

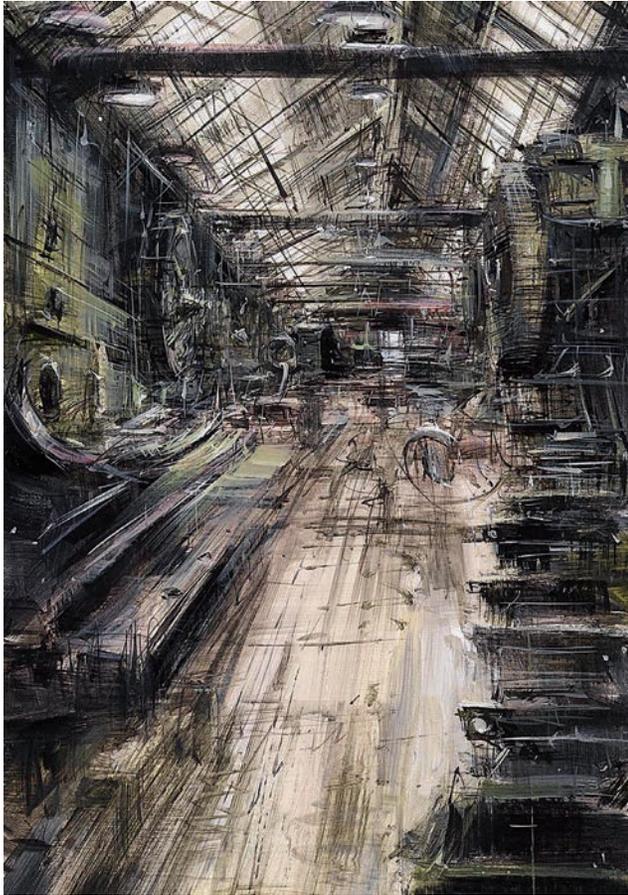
NUMERO 2 - 2016

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

CLARICE DELLE DONNE

Sospensione e cautela ex art. 700 c.p.c. nel sistema di tutela della valida formazione delle decisioni assembleari.



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo . . . . .</i>	234
<b>PAOLO GROSSI</b>	
<i>L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte . . . . .</i>	237
<b>SALVATORE PATTI</b>	
<i>Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale . . .</i>	241
<b>ENRICO QUADRI</b>	
<i>Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione . . . . .</i>	255
<b>MARCELLO MAGGIOLO</b>	
<i>Beni artificialmente creati nei settori agroalimentare e dell'energia. Un catalogo di nuovi beni mobili registrati . . . . .</i>	283
<b>MADDALENA SEMERARO</b>	
<i>Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto . . . . .</i>	333
<b>NICCOLÒ ABRIANI</b>	
<i>Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari . . . . .</i>	365
<b>FELICE MANNA</b>	
<i>Rilievo ed effetti dell'incompetenza in appello (a proposito di Cass., sez. II, 9 dicembre 2015, n. 24856) . . . . .</i>	401
<b>CLARICE DELLE DONNE</b>	
<i>Sospensione e cautela ex art. 700 c.p.c. nel sistema di tutela della valida formazione delle decisioni assembleari . . . . .</i>	417

## Sospensione e cautela *ex art. 700 c.p.c.* nel sistema di tutela della valida formazione delle decisioni assembleari

---

Lo scritto affronta, prendendo spunto da un recente provvedimento di merito, il delicato profilo della praticabilità della tutela cautelare innominata *ex art. 700 c.p.c.* in un contesto, quello delle delibere assembleari delle società, per le quali la legge (artt. 2377 e 2378 c.c.) appresta un apposito giudizio di impugnazione e la cautela tipica della sospensione, concepita, quantomeno *ad litteras*, come esclusivamente incidentale al giudizio di merito.

L'ammissibilità di un ricorso alla tutela urgente *ex art. 700 c.p.c.* è sostenuta ed argomentata, in coerenza con una nutrita casistica, in due ordini di casi: per ovviare ad un *periculum* emergente nel tempo, occorrente all'instaurazione del giudizio di impugnazione della delibera; per inibire uno o più atti del procedimento preassembleare ove immediatamente lesivi per i ricorrenti perché condizionanti, in senso per loro pregiudizievole, il contenuto della adottanda delibera, i cui effetti non potrebbero essere efficacemente rimossi con la cautela tipica della sospensione.

*This paper deals with, taking cue from a recent decision on the merits, the delicate profile of the feasibility of the unnamed precautionary protection pursuant to art. 700 of the Code of Civil Procedure in a context, that of shareholder resolutions, for which the law (arts. 2377 and 2378, Code of Civil Procedure) provides for special appeal procedures and the typical precaution of suspension, conceived, at least ad litteras, as only incidental to the judgment on the merits.*

*The admissibility of an action for urgent protection under art. 700 of the Code of Civil Procedure is sustained and reasoned, consistent with a well-established series of cases, in two types of matters: to remedy an emerging periculum during the time that is required for an appeal of the resolution; to inhibit one or more pre-assembly acts that would be immediately harmful to the applicants because it preconditions, in the prejudicial sense, the contents of the resolution, the effects of which may not be effectively removed by the typical precautionary measure of suspension.*

Sommario: 1. Illegittimità di atti del procedimento preassembleare e sospensione, *ex art. 700 c.p.c.*, della convocazione dell'assemblea dei soci: profili di interesse. - 2. Il caso deciso tra peculiarità e contesto di riferimento. - 3. Sospensione e cautela *ex art. 700 c.p.c.* nel contesto dell'*iter* che conduce alle decisioni assembleari. - 4. (*Segue*): tutela sospensiva *ante causam* ed art. 700 c.p.c. - 5. (*Segue*): tutela *ex art. 700 c.p.c.* e procedimento assembleare

### **1. - Illegittimità di atti del procedimento preassembleare e sospensione, *ex art. 700 c.p.c.*, della convocazione dell'assemblea dei soci: profili di interesse.**

Questo scritto trae spunto dal provvedimento, reso da una sezione specializzata in materia di impresa <sup>1</sup>, sul ricorso con il quale due soci di una

---

<sup>1</sup> Trib. Bari, sez. specializzata in materia di impresa, 8 agosto 2014, G.D. Cassano- Tauro e Panarese c/BBC Alberobello e Sammichele, che ha ritenuto inammissibile l'istanza di sospensione *ex art. 700 c.p.c.*, per illegittimità del relativo avviso, della convocazione, da parte del commissario straordinario, dell'assemblea dei soci di una banca di credito cooperativo sottoposta ad amministrazione straordinaria *ex artt. 70 ss d.lgs. n. 385 del 1993*, sull'assunto

Banca di credito cooperativo chiedevano, ex art. 700 c.p.c., la sospensione *inaudita altera parte* della convocazione della assemblea dei soci per illegittimità, tra l'altro, dell'avviso di convocazione, ed ogni ulteriore provvedimento all'uopo necessario.

I notevoli motivi di interesse della decisione ruotano intorno alla complessa questione, che la realtà ci consegna ogni giorno, della praticabilità della tutela cautelare innominata in un contesto, quello delle delibere assembleari delle società, per le quali la legge appresta un apposito giudizio di impugnazione ed il rimedio cautelare della sospensione, per di più concepito, quantomeno *ad litteras*, come esclusivamente incidentale al giudizio di merito<sup>2</sup>.

Sullo sfondo dei rapporti di forza tra maggioranza, capace di imprimere la sua impronta alle delibere, e minoranza, il ricorso alla tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c. si è andato infatti imponendo nella realtà applicativa quale viatico di esigenze di tutela asseritamente non soddisfatte dallo spettro di effetti ascrivibile alla sospensione.

Ciò sia perché, ad esempio, a) emergenti nelle more dell'instaurazione del giudizio di merito, vuoi davanti al giudice statale vuoi davanti agli arbitri; sia perché b) collocabili nella fase procedimentale che porta all'adozione della delibera stessa, di cui si lamenta una distorsione immediatamente

---

che la legge preclude la sospensione degli atti commissariali soggetti ad autorizzazione o comunque attuativi di provvedimenti della Banca d'Italia.

