizio dell'azione di responsabilità¹¹².

Un'ulteriore argomentazione a favore della sussistenza di un'azione ordinaria di revoca si rinviene nel mancato richiamo, nella disciplina delle s.r.l., all'istituto del controllo giudiziario sulla gestione, previsto dall'art. 2409 c.c. per le società per azioni e richiamato dall'art. 2545 *quinquiesdecies* per le società cooperative.

¹¹⁰ L'espressione è di GAETA, *op. cit.*, 3193 secondo cui il potere di revoca dell'amministratore costituirebbe “un utile correttivo” all'istituto dell'amministrazione disgiuntiva, introdotto dalla riforma societaria dell'anno 2003, rendendo in tal modo più pregnante e concreto il controllo sugli atti sociali del socio esterno all'amministrazione, favorendo quella privatizzazione che è alla base della *ratio* della disciplina riformatrice.

¹¹¹ La commissione di gravi irregolarità gestorie solo potenzialmente dannose rientra sicuramente nella nozione di giusta causa così PRESTIPINO, *op. cit.*, 226 nel senso che la prima è ricompresa nella seconda in un rapporto di genere a specie. L'A. specifica come nella nozione di giusta causa siano ricomprese non solo le condotte poste in essere dagli amministratori in violazione dei loro doveri ma anche ogni altro evento “che renda impossibile l'assolvimento dei compiti che l'amministrazione comporta”. In giurisprudenza sulla giusta causa di revoca v. Cass. civ. 12 settembre 2008, n. 23557, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 9, 1350 secondo cui la giusta causa di revoca può consistere in fatti soggettivi o oggettivi sopravvenuti ed idonei ad influire negativamente sulla prosecuzione del rapporto fiduciario; Trib. Bari 15 maggio 2007, in *Giurisprudenza barese.it*, 2007 che ha ritenuto motivi di revoca per giusta causa tutti i comportamenti che compromettono l'esistenza dell'impresa ed il funzionamento della stessa unitamente alle condotte che violano gli obblighi di legge e correttezza nell'amministrazione della società; Trib. Napoli 22 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2002, 6 secondo cui la giusta causa di cui all'art. 2259, comma 3, c.c. si concretizza in qualsiasi evento che renda improseguibile l'attività dell'amministratore che è venuto meno ai propri doveri; Trib. Vallo Lucania 14 ottobre 1996, in *Arch. civ.*, 1997, 407 con motivazione identica a quella di Trib. Bari 15 maggio 2007, cit.

¹¹² A tale conclusione perviene RODORF, *La revoca cautelare*, cit., 19 il quale sottolinea come anche nelle società di persone si possa richiedere la revoca per giusta di un amministratore, a prescindere dall'azione di danno ai sensi dell'art. 2259 comma 3. L'applicazione analogica dell'art. 2259 comma 3 c.c. - secondo l'autore - è l'unico modo per restituire coerenza all'art. 2476 c.c. che “altrimenti risulterebbe singolarmente sfasata” per via della divaricazione tra la domanda cautelare e la successiva azione di merito. V. anche PRESTIPINO, *op. cit.*, 226 il quale sottolinea come, negando l'azione di revoca di merito nelle società a responsabilità limitata, significherebbe affermare una grave disparità con le altre tipologie sociali che dispongono di tale mezzo di tutela giurisdizionale in presenza di una gestione gravemente irregolare e solo potenzialmente dannosa per la società. L'A., quindi, porta l'esempio delle società azionarie (s.p.a. e s.a.p.a.) dove è previsto il rimedio ex art. 2409 c.c. che, per via del richiamo dell'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c., è applicabile anche alle società cooperative e delle società di persone laddove l'art. 2259 comma 3 c.c. attribuisce al singolo socio il potere di revoca dell'amministratore per giusta causa.

Com'è noto, l'art. 2409 c.c., rubricato “Denuncia al tribunale”, consente ad una minoranza di soci di chiedere al tribunale un proprio intervento al fine di valutare la legittimità dell'operato degli amministratori e verificare le eventuali gravi irregolarità commesse da quest'ultimi la cui gravità può consentire all'autorità giurisdizionale di nominare alla guida della società un amministratore giudiziario.

Tale disciplina, che era applicabile anche alle società a responsabilità limitata, per via dell'espresso rinvio (oggi mancante) fatto dall'art. 2488 c.c. (*ante* riforma), sembra non più operativa per questa tipologia di società, anche in virtù di quanto scritto nella Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 6/2003 laddove viene specificato come le forme di tutela previste dall'art. 2409 c.c. “sono sostanzialmente assorbite” dai rimedi previsti dal terzo comma dell'art. 2476 c.c.¹¹³, con la conseguenza che l'ambito di tutela del socio sembra circoscritto al contenuto della suddetta disposizione legislativa¹¹⁴.

Come dire che se l'azione ordinaria di revoca degli amministratori non è più consentita nelle forme dell'art. 2409 c.c., una medesima disciplina andrà rinvenuta nell'art. 2476 c.c.¹¹⁵, ben consapevoli che i due strumenti di tutela giudiziaria possono essere attivati in presenza dei medesimi presupposti (la sussistenza di gravi irregolarità gestorie potenzialmente dannose per la società) ma vantano una disciplina e degli effetti del tutto diversi¹¹⁶.

¹¹³ Per una più completa analisi del rapporto tra la disciplina della società a responsabilità e l'applicazione del controllo giudiziario v. *infra* Cap. III, *sub* § 5 e 5.1.

¹¹⁴ In tal senso v. PICARONI, *op. cit.*, 889 la quale sottolinea come l'interprete sia tenuto a fornire un contenuto preciso alla sequenza di attività che l'art. 2476 c.c. prescrive con particolare riferimento al secondo comma che disciplina l'ispezione contabile-amministrativa della documentazione sociale e al terzo comma che configura la revoca degli amministratori resisi responsabili di gravi irregolarità gestorie.

¹¹⁵ V. PRESTIPINO, *op. cit.*, 227 il quale rileva come, constatata l'impossibilità di applicare l'art. 2409 c.c. alla responsabilità limitata, l'interprete debba ricercare altrove uno strumento giudiziario di tutela dalle irregolarità gestorie che, però “non sia ancillare ed accessorio” all'azione di responsabilità ma che risulti idoneo ad assolvere la funzione di prevenire i danni derivanti da una gestione irregolare; CARDARELLI, *op. cit.*, 1409 secondo cui il contesto in cui è collocato l'art. 2476 c.c. ha autorizzato la dottrina a ritenere inapplicabile l'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata in quanto il riferimento normativo sembra presentare caratteristiche specifiche che permettono di definire la suddetta tutela cautelare come specificatamente dettata per le s.r.l.

¹¹⁶ Cfr. PRESTIPINO, *op. cit.*, 227 secondo cui i rimedi di cui all'art. 2409 e 2476 comma 3 c.c. non sono equivalenti ma costituiscono efficaci strumenti di tutela dell'interesse alla corretta gestione della società, attivabili in presenza di gravi irregolarità di gestione. L'A., in nota, richiama COMPAGNUCCI, *op. cit.*, 177 la quale sostiene che la coincidenza dei presupposti per l'emissione dei provvedimenti ex artt. 2409 e 2476 comma 3 c.c. (laddove quest'ultimo è ritenuto provvedimento anticipatorio) farebbe pensare che il legislatore della riforma del 2003 abbia voluto trasferire in sede contenziosa l'azione di revoca. In merito v. anche PEDRELLI, *La proponibilità ante causam*, cit., 98 la quale, nell'ambito di una ricognizione dei vari indirizzi dottrinari, ha

La conferma all'interpretazione estensiva dell'art. 2476 comma 3 c.c. è venuta, infine, anche dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 481 del 2005, ha dichiarato non fondate le eccezioni di legittimità costituzionale riguardanti la mancata previsione del controllo giudiziario nelle società a responsabilità limitata rispetto alle società per azioni¹¹⁷.

Nello specifico, i giudici di merito¹¹⁸ rimettendo la questione di legittimità al Giudice delle leggi, hanno sostenuto che gli artt. 2409, 2476 comma 3 e 2477 comma 4 c.c. fossero in contrasto con gli artt. 3 e 76 Cost. in quanto costituivano fonte di disparità di trattamento tra i soci di s.p.a. e s.r.l..

In proposito, veniva asserito che i soci di s.r.l., a differenza dei soci di società azionarie, potevano rivolgersi al tribunale solo in presenza di danni effettivi e non laddove vi fossero solo delle gravi irregolarità di gestione potenzialmente dannose, una norma che, così interpretata, violava i principi di cui alla legge delega.

evidenziato la mancanza di equivalenza tra i rimedi di cui all'art. 2476 e 2409 c.c. specie laddove il controllo previsto per le s.r.l. è proponibile solo in presenza di danni esistenti mentre quello di cui all'art. 2409 è azionabile anche solo in presenza di gravi irregolarità che non abbiano causato danni e consente, al contempo in presenza di determinati presupposti, la nomina dell'amministratore giudiziario. L'A., inoltre, rileva come lo strumento di cui all'art. 2476 c.c. lascerebbe sprovvisti i soci dal controllo sull'amministrazione, laddove sia svincolato dal danno. Cfr. SCARAFONI, *Il provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di s.r.l.: inquadramento sistematico e riflessioni*, in *Giur. merito*, 2005, 308 il quale ha ritenuto, ad una prima lettura della disposizione dell'art. 2476 c.c., come la misura cautelare abbia "il sapore di un corpo estraneo di difficile inquadramento sistematico", finalizzato solo a compensare, sul piano dei difficili strumenti di tutela interna all'ente societario, l'impossibilità di utilizzo del controllo previsto dall'art. 2409 oramai destinato solo alle società per azioni ed alle cooperative.

¹¹⁷ Cfr. Trib. Lucca 13 settembre 2007, cit., 216 secondo cui la meritevolezza dell'interpretazione estensiva dell'art. 2476 3° comma c.c. è oggi imposta dalla lettura adeguatrice della Corte Costituzionale intesa al superamento di possibili censure di legittimità costituzionale.

¹¹⁸ Le questioni di legittimità venivano sollevate dalla Corte d'Appello di Trieste 5 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1476 ss. e dal Tribunale di Cagliari 4 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 75 ss.. Il problema interpretativo, affrontato dalla Corte Costituzionale, si è presentato in quanto, a seguito dell'entrata in vigore della D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, il legislatore non ha previsto il richiamo previgente dell'art. 2488 c.c. all'istituto del controllo giudiziario disciplinato dall'art. 2409 c.c.. Tale scelta legislativa, nella prima applicazione, aveva creato divergenze interpretative sia in dottrina che giurisprudenza sull'utilizzo o meno dell'istituto della denuncia al tribunale anche per le società a responsabilità limitata. La Corte d'appello di Trieste escludeva l'applicabilità *in toto* dell'art. 2409 c.c. alle srl mentre il Tribunale cagliaritano riteneva la misura esperibile solo dal collegio sindacale: per tali motivi i due giudici di merito rimettevano la questione alla Consulta, denunciando un eccesso di delega, che avrebbe creato una ingiustificata disparità di trattamento tra i soci di srl e di spa e (secondo il Tribunale sardo) anche tra i soci ed i sindaci di srl. Il Giudice delle leggi, non condividendo le tesi dei rimettenti, ha richiamato dapprima i principi della legge delega che ha specificatamente previsto la differenziazione tra i due modelli societari di spa ed srl, prevedendo la creazione di due distinti modelli societari con un autonomo ed organico complesso di norme (art. 3 comma 1 lettera a) della legge n. 366/2001) e l'abbandono definitivo quel complesso di norme che, mediante il richiamo alla disciplina della spa, faceva della srl una piccola società per azioni. Poi, per quanto riguarda la censura dell'art. 2476 c.c., la Corte si è espressa nel senso di un'interpretazione estensiva dell'articolo in esame, qualificando la misura cautelare come anticipatoria di un eventuale azione di merito, ritenendo infondate le censure di legittimità.

La Corte Costituzionale, fornendo un'interpretazione della norma coerente con le scelte legislative, ha respinto tutte le censure formulate dai giudici rimettenti in quanto “i principi e i criteri direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della legge delega, sia verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte operate dal legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge-delega” e, criticando l'interpretazione restrittiva proposta dagli stessi rimettenti, ha statuito che “la qualificazione <<di cautelare>> data dalla legge alla misura di revoca ben può essere intesa nel senso di strumentale (ed anticipatoria) rispetto ad un'azione volta ad ottenere una sentenza di revoca degli amministratori, per ciò solo che nella gestione della società siano presenti gravi irregolarità e vi sia mero pericolo di danno per la medesima”¹¹⁹.

Di fatto una consacrazione dell'esistenza di un'azione di merito di revoca degli amministratori, esperibile anche in via principale ed autonoma¹²⁰.

Vi è un ultimo argomento di carattere sistematico che confermerebbe la sussistenza di un'azione di merito e si rinviene nell'innovativo diritto del socio al controllo della documentazione contabile ed amministrativa come previsto dall'art. 2476 comma 2 c.c..¹²¹

Orbene, tale diritto non avrebbe modo di esistere laddove si debba sostenere che il socio, visionata tutta la documentazione sociale e rilevate gravi irregolarità di gestione, non possa richiedere in via autonoma la revoca degli amministratori infedeli, se non dopo che, dalle gravi irregolarità accertate, siano derivati danni al patrimonio sociale¹²².

¹¹⁹ Così Corte Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in *Foro it.*, 2006, 1293.

¹²⁰ Cfr. PELLEGRINI, *op. cit.*, 708 secondo cui l'affermazione del Giudice delle leggi sembrerebbe più un *obiter dictum* nel quale è cautamente riconosciuta la legittimazione dei soci all'azione di revoca anche in via principale. Ad ogni buon conto l'A. riconosce che l'indicazione fornita dalla Corte Costituzionale potrebbe indirizzare la giurisprudenza e la dottrina verso una nuova interpretazione della norma, rimasta fino ad allora minoritaria.

¹²¹ Anche la Corte Costituzionale 29 dicembre 2005, n. 481, cit., 1293 ss. ritiene il diritto di ispezione contabile dei soci come uno straordinario strumento nelle mani del socio tanto che così si è espressa “l'accesso consentito a ciascun socio a documenti della società (...) costituisce certamente una profonda innovazione, idonea a potenziare l'efficacia dell'azione sociale di responsabilità, alla quale viene legittimato ciascun socio (...)”

¹²² E anche' questa l'opinione di SANDULLI, *op. cit.*, 486 ripresa da PELLEGRINI, *op. cit.*, 709 secondo cui il potere di controllo dei soci verrebbe drasticamente limitato nel caso in cui la revoca dell'amministratore venissi a subordinarsi al verificarsi di un danno concreto alla società a seguito delle gravi irregolarità di gestione. Per tali motivi - continua l'A. - sarebbe più consono ritenere ammissibile un'azione di revoca da esperire in via principale ed autonoma.

Alla luce delle esposte argomentazioni, accedendo, quindi, ad un'interpretazione estensiva dell'art. 2476 comma 3 c.c., si dovrebbe concludere per la sussistenza di due autonome azioni di merito, esperibili alternativamente o cumulativamente: una avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori ed il consequenziale risarcimento dei danni e l'altra con *petitum* individuato nella revoca definitiva dell'organo amministrativo della società¹²³.

L'accoglimento dell'azione di revoca, pertanto, presuppone unicamente che vengano dimostrate le gravi irregolarità commesse dall'amministratore¹²⁴, senza necessità di dare prova dell'esistenza del danno che, di contro sarà necessario fornire nell'azione risarcitoria.

3.1. (Segue): Rilievi critici.

Diverse sono state le riflessioni critiche ad un'interpretazione estensiva dell'art. 2476 c.c., così come si vedrà di seguito.

Innanzitutto, vi è l'opinione di autorevole dottrina la quale nega l'esistenza di un'autonoma azione di revoca finalizzata alla rimozione degli amministratori, tenendo presente il dato strettamente letterale secondo cui “non v'è traccia nell'articolo in esame di una simile facoltà per il socio della s.r.l.”¹²⁵. Né si

¹²³ Conclude, in tal senso, anche Trib. Lucca 13 settembre 2007, cit. 216 che, “a dispetto della connotazione letterale”, ritiene possibile la facoltà per il socio di esercitare l'azione di revoca per giusta causa unitamente o alternativamente all'azione di responsabilità. Nello stesso senso anche Trib. Salerno 4 luglio 2006, cit., 703 che ammette la proposizione anche di una domanda limitata alla sola revoca cui è strumentale la domanda cautelare di rimozione degli amministratori; v. anche Trib. Napoli 22 marzo 2005, cit., 704 il quale afferma la legittimazione del socio a proporre, oltre alla domanda risarcitoria, anche la domanda di revoca dell'amministratore. Nel senso di poter esperire le due azioni solo cumulativamente v. Trib. S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 481 il quale ha deciso che, di fronte a fatti qualificabili come gravi inadempimenti, dolosi o colposi, da parte di un amministratore, dei doveri che la legge o l'atto costitutivo pongono a suo carico, il singolo socio può promuovere l'azione di responsabilità sociale per la condanna al risarcimento del danno e “in forma necessariamente cumulativa con l'azione di responsabilità l'azione (sociale) di revoca dell'amministratore incolpato” per la rimozione anticipata della carica ricoperta, se del caso promuovendone anche la revoca cautelare provvisoria. A completamento degli indirizzi giurisprudenziali v. Trib. Ravenna 2 febbraio 2006, in www.associazionepreite.it, il quale ha rilevato non solo la possibilità di chiedere la revoca in via definitiva ma anche che il provvedimento cautelare svolge la funzione di porre fine ai comportamenti illegittimi dell'amministratore ed evitare l'aggravamento dei danni così “assicurando una tutela anticipata in forma specifica”.

¹²⁴ Secondo RODORF, *La revoca cautelare*, cit., 22 è “maggiormente logico supporre” che il legislatore, nel consentire al socio di esperire la revoca cautelare, abbia “implicitamente” ammesso la possibilità per il socio di proporre l'azione ordinaria corrispondente in via autonoma e principale e, quindi, di chiedere in presenza di “una giusta causa rafforzata”, costituita dalle grave irregolarità, una sentenza di revoca dell'amministratore.

¹²⁵ L'espressione è di ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 270 i quali sostengono che della configurabilità di un'azione di merito finalizzata alla revoca degli amministratori non v'è “traccia” nell'art. 2476 c.c. ma unicamente dell'azione di risarcimento dei danni, assistita da una misura

potrebbe ricavare, dalla disciplina di una misura cautelare, l'esistenza dell'azione di merito ad essa correlata, invero, quest'ultima dovrebbe essere un *prius* e non un *posterius* rispetto alla tutela sommaria.

Infatti, il procedimento logico da cui ricavare l'esistenza di un'azione ordinaria di revoca e della conseguente sentenza con tale imperativo è quello di dare per assunto che la revoca cautelare, disciplinata dall'art. 2476 comma 3 c.c., sia una misura cautelare di carattere anticipatorio ma tale *modus operandi* si risolve in un'inversione logica in quanto si darebbe per dimostrato ciò che è da dimostrare, ossia la natura anticipatoria del provvedimento cautelare¹²⁶.

Invero, la natura della misura cautelare, anticipatoria o conservativa, è la conseguenza del diritto oggetto del giudizio nel merito e, solo dopo aver individuato qual è il diritto tutelato che può procedersi ad una qualificazione del provvedimento cautelare, un'operazione questa, che nella fattispecie in esame, condurrebbe inevitabilmente ad escludere l'esistenza di un'azione di revoca ordinaria a favore dell'unica azione codificata che è quella risarcitoria¹²⁷.

Altro elemento di sfavore all'interpretazione estensiva dell'articolo in commento si rinverrebbe nella circostanza secondo cui, ricavare un'azione di revoca ordinaria in mancanza di una prescrizione di legge, significherebbe violare il dettato dell'art. 2908 c.c.¹²⁸ che stabilisce il principio di tipicità della tutela costitutiva laddove espressamente prevede che “ Nei casi previsti dalla legge,

cautelare tipica che non necessariamente deve avere la funzione di anticipare gli effetti della tutela di merito.

¹²⁶ E' questo il pensiero di COMASTRI-VALERINI, cit., 458. Tale opinione viene riportata anche da PELLEGRINI, *op. cit.*, 709 la quale afferma come sia stata rilevata l'anomalia e la dubbia ammissibilità del procedimento logico con cui si ricava, in via interpretativa ed a ritroso l'azione di merito dalla prevista azione cautelare, dando per scontata la natura anticipatoria della tutela cautelare che, invece, non è comprovata e dovrebbe evincersi dalla corrispondente azione di merito.

¹²⁷ V. anche MANZO, *op. cit.*, 440 secondo cui è dubitabile che un provvedimento cautelare sia sufficiente a giustificare, attraverso un procedimento “a ritroso” l'esistenza di un'azione costitutiva che consentirebbe al socio di chiedere la revoca giudiziaria degli amministratori. L'A. riferendosi a COMPAGNUCCI, *op. cit.*, 440, nt.19, rileva come anche quella dottrina che ha affermato l'esistenza di un'autonoma azione di revoca si trova in difficoltà nel ricavare l'azione di merito da quella cautelare, allorquando, sarebbe stato più corretto disciplinare la revoca dell'amministratore come azione di merito, riservando ad un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. la tutela anticipata in via provvisoria.

¹²⁸ In questo senso anche MANZO, *op. cit.*, 440 la quale rileva come le azioni costitutive, tra cui rientrerebbe quella consente al socio di chiedere la revoca degli amministratori, hanno carattere tipico e cioè sono ammissibili solo nei casi previsti dalla legge. Dello stesso parere TEDIOLI, *op. cit.*, 135.

l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”¹²⁹.

Pertanto, a rigor di norma, non si potrebbe usufruire di una sentenza con effetti costitutivi se questa non è espressamente prevista dalla legge né potrebbe essere oggetto di applicazione analogica¹³⁰ una norma che disciplina tale tutela in quanto, sì facendo, l'autorità giurisdizionale violerebbe il disposto dell'art. 14 delle preleggi (il cui carattere è eccezionale) ed andrebbe ad incidere sulla sfera di esplicazione dell'autonomia privata che è bene costituzionalmente garantito dall'art. 41 Cost.¹³¹.

¹²⁹ Così recita testualmente l'art. 2908 c.c.. Cfr. PELLEGRINI, *op. cit.*, 709 la quale riferisce della possibilità del contrasto dell'azione costitutiva con l'art. 2908 c.c.. Sempre in dottrina DE MATTEIS, , *I soci possono inoltrare la domanda solo nel corso del giudizio di merito*, in *Guida dir.*, 2005, 42, 63 secondo cui, oltre al carattere singolare dei provvedimenti costitutivi e all'impossibilità di applicare analogicamente o estensivamente la funzione giurisdizionale in discorso, l'ordinamento, come non ha previsto alcun potere generale di cautela in capo al giudice di emanare – anche d'ufficio – provvedimenti rimessi alla propria volontà sia per contenuto che per effetti, così è da dirsi per le tutele costitutive che possono essere azionate solo ed unicamente nei casi espressamente previsti dalla legge. L'A., peraltro, ritiene che la riforma del 2003 abbia avvicinato le srl alle società di persone solo per l'organizzazione di imprese di modeste dimensioni, a base familiare e con compagine ristretta il che autorizzerebbe “seguendo un certo (ma autorevole) percorso argomentativo” ad applicare l'art. 2259 comma 3 c.c. solo per le società a responsabilità limitata organizzate in tal modo. In giurisprudenza esclude l'applicazione analogica dell'art. 2259 comma 3 c.c. Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, in *Società*, 2004, 1551 il quale afferma che le norme che prevedono effetti costitutivi abbiano carattere singolare e non sarebbero applicabili analogicamente. Nel caso non si condividesse tale impostazione, il tribunale campano ritiene che l'art. 2259 3° comma c.c. sia applicabile unicamente alle società a responsabilità limitata con organizzazione di stampo personalistico in quanto solo per le srl “organizzate per persone” si potrebbe ipotizzare un ricorso analogico alle norme dettate per le società di persone, anche se la pronuncia dubita anche di questa interpretazione in virtù del principio *ubi lex voluit dixit*.

¹³⁰ In tal senso Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in *Società*, 2006, 627. In dottrina v. RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, 820 il quale nega il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 2259 comma 3 con il fine “di colmare lacune nella disciplina della nuova s.r.l., relative appunto alla non previsione di un'azione ordinaria di revoca”. Ci sembra di non poter condividere appieno tale interpretazione in quanto se l'autore afferma l'esistenza di lacune legislative e quindi di vuoti di tutela giurisdizionale, non si ritiene che l'ordinamento possa lasciare privo di tutela il soggetto solo laddove la svista sia dovuta ad una dimenticanza del legislatore. Ben diversa sarebbe la considerazione laddove si ritenesse che il vuoto legislativo fosse dovuto ad peculiare e precisa scelta del legislatore poiché questa risulterebbe come una scelta voluta e condivisa dell'organo legiferante foriero di un'autonoma *ratio* legislativa.

¹³¹ E' di questa opinione RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, 820 secondo cui la disposizione normativa “tipizzante” una sentenza ad efficacia costitutiva sarebbe insuscettibile di applicazione analogica, dato il suo carattere eccezionale connesso all'intangibilità della sfera dell'autonomia privata del singolo. Sul punto l'autore richiama l'autorevole opinione di BIANCA, *Diritto civile – Il contratto*, Milano 2000, 30-31 il quale ritiene che il riconoscimento della libertà del soggetto di disporre dei propri beni e di impegnarsi verso gli altri secondo le sue scelte deve considerarsi – a prescindere da una specifica formula normativa – un valore basilare dell'ordinamento e conclude affermando che, nel campo dei rapporti economici, questo valore trova riconoscimento nel principio di libertà di iniziativa (art. 41 Cost.) di cui l'autonomia privata è strumento necessario. In giurisprudenza v. Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 886.

Si contesta, peraltro, anche il rinvio (proposto per ritenere ammissibile la proponibilità di un'azione di revoca di merito) alle norme in materia di società personali o ispirate da analoga *ratio* in quanto il legislatore della riforma societaria, nell'ottica di cd. privatizzazione della s.r.l. avrebbe intenzionalmente escluso o limitato l'ingerenza dell'autorità giudiziaria negli affari sociali e quindi, in ossequio al principio *lex ubi voluit dixit*, non avendo la norma espressamente prevista tale azione in via ordinaria ma solo come fase cautelare, non potrebbe sopperirsi a tale omissione in altro modo¹³².

Ciò detto, alle società a responsabilità limitata sarebbe da escludersi l'applicazione analogica dell'art. 2259 comma 3 c.c. che disciplina la revoca per giusta causa dell'amministratore nelle società di persone e ciò per un triplice ordine di motivi: a) l'art. 2476 3° comma c.c. manca di ogni riferimento al concetto di giusta causa, il che escluderebbe sicuramente l'applicabilità *tout court* della norma¹³³; b) l'art. 2475 3° comma c.c. dettato in materia di amministrazione non fa alcun richiamo all'art. 2259 c.c. ma solo agli artt. 2257 e 2258 c.c., per cui, a meno di non ritenerla una svista del legislatore, sembrerebbe che vi sia stata un'espressa volontà legislativa di evitare un'azione di merito di revoca per giusta causa anche nelle srl¹³⁴; c) l'applicazione estensiva o analogica dell'art. 2259,

¹³² Sempre ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 270 secondo cui la nuova azione sociale di responsabilità è uno strumento fornito ai soci per risolvere internamente i conflitti sociali nell'ambito di una "logica privatistica e contrattualistica di valorizzazione dell'autonomia privata tipica della regolamentazione dei rapporti sociali nella nuova società a responsabilità limitata". Tale spirito, pertanto, impedirebbe ogni ricorso all'analogia o all'applicazione di norme non espressamente previste per la tipologia di società. Anche 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.*, § 4 ritiene inammissibile il ricorso in via analogica all'art. 2259, comma 3, c.c. per sopperire ad eventuali lacune presenti nella disciplina della s.r.l. relative alla non previsione di una azione ordinaria di revoca.

¹³³ A meno di non ritenere le gravi irregolarità di gestione - come forse corretto - quale "giusta causa", il che comunque non sembrerebbe sufficiente a sostenere l'esistenza di un'azione di merito. Cfr. SANTONI, *Sulla nomina di amministratori di srl*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 253 il quale ritiene che il singolo socio di s.r.l., in mancanza di una apposita previsione statutaria, non possa richiedere la revoca giudiziale per giusta causa dell'amministratore in quanto l'art. 2476 comma 3 c.c., a differenza dell'art. 2259 comma 3 c.c., consente unicamente la revoca per gravi irregolarità di gestione. Per la nozione di gravi irregolarità di gestione si veda Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 479 secondo cui tale espressione ricomprende, "in linea di principio, qualunque inadempimento (commissivo od omissivo, colposo o doloso), da parte degli amministratori ai doveri giuridici posti a loro carico dalla legge o dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società, sempre che non sia banale o lieve (<<grave>>)", così testualmente.

¹³⁴ E' questa l'opinione anche di MANZO, *op. cit.*, 441 la quale ritiene che almeno per le società capitalistiche sia da escludersi l'applicazione dell'art. 2259 c.c. Nello stesso ordine di idee anche ALLEGRI, *L'amministrazione della s.r.l. dopo la recente riforma*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità*, a cura di SANTORO, Milano, 159 ss. che si dice favorevole ad un'estensione analogica dell'art. 2259 c.c. unicamente, però, alle srl con spiccato profilo

comma 3, c.c. troverebbe il limite dettato dall'art. 2908 c.c. in ordine alla tassatività delle azioni costitutive¹³⁵.

Anche se, in merito, al dettato dell'art. 2908 c.c. occorre precisare come ravvisare nella legge la fonte esclusiva del potere di modificazione di rapporti giuridici è concetto ben diverso dal negare, in determinati e specifici casi, l'interpretazione estensiva o analogica delle norme che lo prevedono. Infatti, se l'art. 2908 c.c. costituisce il mezzo di tutela di rapporti giuridici potestativi e, quindi, di rapporti preesistenti al processo, non significa che il legislatore ha per ciò stesso inteso vietare all'interprete, nell'individuare le singole fattispecie di azioni costitutive, l'utilizzo di strumenti interpretativi offerti dall'ordinamento tra cui l'analogia: quindi, non può escludersi *a priori* la possibilità di un'interpretazione estensiva di singole norme che dettano fattispecie di azioni costitutive¹³⁶.

personalistico. E' del tutto evidente che, se pur ispirata a buon senso, un tale *discrimen* costituirebbe un parametro assolutamente non praticabile, dovendo l'autorità giurisdizionale discrezionalmente, di volta in volta, capire e valutare se la società coinvolta nell'azione si connota per caratteristiche personalistiche o capitalistiche. In giurisprudenza v. Trib. Napoli 20 ottobre 2005, *op. cit.*, 625, con nota di DI BITONTO il quale precisa come la novella codicistica non contempla affatto, al contrario di quanto dettato dall'art. 2259, comma 3, c.c., un'azione finalizzata all'attuazione giurisdizionale del diritto alla revoca dell'amministratore. La norma precisa il tribunale partenopeo prevede solo l'azione di condanna e risarcitoria unitamente ad una mera azione cautelare che non può assurgere ad azione di carattere costitutivo non prevista dalla lettera della norma.

¹³⁵ In questo senso Trib. S.M. Capua Vetere 16-20 luglio 2004, in *Società*, 2004, 1545. Di contrario avviso, RODORF, *La revoca cautelare*, cit., 21 il quale ritiene che il divieto di cui all'art. 2908 c.c. non sembra decisivo per poter negare il rapporto di strumentalità della revoca cautelare con l'azione di revoca definitiva. Peraltro - ritiene l'A. - non si tratterebbe di prevedere ipotesi di sentenze costitutive ulteriori a quelle prefigurate dal legislatore e neppure di procedere a forme di applicazione analogica ma si dovrebbe procedere all'interpretazione secondo corretti criteri sistematici - con risultati estensivi ma non analogici della lettura dell'art. 2476 c.c. - al fine di rilevare l'anomalia di ricollegare una misura cautelare tipica, quale quella di revoca dell'amministratore, all'esercizio di un'azione sociale di responsabilità che ha presupposti e finalità del tutto diversi.

¹³⁶ In tal senso FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 260 secondo cui l'inidoneità dell'accordo delle parti a creare "il presupposto sostanziale" della tutela costitutiva, non porta ad escludere in maniera automatica che singole norme, con potere di produrre modificazione dei rapporti giuridici preesistenti, siano applicabili anche in via analogica. L'A. riportando un'espressione di MONTESANO, *La condanna nel processo civile*, Napoli, 1957, 100 afferma come il dettato dell'art. 2908 c.c., pur imponendo di considerare le azioni costitutive una categoria indipendente di mezzi di tutela giurisdizionale il cui esercizio è prestabilito dalle condizioni di legge, non autorizzi a procedere ad una classificazione tra azioni costitutive tipiche e nominate e quelle atipiche ed innominate. Viene, peraltro, evidenziato, in nota, come parte della dottrina tedesca e della giurisprudenza, pur sostenendo la necessità che le azioni costitutive trovino fondamento in "*im objektiven Recht*", ritenga possibile un allargamento del campo applicativo sulla base di una prudente analogia. Così come - secondo l'A. - la possibilità dell'interpretazione estensiva delle norme è confermata da una parte della giurisprudenza italiana che, limitando l'esercizio delle azioni costitutive ai casi espressamente previsti, non fonda le pronunce su un presunto divieto analogico derivante dall'applicazione dell'art. 2908 c.c. o dalla supposta eccezionalità dello strumento di tutela, ma dall'interpretazione delle singole norme sostanziali, regolatrici del rapporto controverso.

Per quanto sopra, applicare analogicamente¹³⁷ il dettato di cui all'art. 2259, comma 3, c.c. alla società a responsabilità limitata, non significherebbe creare *ex novo* una tutela costitutiva ma semplicemente individuarla nell'ordinamento processuale, in quanto la stessa è già stata codificata e disciplinata dal legislatore, sia pure con riguardo alle società di persone, al pari di quanto dettato a proposito dell'esclusione di uno dei soci della società semplice ex art. 2287, comma 3, c.c. che è applicabile alla società in nome collettivo ai sensi dell'art. 2293 c.c. e alla società in accomandita semplice ex art. 2315 c.c. ma, anche in mancanza di tali rinvii, non si crede che le norme suddette non avrebbero potuto trovare applicazione¹³⁸.

A questi argomenti di carattere prettamente processuali, si aggiungerebbe un ultimo argomento di carattere sistematico-sostanziale che evidenzerebbe l'insussistenza di un'autonoma azione di revoca.

Infatti, il modello tipologico di società voluto dal legislatore dell'anno 2003 per la nuova s.r.l. è stato imperniato sul “principio di rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci”¹³⁹, conferendo loro la massima autonomia nella redazione dello statuto anche con riferimento all'amministrazione, all'organizzazione, ai procedimenti decisionali ed agli strumenti di tutela dei soci¹⁴⁰.

Tali principi, intrisi di un evidente spirito autonomistico concesso dal legislatore alla disciplina della s.r.l., mal si concilierebbero con l'applicazione analogica, a questa tipologia di società, di norme dettate per altre società¹⁴¹ configuranti un ricorso all'autorità giudiziaria finalizzato a regolare i rapporti tra i

¹³⁷ V. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, 74 secondo cui anche con riguardo alla tutela costitutiva si possa “ragionare per analogia ricavandone qualche direttiva generale”.

¹³⁸ Proprio con riguardo alle azioni costitutive in materia di società commerciali FERRI, *Profili*, cit., 262, riportando gli esempi addotti dalla dottrina tedesca impegnata nello studio delle azioni costitutive, evidenzia come queste azioni, anche se riferite ad un certo tipo di società, si ritiene che possano essere utilizzate per modificare, estinguere o costituire rapporti di altre società. L'A. conclude ritenendo che il problema della tipicità delle azioni costitutive non possa essere risolto in via generale solo sulla base dell'art. 2908 c.c., in quanto, solo dall'analisi delle singole fattispecie, si potrebbe ricavare la possibilità di interpretare estensivamente o meno la norma, fornendo la facoltà al soggetto interessato di modificare un rapporto giuridico preesistente per il tramite della sentenza.

¹³⁹ Art. 3, comma 1, lett. a), L. 3 ottobre 2001, n. 366 “Delega al Governo per la riforma del diritto societario” (“Legge Delega”).

¹⁴⁰ In questo senso Art. 3, comma 2, lett. e) della Legge Delega.

¹⁴¹ Ancora RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, cit., 820 il quale ritiene che l'esaltazione del ruolo dell'autonomia privata nella nuova s.r.l. sembrerebbe essere incompatibile con l'applicazione di una norma “estravagante” rispetto alla disciplina legale del tipo (quale è l'art. 2259 comma 3 c.c.) in quanto si prefigurerebbe una ingerenza giudiziaria nella vita sociale.

soci o tra la società e gli amministratori in quanto l'applicazione di una norma "estravagante" rispetto alla disciplina dettata per quella tipologia societaria apparirebbe come una forma d'ingerenza giudiziaria nella vita sociale che, per definizione, è "a-contrattuale"¹⁴².

Peraltro, è opportuno rammentare come la stessa Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 6/2003 – proprio con riferimento all'azione sociale di responsabilità – ha espressamente evidenziato come questa disciplina sia impostata sulla prospettiva "secondo cui viene accentuato il significato contrattuale dei rapporti sociali" e che, pertanto, si è resa "sostanzialmente superflua" la previsione di intervento dell'autorità giurisdizionale¹⁴³.

Anche tale motivazione, però, presenta il lato debole laddove l'applicazione analogica della tutela giurisdizionale ex art. 2259, comma 3, c.c., dettata per le società di persona in cui la figura del socio è assolutamente imprescindibile, potrebbe essere interpretata nel senso di fornire un ulteriore strumento nelle mani del socio la tutela del cui interesse a revocare l'amministratore, nei confronti del quale sia venuto meno il rapporto fiduciario per essersi verificate circostanze che non permettono la prosecuzione del rapporto, apparirebbe maggiormente garantita e di più pregnante incisività¹⁴⁴.

4. Carattere conservativo o anticipatorio della revoca cautelare. *Fumus boni iuris e periculum in mora*. Ultrattività della misura cautelare.

Come specificatamente precisato nei paragrafi precedenti, la revoca degli amministratori, disciplinata dall'art. 2476 comma 3 c.c., deve essere senza dubbio annoverata tra le tutele cautelari con la conseguenza che esse sono soggette, per

¹⁴² E' di questa opinione anche DI BITONTO, *Inammissibilità della revoca giudiziale definitiva degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2006, 632 il quale sottolinea, in nota, come la disciplina della s.r.l., che ha posto al centro la figura del socio, ha volutamente limitato l'ingerenza del potere giudiziario solo nei casi espressamente previsti dalla legge con l'eliminazione del potere giudiziario di nominare anche un amministratore giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c.

¹⁴³ In tali termini si è espressa la Relazione di accompagnamento di cui al D. Lgs. n. 6/2003.

¹⁴⁴ In tal senso anche ZANARDO, *Alcuni spunti sulla disciplina della revoca degli amministratori in società a responsabilità limitata*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 6, 1615 secondo cui, come per l'art. 2259, commi 1° e 2°, anche per il dettato del 3° comma non sembrano sussistere motivi di incompatibilità strutturale con la disciplina dettata dal legislatore in materia di s.r.l.. Pertanto l'A. afferma che l'applicazione analogica altro non è che un ulteriore strumento di attuazione dell'aspirazione del legislatore ad una accentuata personalizzazione della società a responsabilità limitata. A favore di una tale interpretazione sembrerebbe anche ABRIANI, *Decisione dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, II, ed., Milano, 2005, 213.

quanto applicabili ai sensi dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.,¹⁴⁵ alle norme del rito cautelare uniforme disciplinate dagli artt. 669*bis* e ss. del c.p.c., sottraendosi alle regole dei procedimenti camerale a cui è ovviamente del tutto estranea¹⁴⁶, pur laddove il legislatore abbia affermato che le misure di cui all'art. 2409 c.c. siano state assorbite dall'art. 2476 c.c.¹⁴⁷

Come anzidetto, la difficoltà di classificazione del provvedimento, nel perimetro della tutela cautelare, proviene dall'assoluta diversità di *petita* tra quest'ultima e la tutela di merito a cui sarebbe strumentale, nel caso questa si identificasse nell'azione risarcitoria.

A tal proposito, occorre rilevare come il problema che si pone al processualcivilista non è quello di giustificare la previsione legislativa di una misura cautelare avente contenuto diverso rispetto quello della decisione di merito (in quanto la funzione della tutela sommaria è quella di garantire gli effetti della seconda¹⁴⁸ e tale compito può essere adeguatamente assolto sia per mezzo di misure con effetti strutturalmente anticipatori della sentenza di merito che per mezzo di strumenti conservativi o inibitori idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione)¹⁴⁹ ma è quello di verificare se gli effetti

¹⁴⁵ Invero prima dell'intervenuta abrogazione del rito societario (eccezion fatta per l'arbitrato e la conciliazione societaria) ed, in particolare, degli articoli dall'1 al 33, 41 comma 1 e 42 del D. Lgs. n. 5/2003 a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 54 della legge 8 giugno 2009 n. 69, le norme applicabili alle misure cautelari, nelle controversie societarie, erano quelle del titolo III del D. Lgs. n. 5/2003 e più precisamente gli artt. 23 e 24 del medesimo decreto legislativo e, solo in via subordinata ed in quanto applicabili, le norme del rito cautelare uniforme come disciplinato dal comma settimo dell'art. 23 cit. che faceva espresso rinvio alle disposizioni della sezione I del Capo III del titolo I del libro IV del codice di procedura civile.

¹⁴⁶ La precisazione è d'obbligo considerato che il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. che, almeno secondo le intenzioni del legislatore dovrebbe essere stato sostituito dalla disciplina di cui all'art. 2476 c.c., soggiace al rito camerale e sulla natura del relativo provvedimento si erano accesi in dottrina diverse dispute sulla qualificazione in termini di misura cautelare o camerale. Secondo OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, in *www.judicium.it*, § 3 la revoca cautelare è stata costruita come misura cautelare tipica strumentale all'azione di responsabilità la cui disciplina (ed in particolare l'accertamento delle gravi irregolarità) si sottrae alle regole dei procedimenti in camera di consiglio per assoggettarsi alle norme del rito cautelare uniforme di cui all'art. 669 *bis* ss. ed a quelle degli artt. 23 e 24 del D. Lgs. n. 5/2003 (oggi abrogati dalla legge n. 69/2009).

¹⁴⁷ Cfr. Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, in *La riforma della società. Appendice*, cit., 160 ss.

¹⁴⁸ Il principio di strumentalità che governa le dinamiche tra provvedimento cautelare e azione di merito si concretizza nella funzione tipica del primo di conservare o anticipare gli effetti della decisione di merito, al fine di evitare che nelle more del giudizio a cognizione piena il danno diventi irreparabile così testualmente BENATTI, *op. cit.*, 883.

¹⁴⁹ In tali termini ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 270 secondo i quali la misura cautelare potrà qualificarsi anticipatoria e non conservativa ai sensi dell'art. 23 D. Lgs. n. 5/2003 solo laddove nell'ambito dei risultati conseguibili in sede di merito rientrano anche effetti giuridici di contenuto, identico, o analogo rispetto a quelli prodotti ed ottenibili per mezzo della tutela cautelare.

producibili dalla sentenza di merito siano anticipabili o possano essere solo “conservati” dalla tutela cautelare.

E' questo l'ulteriore dubbio interpretativo da chiarire con riguardo al provvedimento in esame, dubbio non di poco conto¹⁵⁰ atteso che, la qualificazione di misura anticipatoria piuttosto che di tipo conservativa, rende applicabile una diversa disciplina così come, del tutto differenti, saranno gli effetti del provvedimento sommario.

Come è noto, secondo l'insegnamento del Calamandrei, la tutela anticipatoria è idonea a realizzare appunto anticipatamente gli effetti della futura decisione di merito mentre la misura conservativa cristallizza la situazione di fatto dal momento dell'emissione fino a quello della pronuncia di merito¹⁵¹.

¹⁵⁰ Questo problema viene messo in evidenza anche da OLIVIERI, *op. cit.*, § 3 il quale ritiene che, per alcuni provvedimenti cautelari tipici previsti dal codice civile (quali ad esempio quello di sospensione delle delibere assembleari o di esclusione del socio), non vi siano problemi a riconoscerne la natura anticipatoria, mentre “meno semplice appare la soluzione del problema dell'efficacia della misura cautelare prevista dall'art. 2476, 3° comma c.c. (...)”. La complicazione secondo l'a. nasce “dal peccato originale della norma” destinata a sostituire nelle società a responsabilità limitata il procedimento (non cautelare) ma camerale di cui all'art. 2409 c.c. che, evidentemente, non necessita di alcun collegamento strumentale ad eventuali azioni di merito.

¹⁵¹ Si veda in proposito CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 26 nel quale l'autore così scriveva “ Tutte le volte in cui ci si trova di fronte a uno stato di fatto che, se il provvedimento principale potesse essere eseguito immediatamente, sarebbe tale da rendere praticamente fruttuosa la sua efficacia pratica, il provvedimento cautelare mira a conservare quello stato di fatto, in attesa ed allo scopo che su di esso possa il provvedimento principale esercitare i suoi effetti (per es. il sequestro conservativo, che rende indisponibili per la futura esecuzione forzata i mobili oggi esistenti presso il debitore); ma altre volte, quando si attende che il futuro provvedimento principale costituisca nuovi rapporti giuridici ovvero ordini misure innovative del mondo esterno, il provvedimento cautelare, per eliminare il danno che potrebbe derivare dal ritardo col quale il provvedimento principale potrà giungere a costituire tali effetti, deve tendere non già a conservare lo stato di fatto esistente, ma ad operare, in via provvisoria ed anticipata, quegli effetti costitutivi e innovativi, che potrebbero diventare, se differiti, inefficaci o inattuabili (si pensi all'abbattimento di un albero pericolante ordinato dal giudice in seguito a denuncia di danno temuto). (...) In base a tali considerazioni si possono distinguere i provvedimenti cautelari in conservativi ed innovativi. Peraltro, l'a., con riguardo al *periculum in mora*, ne individuava due fattispecie fatte proprie dalla successiva dottrina (TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 133; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – studi*, Napoli, 2003, 469 ss.): il pericolo da infruttuosità con cui si intende il pericolo che durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena sopraggiungano fatti tali da rendere impossibile o più difficoltosa la concreta possibilità di attuazione della sentenza di merito (a tal proposito sia sufficiente pensare al pericolo che si evita con il sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c. o con il sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c.). A tal proposito CALAMANDREI, *op. cit.*, 55 scriveva che il provvedimento cautelare non mira ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso ma ad apprestare i mezzi affinché, quando sarà resa possibile dalla sentenza di merito, l'esecuzione forzata di quel diritto abbia esito favorevole; l'urgenza, in tali casi, non sta nell'immediata soddisfazione del diritto ma ad apprestare i mezzi idonei per far sì che il provvedimento finale sia realmente efficace. In tali fattispecie rientrano, altresì, i *pericula* che mirano a neutralizzare i provvedimenti cautelari di sospensione dell'esecuzione o dell'efficacia esecutiva ex art. 624 c.p.c. ovvero ex art. 21, ult. comma, l. n. 1034/1971 o ex art. 2378 c.c. in quanto le relative misure cautelari non mirano ad anticipare la soddisfazione del diritto ma ad impedire che la situazione di fatto si modifichi durante la pendenza del processo diretto ad ottenere la pronuncia di annullamento (o inefficacia) dell'atto o provvedimento esecutivo, ed ad assicurare che questa intervenga *re adhuc integra*, così

Questa distinzione, tra misure cautelari conservative o anticipatorie, rappresentava una dicotomia oggetto più di dispute dottrinali che di carattere pratico-applicative fino a quando, dapprima con l'introduzione nel rito societario degli artt. 23 e 24¹⁵² di cui al D. lgs. n. 5/2003 (di seguito abrogato) e poi con il D.L. del 14 marzo 2005 n. 35 convertito in legge del 14 maggio 2005 n. 80, il legislatore ha fatto propria la distinzione stabilendo che ai provvedimenti d'urgenza¹⁵³ e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito (ed anche alle azioni nunciatorie), previsti dal codice civile o da leggi speciali, non si applica l'art. 669 *octies* e le disposizioni dell'art.

testualmente PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – studi*, cit., 470. L'altra tipologia di *periculum* veniva individuata dal Calamandrei nel pericolo da tardività con cui viene inteso il pregiudizio che il protrarsi del tempo causa al diritto tutelando; pertanto, il pericolo non si ravvisa nel mutamento della situazione di fatto o di diritto su cui inciderà la sentenza definitiva ma sull'insoddisfazione del diritto per il tempo necessario a concludersi il processo, in questo senso CALAMADREI, *op. cit.*, 56. Pertanto TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 135 ha ritenuto che, alla presenza di un pericolo da infruttuosità, la misura cautelare debba prevenire il danno che può verificarsi durante le more del processo mentre, alla presenza di un pericolo da tardività, la tutela cautelare debba impedire – tramite la tecnica dell'anticipazione della soddisfazione – il pregiudizio che il perdurare della situazione antigiuridica provoca al titolare del diritto. Sulla base di tale distinzione dei *pericula* PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – studi*, cit., 470 ha distinto i provvedimenti in cautelari conservativi (quelli che tutelano dal pericolo da infruttuosità) ed in anticipatori (quelli che tutelano dal pericolo da tardività) il quale specifica, però, che tale distinzione con riferimento ai *pericula* viene meno per i provvedimenti di istruzione preventiva i quali, per un verso anticipano l'acquisizione del materiale e, per altro verso, hanno lo scopo di prevenire il danno che può derivare dalla perdita del mezzo di prova o dell'oggetto della prova.

¹⁵² L'art. 23, primo comma, D.lgs. n. 5/2003 così recita testualmente “Nelle controversie di cui al presente decreto (ndr. le controversie cd. societarie), ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'art. 669 *octies* c.p.c., ed essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata.” mentre l'art. 24 al terzo comma così dispone “ (...) In ogni caso, l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti d'urgenza o degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito”. Come dianzi rassegnato questi articoli sono stati abrogati dalla legge dell'8 giugno 2009 n. 69.

¹⁵³ Occorre precisare come la dottrina si sia affrettata a precisare che, se anche usualmente i provvedimenti cautelari d'urgenza sono connotati dal carattere anticipatorio, ve ne sono anche altri con caratteristiche preventivo-inibitorie o conservative il che esclude la funzione anticipatoria e la conseguente applicabilità dell'art. 23 o 24 del D. Lgs. n. 5/2003 che li renderebbe ultrattivi. Di contrario avviso A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1191 il quale ritiene che l'applicazione dell'art. 23 D. Lgs. n. 5/2003 riguardi, indistintamente ed indipendentemente dal loro contenuto, tutti i provvedimenti d'urgenza adottati ex art. 700 c.p.c. che, pertanto, godrebbero del regime di ultrattività; sul punto peraltro, l'A., proprio a fondare tale interpretazione, richiama le proposte di riforma del processo civile che avrebbero contenuto la previsione legislativa di soppressione degli artt. 669 *octies* e 669 *novies* c.p.c. con riguardo ai provvedimenti ex art. 700 c.p.c. il che li avrebbe unificati indistintamente sotto un'unica disciplina. Come noto, la legge di riforma dell'anno 2005 ha poi pedissequamente riportato il contenuto dell'art. 23 cit. anche all'interno dell'art. 669 *octies*, di fatto estendendo il regime di stabilità limitata a tutti i provvedimenti d'urgenza, senza distinzione. Tale interpretazione - ritiene l'A. - ha il pregio di prevenire discussioni talora ardue con riguardo alla natura conservativa ovvero anticipatoria dei singoli provvedimenti emessi ex art. 700 c.p.c.. Riteniamo, seppur comoda questa interpretazione, decisamente non rispondente ai principi della tutela cautelare che necessita una valutazione caso per caso della reale efficacia della misura cautelare e degli effetti riflessi sul diritto cautelando, e ciò anche in virtù dei destini del provvedimento sommario con riguardo al giudizio di merito.

669 *novies* primo comma: in buona sostanza le misure cautelari di questa tipologia non perdono efficacia né in caso di mancata successiva instaurazione del giudizio di merito né laddove il giudizio di merito sia stato iniziato e poi si sia successivamente estinto¹⁵⁴.

Tale principio della cd. “strumentalità attenuata” ha reso autonoma la tutela cautelare dalle vicende del successivo giudizio di merito, ma non del tutto, poiché l’ultrattività della misura cautelare dovrà, comunque, fare i conti con la sentenza che andrà a statuire definitivamente sui rapporti sostanziali delle parti in causa¹⁵⁵.

L’attenuazione della strumentalità limitata solo ai provvedimenti d’urgenza ed a quelli anticipatori degli effetti della decisione di merito, così genericamente definiti, ha lasciato all’interprete il delicato compito di stabilire la linea di confine tra i provvedimenti cautelari con finalità conservative e quelli che anticipano gli effetti della sentenza di merito, anche al fine di evitare un’eventuale declaratoria di inefficacia per mancata instaurazione del giudizio di merito entro i termini stabiliti¹⁵⁶.

Queste difficoltà interpretative hanno trovato un immediato riscontro nella qualificazione del provvedimento di revoca degli amministratori, disciplinato dall’art. 2476, comma 3, c.c. che ha visto l’attestarsi di diverse posizioni giurisprudenziali e dottrinali alcune delle quali propendono per la natura anticipatoria del provvedimento¹⁵⁷, altre per la natura conservativa¹⁵⁸ ed altre

¹⁵⁴ VACCARELLA, *La riforma societaria: aspetti processuali. Il rito ordinario*, in *Corr. giur.*, 11, 2003, 1518 ss. il quale specifica, come, nei casi di misure cautelari anticipatorie o emesse ai sensi degli artt. 700 e 688 c.p.c., il giudice non è tenuto a fissare un termine per l’instaurazione del giudizio di merito.

¹⁵⁵ Cfr. BENATTI, *op. cit.*, 884 la quale precisa come l’ultrattività del provvedimento resiste fino a quando non al provvedimento cautelare non si sostituisca la sentenza di merito. L’a. precisa, altresì, la valenza solo endoprocedimentale della misura cautelare, con esclusione di una qualsiasi efficacia di cosa giudicata derivante dalla modificabilità o revocabilità della stessa ai sensi del comma 3° dell’art. 23 D. Lgs. 5/2003 (oggi abrogato ma le cui disposizioni sono sostituite dalla disciplina del rito cautelare uniforme e, in particolare, per quanto riguarda la modifica e revoca della misura cautelare dall’art. 669 *decies* c.p.c.).

¹⁵⁶ V. MERCURIO, *op. cit.*, § 4; A. A. ROMANO, *op. cit.*, 1191, il quale ritiene che se la distinzione tra provvedimenti anticipatori e conservativi è resa irrilevante *ex lege* (v. nota 97) per quanto riguarda i provvedimenti d’urgenza, ben più problematico appare discernere tra gli “altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (...)”.

¹⁵⁷ Così Trib. Roma 5 agosto 2004, in *Corr. Giur.*, 2005, 261 e in *Società*, 2004, 1542; Trib. Roma 11 giugno 2004, in *Corr. giur.*, 2005, 262 ss.; Trib. Roma 31 marzo 2004, *ivi*, 263 ss., con note di ARIETA - GASPERINI, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l.*, *ivi*, 264 e CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo: è vera misura cautelare? quale disciplina? ante causam la revoca dell’amministratore ma non la inibitoria delle delibere?*, *ivi*, 272 ss.

ancora per la natura anticipatoria¹⁵⁹ con obbligo di proposizione della domanda cautelare solo successivamente all'instaurazione del giudizio di merito.

E' del tutto evidente che tali qualificazioni sono espressa derivazione delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti ed, in particolare, dell'individuazione del giudizio di merito a cui la tutela cautelare è strettamente connessa e funzionale.

L'indirizzo favorevole a considerare la natura conservativa della misura cautelare trova un primo riscontro nell'interpretazione letterale della norma e, in particolare, nell'oramai "noto" avverbio "altresì" il quale – secondo tale orientamento – significherebbe che la revoca cautelare degli amministratori può essere richiesta solo nell'ambito dell'azione di responsabilità¹⁶⁰.

Ed è così che la tutela sommaria, strettamente strumentale all'azione di responsabilità, ha lo scopo di preservare, nelle more del giudizio di merito, il patrimonio sociale¹⁶¹, evitando la commissione di altre gravi irregolarità da parte degli amministratori infedeli o incapaci di provvedere alla gestione sociale¹⁶².

In tal modo, è del tutto evidente la differenza di contenuti tra la misura cautelare e l'azione di merito, laddove l'una ha funzione esclusivamente conservativa-inibitoria¹⁶³ e l'altra satisfattiva-risarcitoria, circostanza da cui ne consegue la mancata anticipazione, anche solo parziale, degli effetti della sentenza di merito con riguardo al contenuto della tutela sommaria che non è in grado di assicurare le stesse utilità o utilità equivalenti a quelle della decisione definitiva, assumendo quindi, una funzione meramente conservativa di un bene non ricompreso nell'ambito del contenuto del diritto sostanziale¹⁶⁴.

¹⁵⁸ In tal senso Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 58 ss.; Trib. Brescia, 8 marzo 2005, cit., 1255; Trib. Parma 25 ottobre 2004, cit., 758 ss.; Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, cit., 1545 ss..

¹⁵⁹ E' la pronuncia di Trib. S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 477.

¹⁶⁰ V. Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, cit., 1548 ss.

¹⁶¹ Cfr. ARIETA-GASPERINI, *op. cit.*, 269 i quali sottolineano come, nell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c., l'aspettativa di tutela del socio è quella di preservare il patrimonio sociale, aspettativa che non può realizzarsi con la semplice revoca degli amministratori.

¹⁶² V. A. A. ROMANO, *op. cit.*, 1193 secondo cui la misura cautelare di revoca degli amministratori ha carattere conservativo laddove l'unico diritto tutelabile sia quello risarcitorio con la conseguenza che il provvedimento provvisorio è volto a prevenire l'aggravio del danno e la conseguente maggiore difficoltà nell'ottenere il futuro soddisfacimento.

¹⁶³ V. BENATTI, *op. cit.*, 885 la quale afferma la natura preventivo- conservativa della revoca cautelare in quanto atta a prevenire il verificarsi di danni che non si sono realizzati ma che potrebbero ancora prodursi ovvero ad evitare l'aggravarsi di quelli già prodotti.

¹⁶⁴ In tal senso Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, cit., 1548 il quale esclude ogni effetto anticipatorio della misura cautelare, contestando quella dottrina che "quasi dogmaticamente" l'afferma, solo facendo attenzione alla diversità degli effetti che la revoca cautelare è idonea a produrre con riguardo a quelli derivanti dalla sentenza di accoglimento dell'azione sociale di

La natura conservativa, peraltro – secondo tale orientamento - verrebbe ancor più affermata dalla circostanza secondo cui una volta concessa la tutela cautelare, in mancanza di un successivo giudizio di merito, la revoca sarebbe fine a se stessa il che non è pensabile, alla luce del dettato di cui al comma 3 dell'art. 2476 c.c., laddove si fa cenno solo ed esclusivamente ad un'azione di responsabilità e risarcimento dei danni alla società e non ad un'eventuale azione di merito di revoca¹⁶⁵.

Così interpretata la norma assume, dunque, una funzione strettamente collegata all'azione di responsabilità dalla cui esistenza dipenderà anche quella della misura cautelare.

Nel caso di specie, pertanto, il *fumus boni iuris* dovrà ricercarsi nella verosimile fondatezza dei presupposti per l'azione di responsabilità e quindi nella sussistenza, sia pure in sede di delibazione sommaria, delle gravi irregolarità gestionali intese come violazione dei doveri (imposti dalla legge o dall'atto costitutivo) da parte degli amministratori infedeli, dei conseguenti danni causati alla società e del nesso causale di questi ultimi con la condotta dell'organo amministrativo¹⁶⁶ mentre il *periculum in mora* sarà costituito dal pericolo di

responsabilità. E' proprio questa la peculiarità che "cala" il provvedimento cautelare nelle misure di carattere conservativo. In dottrina FANTI, *op. cit.*, 1257 il quale passando in rassegna le motivazioni favorevoli all'interpretazione restrittiva dell'art. 2476 c.c., rileva l'opinione secondo cui la natura del provvedimento di revoca risulta inidoneo ad anticipare gli effetti di una decisione di merito, in quanto rispondente all'esigenza di ottenere lo scioglimento del rapporto con l'amministratore mentre l'azione di responsabilità sarebbe invece idonea ad essere assunta in vista di una decisione sul merito, in quanto volta ad ottenere il risarcimento dei danni cagionati alla società dall'amministratore (così testualmente); DE MATTEIS, *I soci*, cit., 62 il quale afferma che il provvedimento di revoca si inserisce perfettamente nel contesto delle misure cautelari conservative, il cui oggetto non è ricompreso, a differenza di quanto avviene con le misure in tutto o in parte anticipatorie, nell'ambito del contenuto del diritto sostanziale.

¹⁶⁵ Così Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 58 ss. E' del tutto evidente che tale interpretazione, come anche specificato dal tribunale piemontese, presuppone la mancanza ed inammissibilità di ogni azione di merito riguardante la revoca degli amministratori che, come anzidetto, viene invece ritenuta possibile accedendo ad un'altra teoria interpretativa.

¹⁶⁶ Cfr. ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 270 secondo cui il *fumus* coincide con l'esistenza di un diritto al risarcimento di danni che, sia pure in misura minima, si siano già verificati. In tal senso si esprime anche PRESTIPINO, *op. cit.*, 221 il quale ritiene che, se si considera la revoca strumentale all'azione di risarcimento, il *fumus* potrà ritenersi sussistente solo se sia formulabile una prognosi favorevole al ricorrente in ordine all'esito dell'azione di risarcimento dei danni, non potendo ritenersi sufficiente alla concessione della misura cautelare il semplice compimento delle gravi irregolarità senza un effettivo danno arrecato dalla *mala gestio*; BENATTI, *op. cit.*, 878 che ravvisa il *fumus* nell'esistenza di danni che, sia pure in misura minima, si siano già verificati, in quanto se il danno non si fosse verificato e fosse meramente potenziale, non potrebbe avere accesso la tutela risarcitoria di merito; LONGO, *op. cit.*, 1016 secondo cui il *fumus* non potrà essere provato dalla sola verosimile violazione dei doveri gestori, dovendosi dimostrare la sussistenza dei danni ed il nesso causale con la *mala gestio* degli amministratori. Ancora in dottrina v. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, in *Il nuovo diritto societario*, I, Torino, 2005, 485; CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in CACCAVALE – MAGLIULO – MALTONI- TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, in

aggravamento dei danni al patrimonio sociale¹⁶⁷ per via del perpetrarsi delle attività illegittime, da parte degli amministratori che rimangono in carica, che costituiscono anche il presupposto specifico per la richiesta della tutela cautelare¹⁶⁸.

Infatti, la permanenza in carica dell'organo amministrativo infedele comporterebbe il rischio per la società di vedere reiterate le gravi irregolarità, con il conseguente aggravamento del pregiudizio patrimoniale a carico della società cosicché la revoca cautelare svolgerebbe la funzione di evitare, attraverso la rimozione dell'amministratore in carica, che l'entità del danno risarcibile (già prodotto) diventi tale da "rendere quantomeno dubbia la possibilità di conseguire il risarcimento"¹⁶⁹.

E' opportuno precisare che, laddove viene enunciato che la misura cautelare è necessaria per evitare di porre nel nulla la possibilità risarcitoria, debba essere inteso nel senso che la tutela sommaria non ha fini conservativi di garanzie patrimoniali ma è finalizzata unicamente a non rendere il danno così ingente da rendere impossibile il completo risarcimento nel futuro giudizio di merito.

L'interpretazione siffatta del *periculum*¹⁷⁰ rende, quindi, ammissibile la domanda cautelare solo in presenza di possibili ulteriori danni o pericolo di

Notariato e nuovo diritto societario, Milano, 2004, 393; DE MATTEIS, *I soci*, cit., 63; 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*, in *Giur. it.*, 2005, 316; MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. Soc.*, 2004.

¹⁶⁷ E' da condividere l'opinione di chi ha definito la revoca cautelare quale misura "meramente preventiva" idonea cioè a prevenire il verificarsi di ulteriori danni, in tal senso RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella nuova s.r.l.*, cit., 1088.

¹⁶⁸ Cfr. PRESTIPINO, *op. cit.*, 221 ed anche CAGNASSO, *Sub art. 2476 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario* diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 1888 secondo cui, in ordine al *periculum in mora*, occorre la prova del pregiudizio grave ed irreparabile che potrebbe derivare alla società dalla permanenza in carica degli amministratori. In giurisprudenza v. Trib. Catania 14 ottobre 2004, in *www.judicium.it* e in *Dir. fall.*, 2005, II, 277 il quale identifica *periculum in mora* necessario per la revoca nel pericolo connesso al perdurare dei danni già verificatisi e per altro verso alla concreta possibilità del verificarsi di ulteriori danni determinati dalla *mala gestio*; Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, cit., 1548 secondo cui la revoca cautelare è condizionata in concreto dal requisito del *periculum in mora* da intendersi non come dispersione della garanzia patrimoniale ma come possibile aggravamento del pregiudizio al patrimonio sociale derivante da comportamenti antiggiuridici degli amministratori infedeli.

¹⁶⁹ In tal senso PRESTIPINO, *op. cit.*, 220 il quale ha richiamato testualmente un passo dell'ordinanza del Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, cit. 1548.

¹⁷⁰ Solo i danni prodotti dagli amministratori per gravi irregolarità gestorie potranno fondare la misura di revoca cautelare, dovendosi ritenere inammissibile una domanda cautelare prospettando danni che non sono frutto di gravità o che non hanno nulla a che vedere con le irregolarità della gestione.

aggravamento di quelli già prodotti¹⁷¹ e non laddove i danni oramai si siano già verificati e consolidati ovvero siano solo potenziali, in quanto tali circostanze farebbero venir meno il presupposto del *periculum in mora* necessario per la concessione della tutela sommaria¹⁷².

Per tali motivi, facendo seguito a questo orientamento interpretativo, non può condividersi l'opinione di quella parte della dottrina secondo cui la semplice presenza di gravi irregolarità commesse dagli amministratori (in mancanza di un reale danno) farebbe presumere che la loro permanenza in carica rappresenti per la società un grave ed irreparabile pregiudizio, configurandosi un *periculum in mora in re ipsa*¹⁷³, infatti, in tali casi si verificherebbe il paradosso per cui la misura cautelare verrebbe concessa a fronte di un'azione di merito verosimilmente infondata¹⁷⁴.

Ad ulteriore precisazione, va rilevato come il *periculum*, preso in considerazione dalla misura cautelare di revoca, non riguarda nel modo più assoluto il pregiudizio di dispersione delle garanzie patrimoniale a tutela del giudizio risarcitorio, pregiudizio che potrà essere efficacemente evitato chiedendo, unitamente al provvedimento di revoca degli amministratori, anche il sequestro conservativo dei loro beni ai sensi dell'art. 671 c.p.c..

¹⁷¹ In questo senso anche NICODEMO E PETRUZZINO, *Controllo giudiziario e revoca degli amministratori: le novità della riforma*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 11, 30 i quali affermano che solo il danno cagionato può dar luogo all'emissione della misura di revoca, non riconoscendo alcuna rilevanza al danno potenziale. E' di questa opinione anche BENATTI, *op. cit.*, 878 la quale si poneva la domanda se, vista la strumentalità della revoca con l'azione risarcitoria, fosse sufficiente allegare un danno potenziale o un danno già prodotto ed attuale. L'a. risponde al quesito sostenendo che una cautela, per dirsi veramente tale, debba svolgere anche una funzione preventiva e, quindi, la misura in esame dovrà essere in grado di evitare il prodursi di ulteriori e forse più gravi effetti dannosi per la società anche perché se il socio ha il potere di chiedere i danni agli amministratori, dovrà pur avere a disposizione uno strumento che impedisca l'insorgenza di danni più gravi. Anche per DI AMATO, *op. cit.*, 293; CAGNASSO, *Sub art. 2476 c.c.*, cit., 1888; ABRIANI, *la società a responsabilità limitata*, sez. II, in AA. VV. *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 223; M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI, Milano, 2003, 63 il danno deve essere attuale; per DE MATTEIS, *I soci*, cit., 63 il tribunale può pronunciare la revoca degli amministratori solo laddove il danno sia frutto di gravi irregolarità di gestione.

¹⁷² Cfr. ARIETA-GASPERINI, *op. cit.*, 270 i quali richiamando il pensiero di DI AMATO, *Sub art. 2476 c.c.*, cit., 207, evidenziano che se il danno è solo potenziale, nell'ottica di una misura cautelare strumentale unicamente all'azione risarcitoria, manca il presupposto per un'azione di responsabilità e la correlata tutela sommaria.

¹⁷³ V. CAGNASSO, *Sub art. 2476 c.c.*, 1888 il quale sostiene che già solo la presenza di gravi irregolarità potrebbe far presumere la sussistenza del *periculum in mora*.

¹⁷⁴ E' questa l'opinione di COMASTRI – VALERINI, *op. cit.*, 461 che ritengono privi di pregio gli argomenti posti a fondamento della soluzione contraria proposti da TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle Società – Liber amicorum* GIANFRANCO CAMPOBASSO, diretto da ABBADESSA PORTALE, Torino, 2007, 654.

In tal modo le due misure cautelari assolverebbero ad una funzione, in un certo senso complementare, potendo la revoca egualmente essere concessa in circostanze in cui il ricorso per sequestro conservativo appaia insufficiente o inadeguato (per incapacienza o impossidenza degli amministratori), laddove si potrebbe sospettare che l'accoglimento della domanda risarcitoria rimarrebbe unicamente un provvedimento sulla carta, senza possibilità di un'effettiva tutela giurisdizionale¹⁷⁵.

Pertanto, se la funzione della revoca consiste nel prevenire l'aggravarsi dei danni già provocati dagli amministratori, non può certo ad essa riconoscersi l'idoneità ad anticipare gli effetti della decisione sull'azione di responsabilità ma, unicamente, la finalità di conservare il diritto cautelato consistente nel diritto al credito risarcitorio da responsabilità contrattuale¹⁷⁶.

La qualificazione, dunque, in termini di misura cautelare di carattere conservativo comporterà l'inapplicabilità dell'art. 23 comma 1 D. Lgs. n. 5/2003 (oggi abrogato e, quindi, dell'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c.) con la conseguenza che, per non veder caducato il provvedimento cautelare, la parte istante dovrà instaurare (o aver instaurato) necessariamente il successivo giudizio di merito avente ad oggetto la responsabilità ed il risarcimento dei danni da parte dell'amministratore infedele.

Di contrario avviso a quanto appena argomentato, sono coloro che, invece riconoscono alla revoca cautelare in parola, il carattere anticipatorio¹⁷⁷.

Prima di passare in rassegna le ragioni a fondamento di tale orientamento, si rende opportuno, prendendo le mosse da quanto sopra esposto, delineare e meglio interpretare il concetto di tutela anticipatoria.

Il significato assegnato al carattere anticipatorio della misura cautelare, consiste nel rinvenire un'identità di contenuto ed effetti tra la tutela sommaria ed

¹⁷⁵ Cfr. Trib. Catania, 14 ottobre 2004, cit., 278 il quale ritiene ammissibile la domanda per sequestro conservativo nell'ambito dell'azione di responsabilità in quanto "connessa al futuro giudizio di merito tendente all'accertamento della responsabilità dell'amministratore ex art. 2476 c.c." ed anche perchè appare fondato il pericolo che nel tempo necessario per accertare la responsabilità vi sia pericolo di sottrazione di beni da parte del debitore. Il Tribunale etneo, quindi, accoglie la domanda di sequestro conservativo ritenendo che la scarsa consistenza del patrimonio immobiliare dell'amministratore citato, una volta sottratto al soddisfacimento delle ragioni creditizie della società, possa frustrare il risultato della sentenza di merito.

¹⁷⁶ In tal senso anche MERCURIO, *op. cit.*, § 4 la quale specifica come la revoca ben può dirsi conservativa in quanto costituisce la misura adatta a prevenire l'aggravio del danno e la maggiore difficoltà per ottenere il relativo risarcimento, essendo del tutto estranea alla pretesa materiale.

¹⁷⁷ BENATTI, *op. cit.*, 885 secondo cui è problematico l'inquadramento del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori tra quelli di natura anticipatoria.

il provvedimento di merito¹⁷⁸ ma, a tale definizione tradizionale, se ne può affiancare un'altra di carattere più estensivo secondo cui può considerarsi misura anticipatoria anche quella che è semplicemente atta a realizzare direttamente la tutela giurisdizionale¹⁷⁹ per cui “*anche una misura che non anticipi parzialmente la decisione di merito in funzione della quale è stata richiesta, potrà essere idonea a fruire del regime di strumentalità attenuata prevista dall'articolo in esame*”¹⁸⁰ (l'autore si riferisce all'art. 23 comma 1 D. Lgs.n. 5/2003 – ora abrogato - secondo cui le tutele anticipatorie hanno efficacia sia pure in caso di mancata instaurazione del successivo giudizio di merito o di estinzione del medesimo).

Facendo leva su quest'ultima interpretazione, vi è parte della dottrina che, pur ritenendola una forzatura, ha connotato la misura cautelare di revoca degli amministratori in termini anticipatori della tutela di merito risarcitoria (sostenendo l'applicabilità dell'art. 23 D. Lgs. n. 5/2003) stante l'opportunità di fornire ai soci uno strumento che paralizzi l'operato degli amministratori infedeli, anche in assenza di una prova del danno (tale risultato è quello che veniva

¹⁷⁸ Cfr. BENATTI, *op. cit.*, 883 secondo cui i provvedimenti cautelari anticipatori sono ispirati all'esigenza di scongiurare la tardività della tutela finale di merito ed eliminare il danno da ritardo nel tempo necessario a che la sentenza di merito potrà giungere ad esplicitare i propri effetti, anticipando in tutto o parzialmente gli effetti del provvedimento finale.

¹⁷⁹ In merito v. MERCURIO, *op. cit.*, § 4.

¹⁸⁰ E' questa l'opinione di SALETTI, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 223 ss. il quale riconosce l'anticipatorietà “ogni qual volta la misura cautelare generi degli effetti non necessariamente identici, ma praticamente corrispondenti a quelli che si sarebbero potuti conseguire tramite la risoluzione definitiva della controversia”. V. OLIVIERI, *op. cit.*, 5 che riprendendo l'opinione di SALETTI, *op. cit.*, 223 ss. sottolinea come l'A. delinea un limite a tale lettura estensiva nella circostanza secondo cui l'anticipazione degli effetti deve essere valutata in una prospettiva oggettiva e non soggettiva con la conseguenza che non sarà sufficiente che il beneficiario ne sia appagato ma sarà necessario che essa la misura sia oggettivamente anticipatrice degli effetti della sentenza di merito. Cfr. A. A. ROMANO, *op. cit.*, 1192 il quale consiglia di bandire tanto l'interpretazione rigorosa fornita al concetto di anticipatorietà (che ravvisa tale carattere solo nelle misure provvisorie il cui contenuto coincide con quello definitivo o potenzialmente tale della sentenza di merito) che quella eccessivamente ampia “che vi faccia rientrare tutte le misure assicurative le quali, in un modo o nell'altro, siano idonee a realizzare la tutela giurisdizionale anche ove non seguita dal merito. Ciò che, secondo l'autore, costituirebbe il *discrimen* è l'interesse sostanziale protetto mediante il diritto soggettivo cautelato che farebbe ascrivere, nella categoria dei provvedimenti anticipatori, quelli che procurano anche solo parziale soddisfazione (così ad esempio la sospensione della delibera assembleare ex art. 2378 comma 4 c.c. ovvero la sospensione della delibera di esclusione del socio disposta ex art. 2287 comma 2 c.c.) e nella categoria dei provvedimenti conservativi quelli che sono strumentali al diritto tutelato rivelandosi estranei alla pretesa materiale (sequestri o istruzione preventiva). In nota, peraltro, l'autore specifica come il sequestro giudiziario non può dirsi provvedimento anticipatorio neanche laddove sia stato nominato un custode del bene oggetto di sequestro e quindi l'istante possa gestire la cosa su cui vanta l'interesse sostanziale, in quanto la custodia è sempre assoggettata ai provvedimenti emessi dal giudice ex art. 676 c.p.c. e vi è obbligo di rendiconto e di diligenza, obblighi che appaiono effettivamente non riconducibili ad una gestione della cosa pari a quella che un proprietario possa farne.

conseguito, *ante riforma*, applicando l'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata).

Ma, tenendo presente l'interpretazione tradizionale fornita al concetto di anticipatorietà, non v'è dubbio che la revoca cautelare potrà dirsi realmente anticipatoria degli effetti dell'azione di merito solo laddove, in tale sede, sia consentito al socio di domandare, in via principale ed autonoma, la revoca definitiva degli amministratori imputati di *mala gestio*¹⁸¹ in tal modo, infatti, il provvedimento cautelare anticiperebbe la decisione finale di risoluzione, per grave inadempimento, del rapporto contrattuale (cd. mandato ad amministrare) che lega giuridicamente l'amministratore alla società amministrata¹⁸² (andando così a coincidere i *petita* di merito e cautelare)¹⁸³.

Ed allora se il legislatore – come sembra – ha legittimato il socio a chiedere la revoca dell'amministratore in via d'urgenza, ciò significa che abbia implicitamente riconosciuto il diritto a ciascun socio di ottenere la revoca per gravi irregolarità anche nel merito in quanto, in via d'urgenza, potrebbero essere

¹⁸¹ V. ARIETA–GASPERINI, *op. cit.*, 270 i quali riferiscono come sia stato affermato che il legislatore della riforma, per giustificare la revoca cautelare degli amministratori, avrebbe dovuto prevedere la possibilità per ciascun socio, nell'ambito dell'azione di responsabilità, di proporre domanda di merito di revoca degli amministratori come previsto per le società di persone ex art. 2259 comma 3 c.c.. Gli A., peraltro, sottolineano come la revoca cautelare potrebbe dirsi effettivamente anticipatoria degli effetti dell'azione di merito solo se in sede di merito fosse consentito al socio di chiedere, oltre al risarcimento dei danni subiti, anche la revoca giudiziaria degli amministratori responsabili dei danni.

¹⁸² In tal modo, il provvedimento di revoca sarebbe svincolato dall'azione sociale di responsabilità ed avrebbe contenuto anticipatorio degli effetti della futura decisione di merito così MANZO, *op. cit.*, 440. In questo senso Trib. S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 480 il quale ritiene che tale disciplina sia stata ispirata da quella delle società di persone tanto da richiamarne espressamente e genericamente, a prescindere dalla composizione personale ovvero corporativa della stessa, le norme in materia di amministrazione che sarebbero quindi sempre utilizzabili. L'analisi attenta del tribunale campano ritiene che l'azione di revoca degli amministratori della srl che si ricaverrebbe dall'interpretazione estensiva dell'art. 2476 c.c. coinciderebbe con l'azione di revoca per giusta causa prevista per le società di persone dall'art. 2259 ult. comma c.c. secondo cui al singolo socio è concessa la possibilità di esperire l'azione sociale di responsabilità e, se del caso, chiedere la rimozione anticipata dell'amministratore, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., al fine di impedirne il compimento di ulteriori attività irregolari. In merito v. anche Trib. Salerno 4 luglio 2006, cit., 703. e Trib. Ravenna 2 febbraio 2006, in www.associazionepreite.it, il quale ha rilevato non solo la possibilità di chiedere la revoca in via definitiva ma anche che il provvedimento cautelare svolge la funzione di porre fine ai comportamenti illegittimi dell'amministratore ed evitare l'aggravamento dei danni così "assicurando una tutela anticipata in forma specifica".

¹⁸³ In questo senso anche A. A. ROMANO, *op. cit.*, 1193 il quale afferma che, laddove l'art. 2476 c.c. abbia implicitamente riconosciuto al singolo socio un vero e proprio diritto di ottenere la revoca giudiziale degli amministratori che abbiano commesso gravi irregolarità, la misura cautelare avrà una funzione anticipatoria, con la conseguenza che la sentenza di merito potrà disporre la definitiva pronuncia di revoca oltre alla condanna risarcitoria ed al provvedimento cautelare si applicherà il regime di provvisorietà limitata. V. anche FORTUNATO, *I controlli nella riforma della società*, in *Società*, 2003, 306 il quale preferisce una interpretazione che sgancia la richiesta del provvedimento cautelare dall'azione di responsabilità, ritenendo come anche sul piano sostanziale non v'è omogeneità dei presupposti delle due azioni.

richieste solo le tutele anticipatorie che presuppongono l'esistenza di un'azione definitiva di identico o parziale contenuto¹⁸⁴.

Però tale interpretazione - che pure proviene da autorevole dottrina - troverebbe, come dianzi esposto¹⁸⁵, un doppio limite: il primo è rappresentato dal dettato dell'art. 2908 c.c. che vieta l'emanazione giurisdizionale di tutele costitutive al di fuori di quelle specificatamente previste dalla legge ed ipotizzare l'esistenza di un'azione di merito di revoca degli amministratori non codificata significherebbe trasgredire la norma; il secondo, invece, si rinviene nell'erronea ricostruzione secondo cui si ricaverebbe l'esistenza di un'azione di merito partendo dalla previsione espressa di un provvedimento cautelare quando, il ragionamento corretto sarebbe quello di verificare l'esistenza di una misura cautelare ricavandola dall'azione di merito *rectius* dal diritto che dovrà essere tutelato nel giudizio ordinario di cognizione.

Queste obiezioni che pur si presentano corrette e coerenti, con riferimento ai principi dell'ordinamento giuridico processuale, potrebbero essere superate, ricorrendo all'interpretazione estensiva fornita al carattere anticipatorio della misura cautelare laddove si consenta di sostenere che al provvedimento cautelare non debba necessariamente seguire un'azione di merito con i medesimi caratteri della tutela sommaria¹⁸⁶. In tal caso la misura cautelare di revoca degli amministratori emanata, che vedrebbe letteralmente affievolita ogni strumentalità, andrebbe a classificarsi in quella particolare fattispecie denominata "provvedimenti sommari semplificati esecutivi"¹⁸⁷, che individua tutte quelle

¹⁸⁴ E' questa la tesi di WEIGMANN, *op. cit.*, 544 il quale così scrive "Siccome in via d'urgenza si può solo anticipare un effetto che conseguirebbe all'accoglimento definitivo della domanda, lo sviluppo logico della norma ci porta per induzione ad affermare che il socio è individualmente legittimato a formulare insieme due distinte richieste: quella di risarcimento del danno arrecato al patrimonio della società e quella di revoca dell'incarico amministrativo, anticipabile quest'ultima in via cautelare". Cfr. PRESTIPINO, *op. cit.*, 221 il quale sostiene che non ci si debba troppo meravigliare se il legislatore ha previsto, con riguardo alla domanda di revoca, solo la misura cautelare infatti, dati i tempi lunghi del processo civile, soltanto il ricorso in via d'urgenza si presta ad essere utilizzato come strumento preventivo, idoneo ad evitare la prosecuzione di un'attività gestoria irregolare.

¹⁸⁵ V. *sub* Cap. II, § 3.1.

¹⁸⁶ Cfr. MERCURIO, *op. cit.*, § 4 la quale afferma che, non considerando anticipatorio solo il provvedimento perfettamente identico in contenuto ed effetti a quello di merito, si potrebbe sostenere la non necessità di instaurare un successivo giudizio di merito. L'A., comunque, fa presente che questa tesi è minoritaria e che se si ha presente la nozione tradizionale di anticipatorietà diventa difficoltoso non sostenere il carattere conservativo della misura *de qua* sia con riguardo al diritto cautelato (che è il diritto risarcitorio) ma anche con riguardo, in termini più prettamente processuali, all'assenza di una domanda di merito di revoca autonoma.

¹⁸⁷ Sul punto si veda PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 14 secondo il quale i provvedimenti anticipatori, per via della loro

misure cautelari idonee a realizzare la tutela giurisdizionale sia pure in assenza del successivo giudizio di merito¹⁸⁸.

Dunque - seguendo questa opinione interpretativa - il legislatore, a seguito del dettato di cui all'art. 23 D. Lgs. n. 5/2003 (oggi abrogato), avrebbe introdotto per i provvedimenti cautelari la distinzione tra misure autonome e non, facendo rientrare nelle prime i provvedimenti sommari semplificati esecutivi (e quindi secondo tale interpretazione anche la revoca degli amministratori ex art. 2476 c.c.) e nelle seconde unicamente i sequestri e i procedimenti di istruzione preventiva¹⁸⁹.

Per altro verso, interpretare tradizionalmente la nozione di anticipatorietà significa affermare che se la revoca cautelare ha carattere anticipatorio deve essere strumentale ad un'azione di revoca definitiva, con la necessità di dover individuare i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* in rapporto con tale giudizio di merito.

Quanto al *fumus*, lo stesso è da rinvenirsi unicamente nella verosimile esistenza di gravi irregolarità di gestione poste in essere dall'organo amministrativo, senza che alcun rilievo possa darsi all'esistenza del danno,

strumentalità allentata, si prestano ad essere ricondotti nei provvedimenti sommari semplificati esecutivi.

¹⁸⁸ E' questa anche l'opinione prudenziale di OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam*, cit., § 4 il quale, presupponendo l'esistenza di una *ratio* di economia processuale sottesa all'art. 2476 c.c., ritiene di far rientrare nell'inciso di cui all'art. 23 D. Lgs. n. 5/03 (ma medesimo discorso vale per l'art. 669 *octies* oggi applicabile alla fattispecie in virtù dell'abrogazione societario) "provvedimenti d'urgenza e altri provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito" tutte le misure idonee a realizzare la tutela giurisdizionale di merito anche se non seguite dal giudizio di merito. In merito v. anche RODORF, *La revoca cautelare*, cit., 22 il quale ritiene arduo ricondurre alla categoria di creazione dottrinale dei "procedimenti sommari semplificati esecutivi" la revoca cautelare laddove, riconoscendogli carattere *lato sensu* anticipatorio, la si ancorasse all'azione di responsabilità. Diversamente, l'A. vede con maggior favore la scelta interpretativa che riconoscerebbe carattere anticipatorio alla misura provvisoria collegandola ad un successivo giudizio di merito avente ad oggetto la revoca dell'amministratore; in tal modo verrebbero semplificati sia i problemi connessi alla successiva mancata instaurazione del giudizio di merito che alla sorte del provvedimento cautelare all'esito del giudizio regolarmente instaurato e portato a termine.

¹⁸⁹ In tal senso OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam*, cit., § 5 il quale a conforto della propria possibile interpretazione richiama la distinzione svolta dal CALAMADREI, *Introduzione allo studio*, Padova, 1936 il quale distingueva i provvedimenti in conservativi ed innovativi facendo rientrare tra quest'ultimi quelli che per eliminare il danno dal ritardo col quale il provvedimento definitivo potrà realizzare la pretesa, operano in via anticipata quegli effetti costitutivi o innovativi che se ritardati potrebbero rivelarsi inutili o comunque inattuabili. Per un maggiore approfondimento del pensiero del Calamandrei si rinvia alla nota 151. Sempre OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam*, cit., § 5 pur ritenendo di poter assegnare carattere anticipatorio alla revoca cautelare degli amministratori, ribadisce la propria cautela con riguardo alle conseguenze che una tale interpretazione potrebbe portare all'interno della vita sociale, essendoci il rischio di veder usato il provvedimento in oggetto quale surrogato perfetto dell'art. 2409 c.c., solo per ottenere la revoca degli amministratori senza che, però, vi sia possibilità per il tribunale di procedere alla nomina dell'amministratore giudiziario.

restando del tutto estranea alla tutela sommaria ogni dimostrazione o prova di depauperamento del patrimonio sociale¹⁹⁰ in quanto la misura cautelare va rapportata al giudizio di merito con l'ovvia conseguenza che il diritto del socio alla revoca dell'amministratore sorgerebbe già solo in presenza delle gravi irregolarità potenzialmente dannose¹⁹¹.

In relazione al *periculum* esso deve essere ravvisato nel fondato motivo pericolo che, nelle more del giudizio di merito, le irregolarità della gestione, possano essere reiterate dall'amministratore eventualmente rimasto in carica¹⁹² ed anche nel mancato risanamento di quelle già perpetrate (che è già di per se una grave irregolarità)¹⁹³. Non potranno mai ricomprendersi nel *periculum* – secondo tale interpretazione – i timori di dispersione della garanzia patrimoniale degli amministratori al fine del risarcimento dei danni.

A queste condizioni, il socio, *rectius* la società, potrà ottenere una misura cautelare idonea ad anticipare gli effetti della sentenza di merito da cui sarà assorbita in caso di accoglimento della domanda di revoca ovvero potrà godere degli effetti di stabilità limitata, rientrando negli "altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito" di cui all'art. 669^{octies} c.p.c., in caso di prematura estinzione del giudizio di merito.

5. La questione dell'ammissibilità dell'istanza di revoca cautelare proposta ante causam.

¹⁹⁰ Anche la Corte Costituzionale nella più volte citata sentenza n. 481 del 29 dicembre 2005 riconoscendo l'ammissibilità dell'azione di revoca nel merito, parla di "mero pericolo di danno". Nello stesso senso si è espresso anche Trib. S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 481 che, ammettendo la domanda di revoca nel merito, non ha richiesto l'esistenza di alcun danno né potenziale né concreto. In dottrina PRESTIPINO, *op. cit.*, 226 il quale ritiene che, una volta svincolato il provvedimento cautelare dall'azione di responsabilità, la relativa istanza diviene proponibile anche laddove non si sia verificato alcun danno alla società.

¹⁹¹ Secondo Trib. S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 481 il *fumus* va ravvisato nella probabile esistenza di una giusta causa (pur senza esaurirla) ai sensi dell'art. 2383 comma 3 c.c., intesa come violazione di ogni dovere imposto all'amministratore dalla legge o dall'atto costitutivo, norma applicabile anche alle srl, nonostante il mancato richiamo dell'art. 2475 comma 2 c.c., essendo un principio generale che presiede al rapporto fiduciario società-amministratore.

¹⁹² E' di questo avviso anche PELLEGRINI, *op. cit.*, 710, nel caso in cui la revoca cautelare sia strumentale all'azione di revoca definitiva. V. PRESTIPINO, *op. cit.*, 226 il quale configura il *periculum in mora* nel pericolo che il diritto del socio e il connesso interesse alla regolarità della gestione subiscano un danno grave ed irreparabile a causa della permanenza in carica dell'amministratore, ritenendo, pertanto, necessario e sufficiente il pericolo di danno al fine della concessione della tutela sommaria; TETI, *op. cit.*, 655 secondo cui la richiesta di revoca è giustificata dall'interesse ad una corretta gestione della società. In giurisprudenza v. Trib. Salerno 4 luglio 2006, cit., 703.

¹⁹³ In tal senso anche Trib. S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 481.

La questione dell'ammissibilità dell'istanza della revoca cautelare *ante causam* ha dato luogo, sia in dottrina che in giurisprudenza, a due contrapposti orientamenti¹⁹⁴.

A presentarsi divisi sull'argomento sono soprattutto i sostenitori dell'interpretazione che vuole la misura cautelare di revoca, strumentale all'azione di responsabilità mentre, tra coloro che ritengono sussistere la strumentalità del provvedimento sommario con l'azione di revoca definitiva, prevale l'opinione favorevole all'ammissibilità dell'istanza di revoca cautelare *ante causam*¹⁹⁵.

Un primo argomento a sostegno della tesi che nega l'ammissibilità della tutela cautelare *ante causam* viene fondato sul tenore letterale della disposizione contenuta nell'art. 2476, comma 3, c.c. nella parte in cui vengono usati l'avverbio "altresì" e le locuzioni "l'azione di responsabilità" e gli "amministratori medesimi" che sarebbero espressione imprescindibile del collegamento tra le due iniziative giudiziali (cautelare e di merito) nel senso che la prima non può mai precedere la seconda; con particolare riguardo all'avverbio, lo stesso dovrebbe essere inteso come sinonimo di "parimenti" (inteso come "insieme" ovvero "di pari passo") e, trattandosi di parte invariabile del discorso, avrebbe la funzione di rafforzare il rapporto copulativo della parte successiva con quella precedente¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cfr. CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo*, cit., 273 il quale afferma come la limitazione alla non proponibilità *ante causam* dell'azione di revoca cautelare non viene espressa con sufficiente chiarezza come, al contrario, il legislatore ha previsto per la sospensione delle deliberi assembleari.

¹⁹⁵ Sono di questa opinione OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, cit., §3 il quale ritiene ammissibile l'istanza cautelare anche *ante causam* in mancanza di dati normativi che autorizzino una conclusione contraria; PRESTIPINO, *op. cit.*, 231. Secondo BENATTI, *op. cit.*, 880 l'orientamento maggioritario interpreta letteralmente la norma in commento, ammettendo, quindi, il provvedimento cautelare solo all'interno dell'azione di responsabilità.

¹⁹⁶ Così Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, cit., 1548 ss.. E' di questo avviso anche Trib. Genova 6 settembre 2005, cit., 78 secondo cui il ricorso cautelare per la revoca dell'amministratore appare piuttosto di tipo accessorio rispetto all'azione di merito nel quale si colloca come mezzo per impedire – a tutela dell'interesse sociale – che, nelle more del giudizio risarcitorio, gli amministratori infedeli pongano in essere ulteriori attività dannose. Nello stesso Trib. Brescia, 8 marzo 2005, cit., 1254 secondo cui l'avverbio "altresì" aggancia sotto il profilo temporale la revoca giudiziale all'azione di responsabilità, nel senso che la prima non può precedere la seconda; Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 60 il quale trae tale interpretazione dell'avverbio "altresì" dal Vocabolario illustrato della lingua italiana Devoto-Oli, affermando quindi la necessità della previa instaurazione del giudizio di merito. In dottrina v. MALAVASI, *Revoca ante causam dell'amministratore unico di s.r.l. e nomina di un curatore speciale per conflitto di interessi*, in *Società*, 2007, 80 la quale ritiene che l'avverbio "altresì" si presta ad interpretazioni contrastanti, in quanto può essere letto sia nel senso che la revoca cautelare è uno strumento ulteriore e non necessariamente concomitante con l'azione di responsabilità, sia che la domanda di revoca vada proposta unitamente all'azione di responsabilità. Secondo BENATTI, *op. cit.*, 881 l'orientamento restrittivo si basa su una visione "concentrica" dell'azione individuale di responsabilità e della revoca degli amministratori, quali due disposizioni a "telescopio" che porterebbero a riconoscere la cautela come condizionata al previo o contemporaneo esercizio dell'azione di responsabilità (così testualmente); l'A. evidenzia l'opinione del Trib. Vercelli 28

Si afferma, altresì, sempre adducendo il dato letterale, che la Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 6/2003 ha precisato che il provvedimento cautelare può essere richiesto “in quella sede” (*id est* con l’azione di responsabilità) e “con essa”, il che farebbe presumere già la necessaria pendenza del giudizio risarcitorio¹⁹⁷.

Altro argomento, ritenuto a favore di questa tesi deriva dal fatto che l’istituto del controllo giudiziario disciplinato dall’art. 2409 c.c., *ante* riforma applicabile anche alle società a responsabilità limitata, permetteva la revoca degli amministratori solo in corso di causa e che, quindi, il provvedimento cautelare dell’art. 2476 c.c., oggi ritenuto sostitutivo della denuncia al tribunale, possa analogamente al primo essere attivato solo a giudizio pendente.

Tale considerazione, però, presupporrebbe una perfetta equivalenza tra i due istituti, equivalenza che, come è noto, non esiste *in primis* per la diversa natura giuridica dei due rimedi (l’uno camerale e l’altro cautelare), in secondo luogo perché l’art. 2409 c.c. prevede l’ispezione giudiziaria da parte di ausiliari del giudice, la possibilità di assumere provvedimenti provvisori e solo successivamente la nomina di un amministratore giudiziario in caso di gravi irregolarità. Da ultimo va considerata la diversità di presupposti per accedere ai due istituti: la revoca cautelare necessita (laddove si acceda alla tesi della strumentalità nei confronti dell’azione di responsabilità), per essere oggetto di accoglimento, di un danno effettivo alla società mentre la denuncia al tribunale può essere proposta anche in presenza di gravi irregolarità solo potenzialmente dannose.

Un’ulteriore motivazione a sostegno dell’orientamento restrittivo, si fonda sulla circostanza secondo cui ammettere la proposizione della domanda cautelare

settembre 2005, cit., 58 secondo cui l’avverbio “altresì” è il sintomo della volontà del legislatore di incardinare il provvedimento cautelare in corso di causa.

¹⁹⁷ E’ di questo avviso Trib. Brescia 8 marzo 2005, cit., 1254. *Contra* Trib. S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 481 il quale ritiene (così testualmente) che “non possono escludere l’ammissibilità della tutela cautelare *ante causam* le ambigue parole contenute nell’art. 2476, comma 3 c.c. (“altresì”, “azione di responsabilità”, “amministratori medesimi”) né le irrilevanti, almeno sul punto (cfr. l’art. 12 disp. prel. c.c.) ed altrettanto ambigue espressioni contenute, a commento della norma in esame, nella relazione governativa alla riforma”. Nel senso che l’avverbio “altresì” non vada inteso come impedimento alla proposizione della revoca cautelare in corso di causa anche Trib. Marsala 15 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 434 il quale afferma che non può ricavarsi tale interpretazione solo perché la revoca cautelare è disciplinata nel medesimo comma dell’azione di responsabilità. V. anche Trib. Milano 18 gennaio 2006, in *Società*, 2007, 1141 secondo cui il potere di chiedere la revoca non può essere limitata all’esercizio dell’azione di responsabilità solo per il fatto che l’attribuzione di tale facoltà è contenuta nello stesso comma ove si disciplina l’azione di merito.

solo in corso di causa non costituirebbe alcuna limitazione del diritto di difesa¹⁹⁸ per il socio in quanto vi sarebbe la possibilità, appena notificato l'atto di citazione introduttivo dell'azione di responsabilità, di proporre l'istanza cautelare potendosi attivare ove ricorrano i presupposti secondo il disposto dell'art. 24, 4° comma D. Lgs. n. 5/2003 che porterebbe ad una decisione di merito in tempi brevi¹⁹⁹ (si ricorda, però, che anche questa ultima disposizione è stata abrogata dall'entrata in vigore della legge n. 69/2009).

Tale argomentazione, per il vero non appare convincente ed è palesemente irragionevole, infatti, così ragionando non avrebbe modo di esistere l'art. 669 *ter* c.p.c. che prevede il principio generale di proposizione delle istanze cautelari *ante causam* ed è norma applicabile a tutte le misure cautelari anche extravaganti ai sensi dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.²⁰⁰, fatte salve le eccezioni di espressa e chiara previsione legislativa²⁰¹, come meglio si vedrà in seguito.

Inoltre, ritenere non necessaria la tutela cautelare *ante causam* ogni qual volta si possa pervenire celermente ad una decisione di merito (quale il caso del richiamato art. 24, 4° comma, D. Lgs. n. 5/2003 ormai abrogato) appare giustificazione priva di ragionevolezza, in quanto significherebbe affermare che il nostro ordinamento non ammette tutela ogni qual volta si possa pervenire rapidamente alla conclusione del processo (ad esempio nei giudizi che possono concludersi ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c.)²⁰².

L'inammissibilità della richiesta di revoca cautelare *ante causam* (prima dell'abrogazione del rito societario) avrebbe, altresì, trovato la sua giustificazione, sempre da un punto di vista sistematico, nella classificazione dell'art. 2476 c.c. che verrebbe ritenuto speciale rispetto alle disposizioni generali di cui agli artt. 23

¹⁹⁸ E' questa l'opinione di FICO, *op. cit.*, 1099.

¹⁹⁹ Così Trib. Brescia 8 marzo 2005, cit., 1254.

²⁰⁰ Cfr. Trib. Civitavecchia 6 maggio 2009, *inedita*, il quale afferma come l'ammissibilità *ante causam* della revoca cautelare si desume ampiamente dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. che è richiamato dall'art. 23, comma 7, D. Lgs. n. 5/03 (oggi abrogato) secondo cui la disciplina generale del rito cautelare uniforme di cui agli artt. 669 *bis* e ss. e, quindi, anche dell'art. 669 *ter* c.p.c. che disciplina la competenza cautelare *ante causam* si applica a tutte le misure cautelari ivi comprese quelle contenute nel codice civile e nelle leggi speciali. Il tribunale laziale, inoltre, sostiene come non vi sia alcuna deroga alla disciplina generale né una incompatibilità strutturale tra le medesime, anzi il sistema del processo societario ha voluto incoraggiare le misure anticipatorie come evidenti dallo stesso art. 23 cit. e dalle altre misure cautelari idonee ad anticipare gli effetti della decisione di merito, in caso di mancata instaurazione del successivo giudizio.

²⁰¹ Cfr. anche Tribunale di S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 481. Affermare questo significherebbe non ammettere mai la tutela *ante causam* nel nostro ordinamento poiché sarebbe sempre possibile subito dopo la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio ordinario, depositare il ricorso per la domanda cautelare in questo senso RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, cit., 826.