<sup>2</sup> Tema da tempo trattato con notevole approfondimento (anche) nella letteratura processualistica: v., tra le monografie più recenti, ad esempio, L. IANNICELLI, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno, 2008; U. COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008; F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari delle s.p.a.*, Milano, 2007; S. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e giudicato*, Milano, 2006; adde altresì, tra le trattazioni non monografiche, A. CARRATTA, *sub art. 2378 c.c.*, in S. CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 1160 ss.; C. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1520; nell'ambito di una generale ricostruzione anche storica della tutela ex art. 700 c.p.c. A. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in A. CARRATTA (diretto da), *I procedimenti cautelari*, Bologna, 2013, 804 ss. e *passim*; F. FREDEANI, *I provvedimenti cautelari in materia societaria*, II, *Profili processuali*, *ivi*, 1105 ss. Quanto alla ricostruzione ed all'inquadramento delle delibere assembleari dal punto di vista della validità v., nell'ambito di una sterminata ed articolata dottrina, a titolo esemplificativo, P. FERRO LUZZA, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993, ove indicazioni bibliografiche di base; ID., *I contratti associativi*, Milano, 1971. Ulteriori indispensabili indicazioni anche in chiave storica, in questa sede non esigibili, sono poi reperibili in L. MARCHEGLIANI, *I provvedimenti cautelari in materia societaria*, I *Profili sostanziali*, in A. CARRATTA (diretto da), *I procedimenti cautelari*, cit., 1032 ss.

lesiva; sia perché, ancora, c) legate al corretto svolgimento delle operazioni di voto assembleare o ai criteri di calcolo delle maggioranze, e dunque suscettibili di effettiva soddisfazione proprio grazie alla duttilità (di contenuti precettivi e *pericula*) esibita dal provvedimento *ex art.* 700 c.p.c.

Gli uni e gli altri molto spesso (nei casi *sub b* e *c*) rapportati non ad una delibera già adottata ma alla pregressa fase procedimentale quale fonte di autonoma potenzialità lesiva di asserite (attuali e perfette) prerogative dei ricorrenti non tutelabili con l'impugnazione, e la conseguente sospensione, del deliberato. Ciò per lo sbarramento posto alla sospensibilità da quel fenomeno che l'art. 2378, comma 3, c.c. qualifica come "esecuzione" e che, esaurendone ogni giuridica incidenza attuale sulla società ed i soci, invero proprio quel *periculum* che la cautela era chiamata a scongiurare e che, divenuto oramai "fatto compiuto", la rende inutile.

Ne consegue che: a) laddove opera il congegno della sospensione, anche i vizi verificatisi nella fase procedimentale che conduce al deliberato finale assurgono a motivi di impugnazione (non in quanto tali ma) solo se inficianti quest'ultimo in termini di (tipizzate) invalidità, e quindi quali *causae petendi* della tutela finale demolitoria (di qui senso e portata anzitutto dell'incidentalità dell'istanza cautelare, e poi della cd. prova di resistenza); laddove si ritiene invece operante la tutela atipica *ex art.* 700 c.p.c. (nel procedimento assembleare), tali vizi dovrebbero concepirsi come immediata fonte di pregiudizio per i ricorrenti, di cui emerge l'interesse attuale ad ottenerne la rimozione in via cautelare, con corredo di tutela finale variamente costruita ad orientare il (futuro) procedimento di adozione della delibera, emendato dai vizi riscontrati <sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Esempio per la chiarezza con la quale si esprime in ordine a questo profilo si mostra, ad esempio, l'ordinanza (T. Milano 18 aprile 2013, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it)) che, sul presupposto che lo spettro di efficacia della sospensione di una delibera assembleare non si limita ad inibirne la materiale esecuzione, ma si estende a paralizzarne *in toto* l'efficacia giuridica, affronta il tema della portata precettiva da ascrivere alla sospensione di una delibera assembleare modificativa di alcune regole statutarie in materia partecipazione delle aziende ad un consorzio.

Insorta grave incertezza (ridondante in vera e propria paralisi decisionale) tra consorzio e consorziati in ordine alla esatta portata precettiva del provvedimento di sospensione, questione rilevante perché oggetto di una successiva assemblea già convocata che di quelle regole doveva fare applicazione, alcune aziende proponevano ricorso *ex art.* 669-*duodecies* per l'attuazione della sospensione, chiedendo cioè al giudice la specificazione analitica delle singole regole compendiate dalla formula sintetica di "sospensione". Ebbene il Tribunale

Sotto tutti gli evidenziati profili la vicenda, ed il provvedimento, da cui si è preso spunto, appaiono emblematici e meritano pertanto di essere ripercorsi, prima di allargare lo sguardo al più generale contesto che evocano. Ebbene, a sostegno dell'istanza *ante causam* ex art. 700 c.p.c. i ricorrenti allegavano, in particolare, la difformità tra i criteri dettati dal regolamento sociale per l'elezione degli organi sociali, approvato dalla maggioranza dei soci su proposta del commissario straordinario della Banca, e le modalità in base alle quali l'assemblea dei soci stessi era stata invece in concreto convocata, proprio dal commissario con l'avviso impugnato, per scegliere il Presidente della banca ed il consiglio di amministrazione.

I criteri previsti dal regolamento sociale, in conformità alle direttive della Banca d'Italia per l'organizzazione ed il funzionamento delle banche in forma societaria, erano infatti, ad avviso dei ricorrenti, meno stringenti di quelli in base ai quali l'assemblea era stata chiamata a designare le cariche sociali, ma senz'altro più orientati alle esigenze specifiche di un istituto di credito.

Essi erano altresì tali da permettere anche ai soci, e quindi ai ricorrenti stessi, di candidarsi, di talché il *fumus* dell'istanza cautelare veniva delineandosi quale violazione del diritto alla scelta delle cariche sociali ed alla possibilità, a monte, di candidarsi ad esse.

L'instauranda controversia di merito avrebbe infatti perseguito «l'accertamento dell'invalidità della convocazione dell'assemblea dei soci della BBC (...) nonché del relativo avviso, e la conseguente declaratoria di nullità e/o invalidità tanto della suddetta convocazione quanto del relativo avviso».

Accolto il ricorso *inaudita altera parte*, all'udienza fissata in contraddittorio il decreto di sospensione della convocazione assembleare veniva tuttavia revocato sul presupposto dell'inammissibilità dell'istanza cautelare avanzata *ante causam* ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Motivava in particolare il giudicante che, essendo la banca resistente sottoposta a procedura di amministrazione straordinaria ex artt. 70 e segg. del

---

(ritenuto-a mio avviso scorrettamente- inammissibile il ricorso ex art. 669-duodecies, a suo dire limitato ai soli aspetti di esecuzione materiale del provvedimento giudiziale) ritiene che questo sia terreno di elezione dell'istanza cautelare ex art. 700 c.p.c., avendo le parti richiesto proprio l'accertamento della situazione in diritto scaturita dalla precedente sospensione della delibera, cioè delle *regulae* in concreto da seguire in assemblea come da quel provvedimento rimodulate. Sull'ampio spettro del provvedimento di sospensione v. altresì, più di recente, Trib. Roma 30 aprile 2015, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).

d.lgs. n. 385 del 1993, doveva ritenersi preclusa ai soci, in sede di impugnazione delle decisioni dei commissari autorizzate dalla Banca d'Italia o comunque attuative di suoi provvedimenti, l'istanza di sospensione<sup>4</sup>.

Sicché, posto che la convocazione dell'assemblea era stata autorizzata dalla Banca d'Italia e che la determinazione del relativo ordine del giorno competeva in via esclusiva *ex art.* 72, comma 6, d.lgs. n. 385 del 1993 proprio al commissario escludendosene ogni modifica da parte dell'organo convocato<sup>5</sup>, l'istanza di sospensione non avrebbe potuto trovare spazio alcuno. Ciò anche in considerazione della circostanza che l'assemblea era chiamata, nella specie, alla designazione degli organi di amministrazione ordinaria, adempimento obbligatorio al termine dell'anno di durata dell'amministrazione straordinaria (art. 75, comma 3, d.lgs. n. 385 del 1993).

*Ratio* della limitazione del potere di sospensione è quella di preservare la funzione degli organi di gestione straordinaria, votata alla tutela di interessi generali (depositi bancari; stabilità del sistema creditizio) e perciò diversi da quelli dello stesso ente creditizio sottoposto alla procedura, nei confronti di ogni iniziativa che ne possa ostacolare il pieno compimento in termini di risanamento e normalizzazione della banca stessa.

Tale statuto speciale si rivelava del resto, a dire del giudicante, coerente con la disciplina generale apprestata dal codice civile per l'impugnazione delle delibere assembleari delle società. Una disciplina che, nel sancire la necessaria incidentalità dell'istanza cautelare al giudizio di impugnativa della delibera, la caratterizza in termini esclusivi di sospensione della stessa, mettendo automaticamente al bando, per difetto di residualità, la tutela, atipica ed *ante causam*, dell'art. 700 c.p.c.