²⁰² In questo senso TOMAIUOLI, *op. cit.*, § 2.

e 24 D. Lgs. n. 5/2003 (ora abrogate) a loro volta considerate tali nei confronti dell'art. 669 *bis* c.p.c., con la conseguenza che la revoca cautelare sfuggirebbe all'applicazione della disciplina della tutela cautelare *ante causam* prevista dall'art. 23 cit.²⁰³, visto il chiaro tenore letterale contrario a tale applicazione. Ne deriverebbe una sorta di “meccanismo di applicazione di norme per incompatibilità il che, stante l'inequivocabile - a dire di questo orientamento restrittivo - dettato normativo dell'art. 2476, comma 3, c.c., avrebbe impedito la regola della generale ammissibilità del provvedimento cautelare *ante causam*²⁰⁴.

Ancora un altro argomento di sostegno alla tesi dell'inammissibilità si rinverrebbe nel carattere conservativo della revoca cautelare la quale, così caratterizzata, sarebbe strumentale all'accertamento della responsabilità dell'amministratore e della conseguente condanna al risarcimento dei danni prodotti dagli amministratori, il che avallerebbe la tesi secondo cui la tutela cautelare può essere chiesta solo all'interno dell'instaurato giudizio di merito che è la sede dove andrebbe accertata la sussistenza del pregiudizio patrimoniale già in punto di *fumus boni iuris*²⁰⁵.

Anche tale ragione non sembrerebbe concludente, infatti, negare alla revoca cautelare di essere proposta *ante causam* solo perché misura di carattere conservativo, significherebbe non ammettere la cautela prima del giudizio ordinario, e quindi l'inapplicabilità dell'art. 669 *ter* c.p.c. ogni qual volta la tutela abbia finalità conservative ovvero l'accertamento si presenti complesso e non di

²⁰³ Così anche FICO, *op. cit.*, 1099.

²⁰⁴ In questo senso Trib. S.M. Capua Vetere 20 luglio 2004, cit., 1545.

²⁰⁵ In questo senso Trib. Agrigento 15 febbraio 2006, in *Società*, 2007, 1021 con nota di LONGO, il quale, ricavando il carattere conservativo del provvedimento dalla disomogeneità tra gli effetti della revoca e la decisione di merito, deduce che la mancanza di un giudizio di merito, già pendente, impedirebbe di verificare adeguatamente l'esistenza dell'indefettibile rapporto di strumentalità tra la cautela ed il merito, venendo a mancare gli strumenti per valutare l'esistenza del pregiudizio al patrimonio sociale di cui si vuole evitare l'aggravamento per via delle gravi irregolarità di gestione da parte degli amministratori. Anche Trib. Milano 27 aprile 2005, in *Corr. merito*, 2005, 883 ha deciso per l'inammissibilità della revoca cautelare *ante causam* dell'amministratore ex art. 23 D.lgs. n.5/2003 dal momento che può essere formulata solo in corso di causa ex art. 24 D.lgs. cit. e ciò in quanto l'azione di responsabilità sociale e la richiesta di revoca dell'amministratore, devono intendersi come esercitabili esclusivamente in modo congiunto; Trib. Treviso 7 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2107 con nota di MARRA ritiene inammissibile la tutela cautelare *ante causam* sul presupposto della lettera della norma e per il carattere conservativo del provvedimento; Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit. il quale ritiene che, essendo la misura cautelare di carattere conservativo, necessiterebbe, ove concessa *ante causam*, dell'instaurazione del successivo giudizio ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c. ma – continua il tribunale piemontese – tale *iter* si rilevarebbe contrario all'istanza deflattiva, posta alla base del rito societario che si fonda sulla celerità e snellezza; infatti poiché la revoca si fonderebbe sulle deduzioni di irregolarità poste anche alla base del giudizio di merito, sarebbe più coerente che la misura cautelare venisse concessa allorquando le carte della schermaglia fossero già state scoperte.

pronta soluzione: è del tutto evidente che, introdurre una tale barriera, si risolverebbe in una limitazione di tutela che nel nostro ordinamento non è prevista e nella negazione di un diritto di difesa in manifesta violazione dell'art. 24 Cost.²⁰⁶.

Infatti, occorre precisare come nessun collegamento possa rinvenirsi tra l'individuazione del carattere del provvedimento – e ancor prima del presupposto del *fumus boni iuris* – e la proponibilità *ante causam* dell'istanza cautelare. La natura conservativa non ha mai rappresentato, nell'ambito della disciplina cautelare, un ostacolo alla sua azionabilità in una fase antecedente al giudizio di merito e, alla luce delle riforme del processo civile, essa rende unicamente necessaria, e non eventuale, la proposizione del giudizio ordinario di cognizione a cui la tutela è strumentale, pena la declaratoria di inefficacia della medesima.

Ultima ragione, fondata su una pronuncia giurisprudenziale che sembra presupporre il carattere anticipatorio della misura cautelare e da questo andrebbe a negare la possibilità di proporre la domanda cautelare *ante causam* (al contrario della precedente argomentazione), riguarda l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 23 comma 1 D. Lgs. n. 5/2003 (oggi abrogato ma sostituito *in toto* dall'art. 669 *octies* c.p.c.) che “appare in contrasto con l'inizio dell'azione cautelare prima della causa di merito, sussistendo altrimenti la possibilità che un amministratore venga revocato – e resti revocato – con provvedimento cautelare *ante causam* – caratterizzato da elementi di accertamento sommario – senza che, poi, ne venga verificata l'effettiva responsabilità con la causa di merito” nel caso in cui non venga instaurato il successivo giudizio cognitivo²⁰⁷.

La giustificazione addotta da questa pronuncia, però, non tiene conto del fatto che, anche laddove la misura cautelare sia concessa in corso di causa, la cognizione potrebbe rimanere comunque sommaria (sia pure con qualche elemento istruttorio in più per via delle deduzioni delle parti in giudizio) nel caso in cui il giudizio di merito per qualsivoglia ragione si estingua, con la conseguenza che il provvedimento sommario (se ritenuto anticipatorio come afferma il tribunale in parola), godrebbe egualmente degli effetti della cd. strumentalità attenuata, ai sensi dell'art. 24 D. Lgs. cit. (oggi la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 669 *octies* c.p.c.) conservando efficacia alla

²⁰⁶ In questo senso anche TOMAIUOLI, *op. cit.*, § 2.

²⁰⁷ Così Trib. Ravenna 3 febbraio 2006, cit., 1009.

revoca degli amministratori, pur senza esser giunti ad un accertamento definitivo sulla responsabilità di quest'ultimi.

Ciò detto, con riguardo alla revoca cautelare degli amministratori, la scelta tra ammissibilità o meno dell'istanza cautelare *ante causam* dovrà passare unicamente attraverso la corretta interpretazione dell'art. 2476, comma 3, c.c. in rapporto con gli altri dati normativi di cui al rito cautelare uniforme per quanto applicabili²⁰⁸.

L'orientamento favorevole all'ammissibilità della tutela cautelare *ante causam*, affermata la funzione della revoca cautelare ex art. 2476 c.c. quale rimedio per rimuovere gli amministratori infedeli o incapaci, ritiene di dover svincolare l'operatività di tale strumento dagli elementi caratterizzanti l'azione di responsabilità sociale in quanto, così argomentando, si creerebbe una sostanziale limitazione dei poteri del socio interessato a contrastare le gravi irregolarità gestionali.

Le motivazioni giustificatrici di tale orientamento, che trovano riscontro anche in parte della dottrina²⁰⁹, si fondano su ragioni sia di carattere sistematico che di interpretazione letterale.

²⁰⁸ In questi termini LONGO, *op. cit.*, 1021.

²⁰⁹ In dottrina favorevoli all'ammissibilità *ante causam* della revoca cautelare degli amministratori v. senso ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 268; BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2006, 226; COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Società*, 2007, 219; D'ORAZIO, *Il controllo giudiziale ex art. 2409 c.c. e l'azione di responsabilità ex art. 2476, comma 3, c.c.: vi è ancora spazio per l'art. 2409 c.c. nelle s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio?*, in *Giur. mer.*, 2005, I, 335; MARCELLINO, *Revoca di amministratore e provvedimento cautelare ante causam*, in *Giur. it.*, 2005, 162; MARRA, *La revoca degli amministratori della srl: personaggio in cerca d'autore*, *ivi*, 2108; OLIVIERO, *Gli amministratori di srl. L'autonomia statutaria*, Torino, 2005, 192; PICARONI, *op. cit.*, 889; PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Fallimento*, 2003, 1139; RENNA, *La legittimazione all'esercizio dei diritti sociali da parte dei singoli comproprietari di azioni o della quota sociale e l'ammissibilità della revoca cautelare ante causam dell'amministratore di società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 2008, 2635; TEDESCHI, *Il nuovo art. 2409*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, tomo III, Milano, 2005, 3977. In giurisprudenza confortano questo orientamento Trib. Marsala 15 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, 3469 e in *Giur. It.*, 2005, 1468, con nota di PEDRELLI, *Questioni processuali*, 1563; in *Giur. mer.*, 2005, I, 1563 con nota di PEDRELLI, *Osservazioni sulla legittimità ad agire in giudizio del singolo socio e della società nell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c.*; in *Corr. mer.*, 2005, 638; in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 22, 60, con nota di DI RAGO, *Amministratori della Srl: si alla revoca anche con il provvedimento cautelare*; Trib. Roma 5 agosto 2004, in *Società*, 2005, 913 (m) e *ivi*, 2004, 1542, con nota citata di MALAVASI; Trib. Roma 30 luglio 2004, in *Giur. it.*, 2005, 309, 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*; Trib. Roma 2 giugno 2004, in *Giur. mer.*, 2005, I, 95, con nota di PEDRELLI, *La proponibilità ante causam*; Trib. Roma, 11 giugno 2004 e 31 marzo 2004, entrambe in *Società*, 2005, 913; in *www.judicium.it*, con nota di MERCURIO; quest'ultima pubblicata anche in *Riv. Not.*, 2004, 768, con nota adesiva di FAIETA, *Prime osservazioni sulla responsabilità ante causam dell'amministratore di s.r.l.*; in *Giur. mer.*, 2004, I, 2254, con nota di PEDRELLI, *L'istanza cautelare*, *cit.*; Trib. S. M. Capua Vetere, 15 novembre

Dal punto di vista sistematico, anche alla luce dell'abrogazione del rito societario²¹⁰, la norma da prendere in considerazione è disciplinata dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. il quale dispone che si applicano le norme del rito cautelare uniforme, di cui agli art. 669 *bis* ss. c.p.c., ai sequestri, alle denunce di nuova opera e di danno temuto ed ai provvedimenti d'urgenza (previsti nelle sezioni II, III e V del Titolo I del Libro IV del codice di rito) ma anche, per quanto compatibili, ai provvedimenti cautelari previsti nel codice civile (*id est* la revoca cautelare di cui all'art. 2476 c.c.) e nelle leggi speciali (le c.d. misure cautelari extravaganti).

Dunque, tutte le misure cautelari, e quindi anche la revoca cautelare degli amministratori, nei limiti di compatibilità, sono assoggettate alle norme del rito cautelare uniforme e, per quanto qui ci consta, all'art. 669 *ter* c.p.c.²¹¹ (secondo un meccanismo operativo per integrazione) che disciplina la proponibilità della domanda cautelare *ante causam*. Invero, costituisce principio generale dell'ordinamento giuridico che la tutela cautelare possa essere sempre promossa prima dell'instaurazione del giudizio di merito²¹², a meno di espressa previsione contraria di certo non rinvenibile nella lettura dell'art. 2476 c.c. che non sembra

2004, in *Società*, 2005, 477, con nota di SANDULLI; in *Giust. civ.*, 2005, I, 2837 con nota di DE ANGELIS.

²¹⁰ Il meccanismo, previsto dal legislatore nella vigenza del rito societario, era il seguente: in mancanza di un'espressa previsione processuale del D. Lgs. n. 5/2003, si applicano al processo societario le norme processuali generali del codice di rito e, per quanto riguarda la tutela cautelare, quelle disposte dagli art. 669 *bis* e ss., ivi compreso l'art. 669 *ter*. Alla luce della soppressione del rito societario, la revoca cautelare sarà disciplinata dalle norme del rito cautelare uniforme per quanto applicabili ai sensi dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., in questo senso RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, 826 il quale sottolinea come i fautori dell'interpretazione restrittiva dell'art. 2476 c.c. ritengono non applicabile alla revoca cautelare l'art. 669 *ter* c.p.c. asserendo una sorta di incompatibilità tra norme, senza però spiegarne in cosa consista.

²¹¹ Per maggiore comodità del lettore si riproduce il testo dell'art. 669 *ter* c.p.c. che così dispone "prima dell'inizio della causa di merito la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito. Se competente per la causa di merito è il giudice di pace, la domanda si propone al tribunale. Se il giudice italiano non è competente a conoscere la causa di merito, la domanda si propone al giudice, che sarebbe competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare. A seguito della presentazione del ricorso il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio e lo presenta senza ritardo al presidente del tribunale il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento".

²¹² E' di questa opinione anche FICO, *op. cit.*, 1100. Secondo TOMAIUOLI, *op. cit.*, § 2 l'art. 2476 c.c. non dice nulla sull'ammissibilità del rimedio cautelare *ante causam* né è dato rinvenire alcuna incompatibilità strutturale tra la norma che prevede la revoca cautelare e l'art. 669 *ter* c.p.c.: da questo ne consegue che ricorrendo i due presupposti logici richiesti dal legislatore, scatta il meccanismo operativo per integrazione, con conseguente applicabilità dell'art. 669 *ter* c.p.c. anche alla misura cautelare prevista dall'art. 2476, comma 3, c.c..

prevedere alcuna indicazione contraria né incompatibilità strutturale tra la revoca cautelare degli amministratori e l'art. 669 *ter* c.p.c.²¹³.

Né alcuna indicazione contraria può pervenire dalle norme del rito societario abrogato che anzi esprimevano, in maniera ineluttabile un *favor* per le tutele cautelari *ante causam* al punto da disciplinare, per la prima volta nel nostro ordinamento, l'ultrattività delle misure cautelari concesse *ante causam*²¹⁴ (sia pure unicamente per le misure cautelari di carattere anticipatorio) e prevedere l'applicazione del rito cautelare uniforme anche ai provvedimenti cautelari societari tanto che l'art. 1 D. Lgs. n. 5/2003 disponeva che “per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto si applicano le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili”, mentre l'art. 23 ult. comma D. Lgs. n. 5/2003 affermava che ai procedimenti cautelari anteriori alla causa “si applicano, in quanto compatibili le disposizioni della sezione I capo III del titolo del libro IV del codice civile” (ovvero il rito cautelare uniforme)²¹⁵.

La *ratio* che avrebbe potuto indurre il legislatore a prevedere la necessaria incidentalità della misura cautelare di revoca, cioè condizionata alla previa o contemporanea pendenza dell'azione di responsabilità, è quella di subordinare una misura che incide così drasticamente sulla vita sociale (visto lo scioglimento del

²¹³ V. LONGO, *op. cit.*, 1013 la quale afferma come non vi sono elementi concludenti e tali da far ritenere che l'art. 2476 c.c. debba sottrarsi al principio generale, vigente nel procedimento cautelare uniforme e nelle integrazioni inerenti quello commerciale, di azionabilità *ante causam* della cautela; BENATTI, *op. cit.*, 882 la quale rileva come l'ammissibilità dell'azione cautelare di revoca *ante causam* è sostenuta da un'interpretazione sistematica dell'art. 2476, 3° comma, c.c., in virtù della quale anche “nel rinnovato sistema del diritto societario sostanziale e processuale deve essere assicurata la tutela provvisoria e cautelare *ante causam*, così come generalmente riconosciuta nel nostro ordinamento”; FICO, *op. cit.*, 1100. Per ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 268 il problema è quello di verificare se la pretesa incidentalità dell'istanza di revoca risponda a precise esigenze di tutela degli interessi in gioco e, quindi, verificare se una sua proponibilità prima dell'instaurazione del giudizio di merito snaturi la misura cautelare; gli A. rispondono negativamente al quesito posto, ammettendo la tutela *ante causam*.

²¹⁴ Dalla previsione degli artt. 23 e 24 D.Lgs. n. 5/2003 ne è derivato “un forte *vulnus* al principio di strumentalità che costituisce uno dei caratteri identificativi della tutela cautelare *ante causam*” così scrive MANZO, *op. cit.*, 443 che riprende il pensiero di FRUS, *sub art.* 23, in *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, 655. Per una lettura approfondita sul principio di ultrattività e sul procedimento cautelare *ante causam* nel rito societario v. ARIETA – DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 381 e ss. Sempre in argomento CASABURI, *Il rito cautelare nel procedimento speciale commerciale*, in Società, 2005, 1279 e ss.; MARINELLI, *op. cit.*, 1249 ss.; ROMANO, *op. cit.*, 1190 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, 213 ss.; COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 656 ss.; DE MATTEIS, *Il procedimento cautelare in materia commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 908 e ss.

²¹⁵ V. Trib. Milano 18 gennaio 2006, cit., 1142 il quale così si esprimeva testualmente “Del resto anche il combinato disposto degli artt. 23 ult. comma d.lgs. n. 5/2003, e 669 *quaterdecies* c.p.c. ben consente di ritenere applicabile la disciplina uniforme dei procedimenti <<cautelari>>, anche alla revoca prevista nell'art. 2476 c.c., espressamente definita <<cautelare>>, e dunque anche la possibilità di ottenere a cautela *ante causam* ex art. 669 *ter* c.p.c.”.

rapporto con l'amministratore) alla specifica allegazione, ai fini del giudizio risarcitorio, delle gravi irregolarità commesse dall'organo amministrativo: è una scelta di valore tra alternative entrambe legittime che deve risultare, però, in maniera chiara ed inequivocabile dagli indici normativi²¹⁶.

Ma il "senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore", ai sensi dell'art. 12 disp. prel., non consente di leggere chiaramente che si tratti di cautela proponibile solamente nell'ambito del giudizio di merito²¹⁷.

Invero, nel caso di specie, nessuna indicazione inequivocabile²¹⁸ nè alcun indizio a favore dell'esclusione della domanda di revoca *ante causam* può ricavarsi dal dettato normativo, ed è opportuno sottolineare come il legislatore, quando ha voluto imporre la contestualità della domanda di merito con l'istanza cautelare, lo ha fatto espressamente e senza equivoci: val bene ricordare in materia societaria la sospensione delle delibere assembleari di cui all'art. 2378 c.c. che chiaramente prevede "Con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia della citazione, l'impugnante può chiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione."²¹⁹ (norma, peraltro, applicabile ai sensi dell'art. 2388, 4° comma, c.c. – per effetto del rinvio dell'art. 2378 c.c. – anche alle delibere dei consigli di amministrazione, direttamente lesive di diritti soggettivi dei soci²²⁰) e la sospensione di esecuzione di delibere di esclusione di

²¹⁶ In questo senso ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 268 i quali sottolineano come la disciplina positiva non offra indicazioni che consentano di risalire in maniera inequivoca alla volontà legislativa di "attribuire al carattere incidentale la valenza di requisito distintivo ed essenziale della misura cautelare in oggetto". Gli A. richiamano in nota, peraltro, la vicenda interpretativa dell'art. 2905, comma 2 c.c. riguardante la possibilità di richiedere *ante causam*, a seguito dell'entrata in vigore del rito cautelare uniforme, il sequestro conservativo dei beni alienati al terzo dal debitore, nonostante la previsione legislativa prevedesse la necessaria pendenza del giudizio in revocatoria per chiedere la misura cautelare, disposizione che venne travalicata dalla prevalente giurisprudenza che si espresse nel senso di non ritenere vanificata la *ratio* dell'istituto laddove la legge generale ha derogato alla legge speciale.

²¹⁷ Cfr. Tribunale di Roma, 5 agosto 2004, cit., 261 il quale specifica come la norma non sia accompagnata da alcuna altra espressione che accentui e definisca con chiarezza l'intenzione del legislatore nel senso di ritenere la misura cautelare incidentale al giudizio di merito.

²¹⁸ V. BENATTI, *op. cit.*, 882 secondo cui si può derogare al principio generale dell'ordinamento solo in presenza di indici normativi che consentano di interpretare, in maniera ed inequivoca, la volontà legislativa di connotare la misura cautelare in presenza di particolari esigenze ritenute prevalenti.

²¹⁹ Sul procedimento di impugnazione delle delibere assembleari invalide, per ampi richiami di dottrina e giurisprudenza v. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide, Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum GIANFRANCO CAMPOBASSO*, diretto da ABBADESSA PORTALE, Torino, 2006, 257 ss..

²²⁰ Peraltro, tale norma è applicabile, per effetto del rinvio disposto dall'art. 2519, 1° comma, c.c. del provvedimento di sospensione previsto dall'art. 2378, 3° comma, c.c. anche nel caso di

soci di società di persone ai sensi dell'art. 2287 comma 2 c.c.; ma anche, in altri ambiti quali: l'art. 23 c.c. secondo cui le deliberazioni assembleari delle associazioni e fondazioni impugnate possono essere sospese "su istanza di colui che ha proposto l'impugnazione"; l'art. 1109 comma 2 c.c. in tema di deliberazioni assunte dai partecipanti alla comunione; l'art. 1137 comma 2 c.c. in tema di sospensione di assemblee condominiali²²¹.

In tutti i casi appena elencati, la subordinazione della tutela urgente cautelare alla pendenza del giudizio di merito è stata espressamente prevista dal legislatore; una deroga a tale principio potrebbe trovare giustificazione solo a fronte di azioni soggette a brevi termini di proponibilità (come nel caso di impugnative di deliberazioni sociali)²²².

Non può dirsi lo stesso per la previsione dell'art. 2476 c.c. il cui dato letterale, rappresentato principalmente dal "bistrattato" avverbio "altresi", contenuto nel terzo comma, appare davvero debole²²³ ed unitamente ad una Relazione ministeriale "neutra" sotto il profilo del nesso cronologico tra azione di merito ed istanza cautelare²²⁴, non costituiscono elementi sufficienti a ritenere la cautela esperibile solamente in corso di causa,²²⁵ infatti, come in precedenza affermato, la locuzione "altresi" deve essere interpretata nel senso che la sussistenza di gravi irregolarità nella gestione, determinanti un pregiudizio per il

deliberazioni di esclusione di soci da società cooperative adottate dai relativi consigli di amministrazione che siano impugnate dai soci esclusi ai sensi dell'art. 2533, 3° comma, c.c..

²²¹ V. BENATTI la quale ritiene che basta osservare che il legislatore, ove ha voluto, ha specificamente stabilito la subordinazione della cautela all'azione di merito.

²²² OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam*, cit., § 2.

²²³ Cfr. BENATTI, *op. cit.*, 882 la quale rileva come l'unico dato letterale da cui ricavare che la cautela sia proponibile solo in corso di causa è costituito dall'avverbio "altresi" che lega concettualmente la previsione legislativa dell'azione di merito con l'istanza cautelare. Ma – continua l'A. – questo elemento letterale è considerato debole in quanto non sufficiente univoco, in quanto mancante di ogni puntualizzazione cronologica, pur essendo palese la volontà del legislatore di vincolare la misura cautelare all'azione risarcitoria. Secondo FICO, *op. cit.*, 1100 apparirebbe "riduttivo e limitativo" sostenere l'inammissibilità della tutela cautelare *ante causam* facendo esclusivo riferimento all'avverbio "altresi" in quanto tale espressione integrerebbe la previsione del potere di richiedere, in presenza di gravi irregolarità gestorie pregiudizievoli per la società, l'emissione di un provvedimento cautelare svincolato dall'azione di responsabilità.

²²⁴ L'espressione è di ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 269 secondo cui anche la Relazione ministeriale offre indicazioni "neutre" sotto il profilo del nesso cronologico tra azione di responsabilità ed istanza di revoca, affermando solo che questa può essere proposta con la prima. Anche RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, 825, rinviando alle considerazioni svolte in ordine alla corretta interpretazione dell'avverbio "altresi", ritiene che la Relazione ministeriale "non ha affatto detto" che la revoca cautelare non sia proponibile *ante causam*.

²²⁵ Secondo DE ANGELIS, *op. cit.*, 2855 il dato letterale risulta abbastanza debole unitamente al principio secondo cui la tutela *ante causam* è principio generale dell'ordinamento ha indotto la giurisprudenza ha propendere per la concessione della revoca cautelare anche prima del giudizio di merito.

patrimonio sociale, attribuisca al socio uno strumento ulteriore legittimandolo a fare ricorso alla cautela tipica, ancor prima che instaurare un giudizio di cognizione ordinaria²²⁶: dunque, in mancanza di indicazioni specifiche contrarie “non c’è ragione di negare l’applicazione dei principi generali”²²⁷, considerato, inoltre, che la negazione della tutela *ante causam* contrasterebbe con i rinnovati poteri conferiti ai soci nell’ottica di una massimizzazione della loro tutela²²⁸.

Ed allora sul punto, merita di essere sottolineata l’interpretazione di quella dottrina che ritiene assolutamente oscura la giustificazione ermeneutico-sistemica secondo cui non possa non leggersi nella disposizione in parola,

²²⁶ In tal senso PEDRELLI, *La proponibilità ante causam*, cit., 100. Anche BENATTI, *op. cit.*, 882 ritiene che la possibilità per il socio di richiedere “altresì” la revoca, deve essere intesa quale facoltà opzionale di adire in via cautelare l’autorità giudiziaria sia mediante un ricorso che preceda l’esercizio dell’azione sociale di responsabilità, sia per mezzo di un’iniziativa incidentale; PICARONI, *op. cit.*, 887 la quale, in un’opera di ricognizione delle tesi interpretative riguardanti l’art. 2476 c.c., rileva come l’avverbio “altresì” abbia chiaro valore di congiunzione additiva, volendo significare che in aggiunta alla tutela risarcitoria prevista per qualsiasi caso di *mala gestio* da parte degli amministratori, il socio potrebbe agire per ottenere la revoca dell’amministratore infedele.

²²⁷ E’ questa la conclusione a cui pervengono ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 268 secondo cui la previsione che il socio “può altresì chiedere...che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori” non appare interpretabile univocamente, infatti, la norma richiederebbe che la revoca, senza alcuna indicazione cronologica, sia vincolata all’azione risarcitoria che, nei casi più gravi, può richiedere anche la rimozione immediata dell’organo amministrativo al fine di evitare ulteriori atti in violazione dei doveri inerenti alla carica, suscettibili di aggravare il danno al patrimonio sociale. Sembra - così concludono gli A. - che al legislatore non interessi se la domanda cautelare di revoca sia precedente o contemporanea all’azione di merito ma, ciò che importa, è che si svolga il giudizio di cognizione piena. Nello stesso senso TOMAIUOLI, *op. cit.*, § 2, il quale ritiene che l’avverbio “altresì” abbia significato rafforzativo di “anche” e la collocazione nella *sedes materiae* dell’azione di merito non rappresentano in alcun modo indici inequivoci della contraria volontà legislativa di escludere l’azionabilità della tutela cautelare *ante causam* ma testimoniano la scelta del legislatore di innalzare il livello di tutela dei soci mediante la tipizzazione del provvedimento cautelare di revoca; così anche RUGGIERO, *La revoca dell’amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, 825 secondo il quale l’avverbio “altresì” non assurge ad elemento dirimente in favore del cumulo della tutela cautelare con l’azione di merito in quanto la congiunzione esprimerebbe un valore additivo (nel senso di “inoltre” o “anche”) il che consentirebbe di poter sempre instaurare un giudizio di cognizione ordinaria teso ad accertare le responsabilità degli amministratori e, viceversa, di ammettere anche l’azione di revoca cautelare a prescindere dall’azione di responsabilità e, quindi, anche *ante causam*. In giurisprudenza Trib. Roma 5 agosto 2004, cit., 262 secondo cui l’esperibilità della tutela cautelare *ante causam* prevista dall’art. 669 *ter* c.p.c., che costituisce regola generale dell’ordinamento processuale, non è stata derogata dall’art. 23 D. Lgs. n. 5/03 (ormai abrogato), peraltro, in mancanza di un dato in equivoco e concludente, il tribunale capitolino ha ritenuto di non dover condizionare l’esperimento della tutela sommaria alla previa instaurazione del giudizio di merito, in quanto l’espressione “può altresì chiedere” sembra legittimare il socio “anche” ad un rimedio tipico. Nello stesso senso si erano già espressi Trib. Roma 11 giugno 2004, cit. e Trib. Roma 31 marzo 2004, cit., 262.

²²⁸ In tal senso LONGHINI, *Revoca cautelare degli amministratori*, in *Dir. prat. soc.*, 2006, 20, 93. Cfr. RUGGIERO, *La revoca dell’amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, 826 il quale sostiene come il diritto dei soci, ad una corretta gestione sociale, sarebbe inevitabilmente compreso laddove la tutela apprestata con l’azione di responsabilità non sia sufficiente a soddisfare chi, in presenza dei presupposti, intenda revocare gli amministratori. L’A. precisa, altresì, che affermare che i portatori dell’interesse alla revoca possono considerarsi tutelati, pur dovendo attendere l’instaurazione del giudizio di merito, “appare una limitazione tutt’altro che appagante”.

l'attribuzione al socio non amministratore (ma anche al socio amministratore dissenziente) “sentinella” della corretta amministrazione della nuova srl, di due strumenti paralleli di reazione contro la *mala gestio* dell’organo amministrativo che gli consentono di agire contro il cattivo amministratore e, al tempo stesso, di impedire, in via urgente e cautelare l'aggravamento dei danni: invero, le due azioni sono contenute nei due periodi i quali sono concettualmente legati dall'avverbio “altresì” che non va inteso nel senso di subordinare il precetto contenuto nel secondo periodo con quello contenuto nel primo solo per il fatto che le medesime disposizioni sono legate sintatticamente dal subordinante pronome relativo; infatti, non viene ravvisata una differenza significativa, dal punto di vista precettivo, se la lettera della norma fosse stata composta con “e questi può altresì richiedere” in luogo del codificato “il quale può altresì chiedere”²²⁹.

La tesi dell'ammissibilità della tutela *ante causam* viene, ovviamente, sostenuta da coloro che considerano la revoca cautelare di carattere anticipatorio rispetto alla tutela di merito; una tale considerazione comporta di per sé che nulla possa ostare a proporre la misura cautelare anche in mancanza dell'azione di merito, proprio in virtù dell'autonomia di cui godono le tutele anticipatorie rispetto ai giudizi di merito.

Ancora un'ultima argomentazione favorevole a questo indirizzo propenso all'ammissibilità della tutela anche prima della pendenza della lite, troverebbe riscontro nella circostanza secondo cui, considerata la società a responsabilità limitata per molteplici aspetti simile alla società di persone, non vi sarebbe motivo di operare una distinzione tra le due tipologie societarie con riguardo al momento temporale in cui instaurare la tutela cautelare laddove, nelle società personali, la revoca cautelare avverso gli amministratori infedeli può essere richiesta *ante causam*, prima del giudizio instaurato ex art. 2259 c.c., per mezzo del provvedimento d’urgenza disciplinato dall’art. 700 c.p.c.²³⁰.

²²⁹ In tali termini si è espresso FAIETA, in *Rivista del notariato*, 2004, 3, 773. Sul punto v. anche FABIANI, *Il rito cautelare societario il giudizio abbreviato*, in *Commentario Lo Cascio* (estratto) secondo il quale la norma non dice affatto che la revoca cautelare può essere proposta soltanto in vista o nel corso di un'azione di responsabilità nei confronti dei medesimi amministratori tesa ad ottenere esclusivamente la condanna dei medesimi al risarcimento dei danni, ma si limita a prevedere un potere di azione cautelare a favore dei soci per rimuovere l'amministratore resosi attore di gravi irregolarità gestorie.

²³⁰ Sulla ammissibilità della tutela d’urgenza ex art. 700 c.p.c. nelle società di persone, v. nella giurisprudenza di legittimità Cass. Civ. 29 novembre 2001, n. 15197, in *Giur. it.*, 2002, 778; Cass. Civ. 12 agosto 1976, n. 3028, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2202; nella giurisprudenza di merito Trib. Torre Annunziata 21 ottobre 2003, in *Dir. e giur.*, 2005, 112 con nota di CALDERINI; Trib. Padova 13 luglio 2003, in *Giur. comm.*, 2005, II, 662 con nota di BATTISTINI; Trib. Napoli 26

6. Interpretazioni relative alla sussistenza di un ambito di operatività residuale per la tutela cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c.

L'art. 700 c.p.c. disciplina una misura cautelare che introduce nel nostro ordinamento una forma di cautela cd. atipica o anche innominata che può adattarsi alle singole situazioni di fatto che si vengono a creare, con il fine di tutelare il diritto sostanziale²³¹.

L'atipicità consiste nel fatto che il *periculum in mora* non è determinato a priori dalla legge che, in questo caso, si limita ad individuarlo in un non meglio definito “pregiudizio imminente ed irreparabile” e che il contenuto della misura cautelare è riservato alla discrezionalità del giudice adito che deciderà, per ogni singolo caso, con quali modalità tutelare il diritto sostanziale²³².

Il provvedimento d'urgenza, dunque, consente di apprestare tutela sia alle aree lasciate scoperte dalle misure cautelari tipiche sia a quelle che non verrebbero comunque efficacemente tutelate dalla stessa misura tipica²³³. Per tali motivi viene definito residuale e sussidiario non solo rispetto alla presenza ostativa dei provvedimenti tipici ma, anche e soprattutto, in relazione agli effetti che possono essere raggiunti con l'una o l'altra misura.

Il principio di residualità è espressamente previsto dall'art. 700 c.p.c. nella parte in cui prevede che “fuori dai casi regolati dalle precedenti sezioni di questo capo” può ricorrersi alla misura cautelare in parola²³⁴ mentre, la sussidiarietà consiste nella possibilità che la tutela d'urgenza concorra a riempire il vuoto di tutela non occupato dalla misura tipica qualunque essa sia, se contenuta nelle

febbraio 2003, in *Dir. e giur.*, 2004, 128 con nota di BRIZZI; Id. 22 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 465; Id. 24 maggio 2001, in *Dir. e giur.*, 2001, 281 con nota di SCUDIERO; Trib. Milano 1 luglio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2330.

²³¹ V. TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza ex art. 700*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1998, 866.

²³² Cfr. MANDRIOLI, cit., 2007, 307 il quale ritiene che, pur nel quadro della tutela cautelare, i provvedimenti d'urgenza sono strutturati con la tecnica dell'anticipazione ma, al contempo, svolgono la funzione cautelare e sussidiaria con contenuti sia di carattere anticipatorio che conservativo “avuto riguardo alle specifiche e sempre mutevoli esigenze”.

²³³ Cfr. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700*, in CHIARLONI e CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali. I procedimenti cautelari*, Torino, 2005, 1249 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. IV, Torino, 2005, 283 ss.

²³⁴ Cfr. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 6; anche TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 184 il quale ritiene, tuttavia, che se un diritto soggettivo è già tutelato in via cautelare, tramite un istituto tipico, potrà essere ulteriormente oggetto di tutela per via dell'utilizzo di un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., qualora sia minacciato da un pericolo contro il quale il rimedio cautelare tipico non può essere utile.

disposizioni del libro IV del codice di procedura civile ma anche nel codice civile o nelle leggi speciali²³⁵.

Fatta questa breve premessa, occorre verificare se vi sia uno spazio per l'applicazione della procedura d'urgenza nell'area residua lasciata libera dall'art. 2476 c.c.²³⁶.

L'indagine, volta a verificare spazi di applicazione del provvedimento d'urgenza, potrà quindi riguardare la possibilità di ricorrere alla tutela innominata: a) per richiedere la revoca degli amministratori *ante causam* nel caso in cui si ritenga che la misura cautelare tipica ex art. 2476, comma 3, c.c. sia ammissibile solo incidentalmente al giudizio di merito; b) per richiedere l'inibizione agli amministratori dal compiere determinati atti pregiudizievoli per la società o dall'esercizio di determinati compiti o scelte gestionali²³⁷ o, al contrario, per ordinare il compimento di determinati atti necessari per la vita sociale.

6.1. (Segue): ipotesi di ammissibilità della richiesta di revoca degli amministratori *ante causam* per mezzo del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., laddove la misura tipica, disciplinata dall'art. 2476 c.c., sia ammissibile solo incidentalmente al giudizio di merito.

Con tale ipotesi si tratta di verificare l'ammissibilità, nella fase *ante causam*, della tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c., laddove la tutela sommaria ex art. 2476, comma 3, c.c. venga considerata esperibile unicamente in corso di causa: infatti, l'interpretazione così restrittiva della misura tipica potrebbe dar luogo ad un vuoto di tutela, nella fase antecedente l'instaurazione del giudizio di merito, eventualmente colmabile per mezzo della procedura d'urgenza in presenza di un danno grave ed irreparabile.

Il divieto di ricorrere alla tutela cautelare ex art. 2476, comma 3, c.c. *ante causam*, potrebbe autorizzare il socio, che ritenga sussistere un grave pregiudizio per la società (costituito evidentemente da un danno attuale)²³⁸, a richiedere un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. di revoca degli amministratori prima

²³⁵ In questo senso ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 255.

²³⁶ V. PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 459 con considerazioni di carattere generale sulla necessità di individuare gli strumenti che consentano, di fronte ad atti di *mala gestio* degli amministratori, di ridurre lo scarto tra utilità assicurate dal diritto sostanziale e utilità conseguibili tramite il processo a cognizione piena che, definitivamente accerterà le responsabilità degli amministratori, dapprima solo ipotizzate.

²³⁷ Anche BENATTI, *op. cit.*, 887 riporta questi dubbi elaborati dalla dottrina.

²³⁸ L'ammissibilità del provvedimento d'urgenza necessita sempre di un pregiudizio attuale nel senso di imminente e presente al momento della presentazione dell'istanza.

della pendenza del giudizio di merito sia che questo abbia ad oggetto il risarcimento dei danni sia che preveda – interpretando estensivamente l’art. 2476 c.c. - anche la domanda di revoca definitiva degli amministratori²³⁹.

A tale ricostruzione non osterebbe neanche la funzione della tutela cautelare d’urgenza che, come sostenuto autorevolmente in dottrina, può incidere sul rapporto dedotto sia in senso anticipatorio che conservativo²⁴⁰ dal momento che il provvedimento atipico non persegue necessariamente il fine di anticipare i risultati della tutela cognitiva di merito ma anche quello di assicurazione provvisoria degli effetti della futura decisione di merito²⁴¹. Da tale affermazione ne consegue che, se il giudizio di merito ha carattere unicamente risarcitorio, il provvedimento d’urgenza svolgerà una funzione conservativa mentre, ove si ritenga sussistere un’azione di revoca definitiva, emergerebbe il carattere anticipatorio del provvedimento d’urgenza nei confronti della sentenza di merito²⁴².

Questa opinione interpretativa di favore all'applicazione della tutela d’urgenza *ante causam* deve, però, tener conto della volontà legislativa che sembra fornire un carattere necessariamente incidentale alla cautela tipica, laddove la decisione sulla domanda cautelare, assicurando gli effetti della

²³⁹ Si segnala la posizione di Pret. Roma 30 aprile 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1266 secondo cui il ricorso all’art. 700 c.p.c. non è consentito quando il *petitum* principale sia la revoca degli amministratori mentre la tutela innominata può essere ammessa per ottenere una misura cautelare contro la cattiva gestione degli amministratori allo scopo di prevenire un danno grave ed irreparabile al patrimonio sociale, ai soci ed ai terzi, in funzione di una probabile condanna risarcitoria ex art. 2043 c.c.

²⁴⁰ Cfr. QUERZOLA, *op. cit.*, 803 la quale precisa come, anche alla luce delle ultime riforme nell’ambito del processo societario (oramai abrogato) e del rito civile, non tutti i provvedimenti d’urgenza possono fruire della disciplina che li rende indipendenti dall’instaurando giudizio di merito, come si potrebbe evincere da una prima e statica lettura delle norme, in quanto se ne devono escludere i provvedimenti cautelari innominati che svolgono una funzione meramente conservativa avvalendosi della tecnica della conservazione (quali ad esempio i sequestri di materia lesivo dei diritti personalissimi e messo in circolazione, il sequestro a tutela di invenzioni non brevettate o di marchi non ancora ottenuti). L’A. sottolinea, inoltre, come parte della dottrina, riferendosi agli altri ordinamenti europei, ha criticato la scelta del legislatore di non estendere il principio della c.d. strumentalità attenuata anche alle misure conservative (il riferimento è a CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, c. 146) ma sempre l’A. ritiene che tale opzione legislativa sia stata dettata dalla tendenziale inidoneità del provvedimento conservativo a non soddisfare le esigenze della parte, considerata anche la circostanza che negli ordinamenti europei non esiste la divisione tra provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori.

²⁴¹ In questo senso ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, 49. Esempi di provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c. a funzione conservativa sono riportati da VULLO, *L’attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 12.

²⁴² Né alcun ostacolo proviene dalla circostanza secondo cui la tutela d’urgenza sia strumentale ad una sentenza di accertamento: proprio perché “tale decisione di merito viene a porsi come fonte autonoma del bene della certezza giuridica, assicurando il pacifico svolgimento delle relazioni giuridiche e fissando la regola a cui deve ispirarsi il comportamento futuro delle parti” così ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 142.

decisione di merito, andrebbe assunta solo quando la parte istante ha specificato nell'atto introduttivo del giudizio i motivi del domandare motivi che, in sede cautelare, il giudice del merito apprezza a livello di *fumus*.

In buona sostanza, la misura cautelare di carattere incidentale apparirebbe frutto di una precisa scelta del legislatore²⁴³ che, in determinati casi, intende subordinare l'emissione della misura cautelare alla coincidenza ed identità dell'oggetto dell'indagine del *fumus* e delle ragioni della decisione di merito.

Per questi motivi è lecito domandarsi se, una volta acclarata la volontà del legislatore di qualificare una misura cautelare come incidentale al giudizio di merito, sia consentito ottenere, per mezzo del provvedimento d'urgenza, gli stessi effetti della tutela tipica prima dell'instaurazione del giudizio di cognizione piena.

Al quesito deve risponderci considerando il principio di residualità della tutela d'urgenza, secondo cui il ruolo che l'art. 700 è chiamato a svolgere, quale norma di chiusura dell'intero sistema cautelare, è quello di predisporre uno strumento che consenta di salvaguardare i diritti o rapporti sostanziali da un grave ed irreparabile pregiudizio in funzione della garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, senza interferire con la misura cautelare tipica né integrarla o completarla²⁴⁴.

E' pur vero, però, che una lettura eccessivamente cieca e restrittiva dell'art. 700, tale da ritenere incompatibile il concorso della tutela innominata con quella tipica, comporterebbe estendere *tout court* la riserva anche alle misure cautelari extravaganti, escludendo di fatto, *a priori* e senza alcun discernimento, la possibilità di occupare determinati spazi cautelari lasciati liberi dai mezzi tipici e ridimensionando in modo spropositato il carattere di norma di chiusura dell'art. 700 e lo stesso ambito oggettivo di applicazione²⁴⁵.

²⁴³ Cfr. al riguardo per tutti, FRE', *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA E BRANCA, Bologna, Roma, 1982, 417 secondo cui la sospensione delle delibere assembleari costituisce un accessorio o, come si diceva, vigente l'abrogato codice di procedura civile, un incidente dell'azione principale.

²⁴⁴ In tal senso ARIETA, *Le tutele sommarie Il rito cautelare uniforme I procedimenti possessori*, in *Trattato di diritto processuale civile*, MONTESANO ARIETA (a cura di), Padova, 2005, Vol. III, t. I, 595 secondo il quale (con riferimento alla misura cautelare della sospensione della delibera assembleare ex art. 2378 c.c.), se la legge ha configurato la misura cautelare extravagante come necessariamente incidentale, prevedendo che la sospensione degli effetti possa essere disposta solo a lite pendente, non può ammettersi il provvedimento d'urgenza *ante causam* in quanto costituirebbe un'interferenza non dovuta con il modo di operare della tutela tipica.

²⁴⁵ Così ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 82.

La giurisprudenza, in merito sia pure con decisioni di segno contrario, si è espressa per l'inammissibilità del ricorso all'art. 700 c.p.c.²⁴⁶ in quanto per il principio di residualità, si otterrebbe *ante causam* lo stesso risultato conseguibile con la misura tipica²⁴⁷.

²⁴⁶ V. PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, cit., 458 che critica le motivazioni "spesso sbrigative e tutt'altro che appaganti" della giurisprudenza la quale, di fronte ad atti di *mala gestio* ha escluso il ricorso alla tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. in presenza di misure cautelari tipiche previste dal legislatore nel procedimento per irregolarità della gestione sociale.

²⁴⁷ Cfr. PELLEGRINI, *op. cit.*, 706 la quale ritiene che l'istanza di revoca degli amministratori dovrebbe essere formulata secondo i presupposti richiesti dall'art. 2476, comma 3, c.c. seguendo il rito cautelare societario ed il processo cautelare uniforme per quanto compatibile, escludendo, quindi, l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. Ancora in dottrina per l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 700 c.p.c. stante la tipicità delle singole misure cautelari: a) con riferimento all'art. 2378 c.c. COREA, *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 700 c.p.c.)*, in *www.judicium.it*, § 1 il quale, con riguardo al nuovo testo della norma introdotto dal D. Lgs. n. 6/2003, ritiene che non vi siano dubbi che la misura cautelare della sospensiva possa essere chiesta solo una volta instaurato il giudizio di impugnazione della delibera; FERRI, *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 122; VIDIRI, *Sospensione delle delibere societarie ex art. 2378 c.c. e nuovo procedimento cautelare*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2615; SORDELLI, *op. cit.*, 826; PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 364; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 194 e dello stesso A., *Provvedimenti d'urgenza e diritto delle società*, in *Società*, 1984, 144 ss.; GOMMELLINI, *Sulla sospensione dell'esecuzione di delibere assembleari*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 935 ss.; PAOLI, *Inammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. in materia di sospensione dell'esecuzione di una delibera assembleare di s.p.a.*, in *Dir. e Giur.*, 1975, 749; MONTEL, MARINETTI, *Sulla inammissibilità della sospensione di delibera assembleare anteriore alla impugnativa di questa e senza previa audizione degli amministratori e sindaci*, in *Dir. Fall.*, 1968, II, 431; b) con riferimento all'art. 2287 v. SORDELLI, *op. cit.*, 826; CAVALLI, *Sospensione della delibera di esclusione di un socio di società di persone ex art. 700 Codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 39 ss.; c) con riguardo all'art. 2527 c.c. v. SORDELLI, *op. cit.*, 826; ANDRIOLI, *Competenza a sospendere la deliberazione di esclusione di un socio di società in nome collettivo*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 1139. In giurisprudenza per l'inammissibilità del provvedimento d'urgenza in presenza di una misura cautelare tipica v. Cass. civ. 29 gennaio 1993, n. 1164, in *Foro it.*, 1993, 2206 secondo cui il provvedimento d'urgenza è previsto da una c.d. norma di chiusura che presuppone che la tutela cautelare non sia assicurata da altra normativa; Trib. Ravenna 25 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 877, con nota di BENATTI, secondo cui il ricorso alla tutela cautelare atipica è precluso dal carattere sussidiario o residuale dell'art. 700 c.p.c., laddove l'esigenza cautelare sia adeguatamente soddisfatta attraverso una misura cautelare tipica (nella specie rappresentata dalla revoca dell'amministratore ex art. 2476, 3° comma, c.c.); Trib. Catania 30 agosto 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 1911, il quale ha dichiarato inammissibile la richiesta di adozione di un provvedimento d'urgenza avverso la deliberazione di esclusione di un socio da un'associazione non riconosciuta, in quanto esiste il rimedio cautelare tipico individuabile nella procedura prevista ex art. 23 e 24 c.c.; Trib. Roma 12 marzo 2001, in *Società*, 2001, 1093 con nota di BISINELLI e in *Nuovo dir.*, 2001, 720 con nota di NAPPA secondo cui è inammissibile il ricorso, proposto a norma degli art. 669ter e 700 c.p.c., per ottenere la sospensione dell'efficacia di una clausola statutaria che consente alla minoranza dei soci di eleggere il maggiore numero dei consiglieri di amministrazione, dato che, essendo stata la predetta clausola con una deliberazione assembleare, il risultato della sua sospensione può conseguirsi soltanto per mezzo del provvedimento cautelare regolato dall'art. 2378 c.c.; Trib. Padova 20 aprile 2000 in *Società*, 2001, 1122 con nota di BONAVERA che ha escluso la possibilità di coesistenza dei rimedi cautelari di cui all'art. 700 c.p.c. e all'art. 2527, terzo comma, c.c. (in tema di scioglimento del rapporto sociale del socio di società cooperativa) in quanto non può applicarsi lo strumento del provvedimento d'urgenza *ante causam* laddove abbia oggetto identico alla tutela tipica offerta dalla sospensione della deliberazione di esclusione del socio la cui esperibilità è prevista solo in corso di causa; Trib. Como 11 febbraio 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 149, con

Pertanto, in base alle considerazioni svolte, considerato che la tutela ex art. 700 c.p.c. verrebbe richiesta sulla base dei medesimi presupposti (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) che regolano la misura cautelare di cui all'art. 2476 c.c., comma 3²⁴⁸, c.c., il provvedimento d'urgenza costituirebbe un duplicato della tutela tipica la cui *ratio* legislativa, in tal modo, verrebbe illegittimamente stravolta e finirebbe per frustrare quelle finalità che il legislatore ha voluto perseguire disponendo le misure cautelari tipiche e prevedendo l'assoggettamento delle medesime a peculiari e specifici presupposti²⁴⁹.

nota di PINTO il quale ha sostenuto che, poiché le delibere del consiglio di amministrazione di una società per azioni contrarie alla legge o all'atto costitutivo sono impugnabili secondo le norme dettate in tema di invalidità delle delibere assembleari, deve ritenersi inammissibile, per difetto del requisito di residualità, l'istanza di sospensione di una delibera consiliare proposta ai sensi dell'art. 700 c.p.c., data la presenza della misura cautelare tipica disciplinata dall'art. 2378, comma 4, c.c.: il tribunale lombardo, inoltre, precisa come non possa ricorrersi alla tutela atipica laddove ricorrano tutti gli elementi delle singole misure cautelari tipiche con riferimento al rapporto o diritto dedotto e al *periculum* che si intende neutralizzare; Pret. Jesi 8 luglio 1974, in *Dir. e giur.*, 1975, 749 ss. che sottolinea la sussidiarietà del provvedimento atipico, la cui concessione è sempre subordinata alla insussistenza o inapplicabilità nel caso concreto delle specifiche misure previste dalla legge; cfr. nello stesso senso Trib. Cagliari 26 febbraio 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 116; Trib. Catania 21 ottobre 1996 in *Dir. fall.*, 1996, II, 967 con nota di RAGUSA MAGGIORE; Trib. Roma 2 settembre 1996, in *Impresa*, 1996, 1649; Trib. Catania 22 marzo 1995, in *Società*, 1995, 1092; Trib. Reggio Calabria 9 maggio 1994, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2613 e in *Foro it.*, 1994, I, 2524; Trib. Torre Annunziata 17 maggio 1994, in *Giur. merito*, 1998, 967; Trib. Catania 19 ottobre 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 691 con nota di SANFILIPPO; Trib. Napoli 11 gennaio 1993, in *Giur. comm.*, 1994, 472; Id. 19 dicembre 1992, in *Società*, 1993, 957 con nota di GUARNIERI, Pret. Acqui Terme 23 ottobre 1989, in *Società*, 1990, 364 ss., Pret. Roma 2 febbraio 1987, in *Temi romana*, 1986, 737 ss., Id. 8 aprile 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2794, con nota di richiami.

²⁴⁸ Di recente in giurisprudenza, proprio con riferimento a questa specifica fattispecie, è di questa opinione Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 886 secondo cui il ricorso ex art. 700 c.p.c. si ispira al principio di residualità per cui ammettere questa azione, in presenza della misura cautelare tipica, significherebbe ricercarne presupposti diversi da quelli posti a fondamento della tutela ex art. 2476 c.c. il che fornirebbe una non prevista funzione integrativa o complementare alla tutela innominata.

²⁴⁹ E' di questa opinione anche SORDELLI, *I sequestri di diritto industriale e d'autore e i provvedimenti cautelari in materia societaria alla luce della novella sul processo civile 1990*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 825 secondo cui (con riferimento alla misura cautelare della sospensione delle delibere assembleari anche di esclusione del socio ai sensi dell'art. 2287 comma 1 e 2527, comma 3, c.c.) il legislatore ha inteso circoscrivere entro confini e termini ben definiti la possibilità di esperire la sospensione individuando la *ratio* del procedimento all'interno di quello di impugnazione o esclusione del socio (di modo che l'instaurazione *ante causam* non sia ammissibile) con la conseguenza che la tutela d'urgenza potrebbe presentarsi come una sostanziale elusione della norma di legge. Di questo avviso anche VIDIRI, *op. cit.*, 2616 il quale in commento alla sentenza del Trib. Reggio Calabria 9 maggio 1994, cit., sottolinea come il tribunale calabrese abbia proposto per l'inammissibilità della tutela d'urgenza *ante causam* in quanto tale rimedio rischierebbe di vanificare la portata dell'art. 2378 c.c., di eludere cioè l'intento legislativo di subordinare la concessione della sospensiva alla condizione di un preliminare atto di impugnazione della delibera societaria. La tesi viene condivisa anche dall'A. il quale sostiene il carattere residuale della tutela d'urgenza. V. anche DINI, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, 5° ed., Milano, 1981, 191 il quale ritiene precluso il ricorso alla tutela cautelare atipica in presenza di un altro mezzo cautelare tipico idoneo a salvaguardare la situazione cautelanda dal pregiudizio dedotto.

Certamente a diversa conclusione si potrebbe pervenire se venisse dedotta una diversità di *pericula*, nel senso che, laddove il pregiudizio grave ed irreparabile alla società sia di natura diversa rispetto al pregiudizio che si potrebbe configurare in corso di causa, dovrebbe consentirsi il rimedio della tutela d'urgenza *ante causam*, venendosi a caratterizzare una situazione di pericolo differente da quella che poi si troverebbe a giudizio instaurato.

Una ragione che potrebbe, comunque, giustificare l'ammissibilità della tutela d'urgenza *ante causam*, potrebbe rinvenirsi nella mancanza di tempestività²⁵⁰ della misura cautelare tipica, cui potrebbe conseguire una violazione del diritto di difesa del ricorrente, tale da causare ad un aggravamento ed irreparabilità del danno nel tempo necessario per l'instaurazione del giudizio di merito e della contestuale domanda cautelare²⁵¹: tale vuoto di tutela ben potrebbe

²⁵⁰ V. MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 657 ss.; TARZIA, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, *ivi*, 1986, 35 ss., sul sempre maggiore ricorso alla tutela d'urgenza, con effetti anticipatori della sentenza di merito, per rimediare alla lungaggine del processo ordinario e fornire uno strumento immediato di tutela alla parte, anche con riferimento all'art. 24 Cost. In giurisprudenza contrario all'uso della tutela atipica come rimedio all'intempestività della misura tipica tale v. Pret. Noci 30 aprile 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 1182 secondo cui "si dovrebbe necessariamente concludere che la legge predispone una tutela differenziata, non solo prevedendo misure cautelari accanto ai rimedi generali, ma anche tutele differenziate all'interno degli stessi strumenti cautelari. Infatti, se accanto alla misura cautelare tipica, si affiancasse l'art. 700 c.p.c. si avrebbe la curiosa situazione di chi chiede di essere tutelato in via urgente per il timore che, durante il tempo necessario per agire sempre in via urgente, il suo diritto possa ricevere un pregiudizio imminente ed irreparabile".

²⁵¹ In giurisprudenza favorevole a questa interpretazione si sono espressi: App. Torino 15 dicembre 1977, in *Giur. comm.*, 1979, II, 720 che ammette la tutela innominata laddove il mezzo ordinario non risulti tempestivo; Trib. Napoli 9 novembre 2005, in *Società*, 2006, 1406 con nota di CARDARELLI; Id. 22 marzo 2005, cit., 2007, 704 con nota di PELLEGRINI che ritiene ammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c. ante causam* in quanto è principio generale del nostro ordinamento che il titolare di un diritto può domandarne sempre la tutela d'urgenza in ricorrenza dei presupposti di legge. Il giudice napoletano, ritiene comunque ammissibile la tutela atipica laddove, accedendo ad una lettura restrittiva dell'art. 2476 c.c. non sia possibile attivarla *ante causam*; Trib. Milano 20 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 1433 e *Società*, 1998, 811 con nota di FASOLINO che con riguardo alla concorrenza della tutela atipica con il rimedio di cui all'art. 2378, comma 4, c.c. (in tema di impugnativa di delibera assembleare di società), ha specificato come la misura cautelare tipica consenta di essere richiesta solo ad impugnazione pendente con la conseguenza che, prima dell'instaurazione della lite, non è prevista alcuna tutela diretta d'urgenza del diritto degli azionisti di eliminare gli effetti di una delibera assembleare invalida, lasciando quest'ultimi per un lungo periodo di tempo privi di una tutela specifica. Sulla base di tale considerazione, il tribunale milanese ha deciso che "tale lacuna può essere colmata ricorrendo al provvedimento innominato d'urgenza"; v. anche Trib. Verona 1 agosto 1996, in *Giur. merito*, 1997, 4 con nota di ASPRELLA il quale (con riferimento alla sospensione della delibera di esclusione del socio dalla società cooperativa *ex art. 2527*, comma 3, c.c.) ha ritenuto ammissibile la sospensione dell'esclusione *ex art. 700 c.p.c.*, il cui carattere sussidiario non verrebbe violato, in quanto la tutela tipica sarebbe procrastinata nel tempo e in sostanza tardiva e diversa rispetto a quella prontamente garantita dalla misura d'urgenza; cfr. anche Trib. Salerno 18 gennaio 1995, in *Giur. comm.*, 1995, 694 ss.; id. 22 dicembre 1994, *ivi*, 694 ss.; Trib. Milano 21 giugno 1988, in *Giur. comm.*, 1988, II, 904; Pret. Ischia 15 novembre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, 625 con nota di ROCCO DI TORREPADULA; Pret. Brindisi 21 marzo 1966, in *Foro it. Rep.*, 1996, Società, n. 358. In dottrina MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (seconda parte): L'impugnazione*, in *Società*, 2003, 680 la quale, con riferimento alla sospensione

essere colmato con un provvedimento d'urgenza che, nel caso di specie, attuerebbe una tutela effettiva, fruttuosa ed immediata²⁵², in modo da evitare un irreparabile pregiudizio alla gestione ed al patrimonio sociale nonché all'assetto societario.

Del resto non può dubitarsi come, in presenza di gravi irregolarità gestorie già produttive di danni ed ancora *in itinere*, il ricorso al provvedimento d'urgenza di revoca degli amministratori *ante causam* potrebbe immediatamente far cessare le condotte lesive dell'organo amministrativo²⁵³, evitare l'aggravarsi dei danni già

delle delibere assembleari, ritenuta la natura cautelare del mezzo, afferma l'applicabilità della misura ex art. 700 *ante causam* che consente di ottenere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione assembleare risolvendo il problema della effettività della tutela cautelare e superando le eventuali censure di incostituzionalità che potrebbero essere attirate da un sistema così congegnato; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, 148 ss.; BREIDA, *Nuove (e vecchie) questioni in tema di controllo giudiziario delle società*, in *Giur. it.*, 1999, 1891 la quale ritiene precluso lo strumento ex art. 700 c.p.c. ogni qualvolta l'ordinamento preveda un mezzo cautelare tipico, con l'unico temperamento di una valutazione condotta caso per caso ove il ricorso alla tutela tipica sia particolarmente gravoso, di difficile accesso o non sia di garanzia contro il *periculum in mora*; PISANI MASSAMORMILE, *La sospensione della delibera di assemblea di s.p.a. ed il nuovo modello di procedimento cautelare*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 879; GUARNIERI, *Convocazione di assemblea: inammissibile la sospensione con provvedimento d'urgenza*, in *Società*, 1993, 961 avanza dubbi di costituzionalità dell'art. 2378, comma 4, c.c. che, limitando il diritto di difesa (ex art. 24 Cost.), impone all'opponente, che voglia ottenere la sospensiva della delibera assembleare, di instaurare obbligatoriamente il giudizio d'impugnazione nel merito, rischiando di proporre frettolosamente una forzata domanda superficiale, lacunosa o poco incisiva. L'A. conclude sostenendo che non è necessario però ricorrere ad una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 2378 c.c. nella parte in cui non prevede l'esperibilità *ante causam* in quanto, proprio la natura residuale della tutela d'urgenza, riempirebbe gli spazi di tutela cautelare che il legislatore non ha previsto con provvedimenti tipici; ancora a favore dell'ammissibilità della tutela atipica FASOLINO, *Assistenza di terzi nella valutazione del rapporto di cambio*, in *Società*, 1998, 816 il quale ritiene che l'utilizzabilità dell'art. 700 c.p.c. è giustificata dalla considerazione che, pur essendo la terminologia ivi usata dal legislatore differente da quella di cui all'art. 2378 c.c., le espressioni si possono considerare equivalenti e, quindi, anche il provvedimento d'urgenza potrebbe tutelare le medesime situazioni disciplinate dall'altro articolo. L'utilizzazione promiscua del lessico contenuto nelle due norme dimostrerebbe, secondo l'A., la sostanziale equivalenza di tutela dei due strumenti disciplinati nel codice civile e nel codice di rito; MAJELLO, in *Il procedimento ex art. 700 c.p.c. in materia di società*, in *Riv. soc.*, 1961, 245 il quale riconosce la possibilità di utilizzare il provvedimento d'urgenza, in talune ipotesi e con una certa prudenza in modo da fornire una tutela più ampia, intensa, pronta e "concorrente" a quella prevista dai provvedimenti tipici; CARNELLUTTI, in *Note intorno alla sospensione della deliberazione di esclusione di un socio da una società di persone*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, II, 253.

²⁵² Cfr. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 82 il quale ritiene che non si possa allargare, con l'applicazione dell'art. 700, l'ambito e le modalità di funzionamento della tutela tipica ma di consentire che, nei casi in cui le caratteristiche della misura tipica o le caratteristiche della stessa non consentano la tutela dei diritti soggettivi, il ricorso alla tutela atipica sia in grado di colmare possibili vuoti di tutela consapevolmente o inconsapevolmente lasciati dal legislatore. In nota l'A. specifica come, nel caso dell'art. 2409 c.c. oltre agli opportuni provvedimenti cautelari di natura conservativa, il tribunale può soltanto disporre singole e specifiche misure a contenuto anticipatorio quali la revoca degli amministratori e dei sindaci e la nomina di un amministratore giudiziario.

²⁵³ Si pensi al caso in cui il socio, a seguito della visione dei documenti amministrativi e contabili della società, abbia riscontrato gravi irregolarità gestorie degli amministratori o l'imminente conclusione di un atto dannoso per la società e possa agire immediatamente, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per la rimozione dell'organo amministrativo ed evitare, quindi, la verifica dell'incipiente danno ed il depauperamento del patrimonio sociale. In merito v. FICO, *op. cit.*,

prodotti e la produzione di altri, ma soprattutto scongiurare il rischio che gli amministratori, per sottrarsi all'eventuale azione di responsabilità, abbiano il tempo di manomettere, occultare e disperdere le prove delle loro condotte illegittime, specie laddove la misura cautelare innominata sia concessa con decreto *inaudita altera parte* ai sensi dell'art. 669 *sexies* c.p.c.²⁵⁴.

Ancora un elemento di favore a questa ipotesi interpretativa, giungerebbe dal parallelismo che può instaurarsi con l'art. 2259, comma 3, c.c. che disciplina la revoca degli amministratori nelle società di persone, laddove è consentito chiedere la rimozione dell'organo amministrativo anche prima della pendenza del giudizio di merito, utilizzando il provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.

Pertanto, analogamente a quanto avviene per le società di persone, nel caso in cui si ritenga inammissibile la tutela tipica ex art. 2476 *ante causam*, dovrebbe consentirsi il ricorso alla procedura d'urgenza prima dell'instaurazione del giudizio di merito al fine di ottenere la revoca degli amministratori²⁵⁵.

La contraria opinione secondo cui la carenza nel dettato normativo dell'art. 2259, comma 3, c.c. di una disciplina riguardante una misura cautelare (al contrario di quanto previsto dall'art. 2476, comma 3, c.c.) giustificerebbe il ricorso alla tutela atipica nelle società di persone²⁵⁶, appare argomento decisamente debole, infatti, il socio della società di capitale potrebbe trovarsi, nella fase *ante causam*, nelle medesime condizioni sostanziali e processuali del socio di società personale, con la differenza che quest'ultimo potrebbe immediatamente fare ricorso alla tutela d'urgenza per la revoca degli amministratori, mentre il socio di s.r.l. sarebbe costretto ad instaurare preliminarmente il giudizio di merito, in spregio ad ogni volontà legislativa di

1101 secondo cui con l'azione cautelare atipica si avrebbe il vantaggio che, oltre a revocare l'amministratore, il socio potrebbe richiedere provvedimenti che riconducano la gestione nell'ambito della correttezza, attraverso la prosecuzione dell'attività sociale a differenza della misura tipica che non può andare oltre la semplice rimozione dell'organo amministrativo.

²⁵⁴ In realtà il provvedimento d'urgenza, soprattutto se reso con decreto *inaudita altera parte*, avrebbe un effetto sorpresa nei confronti degli amministratori tale da cristallizzare ogni situazione riguardante la società.

²⁵⁵ Così ha deciso Trib. Napoli 22 marzo 2005, cit., 704 che ha precisato come il provvedimento cautelare d'urgenza emesso *ante causam* di contenuto del tutto sovrapponibile alla statuizione che sarebbe emessa dal Tribunale all'esito del giudizio di merito potrebbe evitare al ricorrente una causa risarcitoria che, nell'ipotesi di impossidenza dell'amministratore, comporterebbe solo un dispendio economico. Il tribunale partenopeo precisa, inoltre, come la diversa opinione porterebbe il socio a proseguire un giudizio per ottenere un'inutile condanna.

²⁵⁶ E' di questa opinione PELLEGRINI, *op. cit.*, 707 la quale sottolinea come l'art. 2259, comma 3, c.c., non prevede in aggiunta all'azione di merito di revoca anche quella di carattere cautelare con la conseguenza che la revoca cautelare potrebbe essere richiesta *ante causam* solo per mezzo della tutela atipica, anche in virtù del tenore letterale della disposizione.

avvicinare la disciplina e tipologia della società a responsabilità limitata a quelle delle persone fisiche.

Né potrebbe opporsi all'ammissibilità della tutela d'urgenza *ante causam* la debolezza argomentativa del brocardo *ubi lex voluit dixit* né tantomeno il rischio di disomogeneità di un giudizio tra diversi giudici (pretura e tribunale), argomento addotto prima della riforma del codice di procedura civile del 1990 e venuto meno a seguito del passaggio al tribunale della competenza pretorile²⁵⁷ ad emettere misure cautelari²⁵⁸. A ciò aggiungasi che sono stati ritenuti elementi idonei a superare ogni dubbio all'ammissibilità *ante causam* del provvedimento d'urgenza, sollevato in costanza della previgente disciplina in presenza di una misura tipica, anche il regime della revocabilità, modificabilità, reclamabilità ed inefficacia della misura cautelare, introdotto con il rito cautelare uniforme, in ipotesi di mancato inizio del giudizio di merito²⁵⁹.

E', quindi, da condividersi l'opinione secondo cui "l'esistenza di una misura cautelare tipica può escludere l'applicabilità di quella atipica solo in quanto la prima assicuri in concreto (e cioè in presenza di tutte le condizioni di fatto e diritto) la stessa tutela con la medesima ampiezza"²⁶⁰, con la conseguenza che, quando ciò non accade, non potrebbe, in via assoluta, negarsi il ricorso alla tutela innominata.

Pertanto, laddove si ammetta la tutela d'urgenza *ante causam*, il provvedimento emesso ex art. 700 potrebbe svolgere, come anzidetto, una funzione di carattere conservativo o anticipatorio a seconda se verrà ritenuto strumentale all'azione di merito risarcitoria o di revoca definitiva: è del tutto evidente che se la misura cautelare svolgerà una funzione anticipatoria, l'istante, in ossequio ai principi della c.d. strumentalità attenuata, di cui all'art. 669 *octies* c.p.c., potrà evitare anche l'instaurazione del giudizio di merito a vantaggio dell'economia processuale così come il ricorrente, in caso di rigetto dell'istanza ex art. 700, sarà indotto a ripensare l'eventuale inizio del successivo giudizio di cognizione ordinaria che, già in sede sommaria, si è presentato *prima facie* non meritevole di accoglimento.

²⁵⁷ Sull'abrogazione della competenza cautelare *ante causam* del pretore v. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 334; CONSOLO, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano 1991, 436.

²⁵⁸ E' di questa opinione GUARNIERI, *Convocazione di assemblea*, cit., 961.

²⁵⁹ Così COREA, *op. cit.*, §1.

²⁶⁰ In questo senso Pret. Roma 31 dicembre 1987, in *Giust. civ.*, 1988, I, 793.

Ciò detto l'ultimo interrogativo che ci si pone è se il contenuto del provvedimento d'urgenza dovrà limitarsi solo alla revoca dell'amministratore oppure potrà contenere contestualmente anche altre misure (quali ad esempio la nomina di un amministratore giudiziario o la convocazione dell'assemblea dei soci per la nomina di un nuovo organo amministrativo) idonee a contemperare le esigenze di continuità dell'esercizio dell'attività economica²⁶¹, magari non potendo ritenersi sufficiente, attesa la complessità della gestione sociale, il solo impedire la provocazione di altri danni o l'aggravamento dei medesimi, senza prevedere misure per il futuro assetto societario.

Invero, attraverso la revoca dell'amministratore si interromperà l'attività che ha provocato il danno, ma la sola rimozione dell'organo amministrativo non potrebbe essere sufficiente a garantire la completa tutela dell'organizzazione societaria, con la conseguenza che, affinché il pregiudizio derivante da una gestione scorretta possa essere ammortizzato, in sede di tutela d'urgenza il giudice potrebbe valutare anche l'emissione di provvedimenti che disporranno il prosieguo dell'attività sociale e che dovranno evitare il protrarsi di eventi dannosi²⁶².

E' indubbio che tale problema, con riferimento alla concessione del provvedimento d'urgenza, si presenta anche in caso di revoca degli amministratori per mezzo della misura cautelare tipica, con la precisazione che la tutela ex art. 700, a differenza di quella ex art. 2476 c.c.²⁶³, può avere ogni e

²⁶¹ In merito v. AMBROSINI, *Art. 2476*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004; CAMPOBASSO, *La Riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003; CORAPI, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Società*, 2003, 1571; MAINETTI, *op. cit.*, 936.

²⁶² E' di questa opinione anche CARDARELLI, *op. cit.*, 1409 la quale esprime il proprio favore ad un provvedimento d'urgenza ex art. 700 di ampia portata in quanto l'azione di responsabilità sarebbe indice di un conflitto tra *governance* e proprietà che la tutela cautelare dovrà contribuire a mitigare. Pertanto – continua l'A. – l'autorità giudiziaria sarà chiamata a gestire l'interesse della società mediante un provvedimento che superi i conflitti societari e, nell'ambito della discrezionalità che gli è propria, commisurare il proprio intervento in base alle concrete esigenze della società. A tal proposito la revoca cautelare dell'amministratore rappresenta un *minimum* imprescindibile a cui dovranno aggiungersi altri provvedimenti. In giurisprudenza, però con riguardo alla società di persone, sulla necessità di adottare ulteriori provvedimenti unitamente a quello di revoca dell'amministratore v. Trib. Milano 1 luglio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2330 con nota di SPIOTTA che, a seguito, di revoca per giusta causa dell'unico socio accomandatario, ha acconsentito al rilascio all'accomandante di una procura speciale per la conclusione di un singolo affare.

²⁶³ Secondo CARDARELLI, *op. cit.*, 1410 il legislatore ha formulato l'art. 2476, comma 3, c.c. in maniera incompleta perché, preoccupato di fornire uno strumento per revocare gli amministratori, non ha previsto nessun rimedio circa l'integrazione dell'organo amministrativo con la conseguenza che il mancato funzionamento della società potrebbe causare un ulteriore danno derivante dalla interruzione della gestione.

qualsiasi contenuto in modo da adattarsi ad ogni situazione giuridica e di fatto da tutelare²⁶⁴.

6.2. (Segue): verifica dell'ammissibilità della tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. per ottenere provvedimenti diversi dalla revoca degli amministratori di carattere inibitorio o riguardanti l'esercizio di poteri gestionali.

Con riguardo a questa ipotesi, non sembra potersi escludere aprioristicamente la possibilità di richiedere, con provvedimento d'urgenza sia *ante causam* che in corso di causa, tutte quelle misure, diverse dalla revoca dell'organo amministrativo, che appaiono idonee ad assicurare gli effetti della decisione sulla sussistenza del diritto al risarcimento del danno e la successiva condanna degli amministratori.

Dunque, si potrebbero richiedere al tribunale, per il mezzo della procedura d'urgenza, quei provvedimenti che garantiscano l'effettiva tutela risarcitoria e neutralizzino il pregiudizio da tardività derivante dal protrarsi della violazione per tutto il tempo necessario allo svolgimento del giudizio ordinario di cognizione²⁶⁵.

A mero titolo esemplificativo, anche con riferimento alle pronunce giurisprudenziali che hanno ammesso la tutela atipica in costanza di procedimento ex art. 2409 c.c., per mezzo del provvedimento d'urgenza potrebbe essere ordinato all'organo amministrativo di tenere o meno un determinato comportamento, di non vendere un determinato immobile o un *asset* ritenuto strategico per la società, l'inibizione a compiere eventuali atti di dispersione del patrimonio sociale o l'esercizio di alcuni poteri gestionali anche di straordinaria amministrazione. Viene addirittura ipotizzata la possibilità di chiedere con

²⁶⁴ Cfr. CARDARELLI, *op. cit.*, 1411 la quale ritiene che il legislatore, per mezzo del D. lgs. n. 6/2003, abbia voluto aumentare, rispetto alla vecchia disciplina, il grado di tutela dei soci della srl dalle gravi irregolarità gestionali offrendo loro uno strumento più flessibile. Per tali motivi l'A. sostiene che la funzionalità dell'azione cautelare alla situazione di irregolarità societaria, insieme alla discrezionalità del giudice nel disporre il contenuto dei provvedimenti d'urgenza, consentano di interpretare in senso più estensivo l'art. 2476, comma 3, c.c. in modo che il socio possa utilizzare la tutela sommaria non solo per cristallizzare il danno causato dall'amministratore *contra legem* ma anche per ricondurre la gestione sociale nella correttezza. V. anche ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 141 secondo cui è inapplicabile al giudizio cautelare l'art. 112 c.p.c., nel senso che non può trovare applicazione il principio tra chiesto e pronunciato, inteso quale regola che impone al giudice di non andare in ultra o extrapetizione, in quanto egli dovrà emettere i provvedimenti ritenuti più idonei alla salvaguardia del diritto e che siano i più efficaci ed opportuni in sede di realizzazione della finalità cautelare; ciò non significa che la parte non possa precisare o indicare quali potrebbero essere i provvedimenti dalla stessa ritenuti più efficaci a tutela del diritto soggettivo cautelando.

²⁶⁵ Cfr. PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, cit., 472.

provvedimento cautelare d'urgenza la sospensione dalla carica di amministratore che è provvedimento evidentemente diverso dalla revoca, anche se, per taluni versi, produce almeno momentaneamente i medesimi effetti²⁶⁶.

Un primo limite che, però, potrebbe condizionare il ricorso al provvedimento d'urgenza si rinverrebbe nella provvisorietà dello strumento cautelare che, comunque, escluderebbe misure irreversibili contrastanti con l'interinalità della tutela sommaria²⁶⁷.

Altro limite è rappresentato dal requisito dell'irreparabilità²⁶⁸ del pregiudizio che, nelle azioni con fini risarcitori, appare difficilmente configurabile potendo essere suscettibile di riparazione. Deve, comunque, rilevarsi come costituisce orientamento giurisprudenziale e dottrinario, oramai consolidato, l'opinione secondo cui anche i diritti di carattere obbligatorio, oltre che quelli assoluti personali, siano tutelabili per mezzo del provvedimento d'urgenza laddove il pregiudizio possa non trovare, nel risarcimento, un ristoro integrale e tempestivo oltre che di incerta ed aleatoria quantificazione²⁶⁹.

Pertanto, in tali casi, non ci sembra di poter escludere l'emissione del provvedimento d'urgenza in quanto l'irreparabilità, pur non assumendo i termini di una lesione irreversibile del diritto, potrebbe configurarsi in maniera tale che gli strumenti risarcitori esistenti, non esclusa la reintegrazione in forma specifica, non appaiano sufficienti a dare completa tutela al diritto²⁷⁰.

²⁶⁶ Ancora PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, cit., 473.

²⁶⁷ ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 73 il quale sottolineando il carattere provvisorio della tutela in esame precisa che il giudice della cautela deve evitare, per quanto possibile, l'emissione di misure a contenuto ed effetti irreversibili e che comunque, determinino effetti difficilmente eliminabili all'esito del futuro giudizio di merito. Nello stesso senso PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 386 il quale sostiene che il provvedimento d'urgenza, pur con il fine di neutralizzare il pregiudizio irreparabile dell'istante, deve limitare al minimo l'eventuale o probabile irreversibilità dei suoi effetti. V. anche LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, Milano, 1960, 162 il quale precisa come l'art. 700 è diretto a soccorrere la parte che si sente minacciata "apprestando soluzioni provvisorie in vista di una certa decisione di merito e dunque reversibili, senza che si creino pregiudizi uguali e contrari se la decisione di merito non sarà quella sperata dal ricorrente".

²⁶⁸ Per un'analisi completa del significato di irreparabilità v. ARIETA, *Le tutele sommarie Il rito cautelare uniforme I procedimenti possessori*, cit., 624 ss.

²⁶⁹ E' questa l'autorevole opinione di ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 251. In argomento anche R. CONTE, *sub art. 700*, in *Codice di procedura civile commentato*, CONSOLO LUISO (a cura di), Milano, 2000, 3056 ss.; Cfr. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 68 il quale ritiene ammissibile la misura cautelare d'urgenza, ove sussistano i presupposti richiesti dall'art. 700, per assicurare gli effetti di qualsiasi diritto di obbligazione con la conseguenza che non possono ritenersi pregiudizialmente esclusi i diritti a prestazioni pecuniarie.

²⁷⁰ Cfr. ARIETA, *Le tutele sommarie Il rito cautelare uniforme I procedimenti possessori*, cit., 626.

Un ulteriore elemento ostativo al ricorso della tutela d'urgenza, nel caso di specie, potrebbe rinvenirsi nella delimitazione, da parte del legislatore, del *periculum in mora* il quale, circoscritto unicamente ai danni alla società derivanti dalle gravi irregolarità gestorie, sembrerebbe “ <<coprire>> tutta l'area di tutela sostanziale che l'ordinamento mette a disposizione del socio”²⁷¹, il quale non potrebbe invocare un pregiudizio diverso da quello tipizzato dall'art. 2476 c.c. poichè, così facendo, il provvedimento d'urgenza finirebbe per assumere una funzione “integrativa” della cautela tipica²⁷².

In merito, si osserva come anche l'inibizione a svolgere determinati atti potrebbe assumere la veste di una parziale revoca dell'amministratore e, quindi, essere ricompresa nella richiesta di revoca dell'amministratore, con la conseguenza che, anche in tal caso, la tutela tipica coprirebbe ogni spazio applicativo del provvedimento d'urgenza²⁷³.

Ma ciò che forse costituisce un ostacolo difficile da superare con riguardo all'applicabilità del procedimento d'urgenza²⁷⁴, è rappresentato dalla difficoltà nell'individuazione della corrispondente azione di merito laddove questa non sia costituita dall'azione risarcitoria in quanto il *petitum* cautelare, con funzione

²⁷¹ BENATTI, *op. cit.*, 887 la quale, ritenuto consistere il *periculum in mora* nell'esistenza di gravi irregolarità gestorie produttive di danni per la società, specifica come questo costituisca il perimetro di tutela sostanziale fornito dall'ordinamento al socio.

²⁷² In questo senso ARIETA-GASPERINI, *op. cit.*, 271. In giurisprudenza Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., il quale specifica come la richiesta dell'integrazione del presupposto dell'esistenza di gravi irregolarità nella gestione della società che producono danni dei quali il socio chiede il risarcimento da porre a fondamento dell'istanza cautelare di revoca è idonea a ricomprendere l'intera area di tutela a disposizione del socio.

²⁷³ E' questa l'opinione di ARIETA-GASPERINI, *op. cit.*, 271.

²⁷⁴ In ordine alla funzione inibitoria che la tutela atipica è in grado di svolgere v. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 147 il quale sottolinea l'importanza dello strumento cautelare con riguardo, da un lato, alla possibilità dell'intervento da parte del giudice prima che si realizzi l'evento pregiudizievole e si producano conseguenze di carattere irreparabile e, dall'altro, della tecnica di assicurazione degli effetti in grado di incidere sul rapporto dedotto sia pure con il carattere della provvisorietà. L' A., sul presupposto che non esiste il limite del rispetto del principio di tipicità delle forme per i provvedimenti d'urgenza, ritiene che tutti gli obblighi fungibili, che non possono essere coattivamente eseguiti per i limiti intrinseci del provvedimento ex artt. 612 ss. c.p.c., possono essere oggetto di misure assicurative in grado di consentire l'esecuzione totale o parziale dell'obbligo, mediante forme di attuazione- esecuzione proprio della tutela cautelare. Per quanto riguarda gli obblighi di fare infungibile e di non fare, invece, l'A. afferma che, anche laddove non si possa procedere all'esecuzione della misura cautelare d'urgenza, essa svolgerà comunque una funzione preventiva assicurativa, ferma restando l'applicazione della sanzione penale ex art. 388 c.p.; in merito si sottolinea la portata della funzione inibitoria che l'ordine cautelare è in grado di realizzare, a prescindere dalla sua concreta esecuzione, portata che riesce a garantire la massima incisività della tutela giurisdizionale a favore della parte che ha ragione, visti anche gli effetti secondari che la tutela è in grado di realizzare sulla determinazione del piano della colpa, della liquidazione del danno nonché nel settore della considerazione sociale.

eventualmente anticipatoria²⁷⁵, possa avere ad oggetto la richiesta di un provvedimento (diverso dalla revoca degli amministratori) con carattere inibitorio o con ordine di *facere* infungibile²⁷⁶.

Tale difficoltà interpretativa, per il vero, trova le sue ragioni nella negazione a riconoscere la tutela specifica, in favore di quella risarcitoria, ogni qualvolta ci si ponga di fronte a rapporti obbligatori di origine contrattuale²⁷⁷, quali quelli che legano l'amministratore alla società, e ciò per un triplice ordine di motivi: a) la difficoltà di mettere in esecuzione obblighi di consegna o rilascio, fare e non fare²⁷⁸, tranne nei casi di condanna di *facere* fungibile²⁷⁹ o di *non*

²⁷⁵ Sulla funzione anticipatoria del provvedimento provvisorio inibitorio v. QUERZOLA, *op. cit.*, 803 secondo la quale il provvedimento d'urgenza che abbia contenuto condannatorio all'astensione da un certo comportamento, se *prima facie* può sembrare provvedimento a contenuto conservativo e provvisorio poiché non sembra incidere in maniera determinante sui rapporti materiali tra le parti, in verità svolgerebbe una funzione di carattere anticipatorio in quanto stabilisce, sia pure provvisoriamente, uno stato di fatto che se confermato dalla futura decisione di merito non ha fatto altro che anticipare la decisione definitiva. Di fatti, così strutturato il provvedimento temporaneo andrà a coincidere con il contenuto del provvedimento definitivo, sancendo il suo carattere anticipatorio. In merito l'A. precisa correttamente che, comunque, l'identità di contenuto della decisione provvisoria e finale non possono essere l'unico parametro per definire come anticipatoria la tutela sommaria. Di contrario avviso v. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, 147 ss. il quale ritiene che la tutela d'urgenza assume carattere anticipatorio a seconda del *periculum* che intende fronteggiare, diversamente anche i provvedimenti ex art. 700 possono assumere una funzione tipicamente conservativa. Tale funzione – continua l'A. – è pienamente rivestita nei casi di inibitoria provvisoria rispetto a provvedimenti a carattere di condanna, costitutivi o dichiarativi.

²⁷⁶ V. PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, cit., 471 la quale si pone l'interrogativo se possa corrispondere ad un *petitum* cautelare costruito come inibitoria o come ordine di un *facere*, un'azione di merito equivalente che significherebbe chiedersi se in caso di inadempimento degli amministratori sia possibile ottenere una tutela in forma specifica piuttosto che per equivalente. Il problema è risalente e trova la sua origine nei limiti della tutela di condanna che non consente l'esecuzione forzata di obblighi diversi da quelli relativi ad un'obbligazione pecuniaria, agli obblighi di consegna di un bene mobile o di rilascio di un bene immobile e, infine, a taluni obblighi di fare fungibili con la conseguenza che non sono suscettibili di esecuzione forzata gli obblighi di non fare infungibili che sarebbero tutelati esclusivamente attraverso la forma dell'equivalente monetario, cioè del risarcimento del danno, richiamato dall'art. 2818 c.c. che individua i contenuti della sentenza di condanna. Cfr. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 23 e 26 il quale osserva come per una serie numerosa di diritti (insuscettibili per loro natura di essere soddisfatti nella forma dell'equivalente monetario o necessitanti di forme di tutela dirette a prevenire, oltre che reprimere, la violazione) l'ordinamento dovrà conoscere forme diverse dall'esecuzione forzata per adempiere quegli obblighi che non sono suscettibili di esecuzione forzata, diversamente si verificherebbe l'inidoneità del processo civile ad assolvere quella funzione cui è costituzionalmente preordinato anche con riferimento al principio del diritto alla difesa ex art. 24 Cost.

²⁷⁷ V. PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, cit., 475 la quale evidenzia la difficoltà generale di poter applicare la tutela specifica ai rapporti obbligatori derivanti da contratto nonostante tale conclusione sia in aperto contrasto con il principio di atipicità e di effettività della tutela. Sul punto v. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 149 il quale non ritiene possa escludersi dalla tutela d'urgenza i diritti che discendono da contratti o, più in generale, da attività negoziale, fermo restando la valutazione circa la irreparabilità del pregiudizio

²⁷⁸ Sul principio della tipicità delle forme di tutela esecutiva, con riguardo all'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, che garantisce l'obbligato dal non subire aggressioni diverse da quelle portate in titolo esecutivo v. BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non*

facere nei casi in cui sia possibile distruggere quanto fatto violando l'obbligo imposto; b) la generale tendenza a ritenere inammissibile la tutela ordinaria di carattere inibitorio se non nei casi espressamente previsti dalla legge²⁸⁰; c) la mancanza di un sistema atipico di misure coercitive che consenta di ottenere l'esecuzione di obblighi difficilmente eseguibili con gli strumenti dell'esecuzione forzata²⁸¹.

Per il vero, le motivazioni appena esposte, anche a seguito delle recenti pronunce giurisprudenziali e delle riforme del codice di rito, appaiono sempre meno insuperabili, atteso che vi è stato un ampliamento della giurisprudenza sempre più propensa a riconoscere l'ammissibilità della tutela inibitoria anche laddove non tipizzata mentre, con riguardo all'esecuzione di ordini di *facere* infungibile o *non facere*, la legge n. 69/2009 ha introdotto per la prima volta, nel nostro ordinamento giuridico processuale, il sistema delle *astreintes* per mezzo delle quali è possibile chiedere al giudice unitamente alla sentenza di condanna anche la sanzione pecuniaria che l'obbligato dovrà pagare per il ritardo con cui ottempererà alla pronuncia giudiziale²⁸².

fare, Napoli, 1966, 43 ss.; MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1342 ss.; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 146 ss.

²⁷⁹ V. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. Proc.*, 1975, 624, con riguardo ad una serie di obblighi di fare che, pur potendo essere considerati fungibili, non possono sicuramente essere eseguiti in forma specifica a causa dei limiti intrinseci del procedimento ex art. 612 ss. c.p.c. che sarebbe costruito interamente sul concetto di *opus*: il riferimento è ad alcuni obblighi di fare che comportino particolari complessità qualitative o quantitative nella loro esecuzione da parte di un terzo soggetto.

²⁸⁰ Si esprimono a favore della tassatività delle azioni inibitorie MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1985, 190 ss.; FERRI, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 938; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1998, 72.

²⁸¹ A questi motivi PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, cit., 475 ne aggiunge un altro che può costituire ostacolo all'ammissibilità di una condanna all'adempimento di un *facere* o all'inibitoria ed è rappresentato dalla difficoltà di immaginare un intervento giudiziale che scenda nel merito della gestione sociale con il fine di indicare la regola di condotta per il futuro con efficacia di giudicato, non potendo limitarsi, come invece può fare in sede di tutela sommaria, ad indicare un regolamento provvisorio del rapporto di durata o l'adozione di limiti o restrizioni provvisorie nell'esercizio dell'attività di cui si discute.

²⁸² La legge n. 69/2009 ha introdotto nel codice di rito l'art. 614 *bis* c.p.c. secondo cui "con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento". La dottrina italiana si era a lungo opposta a questo meccanismo delle cd. spinte forzose, con motivazioni spesso singolari, fino a quando si era imposta all'attenzione dei legislatori *in pectore* dapprima con il c.d. *Progetto Tarzia* e successivamente con il c.d. *Progetto Vaccarella*, così SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *www.judicium.it*, § 16. L'A. precisa come venga fornita un'ampia discrezionalità al giudice sul se e quando pronunciare la condanna pecuniaria, specie laddove il riferimento alla "manifesta iniquità" interpreta un concetto di difficile interpretazione e sembra piuttosto essere il residuo

Meno problematico apparirebbe il ricorso all'art. 700 c.p.c., laddove le diverse misure emesse dal giudice, siano considerate strumentali all'azione di merito risarcitoria codificata dall'art. 2476 c.c. in quanto, sotto tale veste, assumerebbero indubbiamente un carattere conservativo²⁸³ con il fine di far cessare eventuali condotte illecite degli amministratori e non provocare o aggravare ulteriormente i danni²⁸⁴, in attesa della sentenza di condanna.

A tale ultima ricostruzione, come anche visto in precedenza, non osta il carattere del provvedimento d'urgenza che non necessariamente deve assumere una funzione anticipatoria ma ben può essere concesso con finalità conservative della futura decisione di merito in quanto, così interpretato, si caratterizzerebbe per la sua natura di salvaguardia del diritto cautelando dall'evento pregiudizievole²⁸⁵.

Per questi motivi il giudice della cautela, lungi dal sentirsi obbligato a disporre misure con effetti anticipatori, potrà prendere tutti quei provvedimenti che riterrà necessari, quali inibire all'amministratore il compimento di atti o di attività gestorie, con il fine di assicurare e salvaguardare il diritto al risarcimento

della risalente diffidenza della risalente letteratura dottrina verso questo istituto. Da ultimo viene sottolineato come il meccanismo delle c.d. *astreintes* lascia fuori le controversie di lavoro ai sensi dell'art. 409 c.p.c. il che denoterebbe una linea cauta del legislatore per il timore di aggravare eccessivamente il sistema produttivo.

²⁸³ Cfr. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 15 il quale rileva la disomogeneità della funzione conservativa del provvedimento d'urgenza con riguardo ai provvedimenti riconducibili ad essa e questo perché vi potrebbe essere un duplice ordine di pronunce: da una parte le misure che tendono a mantenere immutato lo stato di fatto per tutta la durata del giudizio, avvalendosi della tecnica dell'anticipazione; dall'altra le misure che perseguono le medesime finalità con mezzi puramente conservativi.

²⁸⁴ Ancora PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, cit., 472 la quale ritiene che vi sia spazio per il ricorso all'art. 700 c.p.c. di fronte ad atti che configurino *mala gestio*, in particolare, l'A. ritiene che, di fronte ad un'azione dichiarativa della responsabilità degli amministratori e conseguente risarcimento dei danni, sia possibile richiedere una misura cautelare volta ad evitare l'ulteriore aggravamento di danni o una situazione foriera di danni, attraverso un provvedimento comprendente una gamma di misure che potrebbero andare dall'inibizione di uno o più atti fino all'estrema *ratio* rappresentata dalla revoca degli amministratori.

²⁸⁵ Il carattere innovativo del mezzo cautelare esclude che i provvedimenti d'urgenza, nell'assicurare gli effetti della decisione di merito, debbano necessariamente anticipare gli effetti della decisione di merito, così ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 68 secondo cui non può mettersi sullo stesso piano il provvedimento, che automaticamente anticipa solo cronologicamente gli effetti della futura decisione definitiva e la misura diretta ad assicurare gli effetti della stessa in funzione di salvaguardia del diritto minacciato da un pregiudizio irreparabile. L'A. precisa, inoltre, che la finalità di salvaguardia del diritto cautelando si possa ben realizzare anche a prescindere dalla totale anticipata produzione degli effetti di merito, così che la funzione di cautela atipica può dirsi comunque adempiuta. Inoltre, viene sottolineato come anche coloro che parlano di provvedimenti d'urgenza in termini di anticipatorietà sono ben consapevoli che l'anticipazione in se non è la finalità primaria della tutela cautelare e che l'eventuale effetto anticipatorio, anche totale, può essere disposto solo per la realizzazione della finalità cautelare.

per tutto il tempo necessario a pervenire alla decisione di merito²⁸⁶: infatti, a nessun limite di carattere qualitativo è sottoposto il giudice il quale potrà preservare la situazione minacciata mediante un provvedimento dalle modalità e contenuti diversi che abbiano l'unico scopo di assicurare, attraverso un regolamento provvisorio del rapporto, di paralizzare o anche eliminare le conseguenze pregiudizievoli minacciate o poste in atto dall'amministratore infedele²⁸⁷.

²⁸⁶ Cfr. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, 1955, Napoli, 83 secondo cui l'anticipazione del provvedimento giurisdizionale definitivo richiesto dall'attore deve essere "il più possibile parziale, dovrà cioè mantenersi entro i limiti strettamente necessari alla funzione cautelare di cui si tratta, senza pregiudicare in alcun senso la concreta efficacia di un'eventuale decisione di merito sfavorevole all'istante".

²⁸⁷ V. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 73 secondo cui esiste un limite rigoroso che è quello di carattere quantitativo per il quale la parte, per mezzo della tutela d'urgenza, non può ottenere più di ciò che potrà vedersi riconosciuto in sede ordinaria allorquando il diritto stesso troverà la sua piena e completa definitiva realizzazione. L'A. specifica l'esistenza di tale limite con il carattere di strumentalità della misura cautelare che è autonoma per funzione e modalità operative, ma pur sempre al servizio pieno ed efficace della tutela ordinaria.

CAPITOLO III

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO EX ART. 2409 C.C. E LA REVOCA DEGLI ORGANI SOCIALI

SOMMARIO: 1. Il <<nuovo>> art. 2409 cod. civ.: natura giuridica e finalità del procedimento; 2. I presupposti per l'applicazione della norma; 2.1. Fattispecie applicative; 3. I provvedimenti del Tribunale; 3.1. (Segue) L'ordine di ispezione ed i suoi limiti; 3.2. (Segue) I provvedimenti a contenuto atipico: forma, natura, contenuto e reclamabilità; 3.3. (Segue) La revoca degli amministratori e sindaci e la nomina dell'amministratore giudiziario; 4. Ambito di applicazione: s.p.a., s.a.p.a. e cooperative; 5. Il controllo giudiziario nelle società a responsabilità limitata: inammissibilità; 5.1. Elementi differenziali tra l'istituto della revoca cautelare ex art. 2476 c.c. e quello del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.; 5.2. (Segue): Il controllo giudiziario nelle s.r.l. dotate di collegio sindacale.

1. Il <<nuovo>> art. 2409 cod. civ.: natura giuridica e finalità del procedimento.

Il controllo giudiziario sulla regolarità della gestione nelle società per azioni trova, oggi come ieri, la sua disciplina nell'art. 2409 c.c. che è stato da sempre oggetto di numerose dispute dottrinarie e giurisprudenziali visto l'ambito di applicazione e la rilevanza che lo stesso può espletare nell'ambito degli assetti societari²⁸⁸.

²⁸⁸ Secondo VALITUTTI, Sub art. 2409 c.c., in *Commentario dei processi societari*, ARIETA-DE SANTIS (diretto da), t. II, Vol. II, Torino, 2007, 1260 secondo cui il doppio intervento legislativo sia di carattere processuale che societario ha contribuito ad accrescere l'interesse degli interpreti sull'istituto del controllo giudiziario. Per quanto riguarda il procedimento di controllo giudiziario a seguito della riforma v. LUBRANO, Art. 2409 c.c., in *Commentario breve al codice civile*, 7 ed., a cura di CIAN, Padova, 2004, 2588 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005; TOFFOLETTO, *Il controllo giudiziario*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 255 ss. Per un'analisi della dottrina ante riforma v. PATRONI – GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971; QUATRARO – TOSI, *Il controllo giudiziario delle società ex art. 2409 c.c.*, Milano, 1994; CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali (Art. 2409 cod. civ.)*, Milano, 1954; GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità nella gestione sociale*, Padova, 1994; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, II, Torino, 1994, 493 ss; VITRO', *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992; LAMBERTINI, *Ispezione ed amministrazione giudiziaria nelle società di capitali*, Padova, 1998; FRE', Art. 2409, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, 913 ss.; MONTESANO, *Giudizi camerali su atti e gestione di società e tutela giurisdizionale di diritti ed interessi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

Le riforme del diritto societario processuale (ora abrogato) e sostanziale, intervenute rispettivamente con D. Lgs. n. 5/2003 e 6/2003, hanno apportato numerose modifiche all'art. 2409 cit.²⁸⁹ anche se, nulla è cambiato nei principali tratti identificativi dell'istituto che viene azionato ancora in sede camerale, ai sensi dell'art. 737 e ss. c.p.c. (non più secondo la disciplina richiamata dall'art. 33 del rito societario in quanto abrogato dalla legge n. 69/2009), attivato dai soci che rappresentino il decimo del capitale sociale ovvero dai soci che rappresentino il ventesimo del capitale sociale o dal pubblico ministero laddove la società interessata faccia ricorso al mercato del capitale di rischio²⁹⁰, finalizzato ad accertare gravi irregolarità gestionali e a rimediarvi per il mezzo dell'ispezione giudiziale e l'eventuale sostituzione dell'organo amministrativo con un amministratore di nomina giudiziale²⁹¹.

La collocazione della disposizione normativa, all'interno del codice civile, dopo quella che disciplina la denuncia al collegio sindacale di atti di *mala gestio*, assume il carattere di norma di chiusura nel senso che, all'istituto in parola, si possa ricorrere laddove i controlli fisiologici societari non abbiano funzionato o non funzionino per inattività o inettitudine, per omissione degli organi deputati al controllo (collegio sindacale o revisore dei conti) o, nei casi più patologici, per la connivenza tra organo amministrativo e sindaci o tra tali organi e determinati gruppi sociali che si contrappongono alla minoranza²⁹².

La casistica giurisprudenziale²⁹³, legata alle diverse tipologie di irregolarità oggetto di ricorso al tribunale ed ai rimedi provvisori disposti dal tribunale adito, ha creato notevoli problemi interpretativi con riguardo all'individuazione degli interessi tutelati dalla procedura di che trattasi.

1999, 819 ss.; DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002, 634 ss.; GUIZZI, *Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.*, in *Diritto delle società*, a cura di ALESSI, RESCIGNO M., Milano, 1998, 586 ss; MARULLI e SILVETTI, *Il controllo giudiziario*, in CAVALLI, MARULLI, SILVETTI, *Le società per azioni. Gli organi e il controllo giudiziario*, II, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1996, 1002 ss..

²⁸⁹ OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, in www.judicium.it, § 3 ritiene che si possa correttamente parlare di nuovo art. 2409 c.c.

²⁹⁰ L'ultimo comma del novellato art. 2409 c.c. riconosce la legittimazione attiva al controllo giudiziario anche al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo di gestione.

²⁹¹ In questo senso SEGA, *Il controllo giudiziario nella srl: orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 139.

²⁹² E' di questa opinione VALITUTTI, *op. cit.*, 1261.

²⁹³ Per un'elencazione di casi giurisprudenziali v. MONTESANO - ARIETA, *Trattato di diritto processuale, Riti differenziati di cognizione*, Vol. II, t. II, 1418.

Le diverse ipotesi interpretative hanno dato luogo principalmente a due orientamenti. Il primo individua l'istituto in parola come mezzo di tutela del socio *rectius* quale strumento di tutela della minoranza dei soci ovvero come rimedio a servizio della compagine sociale, e quindi, con finalità di ristorazione contabile ed economica della società.