---

<sup>4</sup> E che nella specie la convocazione assumesse un contenuto squisitamente decisionale e non consistenza di semplice adempimento procedurale per la celebrazione dell'assemblea emergeva già dalla prospettazione dei ricorrenti, che ne lamentavano la capacità di condurre a deliberati di un certo contenuto, lesivo delle loro prerogative

<sup>5</sup> L'art. 72, comma 6, d.lgs. n. 385 del 1993 fa testualmente riferimento alla sola possibilità di modificare l'ordine del giorno. Di questa previsione si possono dare, in ipotesi, interpretazioni più restrittive, quale quella del giudicante, ma anche più possibiliste. Si potrebbe cioè argomentare nel senso che la norma non precluda eventuali iniziative contro una convocazione non a norma di legge e/o di statuto, e che la limitazione riguardi soltanto la modifica dell'ordine del giorno nei limiti eventualmente consentiti. Interpretazione, quest'ultima, che crea qualche dubbio sulla correttezza della qualificazione come "legale" del supposto limite alla sospensione cautelare della convocazione.

Il che vuol dire in concreto che, nell'ottica del giudicante, solo il deliberato finale è in grado di rivelare la eventuale e lesiva distorsione del procedimento decisionale rispetto all'archetipo normativo, mettendo il giudice nella condizione, ma solo all'esito della cd. prova di resistenza, di verificare il rispetto della cornice legale in cui l'attività sociale deve essere condotta attraverso le decisioni degli organi collegiali.

## **2. - Il caso deciso tra peculiarità e contesto di riferimento.**

Nella vicenda che ha condotto all'ordinanza da cui si è preso spunto è dunque al procedimento di convocazione dell'assemblea che si ascrive la lesione delle prerogative dei soci, in specie relative alla scelta degli organi sociali. Una scelta a monte condizionata dall'adozione, risultante dall'avviso di convocazione del commissario straordinario, di criteri di reclutamento diversi da quelli recepiti dal regolamento della banca, ed in tal senso immediatamente lesivi del (presunto) diritto dei soci sia di scegliere gli organi gestori secondo i criteri da essi stessi approvati, che di candidarsi a quelle cariche.

Il che avrebbe imposto di sciogliere, in via preliminare, il nodo se l'interesse tipizzato dal legislatore in termini di rimozione di delibere invalide fosse da intendersi come esclusivo di ulteriori ipotesi in cui un interesse alla tutela potesse emergere in concreto *ex art. 100 c.p.c.*

E poi, in caso di risposta positiva, di stabilire se nella fattispecie fossero presenti posizioni soggettive dei ricorrenti già attualmente tutelabili in via ordinaria, e come tali cautelabili, necessariamente *ex art. 700 c.p.c.*, prima della delibera assembleare.

Questo percorso argomentativo ha tuttavia risentito dell'interferenza di un fattore esterno, l'esistenza cioè di specifiche norme (interpretate dal giudicante come) ostative alla sospensione di ogni atto prodromico alla convocazione (in quanto) proveniente dal commissario straordinario, a presidio del suo ruolo di garanzia del risanamento della banca e del suo transito dal regime di gestione straordinaria a quello ordinario.

La circostanza che il ricorso investisse atti imputabili al pubblico ufficiale per il quali è, secondo la lettura data dal giudicante, inibita ogni iniziativa cautelare ha dunque, coerentemente con le premesse, impresso alla deci-

sione la direzione obbligata della inammissibilità, assorbendo ogni ulteriore profilo relativo ai rapporti tra tutela tipica ed innominata.

La *ratio decidendi* dell'ordinanza si ferma perciò qui.

Che tuttavia i termini generali del problema sopra abbozzati, nell'alternativa tra le due tipologie di cautela, restino (almeno in parte) immutati, è circostanza di cui ben consapevole si mostra il giudicante, laddove sente il bisogno di affermare, sia pure in *obiter*, che «prevedendosi per l'impugnazione di delibera assembleare un tipico mezzo di tutela cautelare nell'art. 2378, co. 3 cod. civ. (...) che è esperibile solo in corso di causa, si deve escludere la proponibilità del ricorso ante causam ex art. 700 c.p.c. per la sospensione o inibitoria dello svolgimento dell'assemblea societaria seppure nei casi in cui fosse adombrato che la convocazione dell'assemblea risultasse già di per sé lesiva dei diritti del socio, per mancanza della residualità che deve sempre fondare il ricorso alla cautela innominata (...)». Inoltre, prosegue, «È necessario, perché si possa ricorrere al giudice, che la temuta distorsione del processo decisionale, dovuta alla fase preparatoria dell'assemblea, si sia già in concreto manifestata. Solo allora il giudice può intervenire e valutare la correttezza dell'iter decisionale e la sua conformità all'archetipo legislativo, anche con riferimento alla cd. prova di resistenza (potendo alcuni vizi costitutivi risultare in concreto irrilevanti)», anche perché «diversamente ritenendo l'intervento giudiziario sulla vita sociale, e sullo stesso "diritto alla decisione assembleare" (costituzionalmente tutelato, v. artt. 17 e 41 Cost.), sarebbe inutilmente troppo anticipato rispetto al rischio di danno grave e irreparabile paventato».

Il primo passo citato vuol dire, mi sembra, che i medesimi vizi privati di cittadinanza rispetto ad atti del procedimento preassembleare riacquistano tutta la loro rilevanza quali altrettanti motivi di impugnazione della successiva delibera.

Questa conclusione tuttavia, lungi dal metterlo fuori campo, non fa che riproporre, e proprio per la fattispecie decisa e quelle similari, il tema dell'alternativa/alternanza tra tutela tipica ed innominata in un altro dei suoi contesti di elezione: quello del tempo occorrente all'instaurazione del giudizio di impugnazione. Un tempo in cui l'irradiarsi dell'efficacia della delibera sulla società ed i soci potrebbe ancora giustificare la prevalenza della tutela innominata (stavolta perché *ante causam*) su quella tipica.

Evenienza, questa, non difficile a verificarsi proprio in riferimento alle delibere di designazione degli organi gestori in asserito contrasto con la cornice legale/statutaria di riferimento <sup>6</sup>. Delibere che, legittimando tali organi a compiere le più rilevanti scelte sul mercato, potrebbero inverare ricadute (economiche e giuridiche) in concreto difficilmente reversibili.

Allargando lo sguardo oltre le peculiarità del caso deciso, e quindi in assenza dell'asserito sbarramento alla sospensibilità di atti del procedimento di convocazione dell'assemblea, occorre ancora riflettere sulla utilizzabilità della cautela ex art. 700 c.p.c. proprio per inibirne lo svolgimento secondo modalità (emergenti dall'avviso di convocazione o dall'ordine del giorno) di cui sia già emersa la non conformità alla cornice legale o statutaria di riferimento, di talché il deliberato finale non potrebbe che risentirne fondando a tempo debito l'interesse all'impugnazione (con corredo di cautela sospensiva).

Anche in tal caso la sospensione potrebbe tuttavia rivelarsi inadeguata per l'inverarsi di effetti irreversibili.

### 3. - Sospensione e cautela ex art. 700 c.p.c. nel contesto dell'*iter* che conduce alle decisioni assembleari.

È un dato di fatto che il *discrimen* tra tutela tipica ed innominata riposi, anche nella realtà applicativa, su mobili frontiere.

Il concetto di "esecuzione" della delibera è infatti al centro di una significativa evoluzione interpretativa che, trasfigurandolo in quello più ampio e variegato di "efficacia giuridica", finisce con l'allargare anche l'ambito applicativo della sospensione, ben possibile persino rispetto alle delibere cd. *self executing*, <sup>7</sup> ed a quelle di contenuto negativo <sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> V. in tal senso, a titolo esemplificativo e da ultimo, il provvedimento (Trib. Roma 23 febbraio 2015, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).) per il quale la delibera di nomina dell'organo amministrativo, ancorché già "eseguita" con l'insediamento dei nominati, è pur sempre destinata a produrre i suoi effetti per l'intero periodo di gestione della società, per cui deve garantirsi la possibilità della tutela cautelare al fine di evitare che un amministratore non correttamente nominato ponga in essere atti gestori a danno della società o del soggetto impugnante. Nello stesso senso già Trib. Milano 29 marzo 2012, *ivi*.

<sup>7</sup> In grado cioè di irradiare i propri effetti a prescindere da ogni successivo corredo di materiale esecuzione. Emblematico, in tal senso, Trib. Roma 30 aprile 2015, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it), cit. : «in tema di sospensione degli effetti delle delibere *self executing*, il termine «esecuzione» deve essere inteso come «efficacia» e, precisamente, come

Non solo. Proprio in quanto su tale efficacia calibrato, anche lo spettro precettivo della sospensione mostra la vocazione ad ampliarsi, al nucleo inibitorio (dell'efficacia complessivamente intesa) affiancandosi una portata sia ripristinatoria (orientata al passato) che conformativa, in grado cioè di condizionare il futuro modo di esercizio del potere (assembleare)<sup>9</sup>.

Di qui l'osmosi, in cospicui filoni del dibattito scientifico e della prassi

---

idoneità dell'atto alla produzione di effetti giuridici ulteriori rispetto a quelli attinenti alla sua esecuzione. Così, il concetto di esecuzione, lungi dall'implicare necessariamente un'attività di adeguamento dell'attività materiale della realtà fenomenica dell'atto giuridico, può essere semplicemente inteso come momento attuativo degli effetti dell'atto deliberativo. Deve ritenersi ammissibile la sospensione dell'esecuzione delle delibere immediatamente esecutive dovendosi interpretare in senso estensivo il termine «esecuzione» della delibera. Così, le delibere *self executing* sono suscettibili di essere sospese in quanto l'unico limite di ordine logico giuridico all'accoglimento della domanda può essere costituito dalla circostanza che gli effetti della deliberazione si siano definitivamente realizzati. Sono, così, sospensibili le deliberazioni che continuano a manifestare una perdurante efficacia rispetto all'organizzazione consortile ed alla posizione dei consorziati, in via non già di riflesso, ma di diretta incidenza sul funzionamento degli organi dell'ente». Con la conseguenza che i provvedimenti cautelari di sospensione delle predette delibere *self executing* hanno efficacia *ex tunc* e, quindi, sono idonei a sospendere integralmente gli effetti delle delibere impugnate, sebbene già prodotti. Ricostruisce lo stato dell'arte Trib. Roma, sez. spec. impresa, sent. 23 febbraio 2015, *ivi*, (ma v. anche Trib. Milano 22 gennaio 2015, *ivi*) per il quale sono suscettibili di sospensione ai sensi dell'art. 2378, comma 3 c.c., tutte le deliberazioni assembleari i cui effetti non siano esauriti al momento dell'adozione della sospensiva. Tra queste si annovera la delibera di eliminazione del diritto di prelazione, la quale ha l'effetto di rendere incondizionatamente efficaci verso la società le vendite di partecipazioni che sono state effettuate dopo la sua eliminazione. Viceversa, la sospensione dei relativi effetti, ripristinando *ex tunc* il vigore della previsione statutaria, rende quelle cessioni inefficaci nei confronti della società. V. tuttavia, *contra*, Trib. Roma 12 maggio 2015, *ivi*, per il quale va respinta la richiesta di sospensione della delibera di approvazione del bilancio in quanto inammissibile, avendo essa natura dichiarativa e di mero accertamento e come tale non suscettibile di esecuzione. La pronuncia di sospensione di cui all'art. 2378, comma 4, c.c. può infatti riguardare, secondo il giudice capitolino, solo quelle deliberazioni che richiedano un'attività esecutiva ovvero che non siano già state compiutamente ed integralmente eseguite.

<sup>8</sup> Così, ad es., U. COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie*, cit., spec. 203 e ss. Proprio le delibere negative rappresentano un significativo banco di prova di quanto si va esponendo nel testo, poiché alle prospettazioni che, anche in riferimento alle peculiarità del caso concreto (ed in particolare al ricorrere di poteri vincolati) ascrivono alla sospensione la capacità di individuare il contenuto positivo della delibera, si fronteggiano tesi che sembrano escluderla *in toto*: v., per utili indicazioni, S.A. VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 603 e 607.

<sup>9</sup> Lo schema concettuale più vicino è, naturalmente, quello del potere amministrativo e della sua traduzione in atti attraverso un procedimento, nonché della tecnica consistente nell'impugnativa dell'atto quale reazione al mancato rispetto della cornice legale dell'esercizio del potere. V., per la ricostruzione della disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari secondo lo schema concettuale dei rimedi esperibili contro gli atti di soggetti organizzati, in quanto esplicitazione di attività autoritativa, per tutti, M. LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle delibere assembleari di spa*, in A. GENOVESE (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2004; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989.

applicativa, tra cautela tipica ed innominata: nella misura in cui la si apre ai contenuti precettivi più vari perché modellati sulla paralisi di una efficacia che si assume ad ampio spettro, la prima si sovrappone alla seconda erodendone il terreno di applicazione.

Nell'ottica della capacità di assicurare la complessiva funzionalità dell'accesso alla tutela senza zone franche, la sospensione si mostra dunque, se così concepita, ben a ragione in grado di scalzare la tutela innominata, rendendo autosufficiente il sistema immaginato dall'art. 2377, comma 3, c.c. perché in grado di imitarne la complessità di contenuti.

Più ampia, al contrario, è l'area che si ascrive all'esaurimento degli effetti giuridici, più si restringe la possibilità di sospensione e si riespande l'incidenza di quel *periculum* che, ove in concreto non rimediabile dopo l'adozione del deliberato o anche solo nelle more dell'instaurazione del giudizio di merito, non può che legittimare il ricorso ex art. 700 c.p.c., pena l'esistenza di "vuoti" che minano la complessiva funzionalità del sistema di tutela.

Esistono tuttavia due gruppi di ipotesi in cui obiettivamente l'osmosi tra sospensione e tutela urgente non può proprio realizzarsi.

Il primo di essi attiene alla possibilità che il *periculum* si manifesti nel tempo occorrente all'instaurazione del giudizio demolitorio: qui il ricorso all'art. 700 c.p.c. si giustifica per la limitazione legale dell'istanza di sospensione (quantomeno) al momento dell'instaurazione del giudizio di merito.

Il secondo attiene invece ai casi in cui la sospensione immaginata dall'art. 2378 c.c. non può operare perché l'esigenza di cautela si manifesta in riferimento ad uno o più atti del procedimento che conduce alla convocazione dell'assemblea, e non alla delibera. La quale tuttavia, come si vedrà, proprio in ragione del tenore di quegli atti, si preannuncia viziata e quindi, a tempo debito, impugnabile.

#### 4. - (Segue): tutela sospensiva ante causam ed art. 700 c.p.c.

Ritornando al caso di specie e collocandolo nel contesto del primo gruppo di ipotesi, un'istanza di sospensione della delibera di nomina di organi gestori asseritamente in contrasto con la cornice legale/statutaria di riferimento avanzata ex art. 700 c.p.c. (cioè prima dell'impugnativa ex art. 2377-2378 c.c.) non potrebbe senz'altro andare incontro alla dichiarazione

di inammissibilità sull'assunto della previsione legale che ne impone la contestualità al giudizio dichiarativo.

Il tempo necessario all'instaurazione di quest'ultimo ed alle formalità necessarie per giungere all'udienza prevista per l'esame della domanda cautelare potrebbe infatti essere in concreto molto lungo<sup>10</sup> e, nel contesto di una politica di gestione adottata da organi illegittimamente nominati, foriero di un *periculum* per i soci di minoranza tale da giustificare, nel caso concreto, un provvedimento sospensivo.

Qui nessuna delle obiezioni generalmente addotte a sostegno dell'inammissibilità pare a perfetta tenuta.

Non, in particolare, quella del tenore letterale dell'art. 2378 c.c. che, indubbiamente pensato per una cautela in corso di causa, non appare per ciò solo automaticamente escludente quella *ante causam* (che al contrario potrebbe oggi ricavarsi da alcuni significativi dati di "sistema")<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> È quanto emerge, ad esempio, dall'ordinanza del Trib. Milano, 29 marzo 2012, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it), che ha confermato in sede di reclamo un provvedimento di prime cure con cui era stata concessa una cautela *ex art.* 700 c.p.c. (avverso atti prodromici alla convocazione assembleare) sul presupposto, tra l'altro, del *periculum* derivante dal fatto che l'istanza di sospensione può essere presentata solo in corso di causa, trascorrendo così un tempo anche molto lungo (quello necessario per la confezione di un atto di impugnativa redatto a regola d'arte) prima di poter contare su una neutralizzazione dei lamentati effetti pregiudizievoli.