In particolare, con la denuncia al tribunale i soci farebbero valere lesioni in atto o pericoli di lesioni di propri diritti soggettivi e, con essi l'interesse alla corretta gestione societaria, limitatamente al segmento corrispondente al potere ad essi riconosciuto dall'art. 2409 c.c., di ottenere in sede camerale l'intervento giudiziario idoneo ad eliminare le irregolarità denunciate, con la conseguenza che i diritti del socio non sono tutelati nella loro interezza ma unicamente con riferimento all'accertamento ed eliminazione delle irregolarità sospette, tali da arrecare un pregiudizio anche solo potenziale ai diritti dei soci e della società, che costituiranno l'unico oggetto del limitato, anche in termini temporali, intervento giudiziale²⁹⁴.

Pertanto - alla luce di questa interpretazione - l'oggetto immediato della tutela dovrà individuarsi nella parte di diritti soggettivi del socio che l'ordinamento ha ritenuto di tutelare per mezzo dello strumento camerale mentre l'interesse alla corretta gestione sociale costituirà solo l'oggetto mediato del procedimento²⁹⁵.

Tale orientamento deve, comunque, tener presente della scelta legislativa che impone la tutela camerale per l'utilizzo di tale rimedio con il sospetto che si versi nell'ambito di quella giurisdizione volontaria o non contenziosa rispetto alla quale ogni indagine intesa ad individuare la sostanza è stata giudicata da Andrioli “una ginnastica intellettualmente utile, ma non proficua di risultati neppure sul piano meramente teorico”²⁹⁶.

La seconda e diversa opinione interpretativa individua l'oggetto della tutela dell'istituto in parola nell'interesse generale, di natura pubblicistica e superiore dell'ordinamento al corretto funzionamento e alla regolare

²⁹⁴ In questi termini MONTESANO - ARIETA, *Trattato*, cit., Vol. II, t. II, 1417 secondo cui il segmento oggetto di tutela è un potere, ricompreso in ben più ampi poteri attribuiti ai soci, di vedere con rito camerale eliminate le irregolarità compiute dagli amministratori e sindaci nella gestione societaria.

²⁹⁵ In questo senso MONTESANO - ARIETA, *Trattato*, cit., Vol. II, t. II, 1418.

²⁹⁶ In questi termini PAGNI, *op. cit.*, 463, che richiama ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 55 la quale ritiene che merita un approfondimento di indagine la scelta del legislatore di aver “calato” nello schema dell'art. 737 ss. il procedimento di rimozione degli amministratori.

amministrazione della gestione sociale²⁹⁷, individuando nell'art. 2409 c.c. quell'area in cui si ritiene di collocare la categoria dei processi a contenuto oggettivo ovvero quei processi sulla norma o sul dovere giurisdizionale a provvedere per l'attuazione di un interesse fatto proprio dallo Stato²⁹⁸. Tale interpretazione, che verrebbe confortata dalla previsione del potere di agire in capo al pubblico ministero, non intende negare il principio della domanda secondo cui l'azione rimane sempre nella disponibilità dell'istante (la minoranza sociale) il quale ne ha facoltà di rinunciarvi così come, nell'ambito di questo procedimento, nessun potere è demandato al tribunale di ricercare o giudicare al di fuori dei fatti allegati dalle parti²⁹⁹.

Ma, se quest'ultima motivazione poteva essere di supporto alla tesi appena esposta fino all'entrata in vigore della riforma societaria, occorre segnalare come il D. Lgs. n. 6/2003, modificando l'articolo in parola, ha lasciato la facoltà di agire al pubblico ministero solo nei casi di società quotate, abdicando ogni altro potere di controllo agli organi interni e sacrificando, almeno sembra, ogni sussistente interesse pubblicistico al corretto funzionamento delle società (perlomeno per le società non quotate che costituiscono la maggioranza delle compagini sociali)³⁰⁰; a questo dato aggiungasi – come meglio si vedrà in seguito – che il legislatore ha di fatto subordinato il controllo giudiziario alla sussistenza

²⁹⁷ Di questa opinione OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 4 il quale afferma come il procedimento in esame tuteli l'interesse della società di rilevanza pubblicistica e non i diritti soggettivi dei soci (non quantomeno in via diretta ed esclusiva); GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione*, Padova, 1994, 82. A seguito della riforma CHIZZINI, *Modifiche al controllo giudiziale sulla gestione del novellato art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, Parte II, 736 ritiene che non sembra più immediato ritenere che l'art. 2409 c.c. sia posto a tutela dell'interesse generale e non solo dei singoli soci, e ritiene che, comunque, la tradizionale impostazione vada comunque rivisitata.

²⁹⁸ In tal senso TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO PORTALE, V, Torino, 1988, 276 che non ritiene di inquadrare l'istituto ex art. 2409 c.c. nelle tradizionali dicotomie tra giurisdizione contenziosa e volontaria.

²⁹⁹ In questo senso OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 4

³⁰⁰ V. OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 4 secondo cui il carattere pubblicistico del procedimento non viene meno nonostante la scomparsa del potere generale di iniziativa riservata al pubblico ministero. Di contrario avviso CHIZZINI, *op. cit.*, 739 che afferma come nella previgente disciplina, la facoltà che spettava al pubblico ministero di proporre in ogni caso la denuncia al tribunale faceva ritenere corretta la sussistenza di un interesse pubblicistico alla regolare amministrazione della società, circostanza che sembra venuta meno quantomeno con riguardo ad ogni tipologia di società per azioni, ritenendo che tale interesse possa ancora operare per le società quotate. Un ulteriore argomento a questa tesi l'A. la rinviene anche con riferimento all'art. 223 *novies* disp.att. c.c. che sembra muovere dal presupposto di una restrizione applicativa dell'istituto in parola.

di un potenziale danno alla società il che farebbe ancor di più dubitare dell'esistenza di un interesse generale alla corretta gestione sociale³⁰¹.

Né può supplire alla perdita di questi poteri da parte del pubblico ministero, la scelta legislativa di legittimare il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo della gestione³⁰² in quanto organi portatori di un interesse endosocietario e non di certo pubblicistico.

Per tali motivi, si è sostenuto che è opportuno evitare di ricorrere alla nozione di processo a contenuto oggettivo, limitandosi a ravvisare nell'art. 2409 c.c. un processo con le forme del rito camerale in cui il giudice viene adito per tutelare l'interesse della società attraverso l'emanazione di misure sommarie-esecutive mentre i diritti dei soci e dei terzi vengono filtrati, ricevendo una tutela indiretta a mezzo della eliminazione delle gravi irregolarità dagli stessi denunciate³⁰³.

Ed allora forse è da condividere l'opinione di chi sostiene che non possa dubitarsi che la procedura ex art. 2409 c.c. tuteli unitamente a diritti soggettivi (quali quelli dei soci che entrano nella società con aspettative di una corretta gestione sociale e di conseguire un utile) anche un interesse di natura pubblicistica alla regolare e corretta gestione dell'ente sociale in un "mix inscindibile di interessi privati e pubblici"³⁰⁴ che permea la disciplina delle società di capitali e, segnatamente, di quella per azioni.

Alla luce della diatriba sull'individuazione dei diritti ed interessi tutelati, ne corrisponde specularmente quella sulla natura giuridica del procedimento in oggetto che sembrerebbe privo dei caratteri del contenzioso ordinario non potendosi individuare parti contrapposte in senso tecnico³⁰⁵ in quanto i provvedimenti adottati, pur sollecitati dal denunciante, non vengono presi in suo favore ma (per la pluralità delle controversie) nell'interesse di soggetti diversi quali possono essere la società, i creditori sociali, ecc.; infatti, la denuncia, pur richiedendo l'intervento dell'autorità giudiziaria al fine di rimuovere le

³⁰¹ E' questo il pensiero di BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 cod. civ.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1214 secondo cui la rilevanza fornita al requisito del danno comporta il venir meno dell'interesse generale al corretto funzionamento della società.

³⁰² Così dispone il comma 7° dell'art. 2409 c.c.

³⁰³ E' questa l'opinione di PAGNI, *op. cit.*, 465 la quale afferma che i diritti dei soci si agitano sullo sfondo del procedimento camerale, in quanto suscettibili di essere lesi dalle violazioni poste in essere dagli amministratori.

³⁰⁴ L'espressione è di FERRARO, *Delle società*, in *Trattato della volontaria giurisdizione*, Padova, 1989, 217.

³⁰⁵ In questo senso MARCINKIEWICZ – PATELLI, *Il controllo giudiziario delle società di capitali*, Milano, 1989, 25.

irregolarità gestionali, ha la finalità di promuovere il riassetto contabile ed amministrativo dell'ente sociale.

Tuttavia, non può nascondersi come la denuncia sia frutto di un danno potenziale o attuale al diritto soggettivo del socio inerente al rapporto sociale³⁰⁶ cui conseguono, in caso di riscontro delle gravi irregolarità gestionali, i provvedimenti del tribunale che possono essere tali da pervenire finanche alla revoca dell'organo amministrativo ed alla sua sostituzione a mezzo di un amministratore giudiziario, il che significherebbe incidere anche sui diritti soggettivi di quest'ultimi³⁰⁷.

Proprio la difficoltà nell'individuazione dell'oggetto di questi procedimenti, cui corrispondono le diverse tipologie di provvedimenti che per alcuni versi possono essere assimilati anche a quelli emessi in sede amministrativa, ha contribuito a creare diversi orientamenti interpretativi tra cui, non ultimo, quello che ha ritenuto la natura amministrativa della tutela in esame e ciò solo per il timore di far venire meno il carattere non contenzioso che non lo avrebbe differenziato da quello contenzioso.

Ad oggi, però, la natura giurisdizionale della tutela camerale è ormai fuori di dubbio e sembrano superati i dubbi di coloro che ritenevano il procedimento in esame di carattere amministrativo o solo formalmente giurisdizionale. E', pertanto, da condividersi l'opinione di chi ritiene che l'attribuzione al giudice camerale di conoscere e provvedere sulle richieste di tutela di situazioni giuridiche sostanziali, comporti l'attribuzione all'autorità giudiziaria di una piena funzione giurisdizionale, senza che si possano operare distinzioni tra giurisdizione formale e sostanziale³⁰⁸, già solo per il fatto che ogni provvedimento di un magistrato ordinario, ai sensi dell'art. 102 Cost., è emesso in virtù del principio generale di giurisdizionalità.

Dunque, la tutela camerale ha ad oggetto situazioni giuridiche sostanziali riconducibili a singoli soci o gruppi che devono essere tutelate dal giudice camerale che è chiamato a conoscerle nell'ambito della vicenda societaria, con

³⁰⁶ Cfr. MONTESANO - ARIETA, cit., *Trattato*, Vol. II, t. I, 1409.

³⁰⁷ V. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 423.

³⁰⁸ E' questa l'opinione condivisibile di ARIETA, Sub *art 25 n.5/2003*, in *Commentario dei processi societari*, ARIETA - DE SANTIS (diretto da), t. II, 763 secondo cui la natura giurisdizionale della tutela camerale è dimostrata dal fatto che il giudice è chiamato a decidere e conoscere su richieste di tutela di situazione giuridiche sostanziale che si presentano in un contesto conflittuale, a volte solo potenziale o latente, ma che può trovarsi già in essere tanto da costituire il presupposto dell'intervento giudiziale, con la conseguenza che può presentare anche caratteri contenziosi identici a quelli della tutela normale.

effetti che incidono sui diritti coinvolti, non nella loro interezza, ma in determinati “momenti” del loro esercizio rigidamente tipizzati dalla specifica normativa³⁰⁹.

Ad ogni buon conto, occorre evidenziare come l’orientamento assolutamente prevalente consideri questi procedimenti compresi in quelli di volontaria giurisdizione, privi di ogni carattere contenzioso, in quanto – viene affermato – anche nei casi più gravi quali quelli di revoca degli amministratori o dei sindaci, non vengono fatti valere i diritti soggettivi dei soci nei confronti di altri, ma i provvedimenti presi tutelano l’interesse superindividuale alla corretta amministrazione della società e, quindi, pur coinvolgendo diritti soggettivi non pronuncerebbero al riguardo per definire un conflitto tra le parti contrapposte con attitudine ad acquistare autorità di cosa giudicata³¹⁰.

Di parere contrario a tale ultimo orientamento, si esprime quella dottrina che ritiene le tutele camerali come strumenti di risoluzione dei conflitti giuridici intersoggettivi, nelle situazioni di crisi appositamente predeterminate dal legislatore, in cui il diritto del singolo socio non viene in considerazione singolarmente ma sempre in correlazione con la vita ed il funzionamento del gruppo o del centro di interesse a cui l’individuo appartiene. E basterebbe ad escludere la natura di volontaria giurisdizione al procedimento, il conflitto

³⁰⁹ Ancora ARIETA, Sub art. 25 D. Lgs. n. 5/2003, *op. loc. ult cit.*, il quale osserva come la tipicità dell’oggetto di ogni fattispecie camerale è espressamente prevista dalla legge che ne cura le modalità di intervento della legge così come i contenuti ed il regime di efficacia dei relativi provvedimenti. L’A. richiama, altresì, FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 336 il quale evidenzia il limitato ambito di scelta concesso all’agente che deve attenersi al contenuto della singola tutela, disciplinata dalla norma, con possibilità di completarla ma mai fuorviarne dalla condotta in essa configurata.

³¹⁰ In giurisprudenza v. Cass. civ. 26 febbraio 2002, n. 2776, in *Foro it.*, I, 1718 secondo cui i decreti pronunciati dalla Corte d’appello, a seguito di reclamo avverso le statuizioni del Tribunale assunte ai sensi dell’art. 2409 c.c., sono atti di giurisdizione volontaria e non assumono carattere contenzioso neanche quando contengono la revoca degli amministratori e/o sindaci. Si tratterebbe di provvedimenti assunti nell’interesse della società ad una corretta amministrazione, che si esauriscono in misure cautelari e provvisorie. Peraltro, viene affermato come, pur coinvolgendo diritti soggettivi, questi provvedimenti non pronunciano al riguardo per definire un conflitto tra le parti contrapposte con attitudine ad acquistare autorità di giudicato; nello stesso senso si sono pronunciate Cass. civ. 17 maggio 2005, n. 10349 in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5; Cass. civ. 15 marzo 2001, n. 3750 in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 487; Cass. civ. 24 novembre 2000, n. 15173, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2433; Cass. civ. 12 luglio 2000, n. 9257, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 857; Cass. civ. 16 giugno 2000, n. 8226, *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1320; Cass. civ. 18 aprile 2000, n. 5001; Cass. civ. 26 giugno 1998, n. 6315; Cass. civ. 2 ottobre 1997, n. 9636; Cass. civ. 27 marzo 1992, n. 3799, in *Dir. Fall.*, 1993, II, 1091; Cass. civ. 19 febbraio 1990, n. 1226 in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 2; ; Cass. civ. 15 gennaio 1985, n. 60, in *Foro it.*, 1985, I, 2693; Cass. civ. 16 dicembre 1983, n. 7424; Cass. civ. 10 aprile 1968, n. 1087, in *Foro it.*, 1968, I, 2588; Trib. Trani 30 ottobre 2001, in *Società*, 2002, 354.

intersoggettivo che si viene a creare laddove l'amministratore venga rimosso dal proprio incarico³¹¹.

Pur aderendo a questa impostazione e all'assunto secondo cui i procedimenti camerali hanno ad oggetto la tutela di posizioni soggettive, una tesi interpretativa sostiene che non sia sufficiente ad escludere il procedimento in parola da quelli di volontaria giurisdizione poiché i diritti soggettivi non vengono coinvolti nella loro estensione ma solo per quell'aspetto che la legge tassativamente prevede con la conseguenza che i soggetti lesi fanno valere i loro diritti unicamente con riguardo ad una corretta gestione societaria. Dunque, il diritto del socio verrebbe in considerazione solo per eliminare le irregolarità gestionali, causate da specifici abusi della controparte, il che è del tutto compatibile con la tutela di interessi extrasociali e generali che si possono far valere in sede di giurisdizione volontaria. A ciò aggiungasi che il diritto soggettivo dell'amministratore revocato non è del tutto inciso in quanto, sia pur cessato dalle funzioni, egli sarà sempre libero di agire in via di tutela ordinaria per ottenere il risarcimento del diritto leso³¹².

2. I presupposti per l'applicazione della norma.

In relazione ai presupposti per l'attivazione della tutela ex art. 2409 c.c. è ancora necessario, come già nel dettato *ante riforma*, il fondato sospetto³¹³ del compimento di gravi irregolarità inteso come indizi che possano riscontrare le attività denunciate nel senso che, pur non necessitando di una piena prova al pari del giudizio ordinario, gli elementi forniti dal denunciante devono ragionevolmente far presumere l'esistenza di condotte pregiudizievoli tali da

³¹¹ E' di questa opinione ARIETA, *op. loc. ult. cit.*

³¹² In questo senso VALITUTTI, *op. cit.*, 1264 il quale ritiene che vi sia una grande distanza tra questi procedimenti e quelli di natura contenziosa che presuppongono l'esistenza di conflitti dovuti alla violazione di norme che disciplinano la posizione soggettiva del privato nel suo più ampio contenuto. In giurisprudenza v. App. Milano, 12 marzo 2004, in *Società*, 2004, 1125 con nota di SALAFIA secondo cui gli eventuali provvedimenti di natura cautelare ed interinale, emessi ai sensi dell'art. 2409 c.c. incidono su diritti soggettivi sebbene rientrino nell'ambito della giurisdizione volontaria.

³¹³ Sul concetto di fondato sospetto v. DALMOTTO, *Il controllo giudiziario*, cit., § 2.5 il quale ritiene che, rispetto alla previgente disciplina, il ricorrente non debba dimostrare compiutamente l'esistenza delle gravi irregolarità denunciate ma fornire indizi obiettivi tali da rendere fondata la denuncia a cui potrà seguire l'ispezione giudiziale. In questo senso, in giurisprudenza App. Lecce 9 luglio 1990, in *Giur. merito*, 1990, 927 secondo cui il fondato sospetto di gravi irregolarità nell'amministrazione non può essere fondato su mere presupposizioni ma su elementi che, pur non assurgendo al rango di prova, forniscano argomenti tali da non ritenere solamente sospetto il comportamento dell'amministratore infedele.

giustificare l'emissione del provvedimento giudiziale di ispezione ma anche di eventuali altri provvedimenti provvisori³¹⁴.

In ordine al requisito delle “gravi irregolarità”³¹⁵, è stato correttamente puntualizzato che le stesse, a seguito della modifica legislativa, debbono riferirsi alla “gestione” e non più “all’amministrazione” della società, il che lascerebbe intendere un ridimensionamento del controllo laddove con il termine “gestione” il legislatore abbia voluto riferirsi – ma non lo si crede – solo alle violazioni commesse dall’amministratore nelle scelte di politica imprenditoriale. Il legislatore, in tal modo, sembrerebbe aver voluto fornire un’importanza discriminante al dovere violato, ritenendolo suscettibile di fondare il ricorso al tribunale unicamente laddove lo stesso abbia causato gravi irregolarità rilevanti da un punto di vista funzionale, di fatto espungendo dall’art. 2409 c.c. quelle violazioni degli amministratori che non riguardino doveri concernenti la gestione in senso proprio della società³¹⁶.

Al contrario, nulla cambierebbe, rispetto alla previgente formulazione dell’articolo in commento, ove l’uso del sostantivo “gestione” vada inteso – come ci sembra di condividere - quale sinonimo di “amministrazione”³¹⁷, con la

³¹⁴ Cfr. NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, 111 la quale afferma come l’onere di allegazione della prova debba essere commisurato alla qualità del ricorrente in relazione anche ai poteri che la legge o lo statuto forniscono al denunciante.

³¹⁵ Il carattere di gravità potrà riguardare la reiterazione della condotta, le modalità delle violazioni, la dimensione del pericolo. Alla gravità dovrà allegarsi anche l’attualità della condotta dovendo il tribunale riportare ordine e correttezza alla gestione sociale con riguardo ad un pericolo di danno o di danno futuro con la conseguenza che la denuncia sarà dichiarata inammissibile laddove le irregolarità siano già state in qualche modo superate.

³¹⁶ Cfr. CHIZZINI, *op. cit.*, 736 il quale, facendo riferimento all’opinione espressa da TEDESCHI, *Il controllo*, cit., 77, ritiene corretta la distinzione secondo cui con la disciplina previgente fossero sufficienti, per ricorrere al tribunale, le gravi irregolarità nei doveri degli amministratori e dei sindaci mentre, a seguito della riforma, sembrerebbe predominante una valutazione funzionale del comportamento degli amministratori laddove l’attuale fattispecie legale prevede che la violazione dei doveri degli amministratori abbia determinato “gravi irregolarità nella gestione”. Sulla base di queste considerazioni l’A. ritiene che si deve registrare una restrizione delle violazioni che legittimano alla denuncia. Di parere contrario, nel senso che nulla è cambiato rispetto alla previgente disciplina cfr. DALMOTTO, *Il controllo giudiziario*, cit., § 2.5 secondo cui il cambio di terminologia tra “gravi irregolarità nell’adempimento dei doveri degli amministratori” e “gravi irregolarità nella gestione” dipende dal fatto che la vecchia espressione non poteva tener conto dei nuovi organi amministrativi introdotti dalla riforma secondo cui al fianco dei metodi tradizionali di amministrazione, costituiti dai singoli amministratori o dal consiglio di amministrazione (modello monistico), si è aggiunto il modello dualistico composto dal consiglio di gestione e di sorveglianza.

³¹⁷ Secondo PAGNI, *op. cit.*, nt. 1, 457 con il termine gestione devono essere ricomprese tutte le attività commesse dagli amministratori, senza specifica di alcuna distinzione tra amministrazione della società e gestione dell’impresa, intesa la prima come attività tecnica con cui l’organo amministrativo cura gli interessi organizzativi e patrimoniali della società e la seconda come attività in cui si opera con decisioni di carattere unicamente imprenditoriale. Per una più approfondita distinzione tra la gestione l’amministrazione l’A. rimanda a ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano 1990, 997 ss.

conseguenza che, nel concetto di irregolarità, rientrerebbero tutte le violazioni dei doveri imposti dalla legge all'amministratore che ha l'obbligo di governare con correttezza, professionalità e diligenza come prescritto dall'art. 2392 c.c.

Altro dato rilevante che farebbe presumere una minor rigidità dell'istituto del controllo giudiziario, si rinviene nella formulazione dell'articolo laddove l'irregolare condotta gestoria assume rilevanza, ai fini dell'azionabilità del controllo giudiziario, solo laddove sia potenzialmente dannosa per la società o le sue controllate³¹⁸, diversamente, nel caso in cui i comportamenti degli amministratori, pur violando interessi generali o interessi particolari esterni protetti dall'ordinamento, non siano potenzialmente dannosi, nessuna tutela potrebbe essere ammessa a favore dei soci denunzianti³¹⁹.

2.1. Fattispecie applicative.

E' del tutto evidente che questo nuovo criterio della necessaria sussistenza della potenzialità dannosa degli atti, posti in essere dall'amministratore, comporta – se interpretato rigidamente - un restringimento dell'applicabilità del controllo giudiziario il quale, per superare il vaglio di ammissibilità, dovrà avere ad oggetto fatti che, secondo una valutazione probabilistica, siano fonte di danno per la società³²⁰, con la conseguenza che difficilmente potrebbe essere oggetto di denuncia la gran parte delle irregolarità fino ad oggi sanzionate (quali le anomalie informative, configurabili nei bilanci d'esercizio e nelle situazioni patrimoniali la cui potenzialità dannosa è difficilmente rintracciabile³²¹ così come l'irregolare tenuta dei libri sociali o delle scritture contabili, la mancata inclusione in bilancio di debiti di importi rilevanti, l'aver inserito in conto economico ricavi non ancora

³¹⁸ Il primo comma del novellato art. 2409 c.c. così detta testualmente "Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate (...)".

³¹⁹ Cfr. SEGA, *op. cit.*, 139 secondo cui la portata innovativa delle nuove formulazioni della norma dipenderà dalle interpretazioni estensive o restrittive che dottrina e soprattutto giurisprudenza forniranno al concetto di "gestione" e "danno potenziale". Cfr. DALMOTTO, *Il controllo giudiziario, op. cit.*, § 2.6 secondo il quale tutti i comportamenti omissivi o commissivi degli amministratori, alla luce del requisito della potenzialità dannosa, devono essere vagliati considerando questo nuovo criterio.

³²⁰ In questo senso DALMOTTO, *Il controllo giudiziario*, § 2.6. E' di questa opinione anche VALITUTTI, *op. cit.*, 1271 secondo cui il requisito della potenzialità pregiudizievole della condotta sembra operare una drastica limitazione della sfera di operatività dell'istituto.

³²¹ Così SALAFIA, *La riforma del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Società*, 2002, 1330.

realizzati, l'aver commesso irregolarità tali da comportare un'inesatta rappresentazione della situazione economica)³²².

Quindi l'interpretare in modo così restrittivo il concetto di potenzialità dannosa, comporterebbe che una gestione irregolare, perfino illecita, ma proficua e vantaggiosa per la società possa far dichiarare inammissibile il controllo giudiziario eventualmente proposto "con buona pace" delle pronunce che la giurisprudenza ha emesso, in circa un sessantennio, in ordine alla finalizzazione di tale procedura alla tutela, oltre che di interessi privati, anche dell'interesse pubblicistico ad una corretta amministrazione delle società di capitali³²³.

Infatti – così intesa la norma – non verrebbe consentito il ricorso al controllo giudiziario in presenza di: a) gravi irregolarità nella gestione che non possano cagionare danno alla società o alle controllate; b) violazione di quei doveri che non appaiono riferibili alla gestione della società oppure che arrechino un potenziale danno alla società non a causa della gestione³²⁴, con la paradossale conseguenza che potrebbero superare indenni la denuncia al tribunale comportamenti quali, ad esempio, violazioni tributarie anche con risvolti penali, atti estranei alla società o in conflitto di interessi, ogni qual volta gli stessi abbiano comportato un vantaggio patrimoniale per la società e, in ogni caso, non ne abbiano causato un danno³²⁵.

Appare del tutto evidente come un'interpretazione così restrittiva non può essere accettata ed allora, sembra necessario, al fine di uscire dall'*empasse*, tornare a meglio definire il concetto di "gravi irregolarità" necessario per ricorrere all'istituto in oggetto, facendovi rientrare ogni difformità e contrarietà alle regole e condotte che disciplinano il corretto e legittimo funzionamento dell'ente sociale,

³²² Per un'ampia casistica di irregolarità frutto di denuncia al tribunale nella previgente disciplina e di difficile utilizzabilità alla luce del nuovo dettato normativo v. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., 201 ss; MARULLI – SILVETTI, *Il controllo giudiziario*, in CAVALLI, MARULLI, SILVETTI, *Le società per azioni. Gli organi e il controllo giudiziario*, II, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1996, 1034 ss; AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 83 ss; DALMOTTO, *op. loc. ult. cit.*

³²³ Così testualmente VALITUTTI, *op. cit.*, 1271.

³²⁴ In tal senso CHIZZINI, *op. cit.*, 737.

³²⁵ E' questa la preoccupazione espressa da DALMOTTO, *op. loc. ult. cit.*, ripresa e condivisa anche da VALITUTTI, *op. loc. ult. cit.*, che elenca una serie di ipotesi di comportamenti illegittimi che – secondo l'A.- sarebbero inidonei a fondare un'azione ex art. 2409 c.c. In senso contrario CHIZZINI, *op. cit.*, 737 il quale ritiene che, a seguito della riforma, si deve escludere che siano rilevanti per l'articolo 2409 c.c. i comportamenti che non causino danno anche se posti in essere trasgredendo i doveri degli amministratori o compiendo atti illeciti ma vantaggiosi. L'A. ritiene che eventualmente tali comportamenti potranno essere sanzionati civilmente o penalmente in base ad apposite disposizioni normative.

in modo da imbrigliarvi tutte le inosservanze dei doveri che incombono sull'organo amministrativo tali da condurre all'emissione degli adeguati provvedimenti rettificatori da parte del tribunale³²⁶.

Così facendo, saranno suscettibili di ricorso al tribunale tutti quei comportamenti contrari alla doverosità dei comportamenti amministrativi e gestori ed il requisito della dannosità andrà ad intendersi come rafforzativo del parametro della gravità che delinea le irregolarità denunciate previste dall'art. 2409 c.c., e non potrà essere inteso unicamente nel senso prettamente patrimoniale.

In siffatto modo, l'elemento del danno ancorato alla gravità delle irregolarità contribuirà a fornire, a tutti i soggetti coinvolti, una maggiore garanzia di serietà della denuncia al tribunale cosicché non venga utilizzato *rectius* strumentalizzato per semplici fini opportunistici e di disturbo da parte dei soci di minoranza³²⁷.

Per quanto sopra, "il pregiudizio potenziale potrà riguardare il patrimonio della società, i suoi beni non patrimoniali quali la reputazione commerciale o anche consistere nell'aver cagionato disordine amministrativo interno"³²⁸, potendo costituire fonte di danno ogni atto o comportamento sia esso commissivo che omissivo idoneo a ledere o esporre a sanzioni civili e/o amministrative l'ente sociale.

³²⁶ E' di questa opinione anche NAZZICONE, *op. cit.*, 93 la quale afferma come la nuova formula dell'articolo non abbia modificato il presupposto del procedimento che rimane l'esistenza della violazione di norme di legge o di statuto che presidiano l'agire amministrativo con conseguente illegale e scorretta gestione della società. In merito, inoltre, viene affermato come le violazioni sulla redazione delle norme di bilancio devono continuarsi a ritenere elementi fondanti la denuncia al tribunale in quanto, sebbene mera attività documentale, il bilancio è espressione della corretta gestione sociale, della realizzazione dell'oggetto sociale e rendiconto dell'attività svolta.

³²⁷ In questo senso si è espresso DALMOTTO, *op. cit.*, § 2.6 secondo cui non sarebbero denunciabili solo le irregolarità, che, per l'entità trascurabile o per la loro episodicità, non appaiano significative e non costituiscano pericolo per la vita sociale. Cfr. NAZZICONE, *op. loc. ult. cit.*, la quale ritiene che l'introduzione del requisito del danno potenziale è stata voluta dal legislatore allo scopo di ridurre i ricorsi strumentali e di precisare il pregiudizio rilevante necessario per l'azione giudiziaria. Tra l'altro l'A. rammenta che, in sede di scrittura della legge, era stato ipotizzato di inserire il requisito del danno effettivo e non potenziale, elemento questo che avrebbe senza dubbio costituito una novità dirompente in quanto, per sua natura, l'istituto mira a riportare la gestione sociale nella correttezza e non a risarcire eventuali soggetti lesi che hanno a disposizione apposite azioni predisposte dal legislatore.

³²⁸ Così testualmente NAZZICONE, *op. cit.*, 97 la quale ricomprende nel disordine organizzativo interno i casi di irregolarità contabili, violazioni nella redazione dei verbali assembleari, omissione di iscrizioni dovute nel registro delle imprese, mancata convocazione dell'assemblea, compimento di atti estranei all'oggetto sociale, omesso versamento di imposte ecc.. Cfr. CHIZZINI, *op. cit.*, 738 secondo cui l'ampiezza della lettera della legge consente di far rientrare nella nozione di danno rilevante sia quello diretto che indiretto, sia patrimoniale che non patrimoniale.

In definitiva, seguendo quanto già argomentato in dottrina³²⁹, le irregolarità potranno essere raggruppate in tre grandi categorie: a) l'alterazione di risultanze della contabilità in cui rientrano, a titolo esemplificativo, tutte le violazioni che riguardano la regolare tenuta delle scritture contabili e la chiara e precisa redazione del bilancio tali da rendere assolutamente non veritiera la rappresentazione economica e patrimoniale della società, ma anche la redazione di documenti sociali falsi, la mancanza di libri contabili ecc.; b) la violazione del dovere di fedeltà verso la società che si concretizzano nell'uso di beni sociali per scopi propri, nel porre in essere operazioni in conflitto di interessi con la società, nell'aver commesso gravi violazioni con la cassa sociale ovvero nell'aver compiuto violazioni in palese carenza di diligenza nei confronti della società ecc.; c) violazione di specifiche norme di legge che riguardano la commissione di illeciti penali, il disattendere normative civile, amministrative o tributarie, il compimento di atti estranei allo scopo sociale.

Ad ogni buon conto occorre precisare che il tribunale, pur nella più variegata casistica delle irregolarità, al fine di verificare la gravità delle medesime e quindi prendere i provvedimenti necessari, si dovrà limitare ad una valutazione di legittimità degli atti compiuti, verificando il rispetto delle disposizioni di legge, dell'atto costitutivo o dello statuto da parte dall'organo amministrativo senza poter entrare nel merito delle scelte di politica imprenditoriale od economica delle singole operazioni realizzate dagli amministratori³³⁰. In merito occorre però precisare, che la giurisprudenza, con lo scopo di valutare eventuali violazioni degli obblighi di diligenza gravanti sugli amministratori, spesso ha esteso la propria indagine conoscitiva per verificare se l'organo amministrativo avesse compiuto i propri atti secondo criteri di prudenza ed accortezza ovvero fuoriuscendo dalla discrezionalità tecnica per perseguire interessi privati³³¹.

³²⁹ VALITUTTI, *op. cit.*, 1275 che da atto di seguire l'impostazione di DI STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002, 647.

³³⁰ Ancora VALITUTTI, *op. loc. ult. cit.*

³³¹ Cfr. in giurisprudenza App. Bari, decr. 4 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 252 con nota di MARNETTO secondo cui con il procedimento ex art. 2409 c.c. il giudice può procedere solo ad un mero controllo di legittimità con cui verificare la violazione, da parte di amministratori, di specifici doveri posti dalle norme, senza svolgere indagini di merito sui fatti denunciati; in senso conforme Trib. Milano, decr. 18 settembre 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 822; nel senso invece della necessità di un controllo della gestione, al fine di verificare la legittimità del comportamento degli amministratori v. Trib. Milano 18 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 700 con nota di SANZO secondo cui il tribunale può esercitare sia pure molto prudentemente un sindacato di merito degli atti di gestione nei casi in cui gli stessi appaiono fuoriusciti dalla discrezionalità tecnica per sfociare in un interesse personale confliggente con quello sociale; Trib. Roma, decr. 19 maggio 1983, in *Società*, 1983, 1043. In dottrina a favore di un'indagine unicamente limitata alla

3. I provvedimenti del Tribunale.

I provvedimenti che il Tribunale potrà emettere nell'ambito del procedimento *ex art.* 2409 c.c. sono di carattere meramente istruttorio o di definizione nel merito: la novella non ha apportato nessuna modifica radicale agli stessi se non che per la loro disciplina processuale si dovesse far riferimento agli artt. 25 ss. del D. Lgs. n. 5/2003, ormai abrogato, con il conseguente ritorno all'applicabilità degli art. 737 ss. c.p.c.

3.1. (Segue) L'ordine di ispezione: natura, limiti e reclamabilità.

L'art. 2409, comma 2, c.c. dispone che il tribunale, sentiti gli amministratori e sindaci, se non ritiene di dover emettere una pronuncia di inammissibilità o rigetto, possa disporre l'ispezione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola se del caso alla prestazione di una cauzione³³².

La novità introdotta dalla riforma del diritto sostanziale societario, con riguardo al provvedimento d'ispezione, concerne l'espressa previsione della reclamabilità del decreto che la dispone con l'unica differenza che, a seguito dell'abrogazione del rito societario, non potrà più essere applicato l'art. 27 D. Lgs. n. 5/2003 bensì l'art. 739 c.p.c.³³³, cosicché il giudice competente a decidere sulla seconda istanza sarà sempre la corte d'appello (deve, peraltro, rammentarsi come, ai sensi dell'art. 27 cit., laddove il procedimento camerale fosse stato unilaterale, il reclamo poteva essere proposto innanzi all'organo collegiale dello stesso tribunale mentre, ove si trattasse di procedimento bi- o plurilaterale - come nel caso di specie - il giudice del reclamo andava individuato, comunque, nella corte d'appello competente³³⁴).

legittimità dell'attività sociale v. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto pubblico e dell'economia*, Padova, 1984, VII, 153, mentre per l'opinione secondo cui la verifica sulle scelte di gestione non si sostanzierebbe in una verifica di merito ma di legittimità DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, *Impresa e Lavoro*, II, 600.

³³² CHIZZINI, *op. cit.*, 744 specifica come l'ispezione non sia un momento imprescindibile del procedimento in esame.

³³³ Sulla natura del reclamo camerale v. MONTESANO ARIETA, *Trattato*, Vol. II, t. II 1207 ss. secondo cui il giudizio di reclamo non è sottoposto a vincoli di vizi o censure dedotte dal ricorrente, con la conseguenza che, per mezzo di tale strumento, si devolve in modo pieno ed automatico al giudice superiore l'intero oggetto della tutela e del giudizio che si è svolto in prima istanza, consentendo al secondo giudice di esercitare il riesame con gli stessi pieni poteri del primo e con prerogative anche officiose senza alcun limite. E' del tutto evidente che, al carattere di piena devoluzione si accompagnerà quello della integrale sostituzione del provvedimento reclamato.

³³⁴ Cfr. App. Bologna 16 aprile 2004, in *Società*, 2005, 1297 con nota di PORCARI.

Il legislatore, per mezzo dell'apposita previsione con cui ha disposto il reclamo del decreto d'ispezione, ha inteso cancellare ogni dubbio³³⁵, sorto nella vigenza della precedente disciplina³³⁶, in ordine all'impugnabilità del provvedimento del quale gran parte della dottrina metteva in dubbio la possibilità di revisione³³⁷, ritenendolo un provvedimento unicamente interinale ed istruttorio e, quindi, interlocutorio all'intera procedura³³⁸.

Nella vigenza della precedente disciplina, chi ne sosteneva l'autonoma impugnazione rinveniva il dato positivo di riscontro nell'art. 103 disp. att. c.c. secondo cui non vi era e non vi è (nel testo riformato) distinzione tra provvedimenti definitivi ed istruttori ma viene precisato unicamente la forma dei provvedimenti che devono assumere la veste di decreto. A ciò aggiungasi che la necessità dell'autonoma impugnabilità del provvedimento d'ispezione veniva affermata in virtù del carattere altamente invasivo del procedimento nella vita della società, in modo da consentire, a chiunque non ritenesse necessario l'atto istruttorio ed, anzi, lo trovasse dannoso per la società, di poter ricorrere ad altra autorità giurisdizionale al fine di farne valutare la legittimità ed anche l'opportunità³³⁹.

Il carattere istruttorio del provvedimento è innegabile atteso che, il tribunale - attraverso l'ispezione - cerca di riscontrare la fondatezza delle gravi irregolarità denunciate cosicché, laddove le stesse, al contrario, appaiano in modo

³³⁵ In merito v. BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Processo civile e società commerciali*, (Atti del XX Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile), Milano, 1995, 168.

³³⁶ Secondo VALITUTTI, *op. cit.*, 1292 il problema presenta ancora carattere di attualità per i ricorsi presentati prima del 1° gennaio 2004.

³³⁷ In dottrina CANALE, *Non reclamabilità dell'ordine di ispezione ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1983, 797; in giurisprudenza per la non reclamabilità del provvedimento di ispezione v. App. Roma 12 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2004, 1442; App. Cagliari 31 marzo 2000, in *Riv. giur. Sarda*, 2001, 333 con nota di PACINI; App. 28 maggio 1998, *ivi*, 1999, 1889; App. Roma 16 gennaio 1999, *ivi*, 1999, 1888; App. Salerno, 10 gennaio 1996, in *Giur. comm.*, 1996, II, 483; App. Lecce 4 marzo 1995, in *Società*, 1995, 934; App. Salerno 12 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 780; App. Bari 22 marzo 1988, in *Società*, 1988, 856. A favore della reclamabilità del provvedimento, nella previgente disciplina, v. App. Venezia 21 marzo 2000, in *Gius.*, 2000, 1374.

³³⁸ Correttamente CHIZZINI, *op. loc. ult. cit.* fa notare come la natura interlocutoria del provvedimento in esame è dimostrata proprio laddove il legislatore ne ha voluto espressamente specificare la sua reclamabilità. Anche OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 5 sottolinea l'esigenza del legislatore di affermare la reclamabilità del provvedimento a causa della sua natura interinale che ne faceva dubitare della possibilità di sottoporlo a reclamo.

³³⁹ V. App. Torino 29 maggio 2007, in *Giur. piemontese*, 2008, 2, 298 secondo cui sono legittimati a reclamare il provvedimento d'ispezione l'amministratore, che sia cessato dalla carica dopo l'adozione del provvedimento, ed il sindaco in carica al momento dell'ispezione. Viene esclusa la legittimazione alla società in quanto oggetto del provvedimento e non destinatario dello stesso. Per la possibilità di censure di legittimità e di merito del provvedimento che dispone l'istruzione, in sede di reclamo v. DALMOTTO, *op. loc. ult. cit.*

così grave da risultare già provate, l'autorità giudiziaria potrà omettere di procedere all'ispezione ed adottare immediatamente i provvedimenti definitivi di cui al quarto comma dell'art. 2409 c.c.³⁴⁰. Per altro verso, la notevole ingerenza che la misura in esame rappresenta per la vita della società, comporterà che il tribunale non dovrà disporla se non in presenza di un fondato sospetto di irregolarità che presenti i requisiti della gravità³⁴¹.

Le caratteristiche del provvedimento di ispezione, così come le modalità di attuazione, hanno dato luogo a diversi orientamenti interpretativi riguardanti la natura giuridica dello stesso: da un lato v'è chi ne ha sostenuto l'assimilabilità alla consulenza tecnica d'ufficio³⁴², avvicinandola alla tipologia di consulenza percipiente che non si limita ad una valutazione tecnica (come nel caso del consulente deducente) ma accerta i fatti mediante specifiche cognizioni tecniche³⁴³ e, dall'altro, è stata paragonata all'ispezione giudiziale ex artt. 118 e 258 c.p.c. la cui peculiarità consiste nella percezione diretta del fatto che è oggetto di ispezione.

Entrambe le interpretazioni non sono condivisibili, dovendo convenire con chi ritiene l'ispezione un mezzo di prova, volto all'accertamento dei fatti di contenuto cautelare *lato sensu* a favore dell'ente sociale, dal carattere indubbiamente inquisitorio³⁴⁴. Del resto, all'ispettore giudiziario non vengono posti quesiti (al pari di un ctu tanto che non dovrà neanche prestare giuramento) in

³⁴⁰ E' condivisibile l'opinione di CHIZZINI, *op. loc. ult. cit.* il quale ritiene che, in presenza di gravissime irregolarità, il giudice possa omettere la sospensione del procedimento per procedere all'emissione dei provvedimenti finali.

³⁴¹ Rilevano il pregiudizio a carico della società per il solo fatto della presenza dell'ispezione ARIETA – DE SANTIS, *op. cit.*, 584. Cfr. App. Napoli 16 dicembre 2003, in *Giur. napoletana*, 2004, 207 secondo cui per la disposizione dell'ispezione giudiziale da parte del giudice adito basta il fondato sospetto dell'esistenza di gravi irregolarità; Trib. Acqui Terme 29 luglio 1991, in *Società*, 1992, 347; nello stesso senso Trib. Udine 14 luglio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1945.

³⁴² LA CHINA, *Società (ispezione)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 1161 che afferma la natura di consulenza tecnica d'ufficio dell'ispezione con conseguente applicabilità dell'intera disciplina. In giurisprudenza v. Trib. Roma 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103 che nega l'assimilabilità dell'ispezione alla consulenza tecnica d'ufficio.

³⁴³ Per una distinzione corretta tra consulente deducente e percipiente v. Cass. civ. 13 marzo 2009, n. 6155, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 445; sull'ammissibilità della consulenza percipiente v. Cass. civ. 23 febbraio 2006 in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2; id. 7 dicembre 2005, n. 27002, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12.

³⁴⁴ TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., 224 ss.; NAZZICONE, *op. cit.*, 245 afferma espressamente che l'ispezione non è una consulenza tecnica ma un mezzo di prova avente carattere inquisitorio con l'ispettore che ha la funzione di ausiliario di giustizia da inquadarsi negli altri ausiliari di cui all'art. 68 c.p.c.. L'A. ritiene che le norme sulla consulenza tecnica possano servire eventualmente a colmare alcune lacune anche perché espressione di regole generali; BONGIORNO, *Il procedimento*, cit., 515, 544; RODORF, *L'ispezione della società ex art. 2409 codice civile*, in *Società*, 1995, 588.

quanto lo stesso può indagare senza limiti di oggetto³⁴⁵, anche su fatti non specificatamente allegati, essendo libero di controllare ogni atto sociale senza opposizione di riservatezza da parte della società o degli amministratori i quali, a differenza della consulenza tecnica d'ufficio, non potranno nominare un ispettore di parte che assista alle operazioni³⁴⁶ anche se, al termine dell'ispezione, a coloro che ne hanno interesse (società, amministratori, soci, sindaci, ecc) dovrà esser consentito l'accesso agli atti conclusivi con facoltà di estrarne copia, al fine di poter rispettare il principio del contraddittorio e di difesa delle parti.

Deve, in ogni caso, essere sottolineato come il legislatore, a seguito della riforma, ha trasfuso nel dettato normativo un principio giurisprudenziale consolidato secondo cui l'eliminazione delle irregolarità conclude il procedimento, evitando l'ispezione, in una sorta di cessazione della materia del contendere che equivarrebbe ad un accoglimento della denuncia con spese a carico della società³⁴⁷. A tale risultato si può pervenire, ai sensi dell'art. 2409, comma 3, c.c. per mezzo della sostituzione degli amministratori e dei sindaci cosicché i nuovi organi amministrativo e sindacale, nominati dall'assemblea sociale e composti da "soggetti di adeguata professionalità"³⁴⁸, se provvederanno ad accertare l'esistenza di violazioni e ad eliminarle riferendone al tribunale, faranno in modo di evitare un'ingombrante e gravosa ispezione giudiziale a carico della società, avviando così a conclusione la procedura. Invero, occorre precisare come per il tribunale costituisca un vero e proprio obbligo sospendere il procedimento in caso di sostituzione degli amministratori e dei sindaci, sia pur residuando un limitato ambito di discrezionalità, nel poter rifiutare la sospensione del procedimento, laddove l'autorità giudiziaria ritenga i sostituti privi dell'adeguata professionalità.

E', comunque, indubbio che questo meccanismo di interruzione della procedura vada di pari passo con l'orientamento giurisprudenziale che ritiene inammissibile e, comunque, improcedibile la denuncia al tribunale ogni qualvolta

³⁴⁵ NAZZICONE, *op. cit.*, 247 secondo cui l'ispettore può consultare non solo i libri e documenti sociali, ma la complessiva amministrazione della società. Secondo l'A., l'ispettore potrà anche per suo conto indagare, scoprire e far presente ogni fatto ulteriore di cui sia venuto a conoscenza durante l'indagine ispettiva a mezzo della sua relazione che ha valore di certificazione pubblica. Sul carattere inquisitorio dell'ispezione v. Trib. Trento 4 aprile 2003, in *Società*, 2003, 1665 con nota di BONAVERA.

³⁴⁶ In questo senso App. Trieste 18 giugno 2003, in *Studium Juris*, 2004, 1590. *Contra* Trib. Trento 4 aprile 2003, cit.

³⁴⁷ E' questa l'opinione espressa da CHIZZINI, *op. cit.*, 745.

³⁴⁸ Così testualmente dispone l'art. 2409, comma 3, c.c.

le irregolarità gestorie non assumano più carattere di attualità e facciano presumere il ritorno alla normalità nell'amministrazione sociale³⁴⁹.

Ma ciò che, nella nuova formulazione del terzo comma dell'articolo in esame, appare davvero paradossale è la previsione della sempre obbligata sostituzione anche del collegio sindacale, cosicché si potrebbe presentare la paradossale situazione per cui l'organo che ha provveduto alla denuncia, ai sensi dell'art. 2409, comma 7, c.c., debba essere oggetto di sostituzione al fine di agevolare la conclusione dell'iter giudiziario, rimanendo, "quindi, vittima del proprio zelo"³⁵⁰. Ad ogni buon conto deve convenirsi con chi ritiene il carattere "pletorico"³⁵¹ della disposizione in oggetto ogni qualvolta non siano addebitabili ai sindaci attività irregolari, anche se non manca chi ritiene che, in tutti i casi di *mala gestio*, i sindaci debbano comunque rispondere per *culpa in vigilando*. Tuttavia che la sostituzione dei sindaci non appaia così perentoria può ricavarsi anche dal dettato del comma 4° dell'articolo 2409 c.c. secondo cui, laddove le gravi irregolarità non siano state eliminate, può essere disposta la rimozione degli amministratori e, solo "eventualmente"³⁵², quella dei sindaci, il che farebbe apparire meno inderogabile anche la disposizione di cui al comma terzo³⁵³.

Inoltre, occorre precisare come il riferimento alla "sospensione" del procedimento debba essere inteso in senso non tecnico³⁵⁴ e senza alcun

³⁴⁹ In giurisprudenza sulla necessità del carattere attuale delle irregolarità gestorie v. App. Torino 29 maggio 2007, in *Società*, 2008, 1245 con nota di MARCHISIO che ha ritenuto non sussistere il carattere dell'attualità e della dannosità l'operazione di affitto di rami d'azienda e di alienazione dei relativi magazzini quando è posta in essere in un piano di dismissioni funzionali a porre rimedio ad un andamento negativo della società; sulla necessità dell'attualità e dannosità App. Salerno 28 febbraio 2005, in *Giur. merito*, 2007, 728; App. Firenze 4 agosto 2000, in *Giur. comm.*, 2002, II, 617; Trib. Milano 11 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 2243.

³⁵⁰ L'espressione è di CHIZZINI, *op. cit.*, 746.

³⁵¹ NAZZICONE, *op. cit.*, 1083.

³⁵² Così recita il dettato dell'art. 2409, comma 4, c.c. "il tribunale (...). Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata.

³⁵³ CHIZZINI, *op. cit.*, 746 ritiene che l'uso dell'avverbio "eventualmente" all'art. 2409, comma 4, c.c. farebbe giungere, in via interpretativa, alla conclusione che la congiunzione "gli amministratori e i sindaci" di cui all'art. 2409, comma 3, c.c. debba leggersi come "e/o" in base alla concreta tipologia di violazione riscontrate e delle relative responsabilità, in modo che sarà sempre il tribunale che provvederà a valutare le attività compiute per l'eliminazione delle irregolarità e decidere l'eventuale sostituzione dei sindaci.