<sup>11</sup> Ciò anche a fronte di una previsione come quella dell'art. 2378, comma 3, c.c., per il quale in caso di motivata ed eccezionale urgenza il Presidente del tribunale, omessa la convocazione della società convenuta, provvede sull'istanza con decreto motivato, cui segue una fase in contraddittorio per la conferma/modifica/revoca del provvedimento (è questo uno dei rilievi che U. COREA, *La sospensione*, cit., 168, pone a sostegno della tesi dell'inammissibilità). Anche l'art. 669-*sexies* prevede infatti, nell'ambito della disciplina generale del processo cautelare apprestata dal c.p.c., una tutela *inaudita altera parte*, eppure ciò non esclude quella *ante causam*, secondo uno schema oggi seguito anche dal Codice del processo amministrativo. Ma al di là di questi aspetti, la tutela *inaudita altera parte* presuppone pur sempre, nel caso della sospensione, la predisposizione dell'impugnativa di merito, e quindi un impegno in termini di tempo che potrebbe in concreto rivelarsi determinante sull'incidenza del *periculum* (v. nota precedente). Neppure è più possibile invocare le similitudini con la scelta *olim* compiuta dalla legislazione sul processo amministrativo, che prevedeva la sospensione *inaudita altera parte* ma non quella *ante causam*. Le relative previsioni furono a suo tempo ritenute dalla Consulta (Corte cost. 10 maggio 2002, n. 179, in *Giur. cost.*, 2002, ) costituzionalmente compatibili sull'assunto che spetta al legislatore congegnare la tutela cautelare modulandone contenuti e limiti, sempre che però la scelta appaia ragionevole (ciò che la Corte aveva in concreto constatato nel sistema di tutela cautelare del processo amministrativo di impugnazione di atti illegittimi).

Oggi infatti, anticipata dalla legislazione sugli appalti, la tutela cautelare *ante causam* caratterizza, a seguito del varo del Codice del processo amministrativo, anche quest'ultimo, sicché proprio le forti similitudini tra l'impugnativa dell'atto amministrativo illegittimo e quella

Ma neppure quella basata sulla considerazione che, se per concedere la sospensione il giudice deve valutare i motivi di impugnazione della delibera, l'assenza di formalizzazione di questi ultimi nell'atto introduttivo del giudizio di merito impedisce la valutazione del *fumus* della pretesa<sup>12</sup>. I motivi di illegittimità della delibera ben possono infatti essere indicati<sup>13</sup> nel ricorso cautelare sicché il giudice è posto nella condizione di valutarne la verosimiglianza rispetto ad una delibera pur sempre già adottata, e che è in grado di valutare direttamente<sup>14</sup>.

Il problema è dunque, semmai, quello della valutazione in concreto di siffatto *periculum* (oltre che, naturalmente, del *fumus*) secondo i criteri comparativi fissati dall'art. 2378 c.c. e che rappresentano un forte contrappeso alla concessione della cautela richiesta se l'interesse della società al mantenimento degli effetti della delibera è ritenuto, nel caso di specie, prevalente.

#### 5. - (Segue): tutela ex art. 700 c.p.c. e procedimento assembleare.

Veniamo al secondo gruppo di ipotesi che mettono fuori campo la sospensione, quello cioè in cui l'esigenza di cautela si palesa in riferimento ad uno o più atti del procedimento di convocazione dell'assemblea o alle modalità del suo svolgimento.

---

delle delibere assembleari fa propendere per l'ammissibilità di una tutela *ante causam* nel nostro caso. V., per gli sviluppi del dibattito e i riferimenti normativi, ancora COREA, *Op. ult. cit.*, spec. 168 ss, nonché, da ultimo, A. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., spec. 895 e ID., *Il giudizio cautelare*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 826 ss.

<sup>12</sup> Così sempre U. COREA, *Op. loco ult. cit.*, ove anche i necessari riferimenti bibliografici. Ancora una volta gli argomenti basati sulle similitudini strutturali e di disciplina positiva con il giudizio amministrativo di annullamento di atti illegittimi sono venuti meno, a seguito del varo del Codice del processo amministrativo che oggi espressamente prevede la sospendibilità *ante causam*.

<sup>13</sup> Nel loro nucleo essenziale e quindi senza le formalità, anche di tempi, imposte all'atto introduttivo del giudizio dichiarativo.

<sup>14</sup> Il tema si intreccia con quello della natura anticipatoria o conservativa del provvedimento sospensivo e quindi con il profilo, relevantissimo, della sopravvivenza della misura, secondo la disciplina generale del c.p.c., a prescindere dall'instaurazione del giudizio impugnatorio della delibera e dal perseguimento della sentenza finale. La criticità di questi profili, che nel contesto della vita sociale comporterebbero la sopravvivenza della sospensiva in assenza di ogni impugnazione, è ben messa in rilievo da C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., 1505 ss.

Qui il caso da cui si è preso spunto appare paradigmatico<sup>15</sup> di una circostanza fondamentale quanto ricorrente: e cioè che uno o più atti del procedimento esibiscono un contenuto che condiziona, a valle, quello della adottanda delibera in senso pregiudizievole per i ricorrenti.

Già dall'avviso di convocazione impugnato emergeva infatti la difformità tra i criteri dettati dal regolamento sociale per l'elezione degli organi sociali, approvato dalla maggioranza dei soci, e quelli in base ai quali l'assemblea era stata invece convocata per scegliere il Presidente ed il consiglio di amministrazione. La delibera non avrebbe potuto perciò che designare organi gestori aventi requisiti diversi da quelli regolamentari comunque, ed oltretutto, sacrificando il (preteso) diritto degli stessi a presentare le proprie candidature.

Ma lo stesso scenario si apre nei casi in cui, ad esempio, a fronte della norma statutaria che preveda per l'elezione degli organi gestori il voto di lista e solo in mancanza di più liste l'applicazione delle maggioranze di legge, il socio di maggioranza non presenti una propria lista alla data in cui giunge l'avviso di convocazione dell'assemblea, che sarà dunque chiamata necessariamente ad applicare il principio maggioritario<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Al netto, naturalmente, delle peculiarità indotte dall'essere la società in questione una banca sottoposta a procedura di amministrazione straordinaria.

<sup>16</sup> È il caso, già citato, deciso da Trib. Milano 20 febbraio 2012, con provvedimento confermato in sede di reclamo da Trib. Milano, 29 marzo 2012, cit., ed in cui l'interesse ad agire è stato ravvisato nel fatto che il comportamento di cui si chiedeva l'inibitoria era già stato tenuto in precedenti delibere, tutte poi, per quella ragione, impugnate. Esso è peraltro da intendersi meramente esemplificativo di altri in cui si palesi, già dall'avviso di convocazione o dall'ordine del giorno della futura assemblea, e quindi nella pregressa fase procedimentale, un comportamento avente gli estremi dell'abuso di maggioranza: v. Trib. Milano 22 gennaio 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, che ha accolto l'istanza di sospensione di una delibera di esclusione del diritto di opzione sull'assunto che concretasse, nelle concrete circostanze, un abuso di maggioranza. Ebbene, qui un ordine del giorno recante siffatta decisione di esclusione ben avrebbe potuto essere oggetto di istanza sospensiva *ex art.* 700 c.p.c. in quanto capace di condizionare il contenuto della futura delibera (adottata da quella stessa maggioranza che aveva prodotto gli organi gestori che avevano convocato l'assemblea per deliberare l'esclusione del diritto di opzione). Altro caso ancora è quello deciso da Trib. Mantova 20 dicembre 2007, in *Vita not.*, 2008, 295, nel quale era stata richiesta la sospensione della convocazione di una assemblea in quanto proveniente da un soggetto divenuto socio in violazione di una clausola statutaria di prelazione, ed all'ordine del giorno c'era la revoca e la nomina dell'organo amministrativo; ancora, interessante si mostra T. Milano 28 aprile 2012, in *Giur. comm.*, 2013, II, 316, con Nota di Dal Soglio, *Azioni proprie e quorum assembleari prima e dopo il D. Lgs. 29 novembre 2010, n. 224*, in fattispecie di società con due soci uno dei quali deteneva la maggioranza relativa mentre le restanti azioni erano detenute dalla società. Poiché in una serie di precedenti assemblee le azioni detenute dalla società non erano state compu-

Ebbene, posto che il voto di lista è congegno funzionale a garantire anche alle minoranze una rappresentanza in consiglio di amministrazione (ciò che è escluso se si applica invece il principio maggioritario *ex lege*) il contenuto della delibera non può che risultare predeterminato nel senso di escludere quest'ultima.