³⁵⁴ Sono di questa opinione OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 5 il quale esclude che possa trattarsi di sospensione concordata ai sensi dell'art. 296 c.p.c., in quanto l'applicazione della norma renderebbe necessaria la riassunzione con ogni consequenziale dubbio interpretativo sulle conseguenze del ritardo o della mancanza dell'atto di riassunzione. L' A. precisa a conferma che non si possa trattare di una sospensione di cui all'art. 296 c.p.c. anche perché, in tal caso, possono ammettersi solo gli atti urgenti, mentre – aggiungiamo – le attività svolte, nel periodo di sospensione, rientrano nell'ordinaria previsione del legislatore costituendo atti dovuti e non

riferimento alle norme sulla sospensione dettate dagli art. 295 e 296 c.p.c., in quanto il procedimento, sia pur non svolgendosi innanzi al giudice prosegue nelle varie attività finalizzate alla conclusione del procedimento che saranno oggetto del successivo controllo dell'autorità giurisdizionale allorquando i nuovi amministratori e sindaci nominati dall'assemblea, all'udienza di rinvio fissata, relazioneranno al tribunale sulle attività compiute e sulla rimozione delle irregolarità il cui riscontro positivo chiuderà definitivamente il procedimento innanzi al tribunale.

Pertanto, il procedimento, in caso di eliminazione delle irregolarità e ripristino dell'ordinaria gestione sociale, si concluderà con una pronuncia di cessazione della materia del contendere³⁵⁵ con riparto delle spese secondo il principio della c.d. soccombenza virtuale³⁵⁶ ovvero con rinuncia dell'istante agli atti del giudizio ed estinzione del giudizio per improcedibilità con regolamento delle spese ex art. 91 c.p.c.³⁵⁷ se la rinuncia non viene formalmente accettata ovvero ai sensi dell'art. 306 c.p.c.³⁵⁸.

Da ultimo deve essere opportunamente segnalato che, laddove le gravi irregolarità denunciate non siano ritenute tali dal tribunale già *prima facie* in base alla valutazione degli atti prodotti o a seguito dell'ispezione giudiziale, l'organo giudicante potrà chiudere immediatamente la procedura, rigettando le istanze del denunciante con conseguenziale condanna del medesimo alle spese processuali.

3.2. (Segue) I provvedimenti a contenuto atipico: forma, natura, contenuto e reclamabilità.

Il mancato riscontro positivo del tribunale alle attività poste in essere dai nuovi amministratori e sindaci, nominati in sostituzione dei precedenti, con riguardo al riassetto economico e contabile della società, ma anche le risultanze dell'ispezione giudiziaria potrà comportare che l'autorità giudiziaria disponga

necessitati da situazioni imprevedibili o di emergenza ; VALITUTTI, *op. cit.*, 1295; CHIZZINI, *op. cit.*, 746; DALMOTTO, *op. cit.*, 1274.

³⁵⁵ Così anche OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 6; VALITUTTI, *op. cit.*, 1296.

³⁵⁶ DALMOTTO, *op. cit.*, 1276; JANNUZZI - LOREFICE, *op. cit.*, 716.

³⁵⁷ Il criterio della soccombenza si ritiene applicabile anche nell'ambito del procedimento di controllo giudiziario sulla gestione della società di capitali, previsto dall'art. 2409 c.c., così si è espresso App. Roma 8 giugno 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 1, 831; la giurisprudenza esclude che la condanna alle spese includa anche quelle di ispezione che dovrebbero sempre restare a carico del denunciante in tal senso: Cass. civ. 10 gennaio 2005, n. 293, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; Cass. civ. 5 luglio 2002, n. 9828, in *Foro it.*, 2003, I, 533; Trib. Roma 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103; Trib. Napoli 4 dicembre 1998, in *Dir. e Gius.*, 1998, 508.

³⁵⁸ In questo senso VALITUTTI, *op. cit.*, 1296.

“gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l’assemblea per le conseguenti deliberazioni” e “nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario”³⁵⁹.

La forma dei provvedimenti sarà ovviamente quella del decreto che sarà emesso a seguito della fase istruttoria di cui all’art. 738 c.p.c., senza che sia possibile l’emanazione di un *decreto inaudita altera parte* come, invece, consentiva l’art. 31, comma 1 del D. Lgs. n. 5/2003 abrogato³⁶⁰ anche se, per il vero, la natura ed il contenuto di tali provvedimenti necessitano, senza dubbio, di un’approfondita istruttoria tale da far dubitare la possibilità di poterli emettere senza un previo contraddittorio tra le parti interessate.

Con riguardo al contenuto dei provvedimenti provvisori, si deve concordare con chi ritiene che il tribunale sia svincolato dai principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, di cui agli art. 99 e 112 c.p.c., in quanto proprio a causa del carattere inquisitorio del procedimento, la precedente ispezione potrebbe riguardare accertamenti e circostanze mai prospettate dal denunziante con la conseguenza che il giudice, a seguito delle risultanze ispettive, si troverebbe ad emettere provvedimenti differenti e, comunque, non corrispondenti alle richieste del ricorrente³⁶¹.

La qualificazione di “provvedimenti provvisori” in sostituzione della precedente espressione “provvedimenti cautelari” appare tecnicamente più corretta ed anche necessaria al fine di eliminare ogni dubbio sulla presunta natura cautelare degli stessi e, quindi, dell’applicabilità del rito cautelare uniforme di cui agli art. 669 *bis* ss.³⁶².

³⁵⁹ Così testualmente recita l’art. 2409, comma 4, c.c.

³⁶⁰ Nella vigenza del rito societario TURRONI, *sub* Art. 31 d. lgs. n. 5 del 2003, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 883 ss. riteneva non applicabile l’art. 31 del D. Lgs. n. 5/2003, con riguardo all’emissione del *decreto inaudita altera parte*, in quanto tali provvedimenti implicano una valutazione tale da ritenersi incompatibili con i profili di estrema sommarietà che avrebbe necessitato il provvedimento presidenziale. Per un’applicazione, in giurisprudenza, del disposto dell’art. 31 D. Lgs. n. 5/2003 (ora abrogato) v. App. Ancona 30 agosto 2006, in *Società*, 2007, 1399 ss. che ha ritenuto di emettere il *decreto inaudita altera parte* per disporre la revoca dell’organo amministrativo e la nomina dell’amministratore giudiziario.

³⁶¹ E’ questa la condivisibile opinione di DALMOTTO, *op. cit.*, § 4.11 il quale afferma che, una volta che i ricorrenti abbiano presentato la denuncia, il procedimento potrebbe sfuggire di mano, rinvenendo irregolarità mai prospettate e con l’emissione di provvedimenti provvisori più gravi di quelli richiesti. In giurisprudenza v. Trib. Como 4 aprile 2000, in *Gius.*, 2000, 2011 che afferma come l’unico presupposto necessario del procedimento sono la denuncia di fatti che possono fondare il sospetto di gravi irregolarità nella gestione.

³⁶² In questo senso OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 6. Cfr. CHIZZINI, *op. cit.*, 747 secondo cui il legislatore ha giustamente espunto l’equivoco riferimento ai provvedimenti cautelari, risolvendo negativamente i dubbi sull’applicabilità del rito cautelare uniforme; VALITUTTI, *op. cit.*, 1299 il quale concorda sull’eliminazione dell’espressione “provvedimenti

Il requisito “dell’opportunità”, attribuito espressamente dal legislatore ai suddetti provvedimenti, ma anche della atipicità per via della mancata determinazione del loro contenuto, consentirà al tribunale di usufruire della più ampia discrezionalità al fine di disporre tutti quei rimedi ritenuti più idonei ad impedire il compimento di ulteriori irregolarità o le ulteriori conseguenze delle violazioni già compiute³⁶³.

Con riguardo, invece, al carattere provvisorio occorre rilevare che questi provvedimenti, seppur definiti tali in quanto emessi in attesa della riunione assembleare che sarà il luogo deputato per deliberare le decisioni più adeguate alla soluzione delle irregolarità gestionali³⁶⁴, possono assumere la veste di veri e propri atti definitivi³⁶⁵ funzionali al procedimento camerale e, quindi, da ritenersi autonomamente reclamabili da tutti i soggetti coinvolti nella procedura, non ultimi i nuovi amministratori e sindaci ai quali deve essere riconosciuta la qualità di legittimi contraddittori³⁶⁶. Invero, la definitività di questi provvedimenti sta nel fatto che non svolgono alcuna funzione provvisoria e/o strumentale rispetto ad un’ulteriore fase di giudizio né anticipatoria di un successivo provvedimento ma esauriscono il proprio compito all’interno del procedimento camerale³⁶⁷ cui sono unicamente funzionali³⁶⁸.

cautelari” in quanto fonte di notevoli equivoci; CANALE, *Il “nuovo” procedimento previsto dall’art. 2409 c.c.*, in *www.judicium.it*, § 8 afferma che questa modifica sia di aiuto e conforto nella risoluzione dei problemi che si ponevano in precedenza. L’A., peraltro, riporta i diversi indirizzi nei quali la dottrina aveva ricondotto la natura dei provvedimenti e precisamente: un primo indirizzo li riconduceva ai provvedimenti cautelari tipici previsti nel codice di rito; un altro in quelli atipici di cui all’art. 700 c.p.c. ed un altro ancora, come riteneva la dottrina prevalente, nei provvedimenti di carattere inibitorio volti ad eliminare gli effetti delle irregolarità riscontrate; DALMOTTO, *op. cit.*, § 4.11. In giurisprudenza, nella previgente disciplina App. Milano 10 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1632 ha ritenuto la natura prettamente cautelare dei provvedimenti provvisori.

³⁶³ Cfr. CHIZZINI, *op. cit.*, 747 secondo il quale i provvedimenti provvisori possono essere i più vari e producono effetti fino alle deliberazioni assembleari che possono essere assunte, ritenendo che con riguardo agli stessi possano ancora estendersi le considerazioni che venivano svolte riguardo agli “opportuni provvedimenti cautelari” di cui alla precedente formulazione dell’articolo in parola; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e la società*, 13 ed., Milano, 2006, 667 i quali ritengono che il tribunale abbia ampia discrezionalità nella scelta dei provvedimenti opportuni tanto che ritengono possa sussistere una sorta di “creatività nella dialettica con gli esponenti societari”.

³⁶⁴ Cfr. JANNUZZI - LOREFICE, *op. cit.*, 717.

³⁶⁵ Per DALMOTTO, *op. cit.*, § 4.11 tali provvedimenti, seppur definiti dal legislatore provvisori, hanno la funzione di provvedimenti finali che non necessitano di conferma in un’ulteriore fase di giudizio e concludono il procedimento di denuncia con la consequenziale possibilità di essere oggetto di reclamo.

³⁶⁶ Ancora OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 6.

³⁶⁷ E’ questa l’opinione di BONGIORNO, *op. cit.*, 173.

³⁶⁸ V. MONTESANO – ARIETA, *Trattato*, Vol. II, T. II, 1213 secondo cui per individuare i provvedimenti reclamabili si debba guardare al contenuto degli stessi e in relazione agli effetti

Né potrebbe incidere sul carattere definitivo di questi provvedimenti il loro contenuto (che il più delle volte assume carattere inibitorio³⁶⁹), dovendo gli stessi adattarsi alla funzione di eliminare le molteplici situazioni anomale che si possono presentare, di volta in volta, nella gestione sociale, anche se - come puntualmente è stato precisato - il tribunale non potrà mai emettere ordini che non trovino riscontro nella legge e che si concretizzino in un'ingiustificata "ablazione dei poteri degli organi deliberativo ed amministrativo"³⁷⁰.

Più problematico appare sostenere l'immediata esecutività dei provvedimenti provvisori in quanto l'abrogato art. 26, comma 1 D. Lgs. 5/2003, che disponeva l'immediata esecutorietà per i decreti camerali, non sarà più applicabile cosicché il provvedimento emesso dovrà attendere il decorso del termine di cui all'art. 741 c.p.c. per poter acquistare efficacia esecutiva a meno che il tribunale per "ragioni di urgenza" non gli attribuisca tale qualità, in tal modo cercando di salvaguardare le esigenze di speditezza della parte istante e contemperandole ad una valutazione degli interessi del soggetto passivo.

Giova, comunque, rilevare come la giurisprudenza e la dottrina prevalente, già prima dell'avvento del rito societario, erano giunte ad affermare l'immediata esecutività per i provvedimenti camerali che rivestivano caratteri di urgenza e speditezza tra cui rientravano proprio quelli emessi ai sensi dell'art. 2409 c.c.³⁷¹

tipici della fattispecie camerale, con esclusione di tutti i provvedimenti di carattere essenzialmente istruttorio che servono al giudice camerale per esercitare i poteri tipicamente previsti dalla legge.

³⁶⁹ Così ritiene OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, § 6 il quale in nota richiama BONGIORNO, *op. cit.*, 171 ss. secondo cui tali provvedimenti assumono funzione prevalentemente inibitoria "quali il divieto di perfezionare un determinato contratto, la limitazione dei poteri dell'amministratore, la sospensione di uno o più amministratori con la concentrazione dei poteri in capo ai rimanenti, la chiusura di una cassa, la cessazione di determinate attività dell'azienda, la sospensione dell'esecuzione di una delibera non ancora attuata o di un'assemblea ordinaria o straordinaria già convocata, il divieto di compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione".

³⁷⁰ Così ARIETA – DE SANTIS, *op. cit.*, 586. In giurisprudenza v. Cass. civ. 9 aprile 1994, n. 3341, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3145 con nota di VIDIRI che ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto legittima la disapplicazione da parte dell'assemblea di una SpA del provvedimento del tribunale che, pur avendo escluso la sussistenza di gravi irregolarità, aveva comunque imposto all'assemblea la nomina di un consiglio di amministrazione di tre membri in luogo dell'amministratore unico.

³⁷¹ Cfr., in giurisprudenza di legittimità, una risalente sentenza della Suprema Corte: Cass. civ. 27 febbraio 1957, n. 708 in *Giur. it.*, 1957, II, 1146; nella giurisprudenza di merito v. Trib. Palermo 4 giugno 1997, in *Società*, 1998, 75 con nota di SALAFIA; Trib. Pisa 20 ottobre 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1095; App. Torino 25 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1988, 2, 713; App. Milano 26 ottobre 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 745; App. Venezia 14 settembre 1987, in *Società*, 1988, 277; Trib. Milano 27 marzo 1976, in *Giur. comm.*, II, 104; App. Milano 10 novembre 1965, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1216; Pret. Roma 28 giugno 1957, in *Dir. fall.*, 1957, II, 733. In dottrina favorevole a ritenere immediatamente esecutivi i provvedimenti camerali emessi ex art. 2409 c.c.: JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1995.

ed, in particolare, il provvedimento di revoca degli amministratori e contestuale nomina dell'amministratore giudiziario.

Questo indirizzo giurisprudenziale e dottrinario, favorevole all'immediata esecutività del suddetto decreto camerale, fondava il proprio convincimento sul dettato dell'art. 103 disp. att. c.c.³⁷² il quale regolava, nella lettera *ante riforma*, il criterio di scelta dell'amministratore nominato nel procedimento ex art. 2409 c.c. e, faceva espresso rimando per le norme di esercizio della funzione del medesimo agli art. 92, 93 e 94 disp. att. c.c. Proprio dal rinvio all'art. 92 cit.³⁷³ che disponeva l'immediata esclusione dell'imprenditore dall'amministrazione dell'impresa (una volta nominato l'amministratore giudiziario a seguito di sentenza della soppressa magistratura del lavoro), questa corrente interpretativa ne faceva discendere l'immediata esecutività anche per il provvedimento di nomina dell'amministratore giudiziario ad una società di capitali³⁷⁴.

La corrente dottrina e giurisprudenziale opposta a tale interpretazione³⁷⁵, dal canto suo, riteneva inapplicabile l'art. 92 disp. att. c.c. nella fattispecie in parola, in quanto era ritenuta coerente al modello cui si applicava e cioè alla sentenza della magistratura del lavoro nel caso in cui fosse stato proposto ricorso per cassazione (anche se per il vero l'adire la Corte di legittimità non ne sospendeva l'efficacia esecutiva) e si presentava del tutto estraneo alla nomina dell'amministratore giudiziario in una società di capitali, ai sensi dell'art. 103 cit. contro cui era stato proposto appello, essendo applicabile a tale fattispecie l'art. 739 c.p.c.³⁷⁶.

³⁷² L'art. 103 disp. att. c.c. così disponeva, nel testo *ante riforma* 2003, al primo comma "I provvedimenti del tribunale previsti dall'art. 2409 del codice sono disposti con decreto, il quale deve essere comunicato a cura del cancelliere, entro cinque giorni, all'ufficio del registro delle imprese per l'iscrizione e, fino a che questo non sia istituito, alla cancelleria del tribunale per l'iscrizione del registro delle società", mentre al secondo comma "L'amministratore giudiziario, nominato dal tribunale a norma dell'art. 2409 del codice, è scelto possibilmente fra gli iscritti nel ruolo degli amministratori giudiziari. A lui si applicano gli art. 92, 93, e 94 di queste disposizioni, intendendosi sostituiti nei poteri della magistratura del lavoro e del presidente della magistratura del lavoro rispettivamente quelli del tribunale e del presidente del tribunale".

³⁷³ Mentre l'art. 92 disp. att. c.c., nella disciplina previgente al D. Lgs. n.6/2003, aveva il seguente tenore "La sentenza che nomina l'amministratore incaricato di assumere la gestione dell'impresa priva l'imprenditore, dalla sua data dall'amministrazione dell'impresa nei limiti dei poteri conferiti all'amministratore giudiziario (...)".

³⁷⁴ In questo senso App. Trento 17 maggio 1996, in *Società*, 1996, 1285 con nota di TASSI secondo cui l'art. 741 c.p.c. non può ritenersi prevalente rispetto alla norma di cui al combinato disposto degli artt. 103 e 92 disp. att. c.c. anche perchè il sistema richiamato dagli articoli appena menzionati è perfettamente coerente con la funzione dell'art. 2409 c.c. tesa a ripristinare l'ordine gestionale della società.

³⁷⁵ Cfr. App. L'Aquila 11 agosto 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 109 con nota di DI GRAVIO; Trib. Genova 16 ottobre 1970, in *Foro it.*, 1971, I, 1696.

³⁷⁶ In questi termini TEDESCHI, *Il controllo giudiziario*, cit., 503 ss.

Peraltro, veniva sostenuto come l'art. 742 *bis* c.p.c. (introdotto nel codice di rito, successivamente alla scrittura dell'art.103 cit., per mezzo dell'art. 36 del D. Lgs. n. 483/1958) che ha esteso l'ambito di applicazione delle norme del relativo capo (art. 737 ss. c.p.c.) a tutti i procedimenti camerali, farebbe sorgere un problema di abrogazione (ex art. 15 disp. att. c.c.) dell'art. 103 cit. che risulterebbe incompatibile con l'art. 741 c.p.c. il quale non necessita di alcun rinvio, non potendo “una balorda disposizione (art. 103 disp. att. c.c.) d'attuazione del codice civile soppiantare per intero una norma ordinaria del codice di procedura civile”³⁷⁷ (741 c.p.c.), essendo chiara la lettera nell'intenzione di coordinare tutta la materia della volontaria giurisdizione. Ciò detto, avendo una nuova disposizione regolato l'intera materia già disciplinata da una norma anteriore, deve – secondo tale orientamento - ritenersi applicabile unicamente l'art. 741 c.p.c., risultando inoperante e sorpassato ogni riferimento all'art. 103 disp. att. c.c.

La replica a tali considerazioni – da parte dell'orientamento favorevole all'immediata esecutività del decreto di cui all'art. 2409 c.c. – è fondata proprio sull'interpretazione diametralmente opposta delle suddette norme laddove il rinvio dell'art. 103 cit. all'art. 92 cit. e la loro permanenza nel sistema nonché la successiva soppressione della magistratura del lavoro, senza che sia intervenuta alcuna abrogazione o modifica della disposizione, confermerebbe la volontà del legislatore di tenerle in vigore e fornire immediata efficacia esecutiva al decreto in parola, del resto - viene affermato - l'esigenza di urgente applicazione delle disposizioni, inerenti alla magistratura del lavoro, venivano ravvisate anche per la nomina di un amministratore giudiziario di società di capitali. A ciò aggiungasi che il legislatore nell'art. 103 cit. ha espressamente effettuato il rinvio all'art. 92 cit., rendendo del tutto irrilevante la collocazione di quest'ultima norma nella disciplina della magistratura del lavoro, anche perché l'art. 92 cit. “non esplicava alcun effetto di rilievo all'interno del processo del lavoro” in quanto il ricorso per cassazione, come anzidetto, non era idoneo a sospendere l'efficacia della sentenza impugnata³⁷⁸.

³⁷⁷ Così testualmente DI GRAVIO, *La revoca degli amministratori nelle società di capitali e la (non) esecutorietà del provvedimento*, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1097.

³⁷⁸ In questi termini SALAFIA, *Efficacia del decreto di nomina dell'amministratore giudiziario*, in *Società*, 1998, 76.

Ogni dibattito in merito - a seguito della riforma societaria - è venuto meno invero il D. lgs. n. 6/2003, con la modifica dell'art. 92 disp. att. c.c., disponendo che, dalla data di emissione del provvedimento, l'imprenditore viene privato dell'amministrazione della società, ha di fatto attribuito l'immediata esecutorietà al decreto di nomina dell'amministratore giudiziario³⁷⁹.

Ciò detto, i provvedimenti provvisori, sia pure nella loro definitività, in mancanza di un espresso riferimento normativo come quello previsto per il decreto di nomina dell'amministratore giudiziario appena menzionato, sembra che debbano sottostare al regime di cui all'art. 741 c.p.c., potendo acquistare efficacia esecutiva solo dopo la scadenza del termine per proporre reclamo (fatti salvi i casi in cui il giudice per ragioni d'urgenza non lo abbia dichiarato immediatamente esecutivo).

E' pur vero, però che, nel nostro sistema processuale in cui vige il principio dell'immediata esecutività della sentenza di primo grado (sia pure per solo quelle di condanna), ai sensi dell'art. 282 c.p.c. pur in presenza di un giudizio di impugnazione, non si dovrebbe negare, in applicazione analogica di quanto disposto per il decreto camerale di nomina dell'amministratore giudiziario ex art. 92 disp. att. c.c. ed in virtù del conclamato favore del legislatore all'immediata esecutorietà dei provvedimenti camerali espresso anche nell'abrogato art. 26 del rito societario, di ritenere immediatamente esecutivo anche il provvedimento provvisorio specie laddove sia idoneo a concludere il procedimento di denuncia al tribunale.

Tuttavia non può nascondersi una duplice obiezione a quanto appena affermato: la prima consiste nel fatto che il legislatore, in ossequio al principio *ubi lex voluit dixit*, se avesse ritenuto di fornire efficacia esecutiva ad ogni decreto emesso nell'ambito del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. lo avrebbe previsto espressamente come per il decreto di nomina dell'amministratore giudiziario, visto che, peraltro, è intervenuto proprio sulla relativa norma di disposizione e attuazione; la seconda è rappresentata dal fatto che, laddove sussistano "ragioni d'urgenza" per attribuire l'immediata efficacia esecutiva al provvedimento, esiste il rimedio previsto dall'art. 741 c.p.c. secondo cui la parte può richiedere

³⁷⁹ Per una migliore comprensione da parte del lettore si riporta il testo dell'art. 92 disp. att. c.c. che così dispone "Il decreto, previsto dall'art. 2409 del codice, che nomina l'amministratore giudiziario nelle società di cui ai capi V del titolo V del libro V del codice, priva l'imprenditore, dalla sua data, dell'amministrazione della società nei limiti dei poteri conferiti all'amministratore giudiziario."

contestualmente all'emissione del provvedimento l'esecutorietà al giudice il quale, valutati i vantaggi derivanti dall'esecuzione immediata con riferimento alle gravi ragioni e gli svantaggi prodotti dall'esecuzione, provvederà sulla relativa istanza.

Ciò detto, la definitività e la coercività di questi provvedimenti, in grado di incidere immediatamente su una posizione di diritto del soggetto passivo, specie se attribuiti di carattere esecutivo, dovrebbe comportare la possibilità di reclamarli³⁸⁰, con contestuale possibilità di sospendere l'esecutorietà laddove concessa, anche se, in mancanza di una norma *ad hoc* come, invece, per il decreto di ispezione, qualche dubbio potrebbe sorgere in ordine all'esercizio della facoltà di impugnazione tanto più che, a seguito dell'abrogazione del rito societario non sono più applicabili le dettagliate norme ivi contenute sul rito camerale. Negare - ma non lo si crede - la possibilità di accesso al reclamo, per questa tipologia di provvedimenti la cui immediata incisività sui diritti del soggetto passivo, specie se dotati di immediata esecutività, è indubbia, significherebbe poter ovviamente ricorrere allo strumento della modifica o revoca da parte di chi assume l'ingiustizia del provvedimento ai sensi dell'art. 742 c.p.c.

Da ultimo, occorre osservare che, laddove i provvedimenti provvisori non siano idonei a rimuovere le irregolarità gestionali, gli stessi svolgeranno unicamente la funzione di atti prodromici alla revoca degli amministratori ancora in carica ed, eventualmente dei sindaci ai sensi dell'art. 2479, comma 4, c.c.

3.3. (Segue) La revoca degli amministratori e sindaci e la nomina dell'amministratore giudiziario. Natura e definitività.

Presupposto inedefettibile per la revoca degli amministratori ed, eventualmente dei sindaci, è costituito dalla sussistenza di irregolarità così gravi da non poter essere eliminate dai provvedimenti provvisori tanto da richiedere l'immediata rimozione dell'organo amministrativo, al fine di non aggravare ulteriormente la gestione sociale e, indirettamente, il patrimonio sociale, senza poter attendere le decisioni dell'assemblea³⁸¹.

Invero, l'intromissione di un soggetto terzo nella gestione sociale può essere giustificata solo dal riscontro di gravissime anomalie nell'amministrazione

³⁸⁰ Nella vigenza della vecchia disciplina App. Milano 10 marzo 2004, cit., 1632 ha ammesso ritenuto che "i provvedimenti cautelari" sono immediatamente reclamabili in quanto hanno una attitudine intrinseca ad incidere immediatamente sul diritto del soggetto passivo.

³⁸¹ DALMOTTO, *op. cit.*, 1282.

contabile ed economica della società che dovranno essere rimosse e, comunque, ridimensionate dall'amministratore giudiziario il quale non si limiterà, a procedere ad un'ispezione contabile come avviene nei casi di cui all'art. 2409, comma 2, c.c., ma dovrà assumere lo svolgimento di compiti operativi e gestionali.

Il provvedimento di revoca degli amministratori, dunque, richiede la sussistenza di tre requisiti: a) la sussistenza delle gravi violazioni denunciate accertate per il mezzo dell'ispezione giudiziaria o *ictu oculi* rilevabili per mezzo della documentazione prodotta in sede di deposito del ricorso introduttivo del giudizio o in corso di istruttoria; b) la gravità di tali irregolarità tali da non poter esser riparate né attraverso i provvedimenti provvisori né tantomeno dagli amministratori e sindaci nominati *ex novo*; c) il nesso di causalità tra le gravi irregolarità riscontrate e la condotta degli amministratori ritenuti infedeli.

Deve osservarsi, come nella previgente disciplina, la revoca degli amministratori comportasse, nell'applicazione giurisprudenziale maggioritaria, l'immediata revoca *ipso iure* anche dei sindaci a prescindere da fatti colposi addebitabili ai medesimi³⁸², di fatto creando una disparità di trattamento, in violazione di ogni diritto costituzionale alla difesa; in verità la giustificazione che veniva addotta, in tali casi, risiedeva nella non necessarietà della presenza dei sindaci laddove fosse stato nominato un amministratore giudiziario il cui operato veniva controllato dal tribunale dal quale era stato nominato³⁸³ ovvero nella presunzione secondo cui i sindaci, non avendo denunciato o sorvegliato gli atti degli amministratori, erano corresponsabili degli atti di *mala gestio*.

Questa rigida interpretazione, per il vero, è stata anche disattesa da qualche tribunale che rinveniva, nella norma, forti sospetti di incostituzionalità anche per via della successiva introduzione nel nostro ordinamento costituzionale dei principi del giusto processo³⁸⁴, cosicché diversi giudici di merito hanno iniziato ad

³⁸² Cfr. in giurisprudenza Trib. Verona 14 dicembre 2001, in *Società*, 2002, 858 con nota di LAMBERTINI e FINARDI secondo cui il provvedimento di revoca degli amministratori comporta di diritto la revoca dell'organo sindacale.

³⁸³ In tal senso App. Venezia 21 febbraio 2002, in *Società*, 862 con nota di LAMBERTINI e FINARDI secondo cui laddove si è provveduto alla nomina di un amministratore giudiziario, si impone la revoca del collegio sindacale che non ha motivo di sopravvivere in quanto lo stesso amministratore giudiziario opera secondo le direttive del tribunale.

³⁸⁴ DALMOTTO, *op. cit.*, 1282.

affermare che la revoca dei sindaci non potesse essere una diretta conseguenza della revoca dell'organo amministrativo³⁸⁵.

A risolvere tali problemi, è intervenuta, come innanzi visto, la novella di cui al D. Lgs. n. 6/2003 il quale, modificando il testo dell'art. 2409 c.c., ha reso facoltativa la revoca dei sindaci³⁸⁶, nei casi di rimozione dell'organo amministrativo e nomina dell'amministratore giudiziario, disponendo che l'organo sindacale possa essere "eventualmente" revocato; per mezzo di tale introduzione normativa, ogni dubbio di costituzionalità della norma può dirsi fugato anche se è indubbio che debba esserci un necessario coordinamento tra i due organi (amministratore giudiziario e collegio sindacale) i quali all'atto pratico svolgono entrambi una funzione di controllo.

Il provvedimento di revoca degli amministratori e di nomina dell'amministratore giudiziario, quale provvedimento finale (e non provvisorio nel senso sopra richiamato) dell'iter procedurale di denuncia al tribunale, sarà immediatamente esecutivo ai sensi dell'art. 92 disp. att. c.c. (come visto in precedenza) ed ovviamente reclamabile innanzi alla corte d'appello che, in caso di gravi motivi, potrà disporre la sospensione dell'esecutività ove concessa e vedrà nella qualità di soggetti legittimati attivi gli amministratori e/o sindaci revocati ma anche quelli nominati *ex novo* dall'assemblea, la società, i soci ed ogni altro soggetto che ne abbia interesse.

Il termine per il reclamo comincerà a decorrere, in caso di provvedimenti camerali resi in confronto di più parti, dalla notificazione all'ultima parte del decreto e non più dalla comunicazione del biglietto di cancelleria come prevedeva l'art. 17 del D. Lgs. n. 5/2003 abrogato.

La procedura di reclamo si concluderà, a seguito della ulteriore fase istruttoria se ritenuta necessaria, con un decreto motivato, non impugnabile neanche ai sensi dell'art. 111 Cost.³⁸⁷, che confermerà, modificherà o revocherà il provvedimento del giudice di prima istanza.

4. Ambito soggettivo di applicazione: s.p.a., s.a.p.a. e cooperative.

³⁸⁵ V. App. Torino 27 ottobre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, II, I, 2, 13.

³⁸⁶ Il testo dell'art. 2409 c.c., consentendo la revoca dei soli amministratori, mutua quanto già disposto dall'art. 152 del Testo unico in materia di intermediazione finanziaria.

³⁸⁷ In giurisprudenza si sono espressi per la non impugnabilità in Cassazione del provvedimento ex art. 2409 v. Cass. civ. 21 marzo 2007, n. 6805, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 3; Cass. civ. 26 febbraio 2002, n. 2776, in *Foro it.*, 2002, I, 1718; Cass. civ. 21 giugno 1999, n. 6241, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1447.

Il controllo giudiziario rinviene il suo ambito di applicazione naturale nelle società per azioni³⁸⁸, come del resto dimostra la collocazione della disciplina nel capo V del titolo V del libro V dedicato alle s.p.a. a cui fa espresso rinvio il nuovo art. 2454 c.c. che, riproducendo il vecchio dettato dell'art. 2464 c.c., rende applicabili, sia pure con il limite della compatibilità, alle società in accomandita per azioni le norme sulle s.p.a., con la conseguenza che anche alle s.a.p.a. potrà essere estesa la disciplina del controllo giudiziario³⁸⁹.

Una prima novità in tema di ambito di applicazione si riscontra, invece, nell'estensione dell'istituto in parola anche alle società cooperative, disposizione voluta dalla legge delega che all'art. 5, comma 2, lett. g) che ha espressamente previsto l'obbligo per il legislatore delegato di inserire il controllo giudiziario anche alle società cooperative, fatto salvo quanto previsto per le banche ai sensi dell'art. 70, comma 7 del D. Lgs. n. 385/1993 (testo unico bancario).

Tale necessità era sorta in quanto, nella vigenza della precedente disciplina, non vi erano espressi richiami legislativi all'applicabilità dell'istituto in parola, con la conseguenza che erano venuti a formarsi due orientamenti interpretativi l'uno favorevole e l'altro contrario all'estensione del controllo giudiziario alle società cooperative, finendo per prevalere l'indirizzo negativo³⁹⁰.

Questa contrapposizione era sorta in quanto, per tali enti, era già previsto un sistema di controlli di carattere amministrativo-governativo, ai sensi dell'art. 2542 c.c., cosicchè appariva superfluo e pleonastico affiancare ad un controllo di quella tipologia anche uno di carattere giudiziario che avrebbero finito per entrare in contraddizione³⁹¹.

Ogni dubbio, quindi, è stato fugato con la scrittura del nuovo art. 2545 *quinquiesdecies* c.c. il quale ha previsto, nei limiti della norma, l'applicabilità del controllo giudiziario a tutte le società cooperative, anche a quelle

³⁸⁸ Per una puntuale ricostruzione dell'ambito di applicazione dell'istituto del controllo giudiziario si veda NAZZICONE, *op. cit.*, 22 ss.

³⁸⁹ CHIZZINI, *op. cit.*, 731 afferma che, sebbene gli art. 2409 *undecies* e 2409 *noviesdecies* c.c. non facciano rinvio all'art. 2409 c.c., il controllo giudiziario potrà essere applicato anche alle società che assumono un modello di *governance* non di carattere tradizionale ma di tipo monistico o dualistico. L'A. precisa, infatti, come, sia pure con degli adattamenti interpretativi, la misura in esame si applica a tutte le società in esame a prescindere dalla forma di amministrazione optata anche perchè il legislatore non poteva ritenere di tutelare le minoranze in base alla tipologia di governo societario prescelta.

³⁹⁰ In giurisprudenza contrari all'ammissibilità del ricorso ex art. 2409 c.c. alle cooperative v. Trib. Lecco 23 luglio 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 1285; Trib. Ascoli Piceno 20 gennaio 1984, in *Giur. comm.*, 1984, II, 794.

³⁹¹ E' questa l'opinione di DALMOTTO, *op. cit.*, § 2.3.

“costituzionalmente riconosciute” cioè a quegli enti che svolgono attività mutualistica a favore esclusivamente dei soci o che, di questi ultimi, prevalentemente si avvalgono per le prestazioni lavorative; ciò ha fatto il legislatore delegato oltrepassando anche i limiti della legge delega che aveva disposto di prevedere l'utilizzo del controllo giudiziario alle sole cooperative non a mutualità prevalente³⁹².

Sono state appositamente escluse, come anzidetto, le cooperative bancarie le quali continuano a sottostare al dettato dell'art. 70, comma 7, t.u.b., come previsto dall'art. 5, comma 2 della legge delega, secondo cui, in caso di gravi irregolarità gestionali commesse dagli amministratori o dai sindaci, i soci che rappresentino almeno il ventesimo del capitale sociale ovvero il cinquantesimo, in caso di banche che fanno ricorso al mercato di rischio, possono denunciare i fatti alla Banca d'Italia che decide con provvedimento motivato³⁹³.

La disciplina del controllo giudiziario, come ricordavamo innanzi, è dettata dall'art. 2545 *quinquiesdecies* c.p.c. che, in particolare al secondo comma, prevede per una valida instaurazione del contraddittorio, la notifica, oltre a tutti i soggetti individuati dall'art. 2409 c.c., anche all'autorità di vigilanza che cura i controlli governativi sulle cooperative, non ritenendosi sufficiente la mera notifica ad un revisore contabile della società, essendo quest'ultimo un mero affidatario dei compiti periodici di ispezione e non un soggetto organico all'organo di vigilanza³⁹⁴. E' bene, peraltro, precisare come in caso di concorso tra controllo giudiziario e controllo governativo, il legislatore ha riconosciuto prevalenza a quest'ultimo sicchè, all'udienza fissata per la comparizione in camera di consiglio di amministratori, sindaci, soci e autorità di vigilanza, il ricorso al tribunale dovrà essere dichiarato improcedibile nel caso in cui sia già avviato il controllo dell'autorità di vigilanza con contestuale nomina di un ispettore o commissario ai

³⁹² In giurisprudenza v. Trib. Salerno 26 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, 9, 2650; Trib. Cagliari 15 novembre 2006, n. 6937, in *Riv. giur. Sarda*, 2008, 2, 343 con nota di ANEDDA. Cfr. DALMOTTO, *op. cit.*, § 2.3 il quale ritiene che tale scelta legislativa derivi dal fatto che il legislatore delegato abbia considerato il fenomeno cooperativistico come *unicum* così da interpretare l'art. 5 della legge delega omnicomprensivo di qualsiasi tipologia di cooperativa.

³⁹³ In tal senso DALMOTTO, *op. cit.*, § 2.3 il quale rileva come, successivamente alla legge delega n. 366/2001, il legislatore ha riformato, per adattarlo alle riforme societarie, l'art. 70, comma 7 T.u.b., creando il dubbio se fosse ancora applicabile alle banche cooperative il testo previgente o quello novellato: L'A. ritiene che, alla luce del dettato dell'art. 223 *terdecies* disp. att. c.c., che dispone l'applicazione delle norme vigenti alla data di entrata in vigore della legge n. 366/2001, non vi siano dubbi che la disciplina applicabile debba continuare ad essere quella di cui al vecchio testo dell'art. 70 cit.

³⁹⁴ In giurisprudenza così si è espresso App. Milano 2 novembre 2006, in *Corr. merito*, 2007, 3, 303.

sensi dell'art. 2545 *quinquiesdecies*, comma 3, c.p.c.; viceversa, laddove il tribunale abbia già nominato un ispettore o un amministratore giudiziario, il controllo governativo dovrà essere sospeso. Dunque, opererebbe un principio della prevenzione riferito non alla pendenza dei rispettivi procedimenti ma con riguardo al momento della nomina di un amministratore giudiziario piuttosto che di un commissario governativo³⁹⁵.

In ordine alla concorrenza dei due procedimenti, sono condivisibili le perplessità di chi ritiene incomprensibile l'assunto presente nella relazione governativa allo schema del decreto legislativo di riforma laddove ritenga che sia stata riservata una posizione di prevalenza al ricorso amministrativo, posto che il rapporto tra le due attività di controllo, come sopra esposto, potrebbe comportare che, nelle more tra la notifica del ricorso alle parti (e quindi anche all'autorità di vigilanza) e l'udienza, la parte che abbia preferenza per l'intervento giudiziario possa cercare di sollecitare il tribunale all'emissione di un decreto di ispezione, di fatto anticipando il controllo governativo.

5. Il controllo giudiziario nelle società a responsabilità limitata: inammissibilità.

Il controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c., come dianzi visto, si continua ad applicare alle società per azioni, alle società in accomandita per azioni e alle società cooperative mentre nessuna norma ne prevede l'applicabilità alle società a responsabilità limitata, come invece avveniva in precedenza per esplicita previsione dell'art. 2488, ult. comma, c.c.³⁹⁶.

Peraltro, anche l'art. 92 disp. att. c.c., come sopra esposto, nello specificare che il decreto di nomina di cui all'art. 2409 c.c. priva immediatamente l'imprenditore dell'amministrazione della società fa riferimento unicamente alle società del capo V del titolo V del libro V, il che non includerebbe le società a responsabilità limitata³⁹⁷.

³⁹⁵ In questi termini DALMOTTO, *op. cit.*, § 2.4. Cfr. CHIZZINI, *op. cit.*, 732 il quale ritiene singolare un concorso di procedimenti basato su criteri temporali e non sulle diverse tipologie di intervento.

³⁹⁶ Cfr. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, II ed., 487; DALMOTTO, *op. cit.*, 1218 il quale afferma che il controllo giudiziario scompare dall'orizzonte della società a responsabilità limitata mentre viene introdotto per le società cooperative ai sensi dell'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c.

³⁹⁷ Questo argomento è utilizzato anche da App. Roma 7 aprile 2005, in *Giur. comm.*, 2006, 81 con note di GABRIELLI e DONATO per negare l'ammissibilità del controllo giudiziario nelle società a responsabilità limitata. Invece occorre sottolineare come sia ritenuto applicabile l'istituto

La scelta legislativa, che si ricava anche dal tenore dei lavori preparatori, di escludere le srl dal controllo giudiziario costituirebbe la conseguenza (non configurabile quale eccesso di delega) del potere riconosciuto al socio di esperire l'azione sociale di responsabilità con la contestuale revoca degli amministratori colpevoli di aver compiuto gravi irregolarità nonché della possibilità per il socio, a prescindere dalla sua partecipazione al capitale sociale, del potere ispettivo rappresentato dalla facoltà di poter prendere visione della documentazione contabile ed amministrativa dell'ente sociale ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c.³⁹⁸.

Questa ipotesi interpretativa trova, peraltro, completo riscontro nella relazione governativa allo schema di decreto legislativo (D. Lgs. n. 6/2003) secondo cui “il diritto di ottenere notizie dagli amministratori in merito allo svolgimento degli affari sociali e di procedere ad una diretta ispezione dei libri sociali e dei documenti concernenti l'amministrazione della società” e “il potere di ciascun socio di promuovere l'azione sociale di responsabilità e di chiedere con essa la provvisoria revoca giudiziale dell'amministratore in caso di gravi irregolarità (...) è sembrato logico che sulla base di queste soluzioni divenisse sostanzialmente superflua ed in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle previste ora dall'art. 2409. Esse infatti sono sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte di ogni socio e dalla possibilità di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori...”³⁹⁹.

del controllo giudiziario alle cooperative a responsabilità limitata, in tal senso v. Trib. Salerno 26 febbraio 2008, cit.; Trib. Cagliari 15 novembre 2006, cit..

³⁹⁸ Sono di questa opinione RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (II Parte)*, 953 secondo il quale l'esclusione delle srl dal controllo giudiziario costituisce contropartita ai nuovi poteri concessi al socio e, in particolare, del “penetrante potere ispettivo” e della facoltà di esperire l'azione di responsabilità sociale; LIACE, *La disciplina dell'art. 2409 c.c. e la riforma delle s.r.l.*, in *Giur. merito*, 2007, 731; MARCINKIEWICZ – PATELLI, *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, sub art. 2409, nt 109, 567; D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409 nella riforma*, in *Società*, 2004, 443; DALMOTTO, *op. cit.*, nt. 66, 1219. In giurisprudenza v. Trib. Isernia 7 maggio 2004, in *Dir. fall.*, 2004, II, 822 ss. con nota di PENTA secondo cui l'abrogazione dell'istituto in parola per le srl del tutto coerente con l'impianto complessivo della riforma in quanto al socio sono stati concessi due momenti di tutela: l'uno interno esercitabile attraverso la richiesta e la consultazione della documentazione, anche ricorrendo ai provvedimenti ex art. 700 c.p.c. in caso di diniego da parte della società e l'altro esterno attraverso l'azione sociale di responsabilità.

³⁹⁹ V. relazione illustrativa su SANDULLI, SANTORO, SASSANI, *op. cit.*, 166 ss.

Dunque, la volontà del legislatore di “privatizzare” la disciplina della s.r.l. tanto da farla divenire “un tipo sociale polimorfo capace di porsi in una posizione mediana tra le società personali e quelle di capitali a base azionaria”⁴⁰⁰, risulta evidente dalla lettera della appena menzionata relazione, cosicché il novellato sistema normativo ha cercato di eliminare ogni ingerenza e intrusione dell’ autorità giudiziaria nella vita della società, anche in considerazione della grave portata invasiva dell’ istituto della denuncia al tribunale, fornendo ai soci strumenti (presuntivamente) idonei a consentire ad essi stessi di risolvere i conflitti interni alla società.

In definitiva, la scelta legislativa è stata quella di sostituire il controllo giudiziario con la facoltà concessa al socio di avere notizie sullo svolgimento degli affari, consultare i libri contabili, esperire l’ azione sociale di responsabilità e contestualmente chiedere la revoca degli amministratori di cui all’ art. 2476, comma 3, c.c. laddove si siano verificate “gravi irregolarità nella gestione della società” produttive di danni; di fatto le azioni disciplinate dall’ art. 2476 cit. avrebbero, almeno nelle intenzioni del legislatore, assorbito le funzioni del controllo giudiziario di cui all’ art. 2409 c.c., destando, però, più di qualche dubbio sull’ effettiva riuscita di tale finalità⁴⁰¹.

5.1. Elementi differenziali tra l’ istituto della revoca cautelare ex art. 2476 c.c. e quello del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.

Innanzitutto sussiste una diversità di presupposti sostanziali e processuali che fondano le due azioni, infatti, come ampiamente rassegnato in precedenza, il provvedimento di revoca degli amministratori ha natura cautelare ed è strumentale – almeno nell’ orientamento prevalente – all’ azione di responsabilità risarcitoria il che comporta che, per essere accolta, l’ istante dovrà dimostrare la sussistenza del *fumus boni iuris* consistente nelle gravi irregolarità gestorie produttive di danni e del *periculum in mora* rappresentato dal pericolo di permanenza in carica degli amministratori con conseguenziale possibile reiterazione delle attività illecite o

⁴⁰⁰ Così Trib. Isernia 7 maggio 2004, cit., 822.

⁴⁰¹ Cfr. DALMOTTO, *op. cit.*, nt. 66, 1219 richiamato da RUGGIERO, *La revoca dell’ amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (II Parte)*, cit., 953 il quale ritiene poco convincente l’ equivalenza tra la tutela prevista dall’ art. 2409 c.c. e quelle di cui all’ art. 2476 c.c..

del perpetrarsi degli ulteriori danni⁴⁰². Dunque, il ricorrente avrà l'onere di provare l'esistenza delle irregolarità causa di danni al patrimonio, in mancanza dei quali non potrà ottenere l'emissione del provvedimento di revoca, né la mera sussistenza di un danno potenziale potrà fondare l'istanza cautelare a meno di non accedere all'interpretazione estensiva dell'art. 2476 c.c. che ammette l'esistenza di un'azione di revoca definitiva cui sarebbe strumentale la tutela sommaria⁴⁰³.

Al contrario, la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. potrà proporsi anche solo vi sia il “fondato sospetto” che gli amministratori possano aver causato danni alla società per via delle gravi irregolarità nella gestione, con la conseguenza che il ricorrente potrà ottenere immediatamente la revoca degli amministratori (o anche dei provvedimenti provvisori) senza la necessità di fornire una prova certa di eventuali danni, essendo sufficiente allegare l'esistenza degli indizi, prova di *mala gestio*⁴⁰⁴.

In secondo luogo, l'interpretazione restrittiva dell'art. 2476, comma 3, c.c. ritiene la misura cautelare unicamente incidentale all'instaurazione del giudizio di merito, quindi non *esperibile ante causam*, con la conseguenza che – in una tale ipotesi – il ricorso cautelare potrebbe essere notificato solo a lite pendente, di fatto aggravando la posizione processuale dell'istante, onerando la medesima di maggiori spese e “preavvisando” il destinatario che si preparerà a difendersi da una imminente e possibile azione di revoca. Invece, il ricorso per controllo giudiziario è immediatamente azionabile senza necessità di instaurare altri giudizi da cui dipendere e, fino alla vigenza del rito societario, poteva contemplare l'istanza di *decreto inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 31 D. Lgs. n. 5/2003⁴⁰⁵, che, laddove concesso, forniva al ricorrente uno strumento per poter immediatamente intervenire nei confronti dell'organo amministrativo inadempiente, beneficiando dell' “effetto sorpresa”.

Ancora, deve osservarsi la differente natura giuridica dei provvedimenti emanati all'esito delle due procedure, infatti, la revoca degli amministratori, emessa nell'ambito della tutela camerale, consiste nel più grave dei provvedimenti

⁴⁰² Per una più completa esposizione dei rapporti tra misura cautelare ed azione di merito con carattere risarcitorio v. *sub* Cap. II, § 2.

⁴⁰³ A tal proposito v. *sub* Cap. II, § 3.

⁴⁰⁴ E' l'opinione di DALMOTTO, *op. cit.*, 1219; ma anche RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (II Parte)*, cit., 954 il quale rileva come il requisito della potenzialità dannosa delle irregolarità sia stato introdotto dalla novella di riforma.

⁴⁰⁵ Anche tale articolo è stato abrogato dall'art. 54 legge n. 69/2009.

emettibili dal tribunale ed assume una valenza definitiva⁴⁰⁶ e non cautelare o strumentale ad un futuro giudizio di merito tanto che conduce alla nomina dell'amministratore giudiziario. Al contrario, la revoca degli amministratori, ex art. 2476 c.c. è una misura cautelare di carattere conservativo – almeno nelle interpretazioni prevalenti – strumentale unicamente all'azione risarcitoria, con la conseguenza che non è dotata di una propria stabilità ed è destinata a rimanere assorbita nella decisione di merito.

Altro elemento distintivo tra i due strumenti di tutela è rappresentato dalla possibilità di richiedere, per mezzo del controllo giudiziario, l'ispezione giudiziale il cui carattere incisivo e suggestivo nei confronti dei destinatari, in virtù della funzione di ausiliario del giudice svolta dall'ispettore, è decisamente maggiore rispetto all'ispezione contabile svolta da professionisti di parte i quali, pur se dotati di esperienza e professionalità, forniranno un riscontro che, dal tribunale, sarà considerato in maniera meno obiettiva⁴⁰⁷ e spesso non sufficiente, da sola, a fondare la successiva azione di responsabilità e revoca degli amministratori.

Aggiungasi, ancora come elemento differenziale, che l'art. 2476 c.c. non contempla nessun'altra tipologia di provvedimento alternativo alla revoca cautelare degli amministratori cosicché il tribunale si troverà nella condizione di non poter emettere gli opportuni provvedimenti provvisori al pari di quelli previsti dall'art. 2409 c.c.⁴⁰⁸ (quali la convocazione dell'assemblea, l'inibizione dal compiere un atto o stipulare un contratto, cessare situazioni di conflitti di interessi, sospendere il procedimento in attesa di verificare il ripristino della corretta gestione ecc. a meno di non ammettere una “azzardata tutela d'urgenza”⁴⁰⁹) che, il più delle volte, sarebbero sufficienti a risanare le irregolarità commesse dagli amministratori.

E', altresì, da escludere la facoltà per il tribunale che operi la revoca dell'amministratore della s.r.l. di provvedere anche alla nomina di un

⁴⁰⁶ In questo senso RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (II Parte)*, cit., 954. E' definitiva nel senso di stabilità ma non di passaggio in giudicato.

⁴⁰⁷ In questo senso DALMOTTO, *op. cit.*, § 2.2 il quale ritiene l'ispezione contabile, condotta ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c. indagini di parte con il rischio di peccare della necessaria obiettività rispetto a quelle condotte dall'ispettore giudiziario. Anche per RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (II Parte)*, cit., 954 l'ispezione contabile è mezzo che per la sua penetranza ed efficacia non può essere paragonato ai poteri ispettivi attribuiti al socio.

⁴⁰⁸ Per l'impossibilità di adottare provvedimenti atipici v. RODORF, *Le minoranze azionarie tra autotutela ed eterotutela*, in *Società*, 2003, 286.

⁴⁰⁹ Per gli eventuali spazi per l'applicazione di una tutela d'urgenza v. *sub Cap. II*, § 6.3.

amministratore giudiziario⁴¹⁰ - così come accade nel caso di ricorso ex art. 2409 c.c.- invero, tale facoltà deve essere preclusa in virtù di quei principi che hanno fatto della società a responsabilità limitata un ente più privatistico in cui prevale l'autonomia statutaria e la figura del socio, con la conseguenza che, in caso di revoca degli amministratori, la nomina del nuovo organo amministrativo dovrà essere demandata all'assemblea dei soci o ai soggetti che devono esercitare tale potere a mente dell'atto costitutivo, con ogni possibile ed immaginabile stortura del sistema⁴¹¹, in quanto la maggioranza dei soci che aveva espresso i precedenti amministratori potrebbe tornare a nominare le persone ritenute più vicine ai propri interessi. Merita di essere precisato, inoltre, come la mancata nomina di un nuovo organo amministrativo comporterà lo scioglimento della società per impossibilità di funzionamento ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 3), c.c.⁴¹².

Deve, quindi, concludersi, affermando la netta differenza tra i due istituti nonchè la maggiore elasticità ed autosufficienza della denuncia al tribunale che appare come strumento più incisivo⁴¹³ e adattabile alle esigenze della minoranza a differenza della revoca cautelare posta a tutela del socio della s.r.l. il quale potrà, alle condizioni innanzi descritte, unicamente chiedere la rimozione dell'organo amministrativo strumentalmente ad un giudizio di responsabilità con carattere risarcitorio, non essendo nella sua facoltà richiedere l'ispezione giudiziale a spese dei soci, la nomina di un amministratore giudiziario né tantomeno l'emanazione dei provvedimenti provvisori necessari per ripristinare la corretta gestione.

⁴¹⁰ In giurisprudenza v. Trib. Pescara 4 ottobre 2007, in *PQM*, 2007, 3, 58 secondo cui non può trovare accoglimento la domanda di nomina di un amministratore giudiziario essendo stato soppresso il controllo giudiziario sulle s.r.l. ex art. 2409 c.c.; NAZZICONE, *op. cit.*, 47 la quale afferma come non sia possibile neanche provvedere alla nomina di un amministratore giudiziario ricorrendo all'applicazione analogica di altre norme (art. 1105, 1129, 2409 c.c.) in quanto disposizioni tipiche ed anche per il particolare *favor* espresso sul necessario consenso dei soci; RACUGNO-LOFFREDO, *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2006, 234; In giurisprudenza v. Trib. Bologna 21 ottobre 2004, in *Società*, 2005, 357 con nota di PATELLI-MARCINKIEWICZ secondo cui non è possibile provvedere alla nomina di un amministratore giudiziario in quanto le società a responsabilità limitata sono state sottratte al controllo giudiziario esterno.

⁴¹¹ DALMOTTO, *op. loc. ult. cit.* rileva correttamente che l'assemblea può nominare nuovi amministratori determinati a continuare o a non rimediare alle irregolarità di gestione compiute dalla precedente amministrazione senza che l'art. 2476 c.c. preveda nulla in merito.

⁴¹² In tal senso OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, cit., § 3.

⁴¹³ Cfr. Tribunale di Cagliari 4 febbraio 2005, cit., 75 secondo il quale, in sede di rimessione dell'eccezione di costituzionalità al Giudice delle leggi, ha rilevato come il rimedio "alternativo" di cui all'art. 2476 c.c. non può equipararsi quanto agli effetti, al ricorso per controllo giudiziario che offre rimedi operativi più ampi anche solo laddove può intervenire in presenza di un danno potenziale che potrebbe derivare alla gestione sociale.

5.2. (Segue): Il controllo giudiziario nelle s.r.l. dotate di collegio sindacale.

L'esclusione *tout court* del controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c., dalla disciplina della s.r.l., a seguito di quanto appena esposto, sembrerebbe circostanza del tutto pacifica ed ineludibile a meno di non voler fornire un'interpretazione estensiva all'ultimo comma dell'art. 2477 c.c. il quale dispone che, nei due casi di nomina obbligatoria del collegio sindacale di cui agli artt. 2477, comma 2 e 3, c.c., alle società a responsabilità si applicano le disposizioni in tema di società per azioni⁴¹⁴ e, quindi, anche quelle relative alla denuncia al tribunale.

La generalità della lettera dell'ultimo comma dell'art. 2477 c.c. si presta, invero, ad una duplice interpretazione: la prima più estensiva secondo cui la norma, come formulata, estende anche alle s.r.l. l'istituto dell'art. 2409 c.c.⁴¹⁵ per via anche della collocazione topografica della norma (situata nel paragrafo inerente le norme del collegio sindacale), e l'altra, invece che esclude ogni applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata⁴¹⁶.

La tesi restrittiva parte da un dato letterale secondo cui il rinvio dell'art. 2477, ult. co., cc., all'applicabilità delle norme in tema di società per azioni, deve intendersi limitato a quelle che disciplinano il funzionamento del collegio

⁴¹⁴ Il dato testuale dell'art. 2477 c.c. così recita “[I]. L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e poteri, la nomina di un collegio sindacale o di un revisore. [II]. La nomina del collegio sindacale è obbligatoria se il capitale sociale non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni. [III]. La nomina del collegio sindacale è altresì obbligatoria se per due esercizi consecutivi siano stati superati due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-bis. L'obbligo cessa se, per due esercizi consecutivi, due dei predetti limiti non vengono superati. [IV]. Nei casi previsti dal secondo e terzo comma si applicano le disposizioni in tema di società per azioni; se l'atto costitutivo non dispone diversamente, il controllo contabile è esercitato dal collegio sindacale.”.

⁴¹⁵ In dottrina favorevoli all'ammissibilità del controllo giudiziario alle srl dotate di collegio sindacale v. LIACE, *op. cit.*, 732 secondo cui in questa circostanza si applica una soluzione parzialmente difforme rispetto al principio utilizzato nelle s.r.l., sacrificando l'autonomia e la flessibilità proprie di questo modello societario; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 578; RIVOLTA, *Il controllo giudiziario sulla gestione nel nuovo diritto delle società*, in *Giur. comm.*, I, 749 ss. In giurisprudenza v. Trib. Napoli 14 maggio 2008, in *Società*, 2008, 1019 ss. con nota di DE ANGELIS secondo cui è ammissibile nella s.r.l. che i sindaci nominati *ex lege* richiedano il controllo giudiziario a fronte di gravi irregolarità commesse dall'organo amministrativo; Trib. Milano 8 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, 1240; Trib. Roma 1 dicembre 2004, *ivi*; Trib. Treviso 27 settembre 2004, in *Vita not.*, 2004, 1268; Trib. Roma 6 luglio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, 435 con nota di DALMARTELLO; Trib. Udine 1 luglio 2004, in *Società*, 2005, 367.

⁴¹⁶ ARATO, *Il controllo individuale dei soci e il controllo dei conti nella s.r.l.*, in *Società*, 2004, 1194 ss.; BUSSOLETTI, *op. cit.*, 1212 ss. si sono espressi contro l'ammissibilità del controllo giudiziario nelle srl, sia pure in presenza di un collegio sindacale obbligatorio. In giurisprudenza v. Trib. Roma 11 marzo 2008, inedita; Trib. Milano 12 maggio 2006, in *www.judicium.it.*; App. Trib. Roma 7 aprile 2005, in *Giur. comm.*, 2006, 81 con note di GABRIELLI e DONATO; Trib. Bari 27 novembre 2004, in *www.judicium.it.*; Trib. Lecce 16 luglio 2004, in *Società*, 2005, 358.

sindacale e, quindi, a quelle che vanno dall'art. 2397 c.c. all'art. 2408 c.c., fatta esclusione per l'art. 2409 c.c., del resto - viene sostenuto - l'inciso "in tema", usato dal legislatore, assumerebbe proprio questo significato.

Ancora un argomento di carattere letterale è costituito dalla circostanza secondo cui l'art. 2477 ult. comma c.c. riporta, sia pure con un diverso lessico⁴¹⁷, il dettato dell'art. 2488, comma 3, c.c. previgente⁴¹⁸ omettendo di riproporre ogni riferimento all'art. 2409 c.c., il che farebbe propendere per l'esclusione dell'applicazione di quest'ultima norma. Dunque, il dettato normativo, sarebbe il risultato della volontà legislativa di regolare, in maniera unitaria nelle due tipologie societarie⁴¹⁹, unicamente le norme di funzionamento del collegio sindacale, piuttosto che disciplinare l'operatività dell'art. 2409 c.c. con riguardo alle s.r.l. dotate di collegio sindacale o meno.

Altra motivazione che favorirebbe l'ipotesi interpretativa restrittiva, si rinverrebbe nella ritenuta specialità dell'istituto di cui all'art. 2476, comma 3, c.c. rispetto a quello ritenuto più generale dell'art. 2409 c.c., che, anche a mente della più volte ricordata Relazione ministeriale, avrebbe sostanzialmente assorbito i rimedi predisposti dal controllo giudiziario in tutte le s.r.l., mancando un'apposita deroga per quelle dotate di collegio sindacale. A questa ipotesi interpretativa viene, invece replicato, che la disciplina di cui all'art. 2476, comma 3, c.c. non sembra né esaustiva né dal contenuto specializzante, anzi, il rinvio dell'art. 2477 ult. co., c.c. includerebbe anche quello all'art. 2409 c.c. che, nelle s.r.l. dotate di collegio sindacale, andrebbe ad integrare le lacune dell'azione disciplinata dall'art. 2476 cit.⁴²⁰. Invero, l'istituto disciplinato da quest'ultimo articolo è finalizzato alla tutela del socio in vista dell'instauranda (o instaurata) azione di responsabilità ma è del tutto inadeguato alla salvaguardia dei maggiori interessi che coinvolgono

⁴¹⁷ Secondo RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (II Parte)*, 955 l'art. 2477 c.c. "è, più o meno, la trasposizione del vecchio art. 2488" in particolare spiega l'A. l'ultimo comma dell'art. 2477 c.c. corrisponde all'ultimo comma dell'art. 2488 c.c. previgente, però con il mancato richiamo dell'art. 2409 c.c.

⁴¹⁸ L'art. 2488 c.c. rubricato "Collegio sindacale" così disponeva al comma terzo "Al collegio sindacale si applicano le disposizioni degli articoli 2397 e seguenti. Anche quando manca il collegio sindacale, si applica l'articolo 2409".

⁴¹⁹ RUGGIERO, *op. loc. ult. cit.*, 955 il quale ritiene che, dal quadro d'insieme, sembra palese la volontà legislativa di omogeneizzare il funzionamento del collegio contabile nelle spa ed srl, tralasciando ogni diversa intenzione di differenziare l'ambito di applicazione dell'istituto di cui all'art. 2409 c.c. per le società con o senza collegio sindacale. Infatti l'A. sostiene che, laddove il legislatore avesse voluto esprimere una diversa intenzione con riferimento all'ambito di applicazione del controllo giudiziario avrebbe dovuto esplicitarlo, anche con il richiamo all'art. 2409 c.c. nell'articolo 2477 c.c.

⁴²⁰ In tal senso si è espresso Trib. Roma 29 settembre 2004, in www.ipsoa.it/societaonline secondo cui l'art. 2477, ult. co., c.c. contempla anche il rinvio all'art. 2409 c.c.

una società di medio e grande dimensione (quale può essere quella che deve necessariamente dotarsi di collegio sindacale), considerato, altresì, che in tali casi la tutela dei terzi può essere assicurata solo dal controllo giudiziario. Peraltro l'art. 2476 cit. disciplina un'azione di verifica con caratteristiche punitive mentre il controllo giudiziario assume i contorni di una verifica a scopo preventivo dissuasivo⁴²¹.

Un ulteriore elemento normativo che crea ambiguità alla corretta interpretazione dell'art. 2477, ult. co., c.c. si rinviene nell'art. 10 L. 23 marzo 1981, n. 91 ("Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti") secondo cui alle società sportive, qualunque forma sociale rivestano ivi compresa quella di società a responsabilità limitata, in quanto obbligate a tenere il collegio sindacale, possono essere oggetto di procedimento di cui all'art. 2409 c.c.. Questo disposto legislativo che, da un lato, si interpreterebbe come eccezione che conferma la regola nel senso che se il legislatore ha espressamente previsto l'applicabilità della denuncia al tribunale lo ha fatto in quanto non consentito nelle altre s.r.l., per altro verso, confermerebbe la regola che non esistono incompatibilità tra il procedimento di denuncia al tribunale e la s.r.l. laddove la società sia dotata di collegio sindacale⁴²².

Per altro verso ed a favore di un'interpretazione estensiva dell'art. 2477, ult. co., c.c. deve evidenziarsi come l'ultimo capoverso dell'art. 2409 c.c. attribuisca la legittimazione attiva alla denuncia al tribunale anche ai sindaci, con la conseguenza che, se ai sensi dell'art. 2477 c.c. al collegio sindacale delle s.r.l. si applicano le norme relative alle s.p.a. con riguardo ai loro poteri-doveri, non si dovrebbe escludere la possibilità ai sindaci di società a responsabilità limitata di instaurare il procedimento per controllo giudiziario⁴²³.

⁴²¹ In questo senso L. DE ANGELIS, *S.r.l.: controllo giudiziario ammissibile su richiesta dei sindaci*, in *Società*, 2009, 1019.

⁴²² App. Roma 7 aprile 2005, cit. ha ritenuto questa disposizione normativa utile per confortare la tesi dell'inammissibilità del controllo giudiziario nelle srl con collegio sindacale.

⁴²³ Secondo RUGGIERO, *op. loc. ult. cit.* ai sindaci di società a responsabilità limitata devono essere riconosciuti gli stessi poteri-doveri attribuiti ai sindaci delle s.p.a. e, quindi, anche quello di esperire il controllo giudiziario. L'A. in nota richiama CORAPI, *op. cit.*, 1574 secondo cui una clausola dell'atto costitutivo potrebbe escludere la legittimazione del collegio sindacale al ricorso ex art. 2409 c.c. Riteniamo, per il vero, quest'ultima previsione non percorribile in quanto, laddove la norma debba essere intesa come vincolante e perentoria perchè disposta a tutela anche di interessi pubblicistici (certamente esistenti in società di grandi dimensioni), non può certo lasciarsi l'autonomia ai soci di derogarla, diversamente se la norma andasse intesa nel senso di non attribuire tale facoltà ai sindaci, non vi sarebbe necessità, come è ovvio, di alcuna clausola nell'atto costitutivo. Cfr. DALMOTTO, *op. cit.*, § 2.2 il quale ritiene l'applicabilità dell'art. 2409, comma 7, c.c. in virtù dell'estensione ai sindaci di srl delle norme riferite a quelli delle spa.

Tale interpretazione, del resto, non può destare stupore attesa la rilevanza degli interessi coinvolti, anche di carattere pubblicistico, laddove la società assuma le dimensioni tali da dover rispettare l'obbligo legale di dotarsi di un collegio sindacale; questa attenzione del legislatore per la tutela degli interessi in campo, in presenza di società di carattere medio e grande, è stata, peraltro, sancita anche dalla riconosciuta legittimazione in capo al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 2409, comma 7, c.c. di instaurare il procedimento di denuncia al tribunale, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

A ciò aggiungasi un argomento di tipo logico-sistematico imprescindibile, secondo cui escludere la possibilità al collegio sindacale di una srl di denunciare le gravi irregolarità al tribunale, significherebbe diversificare i controlli amministrativi, la responsabilità dell'organo di controllo e la tutela dei terzi a seconda se i sindaci svolgano il loro incarico nella srl piuttosto che nella spa, con la conseguenza che il collegio sindacale avrebbe i medesimi incombeni nei due tipi societari, senza però poter esercitare i medesimi poteri il che appare del tutto illogico ed irragionevole.

Il problema della mancata riproposizione del richiamo nell'art. 2477, ult. co., c.c. all'art. 2409 c.c., a differenza di quanto previsto nell'art. 2488 c.c. previgente con la facoltà di esperire il controllo giudiziario anche nelle s.r.l., aveva sollevato, come dianzi esposto⁴²⁴, dubbi di legittimità costituzionale per il presunto mancato rispetto dei principi e criteri direttivi della legge delega tanto da rimettere gli atti alla Corte costituzionale⁴²⁵. In particolare i giudici rimettenti avevano sostenuto che la legge n. 366/2001 (c.d. legge delega) non avesse conferito il potere al legislatore delegato di abolire il controllo giudiziario dalle s.r.l. ma solo di prevedere l'estensione alle società cooperative ad eccezione degli istituti bancari (come è stato puntualmente fatto con il richiamo operato dall'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c.) e allargare la platea dei soggetti legittimati includendovi anche il collegio sindacale delle società senza specificare se di s.p.a., s.r.l. o altra tipologia (anche tale indicazione è stata recepita nel decreto societario, inserendola all'ultima comma dell'art. 2409 c.c.). Dunque, i giudici rimettenti ravvisavano la violazione di principi costituzionali nel combinato disposto degli art. 2409 e 2476, comma 3, c.c. e 2477, comma 4, c.c. con

⁴²⁴ V. *sub* Cap.II, § 3 e 3.1.

⁴²⁵ Le questioni di legittimità venivano sollevate dalla Corte d'Appello di Trieste 5 novembre 2004, cit., 1476 ss. e dal Tribunale di Cagliari 4 febbraio 2005, cit., 75 ss.

riferimento all'art. 76 Cost. per eccesso di delega ed all'art. 3 per disparità di trattamento tra i soci di una s.p.a. ed s.r.l. nel caso in cui siano dotate entrambi di collegio sindacale.

Come è noto, la Corte costituzionale, nel ritenere infondate le censure di legittimità ha ritenuto che il legislatore delegato non abbia violato i principi e le finalità ispiratrici della legge delega laddove ha previsto due modelli societari diversi per la s.p.a. e la s.r.l. con un autonomo ed organico complesso di norme ed anzi, proprio la dichiarata volontà del legislatore delegante di fornire autonomia alle s.r.l., legittima coerentemente l'inapplicabilità del ricorso per denuncia al tribunale, differenziandola dalla società a base azionaria⁴²⁶.

E' pur vero, però, che la "Consulta" se, da un lato, ha riconosciuto l'infondatezza della questione di illegittimità costituzionale ritenendo ammissibile la scelta del legislatore di non prevedere il ricorso ex art. 2409 c.c. per le s.r.l., dall'altro, nulla ha specificato con riguardo all'ultimo comma dell'art. 2477 c.c. non essendo stato oggetto di disamina, con la conseguenza che, in nessun punto delle motivazioni della sentenza emessa dalla Corte, si possa riscontrare alcuna preclusione a carico del collegio sindacale di procedere alla denuncia al tribunale⁴²⁷.

Non può quindi tacersi il fatto che, anche dopo la sentenza della Corte costituzionale, sono numerosi i dubbi aperti con riguardo ai vuoti di tutela, lasciati dal legislatore "societario", specie laddove si consideri la differenza di tutela, come innanzi esposto, che può assicurare il procedimento del controllo giudiziario rispetto all'azione di revoca e responsabilità di cui all'art. 2476 c.c.⁴²⁸.

⁴²⁶ Cfr. Corte Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, cit., 1293. Come ampiamente rassegnato in precedenza *sub* § 10, nella medesima sentenza, il Giudice delle leggi, esaltando i nuovi poteri ispettivi concessi al socio della s.r.l., ha affermato come la revoca cautelare possa essere interpretata nel senso di strumentale ad un'azione di revoca definitiva il che garantirebbe fornirebbe un ulteriore strumento di tutela ai soci.

⁴²⁷ In giurisprudenza il rilievo è stato messo in evidenza da Trib. Napoli 14 maggio 2008, cit.

⁴²⁸ Queste perplessità sono vive anche in dottrina: AMBROSINI, *Il problema del controllo giudiziario nella s.r.l. tra tentazioni correttive degli interpreti e dubbi di incostituzionalità*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 375 ss.; RUGGIERO, *op. loc. ult. cit.*, 958.

CAPITOLO IV

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La legittimazione ad agire e la natura dell'azione di responsabilità nella s.r.l.; 3. La revoca cautelare degli amministratori della società a responsabilità limitata; 4. Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.

1. Premessa.

L'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l., prima della riforma del diritto societario introdotta dal D. Lgs. n. 6/2003, era regolata dalle norme della società per azioni e, in particolare dall'art. 2393 c.c. (che veniva espressamente richiamato dall'art. 2487, comma 2, c.c.) secondo cui l'azione deliberata dall'assemblea con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, comportava la revoca automatica degli amministratori infedeli.

Il legislatore della riforma del diritto societario, in espressa attuazione della legge delega, ha inteso disciplinare autonomamente l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della s.r.l., nell'ottica di privatizzazione e liberalizzazione del regime di tale tipologia societaria con cui è stata concessa al socio la piena facoltà di ottenere notizie sullo svolgimento degli affari sociali, procedendo anche all'ispezione dei libri contabili e della documentazione amministrativa della società.

A conclusione del presente lavoro, si deve osservare come l'analisi della disciplina della s.r.l. ed, in particolare, dell'azione di responsabilità con contestuale revoca cautelare degli amministratori, come dettata dal D. Lgs. n. 6/2003, ha messo in evidenza alcune luci ma anche ombre con riguardo alla lettera delle diverse norme a volte foriere di ambiguità interpretative, tanto che, già dalle prime applicazioni, si sono generate, almeno con riguardo al provvedimento di rimozione dell'amministratore, una pluralità di orientamenti ed opinioni interpretative sulla natura, le modalità di esperimento e l'efficacia del medesimo.

Ed invero, i diversi indirizzi dottrinali e giurisprudenziali hanno interessato l'individuazione del soggetto legittimato ad agire e la natura dell'azione di responsabilità ma anche la natura della revoca (se provvedimento cautelare come espressamente denominato dalla norma o di altra tipologia), il

momento temporale della richiesta, il carattere conservativo o anticipatorio, l'esistenza di eventuali spazi residuali per l'applicazione dell'art. 700 c.p.c..

L'elemento positivo ed apprezzabile della novella si è invece riscontrato nella circostanza secondo cui il legislatore ha creato una disciplina *ex novo*, con riguardo alle norme applicabili alla società a responsabilità limitata, svincolando questa tipologia sociale da quella più complessa della società per azioni.

Meno problematica, invece, è apparsa la "riscrittura" dell'istituto del controllo giudiziario nella s.p.a., di cui all'art. 2409 c.c., laddove il legislatore, recependo le indicazioni della legge n. 366/2001 (c.d. legge delega), ha apportato chiarimenti e modifiche alla disciplina della denuncia al tribunale (che aveva comportato, nel vigore della vecchia normativa, numerosi dubbi interpretativi) con riguardo alla natura dell'ispezione giudiziale e alla sua reclamabilità, alla natura dei provvedimenti provvisori, ampliando altresì l'ambito di applicazione dell'istituto alle società cooperative ma lasciando in dubbio la sua applicabilità alle società a responsabilità limitata e, in particolare, a quelle dotate di collegio sindacale.

2. La legittimazione ad agire e la natura dell'azione di responsabilità nella s.r.l.

L'art. 2476, comma 3, c.c. disciplina l'azione di responsabilità verso gli amministratori e legittima ciascun socio della s.r.l., a prescindere dalla quota di partecipazione posseduta nel capitale sociale, all'azione di merito ed alla contestuale revoca cautelare degli amministratori colpevoli di gravi irregolarità gestionale.

La lettera della norma, che non fa alcun tipo di riferimento esplicito alla società, ha creato dubbi interpretativi con riguardo alla natura dell'azione, se sia di carattere sociale o solamente individuale ed autonoma del socio. Dall'esame, però, dell'intero complesso normativo dell'art. 2476 c.c. si è visto come una serie di elementi (quali la responsabilità degli amministratori verso la società al comma 1°, il rimborso da parte della società delle spese al socio attore in caso di accoglimento della domanda al comma 4°, la disponibilità del diritto all'azione tanto da poterlo rinunciare o transigere sia pure con un determinato *quorum* assembleare ai sensi del comma 5°, l'esistenza di un'autonoma azione diretta al reintegro del proprio patrimonio ai sensi del comma 6°, la responsabilità in solido

degli amministratori per i danni causati alla società ai sensi del comma 7°) unitamente alla Relazione governativa⁴²⁹ di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, delineano unicamente un'azione di carattere sociale⁴³⁰, senza che vi possa essere alcun dubbio sull'esistenza di una legittimazione concorrente della società e di ciascun singolo socio nel promuovere l'azione sociale di responsabilità⁴³¹.

Dunque, accedendo a questa interpretazione dell'art. 2476 c.c., il socio-attore assumerà la veste di sostituto processuale *ex art.* 81 c.p.c., in quanto, agendo in nome proprio, farà valere il diritto della società con conseguente instaurazione di un litisconsorzio necessario tra sostituto e sostituito *ex art.* 102 c.p.c. (secondo principio consolidato del nostro ordinamento), in modo che la sentenza emessa possa esplicare efficacia anche nei confronti della società il cui diritto rappresenta l'oggetto del giudizio.

La diversa tesi⁴³², esposta nell'ambito della trattazione, secondo cui il socio, nell'azione di responsabilità, agisca in via esclusiva ed autonoma, negando la possibilità alla società di agire in giudizio, e fondata sia su argomenti letterali (*rectius* sulla assenza di esplicite indicazioni nel dato normativo quali la mancata citazione obbligatoria della società come previsto dall'art. 2393 *bis* c.c.; sul mancato richiamo alle norme sulla s.p.a.; sulla mancanza nei casi tassativi riservati alla decisione dei soci della deliberazione dell'azione di responsabilità) sia su argomenti logico giuridico (quale la circostanza secondo cui sarebbe priva di ragionevolezza l'azione del socio che, pur potendo agire in via autonoma, vada a ricercare una maggioranza in assemblea) non merita condivisione.

Infatti vi sono due argomentazioni, già esposte nel lavoro, che riteniamo assorbenti delle motivazioni poste a fondamento della tesi che ritiene sussistere l'azione esclusiva del socio e sono costituite da: a) la violazione e compressione della facoltà costituzionalmente garantita di agire in giudizio a tutela dei propri diritti, laddove non si consenta alla società di promuovere l'azione di

⁴²⁹ V. al § 11 della Relazione governativa allegata allo schema di decreto legislativo *sub* nota 93.

⁴³⁰ V. Cap. I, § 1, 2, 3.

⁴³¹ COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari; profili processuali*, cit., 209 il quale rileva come l'azione sociale di responsabilità può essere esercitata, oltre che dalla società, titolare del diritto anche dai soci ed, in particolare, nella società per azioni da quelli che rappresentano un quinto del capitale sociale, in quelle quotate da un quarantesimo del capitale sociale (o dalla percentuale inferiore decisa in statuto) e nelle s.r.l. da ciascun socio. L'A. afferma come un precedente simile vi era già nel nostro ordinamento e, precisamente, nell'art. 129 TUF (testo unico in tema di intermediazione finanziaria regolato dal D. Lgs. n. 58/1998).

⁴³² V. Cap. I, § 4.

responsabilità; b) la facoltà, fornita alla società, di transigere e conciliare la controversia il che è espressione di disponibilità del diritto che si fa valere in giudizio e, conseguentemente, anche della possibilità di poterlo tutelare in sede giurisdizionale.

Da ultimo, deve darsi atto che non sarebbero emersi problemi interpretativi laddove il legislatore avesse, espressamente ed a chiare lettere, previsto l'azione sociale di responsabilità (come nelle s.p.a. all'art. 2393 c.c.) ovvero l'obbligo di notificare l'atto di citazione introduttivo del giudizio anche alla società, al pari di quanto disposto dall'art. 2393*bis*, comma 3, c.c. per le società per azioni o dall'art. 129 TUF per le società di intermediazione finanziaria.

3. La revoca cautelare degli amministratori della società a responsabilità limitata.

Non può dubitarsi come la scrittura dell'art. 2476 c.c. sia stata la fonte della maggior parte dei problemi interpretativi con riguardo al “provvedimento di revoca cautelare degli amministratori”⁴³³ disciplinato nel terzo comma⁴³⁴.

La lettera della norma così espressa non dovrebbe far dubitare della natura cautelare del provvedimento di rimozione dell'organo amministrativo senonchè la mancanza di strumentalità, almeno nei termini tradizionali, con l'azione di merito (di accertamento della responsabilità degli amministratori e risarcitoria dei danni)⁴³⁵ ha portato qualche autore ad adombrare la natura sommaria non cautelare del provvedimento, classificandolo in quelli c.d. semplificati-esecutivi. In realtà, questa interpretazione che appare *prima facie* singolare, non sembra priva di giuste motivazioni laddove, analizzando la funzione del provvedimento e la sua efficacia, può riscontrarsi che l'aggettivo “cautelare”, assegnato dal legislatore al provvedimento, potrebbe essere inteso non nel senso di strumentale alla migliore assicurazione degli effetti in attesa della sentenza di condanna risarcitoria, ma, per un verso, come “cautelarietà funzionale” idonea a prevenire nuove attività dannose e l'aumentare di maggiori crediti da risarcire, e per altro

⁴³³ Così letteralmente l'art. 2476, comma 3, c.c.

⁴³⁴ CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo*, cit., 274 afferma come il comma 3 dell'art. 2476 c.c. proponga una “sciarada davvero deliziosamente stuzzicante” tali da creare infinite possibilità di discussioni e dissensi.

⁴³⁵ CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo*, cit., 273 definisce singolare la revoca cautelare degli amministratori nell'ambito di un'azione di merito di condanna al risarcimento dei danni.

verso, nel senso di consentire l'applicazione di alcune delle norme del rito cautelare uniforme, ad eccezione di quelle di cui agli art. 669 *octies* e *novies* c.p.c. in quanto, ritenendo insussistente il nesso di strumentalità tra il provvedimento sommario e la sentenza di merito, la misura sommaria (non cautelare) resterebbe indifferente alle vicende del giudizio di merito⁴³⁶.

A prescindere dalla suggestiva tesi dell'autorevole autore, al provvedimento di revoca - come si è visto nel corso della trattazione - è stata unanimemente riconosciuta la natura cautelare⁴³⁷ ma la mancanza, almeno in termini tradizionali, di un nesso di immediata strumentalità con un futuro giudizio di merito ha dato origine a diverse opinioni interpretative cosicché si è sostenuto, da un lato, l'esistenza di un nesso strumentale e funzionale con l'azione di responsabilità e risarcimento dei danni, dall'altro, con l'azione di revoca definitiva (che però non è codificata all'interno del comma 3 dell'art. 2476 c.c.).

Nell'ambito della trattazione si è cercato di analizzare le argomentazioni poste a sostegno dell'esistenza di un nesso di strumentalità tra la tutela sommaria e l'azione di responsabilità risarcitoria, individuandole: a) nell'identica collocazione topografica delle due azioni (3° comma dell'art. 2476 c.c.); b) nell'uso dell'avverbio "altresì", nel 3° comma dell'art. 2476 c.c., che sottolineerebbe un legame strumentale tra revoca ed azione risarcitoria; c) nel dato letterale della Relazione governativa di accompagnamento laddove è espressamente prevista la possibilità per il socio di promuovere l'azione di responsabilità e "con essa" la revoca cautelare degli amministratori in caso di gravi irregolarità; d) nell'argomento sistematico secondo cui la diversità di *petita* tra le due azioni ne escluderebbe la natura anticipatoria di un'eventuale azione di revoca definitiva, confermando quindi il carattere conservativo ed assicurativo dell'effettività della tutela giurisdizionale in relazione al diritto a contenuto patrimoniale fatto valere nel giudizio di carattere risarcitorio.

Mentre la diversa interpretazione che vuole la revoca cautelare come strumentale ad un'azione di revoca definitiva si fonda su un'interpretazione estensiva della norma in commento ed, a volte contraria, degli stessi argomenti adottati dall'altra tesi, ritenendo che: a) l'avverbio "altresì" debba intendersi in

⁴³⁶ In questo senso CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo*, cit., 273.

⁴³⁷ Per tutti ARIETA - GASPERINI, *op. cit.*, 267 i quali non dubitano della natura cautelare del provvedimento in esame che viene classificato tra le misure cautelari tipiche extravaganti. La tipicità consiste nel contenuto della misura che ha espressamente previsto che, all'azione risarcitoria, debba corrispondere una tutela cautelare di revoca degli amministratori.

senso attributivo dell'ulteriore facoltà di poter richiedere, unitamente o disgiuntamente all'azione di responsabilità, la revoca degli amministratori, senza che debba sussistere alcun nesso strumentale tra le due azioni; b) la domanda di revoca cautelare sia "ontologicamente strumentale alla revoca definitiva nel merito"⁴³⁸ in considerazione dei principi generali espressione della tutela cautelare, mentre ben altre misure sarebbero idonee a tutelare la società in presenza di un giudizio risarcitorio (quale la misura del sequestro conservativo). In sintesi, la domanda di revoca definitiva sarebbe sottostante alla corrispondente domanda di revoca cautelare; c) la diversità di *petita*, di merito e cautelare, non consentirebbe l'assorbimento della misura cautelare nell'azione risarcitoria ma solo in quella di revoca definitiva; d) la volontà del legislatore di avvicinare la disciplina della s.r.l. a quella della società di persone riterrebbe applicabile alle s.r.l., quantomeno in via analogica, l'art. 2259 comma 3 c.c. e, quindi, la possibilità di richiedere la revoca definitiva degli amministratori, facendo rientrare nel concetto di giusta causa, il compimento di gravi irregolarità di gestione da parte dell'organo amministrativo.

La parola fine al contrasto tra i due orientamenti interpretativi potrebbe pervenire da una ormai nota sentenza della Corte Costituzionale⁴³⁹ la quale, fornendo un'interpretazione estensiva dell'art. 2476, comma 3, c.c., ha consacrato l'esistenza di un'azione di revoca definitiva anche nelle società a responsabilità limitata. Invero, la Consulta, respingendo ogni eccezione di incostituzionalità dell'art. 2476 c.c., ha ritenuto che il legislatore delegato non abbia violato "i principi della legge delega né abbia causato disparità di trattamento tra i soci di s.r.l. e s.p.a. (*ai quali è concesso lo strumento della revoca degli amministratori, ex art. 2409 c.c., anche in presenza di un danno solo potenziale*) in quanto la revoca cautelare, di cui all'art. 2476 c.c., ben può essere intesa nel senso di strumentale (ed anticipatoria) rispetto ad un'azione volta ad ottenere una sentenza di revoca degli amministratori, per ciò solo che nella gestione della società siano presenti gravi irregolarità e vi sia mero pericolo di danno per la medesima".

Dunque, la Corte ha di fatto ammesso la possibilità di domandare la revoca degli amministratori anche in via definitiva, con la conseguenza che la misura

⁴³⁸ In questo modo si è espresso Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 novembre 2004, cit., 2840 secondo cui l'azione cautelare non può essere considerata ontologicamente strumentale al proficuo esercizio dell'azione di responsabilità che ha il fine del risarcimento del danno.

⁴³⁹ V. Corte Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, cit., 1293.

cautelare della revoca vedrà il *fumus* rappresentato sempre dalla verosimile esistenza di gravi irregolarità gestorie mentre il *periculum in mora* si configurerà nel pericolo che il diritto del socio alla regolare gestione subisca un danno grave ed irreparabile dalla permanenza in carica dell'amministratore, e, quindi, alla luce della lettura costituzionalmente orientata della Consulta, ai fini dell'accoglimento della domanda sarà necessario e sufficiente anche solo la sussistenza di un danno potenziale.

Così interpretata la norma, fornirebbe un senso più pregnante anche allo strumento dell'ispezione contabile ex art. 2476, comma 2, c.c. che apparirebbe come un'arma spuntata laddove il socio, verificata la documentazione contabile ed amministrativa e rilevate le gravi irregolarità, non possa agire per la revoca dell'organo amministrativo fino a quando i danni, derivanti dalla *mala gestio*, non si siano palesati.

L'eventuale divieto di cui all'art. 2908 c.c. che proibirebbe di creare *ex novo* un'azione costitutiva, paventato da numerosi autori come l'ostacolo maggiore all'applicazione analogica dell'art. 2259 c.c. alle s.r.l., potrebbe essere superato – a nostro avviso – considerando come il ricorso all'analogia non significherebbe creare *ex novo* (quindi violando il divieto dell'art. 2908 c.c.) una tutela costitutiva ma semplicemente individuarla, in quanto già sussistente, nell'ordinamento processuale ed applicarla ad un'altra tipologia societaria⁴⁴⁰.

Dall'individuazione del giudizio di merito a cui la tutela cautelare si consideri strumentale deriva un altro problema, affrontato nel corso del lavoro, che ha riguardato l'individuazione del carattere conservativo ovvero anticipatorio della tutela sommaria in esame.

Invero, il carattere conservativo potrà essere affermato laddove si ritenga sussistere un nesso di strumentalità e funzionalità tra la revoca cautelare e l'azione risarcitoria in quanto alla funzione conservativa-inibitoria della misura sommaria corrisponderà quella satisfattiva-risarcitoria del giudizio di merito da cui ne consegue la mancata anticipazione, anche solo parziale, degli effetti della sentenza di merito con riguardo al contenuto della tutela sommaria, che, in tal

⁴⁴⁰ FERRI, *Profili*, cit., 262 afferma come le azioni costitutive, anche se riferite ad un certo tipo di società, si ritiene che possano essere utilizzate per modificare, estinguere o costituire rapporti di altre società. Il problema della tipicità non può risolversi solo con riferimento all'art. 2908 c.c. in quanto solo dall'analisi delle singole fattispecie si ricaverebbe la possibilità di interpretare estensivamente o meno la norma, fornendo la possibilità al soggetto interessato di modificare un rapporto giuridico preesistente per il tramite della sentenza. V. anche sub Cap. II, § 3.1.

modo, assicura utilità diverse da quelle della decisione definitiva, svolgendo esclusivamente una funzione meramente conservativa di un bene non ricompreso nell'ambito del contenuto del diritto sostanziale⁴⁴¹. In tale caso, il *fumus boni iuris* dovrà individuarsi nella verosimile sussistenza delle gravi irregolarità gestionali intese come violazione dei doveri (imposti dalla legge o dall'atto costitutivo) da parte degli amministratori infedeli, dei conseguenti danni causati alla società (con diritto al risarcimento) e del nesso causale di questi ultimi con la condotta dell'organo amministrativo mentre il *periculum in mora* sarà costituito dal pericolo di aggravamento dei danni al patrimonio sociale per via del perpetrarsi delle attività illegittime, da parte degli amministratori che rimangano in carica: è bene specificare che la tutela sommaria non ha fini conservativi di garanzie patrimoniali (per i quali potrebbe essere utilizzato il sequestro conservativo) ma è finalizzata unicamente a non rendere il danno così ingente da rendere impossibile il completo risarcimento nel futuro giudizio di merito.

Il diverso carattere anticipatorio della misura di revoca cautelare che – alla luce della sentenza della Corte Costituzionale – non sembra da escludersi, troverebbe, invece, le proprie giustificazioni ricorrendo ad una duplice ragionamento: a) affermando che la tutela sommaria possa rientrare tra i c.d. provvedimenti semplificati esecutivi e, quindi, a seguito dell'introduzione del nostro ordinamento del principio della c.d. strumentalità attenuata, nelle tutele sommarie autonome che, una volta emesse, non necessitano di un successivo giudizio di merito, essendo munite di immediata efficacia esecutiva anche se inidonee al passaggio in giudicato; b) ritenendo – con ricorso alla tradizionale nozione di anticipatorietà – che la misura cautelare di revoca sia strumentale all'azione di revoca definitiva (ritenuta ammissibile anche alla luce della summenzionata sentenza della Corte Costituzionale) in quanto idonea ad anticiparne gli effetti. In tal caso, il *fumus boni iuris* dovrà ricercarsi unicamente nella sussistenza delle gravi irregolarità di gestione, anche solo potenzialmente dannose, non necessitando alcun tipo di riferimento ad un danno già verificatosi o esistente, mentre il *periculum in mora* andrà individuato nel pericolo di

⁴⁴¹ La natura del provvedimento di revoca, così inteso, risulterebbe inidoneo ad anticipare gli effetti di una decisione di merito, in quanto finalizzata allo scioglimento del rapporto con l'amministratore mentre l'azione di responsabilità è volta ad ottenere il risarcimento dei danni cagionati alla società dall'amministratore.

reiterazione delle condotte dannose da parte dell'organo amministrativo di cui si chiede la rimozione.

Venendo all'ulteriore problematica emersa nel corso dello studio in esame, si è cercato di fornire una risposta positiva all'ammissibilità della tutela *ante causam*, affermando come non sembrano ravvisarsi motivi ostativi alla richiesta della misura cautelare di revoca (sia che la si consideri conservativa che anticipatoria) anche prima della pendenza del giudizio di merito.

Innanzitutto, da un punto di vista sistematico, non pare potersi escludere l'applicazione dell'art. 669^{ter} c.p.c. (che disciplina la competenza cautelare *ante causam*) all'istituto in esame in quanto costituisce principio generale dell'ordinamento processuale (confortato anche dall'introduzione del principio di c.d. ultrattività delle misure cautelari) che ai sequestri, alle denunce di nuova opera e di danno temuto ed ai provvedimenti d'urgenza (previsti nelle sezioni II, III e V del Titolo I del Libro IV del codice di rito) ma anche, per quanto compatibili, ai provvedimenti cautelari, previsti nel codice civile (*id est* la revoca cautelare di cui all'art. 2476 c.c.) e nelle leggi speciali, si applichino le norme del rito cautelare uniforme, di cui agli art. 669 *bis* ss. c.p.c. a meno di un'espressa previsione contraria. A questa disciplina non sfugge, di certo, la revoca cautelare degli amministratori, di cui all'art. 2476 c.c., il cui dettato normativo non esprime nessuna indicazione contraria inequivocabile⁴⁴², nè indizi a favore dell'esclusione della domanda di revoca *ante causam* né tantomeno l'uso dell'avverbio "altresì" nel terzo comma, né l'inciso "con essa" nella Relazione di accompagnamento (ragioni palesate da coloro che escludono la possibilità di una misura *ante causam*) depongono nel senso di ritenere ammissibile la tutela cautelare solo incidentalmente al giudizio di merito. Anzi, tali locuzioni appaiono piuttosto come attributive di un'ulteriore facoltà al socio, svincolando dal giudizio di merito, lo strumento della revoca cautelare, specie laddove, accedendo all'interpretazione che la ritiene misura cautelare anticipatoria, svolga la funzione di anticipare gli effetti della sentenza di revoca definitiva.

⁴⁴² V. BENATTI, *op. cit.*, 882 secondo cui si può derogare al principio generale dell'ordinamento solo in presenza di indici normativi che consentano di interpretare, in maniera ed in equivoca, la volontà legislativa di connotare la misura cautelare in presenza di particolari esigenze ritenute prevalenti.

Le molteplici e variegate interpretazioni della norma disciplinante la revoca cautelare, hanno fornito, peraltro, lo spunto per verificare eventuali spazi residui di operatività della cautela atipica ex art. 700 c.p.c.

Una prima ipotesi applicativa ha riguardato l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza *ante causam* di revoca degli amministratori prima della pendenza del giudizio di merito (sia che questo abbia ad oggetto il risarcimento dei danni sia che preveda – interpretando estensivamente l'art. 2476 c.c. - anche la domanda di revoca definitiva degli amministratori) nel caso in cui si ritenga la revoca cautelare come misura unicamente incidentale al giudizio di merito. A questa ricostruzione non sarebbe di ostacolo neanche la funzione della tutela cautelare d'urgenza che può assumere sia un carattere anticipatorio (ed allora sarebbe strumentale all'eventuale azione di revoca definitiva ove la si ritenga sussistere) che conservativo (con strumentalità verso l'azione risarcitoria) dal momento che il provvedimento atipico non persegue necessariamente il fine di anticipare i risultati della tutela cognitiva di merito ma anche quello di assicurazione provvisoria degli effetti della futura decisione di merito. La tesi favorevole all'ammissibilità della tutela d'urgenza *ante causam* fonda le proprie ragioni, tra l'altro, sulla tempestività⁴⁴³ che assicurerebbe la misura cautelare emessa prima della pendenza della lite rispetto alla cautela incidentale e sulla circostanza che la tutela d'urgenza *ante causam* è pacificamente ammessa anche nelle società di persone, a cui in qualche modo ha fatto riferimento la disciplina della nuova s.r.l., nel caso di revoca per giusta causa ex art. 2259, comma 3, c.c.

Tali ipotesi di applicabilità dell'art. 700 c.p.c., si è visto, però, come possa rinvenire un limite applicativo: a) nel principio di residualità della tutela d'urgenza, secondo cui il provvedimento d'urgenza svolge il ruolo di norma di chiusura dell'intero sistema cautelare con il fine di salvaguardare i diritti o rapporti sostanziali da un grave ed irreparabile pregiudizio, senza poter interferire con la misura cautelare tipica né integrarla o completarla⁴⁴⁴; b) nella volontà legislativa che sembra fornire un carattere necessariamente incidentale alla cautela tipica, laddove la decisione sulla domanda cautelare, assicurando gli

⁴⁴³ In giurisprudenza favorevoli all'uso della tutela innominata pur in presenza di tutela tipica v. App. Torino 15 dicembre 1977, cit., 720; Trib. Napoli 9 novembre 2005, cit.; Id. 22 marzo 2005, cit., 704; Trib. Milano 20 gennaio 1998, cit., 1433.

⁴⁴⁴ In questo senso anche ARIETA, *Le tutele sommarie Il rito cautelare uniforme I procedimenti possessori*, in *Trattato di diritto processuale civile*, MONTESANO ARIETA (a cura di), Padova, 2005, Vol. III, t. I, 595.

effetti della decisione di merito, andrebbe assunta solo quando la parte istante ha specificato nell'atto introduttivo del giudizio i motivi del domandare motivi che, in sede cautelare, il giudice del merito apprezza a livello di *fumus*.

L'ulteriore spazio di applicazione della tutela d'urgenza, lasciato libero dalla misura cautelare tipica, potrebbe rinvenirsi nell'emissione di provvedimenti di carattere inibitorio (quali ordinare all'organo amministrativo di tenere o meno un determinato comportamento, inibire agli amministratori l'esercizio di alcuni poteri gestionali anche di straordinaria amministrazione ecc.) strumentali all'azione risarcitoria, non ostando a ciò il carattere conservativo che il provvedimento d'urgenza può assumere laddove abbia la funzione di assicurare gli effetti della futura decisione di merito, in particolare evitando l'aggravamento del danno già prodotto. Anche però tale ipotesi applicativa trova alcuni limiti: il primo consiste nella difficoltà di configurare irreparabile il pregiudizio nelle azioni con fini risarcitori; mentre il secondo consiste nella tipizzazione del *periculum*, individuato dall'art. 2476 c.c. nelle gravi irregolarità gestionali produttive di danni, che sembrerebbe coprire l'intero ambito di tutela sostanziale messo a disposizione dall'ordinamento al socio il quale non potrebbe invocare un pregiudizio diverso da quello tipizzato in quanto, così utilizzato, il provvedimento d'urgenza finirebbe per assumere una funzione "integrativa" della cautela tipica⁴⁴⁵.

In conclusione, ci sembra che questi diversi problemi interpretativi ed applicativi avrebbero assunto una minore rilevanza laddove, nell'ambito del terzo comma dell'art. 2476 c.c., fosse stata inserita la previsione di un'azione di revoca definitiva⁴⁴⁶, invero, così facendo si sarebbe: a) creato un inequivocabile nesso strumentale con l'azione di revoca cautelare; b) caratterizzata come anticipatoria la tutela sommaria di rimozione dell'organo amministrativo; c) concessa la facoltà al socio che rilevi gravi irregolarità gestionali produttive solo di un danno potenziale, a seguito dell'ispezione contabile e documentale ex art. 2476, comma 2, c.c., di richiedere la revoca degli amministratori senza la necessità di dover aspettare la verifica del danno per instaurare una lunga ed onerosa

⁴⁴⁵ ARIETA-GASPERINI, *op. cit.*, 271. In giurisprudenza Trib. Vercelli 28 settembre 2005, cit., 886.

⁴⁴⁶ Di "dimenticanza" parla CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo*, cit., 275 il quale afferma come la ricostruzione della norma sarebbe stata più lineare laddove la nuova norma avesse previsto che la sentenza di accoglimento della domanda risarcitoria confermasse o disponesse *ex novo* la revoca degli amministratori.

controversia giudiziale; d) armonizzato e fornito coerenza al sistema della rimozione dell'organo amministrativo della s.r.l. con la disciplina delle altre tipologie societarie infatti mentre, le norme riguardanti la società a responsabilità limitata nulla dettano con riguardo alla revoca definitiva degli amministratori, le s.p.a. possono revocare gli amministratori: 1) in qualunque momento anche in assenza di giusta causa salvo l'ipotesi di risarcire il danno, 2) a seguito della delibera assembleare di promozione dell'azione sociale di responsabilità (se assunta con il voto favorevole di un quinto del capitale sociale), 3) per mezzo della denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità gestionali; le s.a.p.a. applicano sostanzialmente le medesime norme delle s.p.a. in virtù del rinvio operato dall'art. 2454 c.c., salvo verificare le maggioranze necessarie ai sensi dell'art. 2456, comma 1, c.c.; le società di persone possono revocare per giusta causa gli amministratori ai sensi dell'art. 2259, comma 3, c.c. previsto per le società semplici (estensibile anche alle società in nome collettivo ed alle società in accomandita semplice in virtù del rinvio operato dagli art. 2293 e 2315 c.c.).

4. Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.

Il procedimento del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. di denuncia al tribunale, se vi è fondato sospetto di gravi irregolarità degli amministratori, è stato innovato in più parti dalla riforma del diritto societario che vi ha apportato numerosi cambiamenti relativi all'ambito di applicazione, ai presupposti della denuncia, all'individuazione delle parti, al procedimento, alla fase istruttoria ed ai provvedimenti del giudice.