La domanda diventa allora: resta anche qui inammissibile un'istanza *ex art. 700 c.p.c.*, fondata sul contrasto della futura delibera con la cornice legale/statutaria di riferimento e mirante ad inibire la celebrazione dell'assemblea che quel deliberato approverebbe? E quali ne sarebbero gli esiti? La risposta fornita, sia pure in *obiter*, dal giudicante nel caso da cui si è preso spunto, è positiva: «prevedendosi per l'impugnazione di delibera assembleare un tipico mezzo di tutela cautelare nell'art. 2378, co. 3 cod. civ. (...) che è esperibile solo in corso di causa, si deve escludere la proponibilità del ricorso *ante causam ex art. 700 c.p.c.* per la sospensione o inibitoria dello svolgimento dell'assemblea societaria». E ciò vale «(...) seppure nei casi in cui fosse adombrato che la convocazione dell'assemblea risultasse già di per sé lesiva dei diritti del socio, per mancanza della residualità che deve sempre fondare il ricorso alla cautela innominata (...)». Quello del difetto di residualità è però argomento che, benché ricorrente per escludere la tutela innominata in questo contesto, non è accettabile. Nell'attuale stadio di sviluppo della sensibilità verso l'effettività (quale *alter ego*) della tutela giurisdizionale<sup>17</sup>, la residualità esprime infatti una logica di razionalizzazione intesa ad evitare il concorso di diversi mezzi<sup>18</sup> o l'elusione dei limiti imposti da quelli tipizzati per soddisfare una stessa esigenza di tutela, abusando dello strumento processuale.

Intesa in tal senso, essa esprime però anche, e soprattutto, la garanzia che

---

tate nel calcolo delle maggioranze, consentendo al socio di maggioranza relativa di prevalere, il tribunale accoglie l'istanza *ex art. 700 c.p.c.* intesa ad ordinare al presidente dell'assemblea già convocata (e recante all'ordine del giorno l'assegnazione ai soci, *pro quota*, delle azioni detenute dalla società, così trasformando il socio di maggioranza relativa in socio maggioritario) di computare nel calcolo della maggioranza anche le azioni detenute dalla società. *Amplius*, per ulteriore casistica, S.A. VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza*, cit., 608 ss.

<sup>17</sup> Ricostruisce in chiave storica la vicenda interpretativa A. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 797 ss.

<sup>18</sup> Ad esempio la possibilità di utilizzare la tutela innominata dopo il rigetto di quella tipica, ed in spregio, tra l'altro, ai termini di decadenza eventualmente per la prima previsti; oppure quella di superare prescrizioni relative alla legittimazione, e così via: v. ancora l'ampia trattazione di A. PANZAROLA, *Op. loco ult.* cit.

in presenza di un interesse ad agire (che si assuma) diverso da quello protetto da mezzi tipizzati, l'accesso alla giustizia sia comunque assicurato. Immaginare perciò che la sola presenza di questi ultimi metta automaticamente fuori campo la tutela residuale trasforma una scelta di garanzia<sup>19</sup> in un congegno di chiusura che mina la complessiva funzionalità dell'accesso alla giustizia.

Nel caso deciso ed in quello esemplificativo citato è interesse<sup>20</sup> dei ricorrenti evitare la celebrazione di una assemblea che metterà capo ad un deliberato il cui contenuto è contrario a norme statutarie/regolamentari e (per questo illegittimamente) compressivo di proprie posizioni soggettive<sup>21</sup>. Un contenuto, è appena il caso di notare, predeterminabile al momento del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* in virtù di quello degli atti preparatori impugnati, rispetto ai quali si palesa "a rime obbligate": l'assemblea non potrebbe che scegliere organi gestori in base a criteri diversi da quelli regolamentari (caso deciso);<sup>22</sup> l'esclusione del voto di lista non potrebbe che comportare l'elezione di un consiglio di amministrazione privo di rappresentanti delle minoranze (caso esemplificativo)<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Cioè di contemperamento tra la necessità di evitare l'abuso dello strumento processuale e quella di impedire che l'accesso alla tutela giurisdizionale patisca limitazioni in presenza di un interesse ad agire diverso da quello tipizzato.

<sup>20</sup> Interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, inteso quale risultato utile individuabile *ex ante*.

<sup>21</sup> Contraddittorio si mostra perciò l'assunto del giudicante, citato nel testo, che occorrerebbe attendere la delibera, e quindi chiederne la sospensione, anche nell'ipotesi in cui la convocazione dell'assemblea risultasse già di per sé lesiva dei diritti del socio. Delle due infatti l'una: o la posizione soggettiva non è attuale, ed allora occorrerebbe attendere che venga ad esistenza per chiederne la protezione in via cautelare, o lo è, ed allora proprio la protezione cautelare non potrebbe essere negata.

<sup>22</sup> A maggior ragione in considerazione della necessità di chiudere la fase straordinaria per transitare nuovamente a quella ordinaria.

<sup>23</sup> Ma lo stesso potrebbe affermarsi per il caso (deciso da Trib. Mantova 20 dicembre 2007, cit.) di convocazione di una assemblea da parte di un soggetto divenuto socio in violazione di una clausola statutaria di prelazione, con all'ordine del giorno la revoca e la nomina dell'organo amministrativo. Certo, qui le "rime obbligate" tra ordine del giorno e deliberato appaiono meno stringenti che nei casi indicati nel testo, ben potendo l'assemblea rigettare la proposta o, in caso di delibera positiva, occorrendo compiere la prova di resistenza. Tuttavia le circostanze del caso concreto potrebbero colorare di attualità l'interesse ad agire *ex art. 700 c.p.c.*: ad esempio i ricorrenti potrebbero lamentare che la violazione della clausola di prelazione ha dato al soggetto convocante una maggioranza tale da ottenere un voto conforme all'ordine del giorno, in violazione dei loro diritti di influire sulla decisione; o, invece e sempre a titolo esemplificativo, che essi ricorrenti avrebbero avuto, in assenza di violazione della clausola, la maggioranza assoluta e quindi la possibilità di mantenere l'assetto attuale degli organi gestori. In tali circostanze la prova di resistenza appare irrilevante perché la lesione dei ricorrenti si mostra palese già prima della delibera e l'interesse ad agire emerge in

L'attualità dell'interesse ad agire è dunque difficilmente contestabile, nulla aggiungendo la concreta adozione della delibera alla valutazione giudiziale del rispetto della cornice legale/statutaria di riferimento. Neppure viene in rilievo la cd. prova di resistenza (pure evocata dal giudice), imposta a presidio della stabilità del deliberato solo in presenza di vizi relativi alla legittimazione al voto, e dunque irrilevante nella concreta dinamica dei casi evocati<sup>24</sup>.

Altre obiezioni incombono tuttavia, insidiose, a sostegno dell'inammissibilità.

Essendo il sistema incentrato sulla tutela demolitoria, si opina, il diritto all'annullamento (a cui presidio è posta la cautela sospensiva) sorge solo dopo l'adozione del deliberato. Di talché un'istanza che (*ex art. 700 c.p.c.*) pretendesse di impedire tale adozione (inibendo lo svolgimento dell'assemblea) fornirebbe protezione cautelare ad un diritto non ancora sorto e di cui anzi si impedisce, e proprio con la cautela, il sorgere<sup>25</sup>.

---

tutta la sua consistenza *attuale*. E che dire del caso, pure citato, deciso da Trib. Milano 28 aprile 2012, cit., nell'ipotesi di due soci uno dei quali deteneva la maggioranza relativa mentre le restanti azioni erano detenute dalla società? Posto che in una serie di precedenti assemblee le azioni detenute dalla società non erano state computate nel calcolo delle maggioranze, consentendo al socio di maggioranza relativa di prevalere, è evidente l'interesse ad agire *ex art. 700 c.p.c.* dei soci di minoranza per ottenere l'ordine, rivolto al presidente dell'assemblea già convocata (e recante all'ordine del giorno l'assegnazione delle azioni detenute *pro quota* ai soci, così trasformando il socio di maggioranza relativa in socio maggioritario) di computare nel calcolo della maggioranza anche le azioni detenute dalla società. Qui l'esito negativo per i ricorrenti è infatti perfettamente prefigurabile *ex ante*, e proprio in ragione di ciò la domanda ha trovato accoglimento.

<sup>24</sup> Il giudice chiosa infatti il suo *obiter* sull'inammissibilità della tutela d'urgenza con il rilievo che «È necessario, perché si possa ricorrere al giudice, che la temuta distorsione del processo decisionale, dovuta alla fase preparatoria dell'assemblea, si sia già in concreto manifestata. Solo allora il giudice può intervenire e valutare la correttezza dell'iter decisionale e la sua conformità all'archetipo legislativo, anche con riferimento alla cd. prova di resistenza (potendo alcuni vizi costitutivi risultare in concreto irrilevanti)», anche perché «diversamente ritenendo l'intervento giudiziario sulla vita sociale, e sullo stesso "diritto alla decisione assembleare" (costituzionalmente tutelato, v. artt. 17 e 41 Cost.), sarebbe inutilmente troppo anticipato rispetto al rischio di danno grave e irreparabile paventato».

<sup>25</sup> La questione è approfondita in tutti i suoi aspetti da S.A. VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza*, cit., spec. 615 ss, ove anche ulteriori riferimenti bibliografici. Il tema dell'oggetto del giudicato costitutivo è tra i più complessi ed in questa sede non può che essere accennato, per il resto rinvandosi ai fondamentali contributi di B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., e di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987, nonché, da ultimo, a A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 45 ss., ove ampia ricostruzione anche storica ed indicazioni della vasta bibliografia di riferimento. Ricostruiscono il contesto anche i contributi di S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e giudicato*, cit., e di U. COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie*, cit.

Ed ancora: occorrerebbe individuare una serie di diritti dei soci (ricorrenti) tutelabili in via ordinaria già in fase preassembleare, e dunque suscettibili di protezione cautelare con la tecnica anticipatoria dell'art. 700 c.p.c.<sup>26</sup>. O, in senso equivalente, una sorta di generale diritto dei soci al rispetto della disciplina procedimentale che presiede alla formazione delle delibere, in difetto non potendosi individuare un diritto cautelando *ex art. 700 c.p.c.* A me pare tuttavia che nessuna di tali prospettazioni colga nel segno<sup>27</sup>. Il diritto all'annullamento non può infatti considerarsi oggetto del processo demolitorio, esprimendo piuttosto la tecnica di reazione<sup>28</sup> dei soggetti conformati dagli effetti della delibera, che possono sottrarsi solo se ne lamentino, in giudizio, una invalidità lesiva di proprie prerogative<sup>29</sup>. Il giudizio demolitorio ha invece il suo nucleo nella valutazione della illegittimità della delibera alla luce della cornice legale/statutaria di riferimento (cioè della *causa petendi* della domanda di annullamento), perché solo tale valutazione consente di stabilire se debba mantenersi l'assetto di interessi da essa creato o rimuoverlo.

L'accoglimento dell'impugnativa, per parte sua, esibisce accanto all'efficacia ripristinatoria anche, e soprattutto, la cd. efficacia conformativa, quella proiezione in futuro sulla quale si misura la reale *utilitas* della tutela demolitoria.

---

<sup>26</sup> Tema, questo, dei più spinosi e ad alto tasso di opinabilità in dottrina come in giurisprudenza: v. ancora i riferimenti essenziali in S.A. VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza*, cit., spec. 615 ss, ed in ID., *Impugnazioni di delibere assembleari e giudicato*, cit., spec. 283 ss.

<sup>27</sup> Inutile rilevare come la questione si intrecci, ancora una volta, con la risposta al quesito di fondo se l'interesse alla tutela tipizzato dal legislatore in termini di rimozione di delibere invalide sia da intendersi come escludente ulteriori ipotesi di tutela ove il relativo interesse *ex art. 100 c.p.c.* emerga in concreto.

<sup>28</sup> Esso è dunque, per usare una ben nota classificazione, una "azione in senso astratto", cioè il potere di perseguire la tutela di merito, e non un'azione in senso concreto, cioè l'aspettativa di un provvedimento favorevole. Potrà anche dirsi che il diritto potestativo si atteggi ad "azione concreta", cioè a diritto di ottenere un provvedimento favorevole (così, ad esempio, C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo, I, Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 ss), e di conseguenza affermarsi che il provvedimento di annullamento accerti il diritto del ricorrente ad ottenere quella modifica giuridica. Nondimeno, l'oggetto del giudicato non può ritenersi limitato a questo accertamento, mostrando invece una spiccata attitudine a proiettarsi nel futuro, come si cercherà di chiarire nel testo.

<sup>29</sup> Evidenzia la natura solo formale/strumentale del diritto potestativo Proto Pisani, *Appunti sulla tutela cd. costitutiva*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 79, il quale rileva come una volta esercitato, esso si consuma e nel giudizio non si discute certo della sua esistenza, ma solo dell'esistenza dei fatti cui l'azione di impugnativa ha preteso di dare rilevanza a sostegno del *petitum* di annullamento.

Qualificando uno o più fatti e comportamenti (lamentati) come illegittimi, la pronuncia esprime infatti, in positivo, un catalogo di regole cui ogni successivo esercizio del potere di decisione assembleare deve uniformarsi, pena (l'inverarsi di quelle invalidità già sanzionate e dunque) la sostanziale elusione del giudicato<sup>30</sup>.

Illuminante in tal senso è la circostanza che l'annullamento non può essere pronunciato laddove la delibera impugnata sia ritirata e sostituita da altra presa in conformità proprio a quelle prescrizioni di cui i ricorrenti avevano lamentato la violazione e che rappresentano perciò, in caso di annullamento come di operatività del congegno correttivo evocato, il parametro della legittimità di ogni successivo (ri)esercizio del potere.

Ebbene, se la fissazione di tali regole si perseguisse prima dell'adozione della delibera nelle circostanze esemplificate, gli sviluppi sarebbero esattamente quelli sopra evocati. I ricorrenti lamenterebbero l'illegittimità di uno o più atti del procedimento preassembleare assumendone la capacità di condizionare il contenuto della futura delibera in senso lesivo di proprie posizioni soggettive, e chiedendone l'annullamento.

La pronuncia di accoglimento, per parte sua, non si limiterebbe all'effetto demolitorio degli atti impugnati, ma ne imporrebbe la ripetizione emendati dai vizi riscontrati, conformando/orientando l'ulteriore corso sia del procedimento in atto che di tutti quelli successivi in cui dovessero assumere rilevanza le caratteristiche di quell'episodio della vicenda assembleare già qualificato dal provvedimento.

Così, nel caso deciso, all'annullamento dell'avviso di convocazione si accompagnerebbe l'indicazione dei criteri (comprese le fonti) in base ai quali ogni futura assemblea dovrà scegliere gli organi sociali (da indicare in un nuovo avviso); nel caso esemplificativo la decisione si è orientata in senso equivalente, inibendo cioè alla società di procedere, nell'assemblea già convocata (ed in ogni futura assemblea con quell'ordine del giorno), alla nomina delle cariche sociali senza il meccanismo del voto di lista (e perciò imponendo la presentazione di più liste, secondo le previsioni statutarie)<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Il concetto evocato nel testo è sviluppato da B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 166 ss., cui si rinvia per i necessari riferimenti bibliografici.

<sup>31</sup> Sempre che, ovviamente, non muti la cornice legale/statutaria di riferimento. Diversi sono tuttavia gli sviluppi sul piano procedimentale a seconda che si verta in ipotesi di tutela *ex art.*

Non vi è dunque bisogno di immaginare diritti dei soci già perfetti in fase preassembleare, soccorrendo piuttosto lo schema concettuale dell'interesse legittimo, espressione, appunto, dell'idea che l'esercizio del potere della maggioranza assembleare conforma la sfera giuridica della minoranza solo se rispettoso delle norme che ne disciplinano l'esercizio<sup>32</sup>.

Il cui controllo diviene dunque, in caso di contrasto interpretativo,<sup>33</sup> soggetto all'accertamento giurisdizionale, in forma impugnatoria del deliberato finale come degli atti preparatori (nella misura in cui se ne prospetti la capacità condizionante il contenuto di quest'ultimo in senso asseritamente lesivo)<sup>34</sup>.