Parallelamente, al fine di rendere, più agevole ed incisivo il ricorso all'istituto, il legislatore societario aveva reso applicabile, per via dell'espresso richiamo dell'art. 33 D. Lgs. n. 5/2003, la disciplina del rito camerale societario anche all'art. 2409 c.c.: come noto il rito societario è stato abrogato, con il consequenziale ritorno all'applicazione delle scarse norme contenute negli artt. 737 e ss. c.c. e le ovvie difficoltà interpretative ed applicative.

La riforma societaria nulla ha modificato con riguardo alla natura del procedimento in esame, che rimane ancora inquadrato nell'ambito della giurisdizione non contenziosa (o di volontaria giurisdizione), non potendosi individuare parti contrapposte in senso tecnico in quanto i provvedimenti adottati,

pur sollecitati dal denunciante, non vengono presi in suo favore ma nell'interesse di soggetti diversi quali possono essere la società, i creditori sociali, ecc., peraltro, anche nei casi più gravi quali quelli di revoca degli amministratori o dei sindaci, non vengono fatti valere i diritti soggettivi dei soci nei confronti di altri, in quanto i provvedimenti presi tutelano l'interesse superindividuale alla corretta amministrazione della società.

Tuttavia, a seguito della riforma – almeno ci sembra – che il legislatore abbia voluto allentare quell'interesse pubblicistico (quantomeno con riguardo alle società non quotate) che, da sempre, ha caratterizzato l'istituto del controllo giudiziario e, conseguentemente abbassato il livello di tutela delle minoranze. Infatti, alcuni elementi nuovi introdotti nella norma fanno pensare ad una più spiccata attenzione verso l'interesse privatistico, si pensi alla legittimazione attiva del pubblico ministero ristretta solo alle società quotate a cui non è corrisposto un abbassamento del *quorum* dei soci per attivarsi in sede giudiziale; l'ammissibilità del reclamo contro il decreto di ispezione; alla possibilità concessa all'assemblea (e quindi ai soci di maggioranza) di sospendere l'ispezione ed il procedimento con la nomina di nuovi amministratori e sindaci; alla possibilità di rinunciare da parte dell'assemblea (sia pure senza il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o nelle società quotate il ventesimo del capitale sociale) all'azione di responsabilità promossa dall'amministratore giudiziario nei confronti dei precedenti amministratori e sindaci; alla subordinazione del controllo giudiziario all'esistenza di gravi irregolarità potenzialmente dannose con la conseguenza che, laddove i comportamenti degli amministratori, pur violando interessi generali o interessi particolari esterni protetti dall'ordinamento, non siano potenzialmente dannosi, nessuna tutela potrebbe essere ammessa a favore dei soci denunzianti; all'esclusione dall'ambito di applicazione delle società a responsabilità limitata prive di collegio sindacale.

Per altro verso non può certo dirsi che la scelta legislativa di legittimare il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo della gestione alla denuncia al tribunale possa volgere a favore di un interesse pubblicistico atteso che questi organi sono, comunque, portatori di un interesse endosocietario e non di certo generale.

Con riguardo ai presupposti per attivare il controllo giudiziario, il legislatore, innovando la norma, ha previsto che le gravi irregolarità debbono riguardare la gestione ed essere fonte di un potenziale danno per la società o le sue controllate. In merito, occorre precisare – come anche evidenziato nel corso della trattazione – che l’uso del termine “gestione” non debba riferirsi unicamente alle scelte di politica imprenditoriale ma debba ricomprendere l’intera area di attività dell’organo amministrativo con la conseguenza che, nel concetto di irregolarità, rientrerebbero tutte le violazioni dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto all’amministratore che ha l’obbligo di governare con correttezza, professionalità e diligenza come prescritto dall’art. 2392 c.c.. Mentre il concetto di potenzialità dannosa dovrà intendersi come rafforzativo del parametro della gravità che delinea le irregolarità denunciate previste dall’art. 2409 c.c., e dovrà essere inteso sia in senso prettamente patrimoniale che non patrimoniale in modo da poter denunciare anche quei comportamenti che, pur non arrecando un danno di carattere economico, possano comunque essere fonte di danno alla reputazione della società o di disordine amministrativo e, più in generale, di danno non patrimoniale.

Come si è visto, a seguito del deposito per ricorso al controllo giudiziario, il tribunale può disporre per mezzo di decreto i provvedimenti necessari che potranno individuarsi nell’ispezione giudiziale⁴⁴⁷ che può essere oggetto di reclamo (come espressamente previsto dalla norma innovata) nonché, laddove le violazioni continuino a sussistere e gli eventuali nuovi amministratori e sindaci nominati dall’assemblea non abbiano eliminato le gravi irregolarità, (può disporre) gli altri provvedimenti opportuni e provvisori che il legislatore si è affrettato a non definire più cautelari, onde evitare il perpetrarsi di dubbi interpretativi con riguardo all’applicabilità del rito cautelare uniforme, e che potranno assumere ogni possibile contenuto, non essendo il tribunale vincolato dal principio del chiesto-pronunciato⁴⁴⁸.

Tra i provvedimenti più gravi che il tribunale può disporre vi è, senza dubbio, quello della revoca degli amministratori ed eventualmente dei sindaci con

⁴⁴⁷ L’ispezione giudiziale è da ritenersi un mezzo di prova, volto all’accertamento dei fatti di contenuto cautelare *lato sensu* a favore dell’ente sociale, dal carattere indubbiamente inquisitorio tanto che l’ispettore giudiziale non è vincolato ad un determinato quesito ma può estendere la propria indagine ad ogni aspetto della vita amministrativa della società.

⁴⁴⁸ Pertanto, il tribunale potrà anche completamente soprassedere alle richieste del denunziante ed emettere altri provvedimenti ritenuti più opportuni.

contestuale nomina dell'amministratore giudiziario; tale provvedimento che è immediatamente esecutivo, ai sensi del combinato disposto dagli artt. 103 e 92 disp. att. c.c. e reclamabile ai sensi dell'art. 739 c.p.c., pone il problema sulla sussistenza dell'immediata esecutività anche per gli altri provvedimenti provvisori, in mancanza di una previsione normativa *ad hoc* che disciplini in tal senso. Al quesito riteniamo debba fornirsi risposta positiva, per diverse ragioni: a) l'idoneità di questi provvedimenti ad assumere efficacia definitiva ed a chiudere il procedimento giudiziario; b) il principio che vige, nel nostro ordinamento, di favore verso i provvedimenti immediatamente esecutivi quali la sentenza di primo grado (sia pure per solo quella di condanna⁴⁴⁹) pur in pendenza del giudizio di impugnazione; c) la possibilità di applicare analogicamente il disposto dell'art. 92 disp. att. c.c. che è norma speciale rispetto all'art. 741 c.p.c. e stabilisce l'immediata esecutorietà per il provvedimento di revoca degli amministratori ed (eventualmente) dei sindaci e contestuale nomina dell'amministratore giudiziario; d) il conclamato favore del legislatore all'immediata esecutorietà dei provvedimenti camerali espresso sia pure nell'abrogato art. 26 D. Lgs. n. 5/2003. La definitività e coercività di questi provvedimenti, in grado di incidere immediatamente su una posizione di diritto del soggetto passivo, specie se attribuiti di carattere esecutivo, dovrebbe comportare senza dubbio la possibilità di reclamarli ai sensi dell'art. 739 c.p.c. (come per tutti i decreti emessi nell'ambito del procedimento ex art. 2409 c.c., tranne che abbiano carattere istruttorio) innanzi alla corte d'appello competente il cui decreto sarà insuscettibile di qualsiasi impugnazione innanzi alla Corte di Cassazione.

Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., a seguito della riforma societaria, ha subito modifiche anche con riguardo all'ambito di applicazione che, in espressa osservanza della legge delega, è stato esteso *tout court* a tutte le società cooperative (escluse quelle bancarie), ai sensi dell'art. 2545 *quinquiesdecies* c.c. ed anche alle s.a.p.a. (per via del rinvio di cui all'art. 2454 c.c.) ma, al contempo non sembra più applicabile alle società a responsabilità, quantomeno a quelle non dotate di collegio sindacale, anche alla luce della ormai nota sentenza della Corte Costituzionale⁴⁵⁰ con cui è stata in pieno avallata la scelta del legislatore di

⁴⁴⁹ Anche se il dibattito è aperto per ritenere ammissibile l'immediata esecutività anche alle sentenze di carattere costitutivo.

⁴⁵⁰ Corte Costituzionale 29 dicembre 2005, n. 481, cit., 1293 ss.

prevedere due differenti discipline per le s.p.a. e per le s.r.l. considerati i diversi interessi in gioco tendenzialmente pubblici per le prime e privati per le seconde.

Si è visto come depongono a favore dell'esclusione del controllo giudiziario nelle s.r.l.: a) il mancato rinvio alle norme sulle s.p.a. come faceva, invece, espressamente l'art. 2488 c.c. nella disciplina previgente e che rendeva applicabile l'art. 2409 c.c.; b) il dettato dell'art. 92 disp. att. c.c. che, nello specificare come il decreto di nomina di cui all'art. 2409 c.c. privi immediatamente l'imprenditore dell'amministrazione della società, fa riferimento unicamente alle società del capo V del titolo V del libro V (quindi s.p.a.); c) la volontà del legislatore di "privatizzare" la disciplina della s.r.l. tanto da farla divenire "un tipo sociale polimorfo capace di porsi in una posizione mediana tra le società personali e quelle di capitali a base azionaria"⁴⁵¹, cosicché il novellato sistema normativo ha cercato di eliminare ogni ingerenza e intrusione dell'autorità giudiziaria nella vita della società; d) il testo della Relazione governativa allo schema di decreto legislativo laddove afferma espressamente che le forme di intervento quali quelle previste dall'art. 2409 c.c. sono sostanzialmente assorbite dall'azione sociale di responsabilità e dalla possibilità di ottenere in quella sede la revoca degli amministratori anche in considerazione del fatto che il socio può procedere all'ispezione contabile e documentale della società ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c..

Proprio quest'ultima motivazione, però desta più di qualche dubbio atteso che la scelta legislativa di voler sostituire l'azione ex art. 2409 c.c. con l'azione di responsabilità e revoca degli amministratori di cui all'art. 2476 c.c. *in primis* non era prevista dalla legge delega e, in secondo luogo, perché è indubbia la differenza sostanziale tra i due istituti.

Infatti il provvedimento di revoca degli amministratori ha natura cautelare ed è strumentale all'azione risarcitoria (almeno nella dottrina e giurisprudenza prevalente) il che comporta per il ricorrente di dover provare l'esistenza delle irregolarità gestorie e degli stessi danni, in mancanza dei quali non potrà ottenere l'emissione del provvedimento di revoca, non essendo, peraltro, sufficiente la sola ipotesi dell'esistenza di un danno solo potenziale. Inoltre, la revoca cautelare (accedendo alla tesi che la ritiene misura cautelare unicamente incidentale al giudizio di merito) può essere richiesta solo in corso di causa, rimane assorbita

⁴⁵¹ Così Trib. Isernia 7 maggio 2004, cit., 822.

dalla sentenza di merito (non avendo una propria stabilità) e non acconsente alla nomina di un amministratore giudiziario né tantomeno all'emissione di provvedimenti provvisori adattabili alle singole circostanze.

Al contrario, la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. potrà proporsi anche solo vi sia il “fondato sospetto” che gli amministratori possano aver causato danni alla società per via delle gravi irregolarità nella gestione, con la conseguenza che il ricorrente potrà ottenere immediatamente i provvedimenti più opportuni, la revoca degli amministratori (ed eventualmente dei sindaci) e contestuale nomina di un amministratore giudiziario, senza la necessità di fornire una prova certa dell'attività irregolare ma anche prospettando semplici indizi.

Deve, quindi, concludersi, affermando una certa differenza tra i due istituti nonché la maggiore elasticità ed autosufficienza della denuncia al tribunale che appare come strumento più incisivo e adattabile alle esigenze della minoranza, a differenza della revoca cautelare, ex art. 2476 c.c., che rimane una tutela sommaria condizionata, comunque, agli esiti e vicissitudini del giudizio di merito.

L'unica ipotesi di società a responsabilità limitata, a cui poter estendere il controllo giudiziario, potrebbe rinvenirsi in quelle s.r.l. dotate di collegio sindacale. Conforterebbe questa interpretazione (sia pure non del tutto pacifica in giurisprudenza e dottrina) il rinvio dell'art. 2477 ult. comma, c.c. il quale dispone che, nei due casi di nomina obbligatoria del collegio sindacale di cui agli artt. 2477, comma 2 e 3, c.c., alle società a responsabilità si applicano le disposizioni in tema di società per azioni⁴⁵² e, quindi, anche quelle relative alla denuncia al tribunale.

L'orientamento che nega l'applicabilità del controllo giudiziario, alle s.r.l. con collegio sindacale, fonderebbe la propria convinzione sul presunto assorbimento da parte dell'istituto di cui all'art. 2476 c.c. degli strumenti di cui all'art. 2409 c.c. nonché su argomenti di carattere prettamente letterale e, in particolare, sul fatto che il rinvio dettato dall'ultimo comma dell'art. 2477 c.c. alle norme sulle s.p.a. farebbe riferimento unicamente alle norme di funzionamento

⁴⁵² Il dato testuale dell'art. 2477 c.c. così recita “[I]. L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e poteri, la nomina di un collegio sindacale o di un revisore. [II]. La nomina del collegio sindacale è obbligatoria se il capitale sociale non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni. [III]. La nomina del collegio sindacale è altresì obbligatoria se per due esercizi consecutivi siano stati superati due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-bis. L'obbligo cessa se, per due esercizi consecutivi, due dei predetti limiti non vengono superati. [IV]. Nei casi previsti dal secondo e terzo comma si applicano le disposizioni in tema di società per azioni; se l'atto costitutivo non dispone diversamente, il controllo contabile è esercitato dal collegio sindacale.”.

del collegio sindacale (e non ad altre disposizioni) e sulla circostanza che l'art. 2477 c.c. che riproduce sostanzialmente il testo dell'art. 2488 c.c. (previgente) avrebbe appositamente omissis ogni riferimento all'art. 2409 c.c. come, invece, disponeva la vecchia norma.

L'interpretazione contraria, invece, ritiene del tutto inadeguato l'istituto di cui all'art. 2476 c.c. alla salvaguardia dei maggiori interessi che coinvolgono una società di medio e grande dimensione (quale può essere quella che deve necessariamente dotarsi di collegio sindacale), considerato che l'istituto dell'azione di responsabilità e contestuale revoca disciplinerebbe un'azione di verifica con caratteristiche punitive, mentre il controllo giudiziario assumerebbe i contorni di una verifica a scopo preventivo-dissuasivo. A ciò aggiungasi che, in caso di s.r.l. unipersonale o nel caso in cui le irregolarità fossero frutto di un progetto fraudolento di tutti i soci, la denuncia al tribunale da parte dei sindaci rivestirebbe l'unico rimedio esercitabile a tutela di un interesse pubblicistico, in quanto sarebbe difficilmente prevedibile un'azione di responsabilità per irregolarità gestoria promossa da chi ne ha dato causa.

Nell'ottica del collegio sindacale, poi, sarebbe davvero paradossale ed illogico che i sindaci, assoggettati alle stesse norme e responsabilità civile e penali dei colleghi della s.p.a., non possano utilizzare l'unico strumento a loro disposizione per poter esercitare a pieno la propria funzione di organo di controllo ed incidere sugli atti di *mala gestio* posti in essere dagli amministratori infedeli.

BIBLIOGRAFIA

- A AA.VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003, 207;
- ABRIANI, *Decisione dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, II, ed., Milano, 2005, 213;
- ABRIANI, *La società a responsabilità limitata*, sez. II, in AA. VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 210;
- AMBROSINI, *Art. 2476*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004;
- AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, in *Il nuovo diritto societario*, I, Torino, 2005, 485;
- AMBROSINI, *Il problema del controllo giudiziario nella s.r.l. tra tentazioni correttive degli interpreti e dubbi di incostituzionalità*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 375 ss.;
- AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, 83 ss.;
- AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, 295;
- AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, 295;
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, sub art. 81, Napoli, 1957, 230;
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 251;
- ANDRIOLI, *Competenza a sospendere la deliberazione di esclusione di un socio di società in nome collettivo*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 1139;
- ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 571;
- ANDRIOLI, *La legittimazione ad agire*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1935, 273 ss.;
- ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano 1990, 997 ss.;
- ARATO, *Il controllo individuale dei soci e il controllo dei conti nella s.r.l.*, in *Società*, 2004, 1194 ss.;
- ARIETA – DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 381 ss.;

ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985;

ARIETA, *Le tutele sommarie Il rito cautelare uniforme I procedimenti possessori*, in *Trattato di diritto processuale civile* MONTESANO ARIETA (a cura di), Padova, 2005, Volume III, tomo I, 595;

ARIETA, *Sub art. 25 D. Lgs. n.5/2003*, in *Commentario dei processi societari*, ARIETA – DE SANTIS (diretto da), T. II, 763;

ARIETA-GASPERINI, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l.*, in *Corriere giur.*, 2005, 264;

ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, 148 ss.;

BENATTI, *Osservazioni sulla revoca cautelare degli amministratori di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 877;

BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2006, 226;

BIANCA, *Diritto civile – Il contratto*, Milano 2000, 30-31;

BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Processo civile e società commerciali*, (Atti del XX Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile), Milano, 1995, 129 ss.;

BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, 43 ss.;

BREIDA, *Nuove (e vecchie) questioni in tema di controllo giudiziario delle società*, in *Giur. it.*, 1999, 1891;

BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 cod. civ.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1212;

CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in CACCAVALE – MAGLIULO – MALTONI– TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, Milano, 2004, 393;

CAGNASSO, *Azione di responsabilità e s.r.l.: a legittimazione (anch'essa) limitata?*, in *Giur. it.*, 2006, 2098;

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*, in *Giur. it.*, 2005, 316;

CAGNASSO, *Sub art. 2476 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 1888;

CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 26;

CAMPOBASSO, in *sub Art. 129*, in AA.VV., *Testo unico della Finanza D.lg. 24 febbraio 1998 n. 58. Commentario* a cura di Campobasso, Torino, 2002, 1072;

CAMPOBASSO, *La Riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003;

CANALE, *Il “nuovo” procedimento previsto dall’art. 2409 c.c.*, in www.judicium.it;

CANALE, *Non reclamabilità dell’ordine di ispezione ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1983, 797;

CANDIAN, *In margine all’art. 2409 cod. civ.*, in *Temi*, 1952, 97;

CANDIAN, *La pretesa reclamabilità dell’ordine di ispezione ai sensi dell’art. 2409 cod. civ. nella giurisprudenza della Corte di Milano*, in *Temi Emiliana*, 1943, 27;

CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, c. 146;

CAPRIGLIONE, *sub art. 129*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* a cura di Alpa-Capriglione, Padova, 1998, 1191;

CARDARELLI, *Revoca dell’amministratore unico di s.r.l. ex art. 700 c.p.c.*, in *Società*, 2006, 1406 ss.;

CARNELLUTTI, in *Note intorno alla sospensione della deliberazione di esclusione di un socio da una società di persone*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, II, 253;

CASABURI, *Il rito cautelare nel procedimento speciale commerciale*, in *Società*, 2005, 1279 e ss.;

CAVALLI, *Sospensione della delibera di esclusione di un socio di società di persone ex art. 700 Codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 39 ss.;

CERAMI, *Il Controllo giudiziario sulle società di capitali (art. 2409 cod. civ.)*, Milano, 1954;

CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali (Art. 2409 cod. civ.)*, Milano, 1954;

CHIZZINI, *Modifiche al controllo giudiziale sulla gestione del novellato art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, Parte II, 728 ss.;

CIAMPI, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in *Società*, 2006, 286;

CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, II, Torino, 1994, 493 ss;

COMASTRI-VALERINI, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 454 ss.;

COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l. secondo il nuovo art. 2476*, in AA. VV., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di SANTORO, Milano, 2003, 173 ss.;

CONSOLO, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano 1991, 436;

CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra 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, 274 ss.;

CORAPI, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Società*, 2003, 1571;

COREA, *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 700 c.p.c.)*, in www.judicium.it, § 1;

COSTANTINO, *Diritto processuale civile, Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 8;

COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 656 e ss.;

COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari: profili processuali*, in *Società*, 2007, 207 ss.;

COSTANTINO, *La responsabilità degli organi societari; profili processuali*, in *Società*, 2007, 207 ss.;

COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. it.*, XVIII, 1990 ;

D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409 nella riforma*, in *Società*, 2004, 443;

D'ORAZIO, *Il controllo giudiziale ex art. 2409 c.c. e l'azione di responsabilità ex art. 2476, comma 3, c.c.: vi è ancora spazio per l'art. 2409 c.c. nelle s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio?*, in *Giur. mer.*, 2005, I, 335;

DALMOTTO, *Il controllo giudiziario delle società (art. 2409 c.c.)*, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 1209 ss. e in www.judicium.it;

DE ANGELIS, *L'azione cautelare di revoca ex art. 2476 c.c., comma 3, c.c. alla luce della disciplina cautelare del nuovo rito societario*, in *Giust. civ.*, 2005, 11, 2855;

DE MATTEIS, *I soci possono inoltrare la domanda solo nel corso del giudizio di merito*, in *Guida dir.*, 2005, 42, 62 ss.

DE MATTEIS, *Il procedimento cautelare in materia commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 908 ss.;

DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006, 212 ss.;

DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002, 634 ss.;

DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 294;

DI BITONTO, *Inammissibilità della revoca giudiziale definitiva degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2006, 630;

DI GRAVIO, *La revoca degli amministratori nelle società di capitali e la (non) esecutorietà del provvedimento*, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1097;

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 431 ss.;

DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, II ed., 487;

DI STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002, 647;

DINI, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, 5° ed., Milano, 1981, 191;

DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, *Impresa e Lavoro*, Torino, 1985, II, 589 ss.;

DOMENIGHINI, *L'azione di responsabilità verso l'organo amministrativo promossa dal socio di s.r.l.*, in *Società*, 2008, 630;

DUBINI LENTINI, *Azione sociale di responsabilità contro l'amministratore unico di s.r.l. e litisconsorzio necessario*, in *Società*, 2007, 194;

FABIANI, *Il rito cautelare societario il giudizio abbreviato*, in *Commentario Lo Cascio* (estratto);

FAIETA, in *Rivista del notariato*, 2004, 3, 772 ss.;

FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 336

FAZZALARI, voce *Sostituzione processuale* (Dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 159;

FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e la società*, 13 ed., Milano, 2006, 667;

FERRARO, *Delle società*, in *Trattato della volontaria giurisdizione*, Padova, 1989, 217;

FERRI, *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 122;

FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1965, 215;

FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 260;

FICO, *La revoca degli amministratori nella s.r.l.*, in *Società*, 2007, 1099 ss.;

FORTUNATO, *I controlli nella riforma della società*, in *Società*, 2003, 306;

FRE', *Art. 2409*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, 913 ss.;

FRE', *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile a cura di SCIALOJA E BRANCA*, Bologna, Roma, 1982, 417;

GAETA, *La revoca ex art. 2259 c.c. degli amministratori della nuova s.r.l.*, in *Giur. merito*, 2008, 3188 ss.;

GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto pubblico e dell'economia*, Padova, 1984, VII, 153;

GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, 131 ss.;

GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione*, Padova, 1994, 82;

GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità nella gestione sociale*, Padova, 1994;

GIORDANO, *L'azione "sociale" di responsabilità proponibile dal singolo socio ai sensi del nuovo art. 2476 comma 3 c.c.*, in *Corr. merito*, 2005, 28;

GOMMELLINI, *Sulla sospensione dell'esecuzione di delibere assembleari*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 935 ss.;

GROSSI, *L'azione di responsabilità ex art. 2476, comma 3 c.c.: in claris non fit interpretatio*, in *Società*, 2009, 1290;

GUARNIERI, *Convocazione di assemblea: inammissibile la sospensione con provvedimento d'urgenza*, in *Società*, 1993, 961;

GUARNIERI, *La nuova procedura cautelare nel diritto delle società*, in *Società*, 1991, 153;

GUIZZI, *Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.*, in *Diritto delle società*, a cura di ALESSI, RESCIGNO M., Milano, 1998, 586 ss.;

JANNUZZI – LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, 10 ed. Milano, 2004, 703 ss.;

JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1995;

L. DE ANGELIS, *S.r.l.: controllo giudiziario ammissibile su richiesta dei sindaci*, in *Società*, 2009, 1019;

LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, Milano, 1960, 162;

LA CHINA, *Società (ispezione)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 1152 ss.

LAMBERTINI, *Ispezione ed amministrazione giudiziaria nelle società di capitali*, Padova, 1998;

LIACE, *La disciplina dell'art. 2409 c.c. e la riforma delle s.r.l.*, in *Giur. merito*, 2007, 731;

LONGHINI, *Revoca cautelare degli amministratori*, in *Dir. prat. Soc.*, 2006, 20, 93;

LONGO, *Presupposti e strumentalità del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2007, 1012 ss.;

LUBRANO, *Art. 2409 c.c.*, in *Commentario breve al codice civile*, 7 ed., a cura di CIAN, Padova, 2004, 2588 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *Le gravi irregolarità nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005;

TOFFOLETTO, *Il controllo giudiziario*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 255 ss.;

MAINETTI, *Art. 2476*, in *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004;

MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella Società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 936 ss.;

MAJELLO, in *Il procedimento ex art. 700 c.p.c. in materia di società*, in *Riv. Società*, 1961, 245;

MALAVASI, *L'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c. e litisconsorzio necessario della società*, in *Società*, 2008, 1433 ss.;

MALAVASI, *Revoca ante causam dell'amministratore unico di s.r.l. e nomina di un curatore speciale per conflitto di interessi*, in *Società*, 2007, 78 ss.;

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. I, Torino, 2007, 51 ss.;

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. IV, Torino, 2005, 283 ss.;

MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 657 ss.;

MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1342 ss.;

MANZO, *Note in tema di revoca in via cautelare degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 439;

MARCELLINO, *Revoca di amministratore e provvedimento cautelare ante causam*, in *Giur. it.*, 2005, 162;

MARCINKIEWICZ – PATELLI, *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, *sub art.* 2409, nt 109, 567;

MARCINKIEWICZ – PATELLI, *Il controllo giudiziario delle società di capitali*, Milano, 1989, 25;

MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo processo societario*, in *Corriere Giur.*, 2004, 1250;

MARRA, *La revoca degli amministratori della srl: personaggio in cerca d'autore*, in *Società*, 2005, 2108.

MARULLI – SILVETTI, *Il controllo giudiziario*, in CAVALLI, MARULLI, SILVETTI, *Le società per azioni. Gli organi e il controllo giudiziario*, II, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1996, 1034 ss.;

MARULLI e SILVETTI, *Il controllo giudiziario*, in CAVALLI, MARULLI, SILVETTI, *Le società per azioni. Gli organi e il controllo giudiziario*, II, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1996, 1002 ss.;

MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 146 ss.;

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;

MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. Soc.*, 2004;

MONTEL, MARINETTI, *Sulla inammissibilità della sospensione di delibera assembleare anteriormente alla impugnativa di questa e senza previa audizione degli amministratori e sindaci*, in *Dir. Fall.*, 1968, II, 431;

MONTESANO - ARIETA, *Tratto di diritto processuale, Principi generali Rito ordinario di cognizione.*, Vol. I, t. I, 515 ss.;

MONTESANO - ARIETA, *Tratto di diritto processuale, Riti differenziati di cognizione*, Vol. II, t. II, 1418;

MONTESANO, *Giudizi camerali su atti e gestione di società e tutela giurisdizionale di diritti ed interessi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 819 ss.;

MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, 1955, Napoli, 83;

MONTESANO, *La condanna nel processo civile*, Napoli, 1957, 100;

MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (seconda parte): L'impugnazione*, in *Società*, 2003, 680;

NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, 93;

NICODEMO E PETRUZZINO, *Controllo giudiziario e revoca degli amministratori: le novità della riforma*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 11, 30;

NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3 ss.;

OLIVIERI, *I procedimenti camerali plurilaterali*, in www.judicium.it, § 1 ss.;

OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it;

OLIVIERO, *Gli amministratori di srl L'autonomia statutaria*, Torino, 2005, 192;

OPPO, *L'azione "sociale" di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1998, 408;

PAGNI, *Mala gestio degli amministratori e tutela urgente*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 457 ss.;

PAOLI, in *Inammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. in materia di sospensione dell'esecuzione di una delibera assembleare di s.p.a.*, in *Dir. e Giur.*, 1975, 749;

PARRELLA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2005, 441 ss.;

PARRELLA, *Sub art. 2476*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI e SANTORO, Torino, 2003, 132 ss.;

PASQUARIELLO, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Vol. III, *sub art. 2476 c.c.*, Padova, 2005, 1985;

PATELLI, *Il litisconsorzio nel processo civile*, Torino, 2001, 40;

PATRONI – GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971;

PEDRELLI, *La proponibilità ante causam dell'istanza cautelare di revoca degli amministratori ex art. 2476 comma 3 c.c. trova conferma nella giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 2005, 97 ss.;

PEDRELLI, *Osservazioni sulla legittimazione ad agire in giudizio del singolo socio e della Società nell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c.*, in *Giur. merito*, 2005, 1567;

PEDRELLI, *Questioni processuali in tema di azione ex art. 2476 c.c.*, in *Giur. it.*, 2005, 1472;

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*, in *Società*, 2007, 706 ss.;

PENTA, *Controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata e surrogabilità delle tutele: la Corte Costituzionale si pronuncia*, in *Dir. fallim.*, 2006, II, 435;

PICARONI, *Irregolarità di gestione e tutela del socio nella s.r.l.: la revoca cautelare degli amministratori*, in *Società*, 2006, 887;

PICCIAU, sub *Art. 129*, in AA.VV., *La disciplina delle Società quotate nel testo unico della finanza, D.lgs.24 febbraio 1998 n.58 Commentario* a cura di Marchetti-Bianchi, Milano, 1998, spec. 1012;

PISANI MASSAMORMILE, *La sospensione della delibera di assemblea di s.p.a. ed il nuovo modello di procedimento cautelare*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 879;

PLATANIA, *Nuova disciplina dell'azione di responsabilità nella s.r.l. e questioni di diritto transitorio*, in *Società*, 2004, 1400 ss.;

PRESTIPINO, *La tutela cautelare ex art. 2476, 3° comma, c.c. e il diritto del socio di chiedere la revoca giudiziale dell'amministratore di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 219 ss.;

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 23 ss.;

PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 364;

PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 364;

PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 6;

PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 334;

PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 14;

PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – studi*, Napoli, 2003;

PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. Proc.*, 1975, 624;

PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965;

PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 423;

PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Fallimento*, 2003, 1139;

QUATRARO – TOSI, *Il controllo giudiziario delle società ex art. 2409 c.c.*, Milano, 1994;

QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2007, 3, 788;

R. CONTE, *sub art.700*, in *Codice di procedura civile commentato*, CONSOLO LUISO (a cura di), Milano, 2000, 3056 ss.;

RACUGNO-LOFFREDO, *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2006, 234;

RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, 147 ss.;

REDDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, 74;

RENNA, *La legittimazione all'esercizio dei diritti sociali da parte dei singoli comproprietari di azioni o della quota sociale e l'ammissibilità della revoca cautelare ante causam dell'amministratore di società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 2008, 2635;

RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI, Milano, 2003, 63;

RIVOLTA, *Il controllo giudiziario sulla gestione nel nuovo diritto delle società*, in *Giur. comm.*, I, 749 ss.

RODORF, *L'ispezione della società ex art. 2409 codice civile*, in *Società*, 1995, 588;

RODORF, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, in *Società*, 2009, 19;

RODORF, *Le minoranze azionarie tra autotutela ed eterotutela*, in *Società*, 2003, 286;

ROMANO A.A., *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1191;

RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, 1085 ss.;

RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (I Parte)*, in *Società*, 2008, 818 ss.;

RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella s.r.l. secondo il novellato art. 2476 c.c. (II Parte)*, in *Società*, 2008, 949 ss.;

RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, 1088;

SALAFIA, *Efficacia del decreto di nomina dell'amministratore giudiziario*, in *Società*, 1998, 76;

SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 8;

SALAFIA, *La riforma del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Società*, 2002, 1330;

SALAFIA, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori delle società di capitali*, in *Società*, 2008, 164;

SALETTI, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 223 ss.;

SANDULLI M., *Azione di responsabilità e di revoca verso gli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2005, 482;

SANTARSIERE, *Problematiche ricorrenti circa istituti del diritto societario alla luce della riforma* in *Giur. merito*, 2007, 2914;

SANTONI, *Sulla nomina di amministratori di srl*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 247 ss.;

SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 220;

SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in www.judicium.it, § 16;

SATTA, PUNZI, in *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1996;

SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, *Il nuovo diritto delle società – Liber*

amicorum GIANFRANCO CAMPOBASSO, diretto da ABBADESSA PORTALE, Torino, 2006, 257 ss.;

SCARAFONI, *Il provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di s.r.l.: inquadramento sistematico e riflessioni*, in *Giur. merito*, 2005, 308;

SEGA, *Il controllo giudiziario nella srl: orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 139;

SILVESTRINI, *La responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, 696;

SORDELLI, *I sequestri di diritto industriale e d'autore e i provvedimenti cautelari in materia societaria alla luce della novella sul processo civile 1990*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 825;

TARZIA, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 35 ss.;

TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO PORTALE, V, Torino, 1988, 276;

TEDESCHI, *Il nuovo art. 2409*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, tomo III, Milano, 2005, 3977;

TEDIOLI, *Revoca ante causam dell'amministratore unico di s.r.l. e clusola compromissoria*, in *Studium iuris*, 2, 2008, 134;

TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, *Liber amicorum* GIANFRANCO CAMPOBASSO, diretto da ABBADESSA PORTALE, Torino, 2006, 655;

TOMAIUOLI, *La revoca degli amministratori e l'azione di responsabilità promossa dal socio, dai creditori sociali e dal curatore fallimentare*, in www.judicium.it;

TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 133;

TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e diritto delle società*, in *Società*, 1984, 144 ss.;

TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza ex art. 700*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1998, 866;

TURRONI, *sub Art. 31 d. lgs. n. 5 del 2003*, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 883 ss.;

VACCARELLA, *La riforma societaria: aspetti processuali. Il rito ordinario*, in *Corr. giur.*, 11, 2003, 1518 ss.;

VALITUTTI, Sub *art. 2409 c.c.*, in *Commentario dei processi societari*, ARIETA- DE SANTIS (diretto da), t. II, Vol. II, Torino, 2007, 1260 ss.;

VIDIRI, *Sospensione delle delibere societarie ex art. 2378 c.c. e nuovo procedimento cautelare*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2615;

VITRO', *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992;

VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700*, in CHIARLONI E CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali. I procedimenti cautelari*, Torino, 2005, 1249 ss.;

VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 15;

WEIGMANN, *La revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum GIANFRANCO CAMPOBASSO*, diretto da Abbadessa Portale, Torino, 2007, 545;

ZANARDO, *Alcuni spunti sulla disciplina della revoca degli amministratori in società a responsabilità limitata*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 6, 1615.

ELENCO DECISIONI GIURISPRUDENZIALI

CORTE COSTITUZIONALE

- Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 253, in *Giust. civ.*, 1995, 659;
Corte Cost. 23 maggio 1995 n. 190, in *Giur. cost.*, 1995, 1493;
Corte Cost. 16 luglio 1996 n. 249, in *Giust. civ.*, 1997, I, 33;
Corte Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in *Foro it.*, 2006, 1293 ss. e in *Giur. comm.*, II, 806 ss.

CASSAZIONE CIVILE

- Cass. civ. 27 febbraio 1957, n. 708 in *Giur. it.*, 1957, II, 1146;
Cass. civ. 10 aprile 1968, n. 1087, in *Foro it.*, 1968, I, 2588;
Cass. Civ. 12 agosto 1976, n. 3028, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2202;
Cass. civ. 16 dicembre 1983, n. 7424;
Cass. civ. 15 gennaio 1985, n. 60, in *Foro it.*, 1985, I, 2693;
Cass. civ. 19 febbraio 1990, n. 1226, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 2;
Cass. civ. 27 marzo 1992, n. 3799, in *Dir. Fall.*, 1993, II, 1091;
Cass. civ. 9 aprile 1994, n. 3341, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3145 con nota di VIDIRI;
Cass. civ. 2 ottobre 1997, n. 9636, inedita;
Cass. civ. 26 giugno 1998, n. 6315, inedita;
Cass. civ. 21 giugno 1999, n. 6241, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1447;
Cass. civ. 18 aprile 2000, n. 5001, inedita;
Cass. civ. 16 giugno 2000, 8226, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1320;
Cass. civ. 12 luglio 2000, n. 9257, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 857;
Cass. civ. 16 novembre 2000, n. 14866, in *Giust. civ.*, 2001, I, 695;
Cass. civ. 24 novembre 2000, n. 15173, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2433;
Cass. civ. 15 marzo 2001, n. 3750, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 487;
Cass. Civ. 29 novembre 2001, n. 15197, in *Giur. it.*, 2002, 778;
Cass. civ. 26 febbraio 2002, n. 2776, in *Foro it.*, 2002, I, 1718;
Cass. civ. 5 luglio 2002, n. 9828, in *Foro it.*, 2003, I, 533;
Cass. civ. 30 maggio 2003, n. 8803, in *Dir. e giust.*, 2003, 25;
Cass. civ. 30 maggio 2003, n. 8803, in *Rep. Foro it.*, voce *Procedimento civile*, n. 85;
Cass. civ. 10 gennaio 2005, n. 293, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1;

Cass. civ. 17 maggio 2005, n. 10349, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5;
Cass. civ. 7 dicembre 2005, n. 27002, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12;
Cass. civ. 23 febbraio 2006 in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2;
Cass. civ. 21 marzo 2007, n. 6805, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 3;
Cass. civ. 12 settembre 2008, n. 23557, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 9, 1350;
Cass. civ. 13 marzo 2009, n. 6155, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 445;

CORTE D'APPELLO

App. Milano 10 novembre 1965, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1216;
App. Milano 26 ottobre 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 745;
App. Venezia 14 settembre 1987, in *Società*, 1988, 277;
App. Bari 22 marzo 1988, in *Società*, 1988, 856;
App. Torino 25 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1988, 2, 713;
App. L'Aquila 11 agosto 1989, in *Dir. Fall.*, 1990, II, 109 con nota di DI GRAVIO;
App. Bari, decr. 4 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 252 con nota di MARNETTO;
App. Salerno 12 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 780;
App. Lecce 4 marzo 1995, in *Società*, 1995, 934;
App. Salerno, 10 gennaio 1996, in *Giur. comm.*, 1996, II, 483;
App. Trento 17 maggio 1996, in *Società*, 1996, 1285 con nota di TASSI;
App. Roma 16 gennaio 1999, *Giur. it.*, 1999, 1888;
App. Venezia 21 marzo 2000, in *Gius.*, 2000, 1374;
App. Cagliari 31 marzo 2000, in *Riv. giur. Sarda*, 2001, 333 con nota di PACINI;
App. Firenze 4 agosto 2000, in *Giur. comm.*, 2002, II, 617;
App. Roma 8 giugno 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 1, 831;
App. Venezia 21 febbraio 2002, in *Società*, 862 con nota di LAMBERTINI;
FINARDI;
App. Trieste 18 giugno 2003, in *Studium Juris*, 2004, 1590;
App. Napoli 16 dicembre 2003, in *Giur. napoletana*, 2004, 207;
App. Milano 10 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1632;
App. Milano, 12 marzo 2004, in *Società*, 2004, 1125 con nota di SALAFIA e, in *Giur. it.*, 2004, 1442;
App. Bologna 16 aprile 2004, in *Società*, 2005, 1297 con nota di PORCARI;

App. Trieste 5 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1476;
App. Salerno 28 febbraio 2005, in *Giur. merito*, 2007, 728;
App. Roma 7 aprile 2005, in *Giur. comm.*, 2006, 81 con note di GABRIELLI e DONATO;
App. Roma 7-13 aprile 2005, in *Giur. it.*, 2006, 75;
App. Ancona 30 agosto 2006, in *Società*, 2007, 1399 ss.
App. Milano 2 novembre 2006, in *Corr. merito*, 2007, 3, 303;
App. Torino 29 maggio 2007, in *Società*, 2008, 1245 con nota di MARCHISIO e in *Giur. piemontese*, 2008, 2, 298;
App. Milano 28 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 12, 3173;
App. Milano 13 giugno 2008, in *Foro Padano*, 2007, 3-4, 421.
App. Milano 16 aprile 2008, in *www.dejure.it*, 2009.

TRIBUNALE

Trib. Genova 16 ottobre 1970, in *Foro it.*, 1971, I, 1696;
Trib. Milano 27 marzo 1976, in *Giur. comm.*, II, 104;
Trib. Roma, 19 maggio 1983, in *Società*, 1983, 1043;
Trib. Ascoli Piceno 20 gennaio 1984, in *Giur. comm.*, 1984, II, 794;
Trib. Lecco 23 luglio 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 1285;
Trib. Milano 18 settembre 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 822;
Trib. Milano 21 giugno 1988, in *Giur. comm.*, 1988, II, 904;
Trib. Pisa 20 ottobre 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1095;
Trib. Milano 18 dicembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 700 con nota di SANZO;
Trib. Udine 14 luglio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1945;
Trib. Acqui Terme 29 luglio 1991, in *Società*, 1992, 347;
Trib. Napoli 19 dicembre 1992, in *Società*, 1993, 957 con nota di GUARNERI;
Trib. Napoli 11 gennaio 1993, in *Giur. comm.*, 1994, 472;
Trib. Catania 19 ottobre 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 691 con nota di SANFILIPPO;
Trib. Reggio Calabria 9 maggio 1994, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2613 e in *Foro it.*, 1994, I, 2524;
Trib. Torre Annunziata 17 maggio 1994, in *Giur. merito*, 1998, 967;
Trib. Salerno 22 dicembre 1994, in *Giur. comm.*, II, 694 ss.;
Trib. Salerno 18 gennaio 1995, in *Giur. comm.*, 1995, 694 ss;

Trib. Catania 22 marzo 1995, in *Società*, 1995, 1092;
Trib. Milano 11 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 2243;
Trib. Roma 2 settembre 1996, in *Impresa*, 1996, 1649;
Trib. Vallo Lucania 14 ottobre 1996, in *Arch. civ.*, 1997, 407;
Trib. Catania 21 ottobre 1996 in *Dir. fall.*, 1996, II, 967 con nota di RAGUSA
MAGGIORE;
Trib. Palermo 4 giugno 1997, in *Società*, 1998, 75 con nota di SALAFIA;
Trib. Milano 20 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 1433 e *Società*, 1998, 811 con
nota di FASOLINO;
Trib. Cagliari 26 febbraio 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Provvedimenti
d'urgenza*, n. 116 con nota di richiami;
Trib. Napoli 4 dicembre 1998, in *Dir. e Gius.*, 1998, 508;
Trib. Milano 30 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1890 con nota di BREIDA;
Trib. Como 11 febbraio 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 149, con nota di PINTO;
Trib. Como 4 aprile 2000, in *Gius.*, 2000, 2011;
Trib. Roma 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103;
Trib. Roma 12 marzo 2001, in *Società*, 2001, 1093 con nota di BISINELLI e in
Nuovo dir., 2001, 720 con nota di NAPPA;
Trib. Napoli 24 maggio 2001, in *Dir. e giur.*, 2001, 281 con nota di SCUDIERO;
Trib. Verona 14 dicembre 2001, in *Società*, 2002, 858 con nota di LAMBERTINI
e FINARDI;
Trib. Milano 1 luglio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2330 con nota di SPIOTTA;
Trib. Catania 30 agosto 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 1911;
Trib. Napoli 22 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2002, 6 ;
Trib. Napoli 22 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 465;
Trib. Napoli 26 febbraio 2003, in *Dir. e giur.*, 2004, 128 con nota di BRIZZI;
Trib. Trento 4 aprile 2003, in *Società*, 2003, 1665 con nota di BONAVERA;
Trib. Padova 13 luglio 2003, in *Giur. comm.*, 2005, II, 662 con nota di
BATTISTINI;
Trib. Torre Annunziata 21 ottobre 2003, in *Dir. e giur.*, 2005, 112 con nota di
CALDERINI;
Trib. Roma 31 marzo 2004, in *Corr. giur.* 263 ss, con note di ARIETA
GASPERINI, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di s.r.l.*, ivi,
264 e CONSOLO, *Note sul potere di revoca tra diritto e processo: è vera misura*

cautelare? quale disciplina? ante causam la revoca dell'amministratore ma non la inibitoria delle delibere?, ivi, 272 ss.;

Trib. Roma 11 giugno 2004, in *Corr. giur.*, 2005, 262 ss.;

Trib. Roma 6 luglio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, 435 con nota di DALMARTELLO;

Trib. Lecce 16 luglio 2004, in *Società*, 2005, 358;

Trib. S.M. Capua Vetere, (ord.) 20 luglio 2004, in *Società*, 2004, 1545 ss., con nota di MALAVASI, ivi, 1545 ss. e in *Foro it.*, rep. 2004, n. 1011;

Trib. Roma 5 agosto 2004, in *Corr. Giur.*, 2005, 261 e in *Società*, 2004, 1542;

Trib. Piacenza 23 agosto 2004, in *Corr. merito*, 2005, 25 con nota di GIORDANO;

Trib. Treviso 27 settembre 2004, in *Vita not.*, 2004, 1268;

Trib. Roma 29 settembre 2004, in www.ipsoa.it/societaonline;

Trib. Catania 14 ottobre 2004, in www.judicium.it e, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 277;

Trib. Bologna 21 ottobre 2004, in *Società*, 2005, 357 con nota di PATELLI-MARCINKIEWICZ;

Trib. Parma 25 ottobre 2004, in *Società*, 2004, 758 ss., con nota di MALAVASI, ivi, 759 ss.;

Trib. S.M. Capua Vetere 15 novembre 2004 (ord.), in *Società*, 2005, 477 ss.;

Trib. Bari 27 novembre 2004, in www.judicium.it ;

Trib. Roma 1 dicembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, 81 con note di GABRIELLI e DONATO;

Tribunale di Cagliari 4 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 75 ss.;

Trib. Treviso 7 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2107 con nota di MARRA;

Trib. Brescia 8 marzo 2005, in *Società*, 2005, 1254 ss. con nota di FANTI;

Trib. Marsala 15 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 434 e in *Giur. it.*, 2005, 1468 con nota di PEDRELLI;

Trib. Napoli 22 marzo 2005, in *Società*, 2007, 704 con nota di PELLEGRINI e in *Corr. giur.*, 2007, 704;

Trib. Roma 4 aprile 2005, in *Giur. merito*, 2005, 1563 con nota di PEDRELLI;

Trib. Milano 14 aprile 2005, *Giur. merito*, 2007, 1031 con nota di PULSONI;

Trib. Milano 27 aprile 2005 (ord.), in *Corr. merito*, 2005, 883;

Trib. Milano 5 maggio 2005, inedita;

Trib. Milano 8 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, 1240;

Trib. Genova, 6 settembre 2005, inedita;

Trib. Vercelli 28 settembre 2005, in *Guida dir.*, 42, 58 ss. con nota di DE MATTEIS e in *Società*, 2006, 886 con nota di PICARONI;

Trib. Napoli 20 ottobre 2005, in *Società*, 2006, 625, con nota di DI BITONTO e in *Foro it.*, 2006, I, 1222 ss. con nota redazionale;

Trib. Napoli 9 novembre 2005, in *Società*, 2006, 1406 con nota di CARDARELLI;

Trib. Ravenna 25 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 877, con nota di BENATTI;

Trib. Milano 18 gennaio 2006 (ord.), in *Società*, 2007, 1141 ss.;

Trib. Ravenna 2 febbraio 2006, in *www.associazionepreite.it*;

Trib. Milano 2 febbraio 2006, in *Giustizia a Milano*, 2006, 2, 11;

Trib. Agrigento 15 febbraio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, 4, 910 con nota di CAGNASSO;

Trib. Milano 5 aprile 2006, inedita;

Trib. Milano 12 maggio 2006, in *www.judicium.it*.;

Trib. Salerno 4 luglio 2006, in *Corr. giur.*, 2007, 703;

Trib. Milano 25 ottobre 2006, in *Giustizia a Milano*, 2006, 10,70;

Trib. Milano 2 novembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 3, 655;

Trib. Cagliari 15 novembre 2006, n. 6937, in *Riv. giur. Sarda*, 2008, 2, 343 con nota di ANEDDA;

Trib. Bari 15 maggio 2007, in *Giurisprudenza barese.it*, 2007;

Trib. Roma 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 307 con nota di LONGO;

Trib. Napoli 6 giugno 2007, in *Società*, 2008, 1433 ss. con nota di MALAVASI;

Trib. Lucca 13 settembre 2007 in *Giur. comm.*, II, 216 ss.;

Trib. Salerno 26 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, 9, 2650;

Trib. Roma 11 marzo 2008, inedita;

Trib. Napoli 14 maggio 2008, in *Società*, 2008, 1019;

Trib. Milano 30 giugno 2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 7-8, 53;

Trib. Roma 17 dicembre 2008, in *Giur. merito*, 2009, 6, 1585 con nota di NARDELLI;

Trib. Milano 18 dicembre 2008, in *Giustizia a Milano*, 2009, I, 7;

Trib. Salerno 19 marzo 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009;

Trib. Civitavecchia 6 maggio 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009;

Trib. Roma 10 ottobre 2008, in *Riv. dir. comm.*, 2009, con nota di ROSSI;

Trib. Pescara 4 ottobre 2007, in *PQM*, 2007, 3, 58.

PRETURA

Pret. Roma 28 giugno 1957, in *Dir. fall.*, 1957, II, 733;

Pret. Brindisi 21 marzo 1966, in *Foro it. Rep.*, 1996, Società, n. 358;

Pret. Jesi 8 luglio 1974, in *Dir. e giur.*, 1975, 749 ss.;

Pret. Roma 30 aprile 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1266

Pret. Ischia 15 novembre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, 625 con nota di ROCCO DI TORREPADULA;

Pret. Roma 8 aprile 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2794, con nota di richiami;

Pret. Roma 2 febbraio 1987, in *Temì romana*, 1986, 737;

Pret. Noci 30 aprile 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 1182;

Pret. Roma 31 dicembre 1987, in *Giust. civ.*, 1988, I, 793;

Pret. Acqui Terme 23 ottobre 1989, in *Società*, 1990, 364 ss.;

Pret. Milano 10 agosto 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 760.