---

700 c.p.c. preassembleare o di sospensione della delibera *ante causam*. In quest'ultimo dovrebbe infatti seguire, da parte dei ricorrenti, l'instaurazione del giudizio di merito nel termine di decadenza, trattandosi di prescrizione sostanziale non eludibile, anche ove si ritenesse, come chi scrive, che la misura sospensiva abbia carattere "anticipatorio" dell'annullamento finale. Nell'ipotesi in cui si chieda la sospensione di uno o più atti del procedimento preassembleare, dovrebbe invece ritenersi applicabile la disciplina generale del c.p.c. che esclude la strumentalità necessaria rendendo solo facoltativa per i ricorrenti vittoriosi l'instaurazione del giudizio di merito e spostandone sulla società l'onere (*sub specie* di accertamento della legittimità degli atti annullati in sede cautelare) se intende ribaltare il *dictum* cautelare.

<sup>32</sup> I limiti di questo scritto impongono ancora una volta, su questo cruciale profilo, il rinvio alle chiare pagine di M. LIBERTINI, *Op. loco ult. cit.*

<sup>33</sup> Che naturalmente ridonda a carico della gestione concreta del procedimento e della decisione dell'assemblea: è il classico caso che fonda l'interesse ad agire in via di accertamento: *amplius*, sul punto, per tutti, B. SASSANI, v. *Interesse ad agire*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, 8 ss.

<sup>34</sup> Neppure appare troppo arduo, a questo punto, ricostruire l'oggetto di una domanda di merito cui la cautela *ex art. 700 c.p.c.* debba ritenersi strumentale, ed anche da questo punto di vista il caso da cui si è preso l'abbrivio è emblematico. I ricorrenti tale oggetto identificano, a quanto consta dalla lettura del provvedimento, nell'«accertamento dell'invalidità della convocazione dell'assemblea dei soci della BBC (...) nonché del relativo avviso, e la conseguente declaratoria di nullità e/o invalidità tanto della suddetta convocazione quanto del relativo avviso». È chiaro infatti che l'accertamento dell'illegittimità di quegli atti contiene in sé i criteri per la ripetizione degli stessi emendati dai vizi, e che dunque l'accertamento è posto a tutela dell'interesse legittimo al rispetto delle regole procedurali quale baluardo del rispetto, a monte, delle prerogative sacrificate dalla illegittimità degli atti impugnati. Solo in tal senso può dunque condividersi la ricostruzione di un generale "diritto" dei soci (di minoranza) al rispetto delle regole di esercizio del potere assembleare. E solo in tal senso può accettarsi altresì l'idea che un'istanza *ex art. 700 c.p.c.* punti ad inibire la riunione del CdA di una società, e sia strumentale ad una domanda di merito diretta all'annullamento delle adottande delibere, paventata da S. VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza*, cit., 616 ss, quale caso di vero e proprio corto circuito tra cautela e merito. Se infatti dal contesto del ricorso cautelare si ricava il motivo di illegittimità della adottanda delibera, che l'inibitoria punta ad impedire, ecco che l'azione di merito si palesa come modellata sull'accertamento di tale illegittimità con gli evidenziati effetti conformativi *pro futuro*. Il che bene emerge, ad esempio, nel caso deciso da Trib. Milano, 20 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 250, con Nota di Rimini, in cui era stata chiesta la sospensione dell'assemblea in cui erano stati

La ritenuta ammissibilità della tutela ex art. 700 c.p.c. in fase preassembleare accanto a quella sospensiva del deliberato invalido non esaurisce, naturalmente, il discorso sulla concreta esperibilità della prima che, al contrario, deve ancora superare sia il vaglio (processuale) dell'interesse ad agire, sia quello (di merito) dell'esistenza di *fumus e periculum*.

Sotto il primo profilo è indispensabile la valutazione dell'utilità del risultato perseguito in termini di fissazione di regole di condotta diverse da quella assunte come legittime dalla società.

Maggiore è la capacità degli atti impugnati di condizionare il contenuto della futura delibera, maggiore sarà la probabilità che si superi il vaglio dell'interesse ad agire.

Nel caso deciso, in cui i criteri di selezione degli organi sociali indicati nell'avviso di convocazione erano diversi da quelli regolamentari, tale inferenza appare *ex ante* totale, dovendo l'assemblea scegliere necessariamente secondo quei criteri.

In casi quali quello esemplificativo citato, ove alla convocazione dell'assemblea non risultava ancora alcuna lista dei soci di maggioranza, la capacità condizionante degli atti prodromici impugnati richiede invece un maggiore sforzo di prospettazione dei ricorrenti, potendo solo le circostanze del caso concreto escludere che la delibera nasca priva di vizi, ad esempio in ragione della presentazione della lista in sede assembleare. Ed in effetti solo la circostanza che in varie delibere precedenti sullo stesso oggetto la maggioranza non aveva presentato una sua lista, così frustrando la possibilità della minoranza di essere rappresentata in consiglio di amministrazione, si è mostrata dirimente per il riconoscimento dell'interesse attuale ad agire in fase preassembleare <sup>35</sup>.

---

convocati i soci alienanti la cui cessione di azioni era considerata dal CdA inefficace perché violativa di un patto di prelazione. Ebbene, qui il tribunale (condivisibilmente) ha ritenuto ammissibile l'istanza ex art. 700 c.p.c., ricostruendola come strumentale ad una azione di impugnazione dell'adottanda delibera per il motivo di illegittimità lamentato, in quanto traducibile in un accertamento proprio di quel motivo di illegittimità. Mi paiono dunque, in tal senso, superabili le preoccupazioni espresse dall'A., che giustamente mette in guardia dalla tentazione di costruire in via giudiziale una serie di improbabili diritti dei soci di minoranza a questo o quel comportamento degli organi assembleari, facendone altrettanti oggetti del giudizio di accertamento nel merito.

<sup>35</sup> V., ad esempio, Trib. Milano 20 febbraio 2012, cit. Ma v. anche Trib. Milano 28 aprile 2012, cit., in cui il fulcro dell'interesse ad agire è stato ravvisato in pregressi comportamenti della

Superato questo vaglio, il vero e proprio accoglimento dell'istanza potrà poi aversi solo dopo una attenta e scrupolosa verifica del *fumus*, relativo alla verosimile esistenza dell'illegittimità lesiva di posizioni dei ricorrenti, e del *periculum*.

Sotto tale ultimo profilo occorrerà valutare, alla luce del criterio di bilanciamento degli opposti interessi delle parti codificato dall'art. 2378 c.c., l'irrimediabilità del pregiudizio derivante dalla delibera invalida, e quindi l'inutilità della sospensione, ciò che normalmente si ritiene accada per le delibere passibili di immediata esecuzione e consolidazione <sup>36</sup>, o per quelle di contenuto negativo <sup>37</sup>.

Ma anche da questo punto di vista le delibere di designazione degli organi gestori, e dunque quella che ha condotto all'ordinanza da cui si è preso spunto, appaiono emblematiche di un particolare atteggiarsi del pregiudizio, la cui soglia di irreparabilità vira verso il dover «sopportare internamente un consiglio di amministrazione illegittimamente nominato durante il periodo necessario alla sospensione cautelare» <sup>38</sup>, che potrebbe in concreto rivelarsi molto lungo.

Il sottile equilibrio tra autonomia organizzativa della società/ potere della maggioranza ed intervento giudiziale a tutela delle minoranze ha dunque il suo vero banco di prova non a monte, sotto il profilo della residualità, ma in queste più oscure, e lontane, regioni.

---

società, che in precedenti delibere aveva operato proprio nel senso che i ricorrenti consideravano illegittimo. Bene, sul punto, S. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., 621.

<sup>36</sup> Sono noti gli esempi delle delibere di fusione, neppure più annullabili a seguito dell'iscrizione, o di quelle di assegnazione delle azioni proprie eseguibili a mezzo di semplice girata, da parte degli amministratori, delle azioni ai soci, o ancora di quelle consiliari che approvano la sottoscrizione *ad horas* di contratti con terzi in buona fede: *amplius* S. VILLATA, *Note*, cit., 622.

<sup>37</sup> L'esempio classico è quello della delibera negativa assunta con il voto determinante di soci il cui diritto di voto si assume sospeso: ancora S. VILLATA, *Op. loco ult.* cit.

<sup>38</sup> Così, in particolare, Trib. Milano 20 febbraio 2012, cit., che ha ravvisato in tale circostanza il *periculum* legittimante l'accoglimento dell'istanza *ex art.* 700 c.p.c.; e più di recente Trib. Roma 23 febbraio 2015, cit.