

Sospensione di delibera assembleare di società di capitali e tutela cautelare

*Vincenzo Ruggiero**

La L. 26 novembre 1990, n. 353, ha introdotto una nuova disciplina, tendenzialmente unitaria, per i procedimenti cautelari.

Il legislatore processuale del '90 ha invero, come ricorda il prof. CONSOLO, delineato in questo modo, un coraggioso tentativo in controtendenza rispetto ai moti centrifughi accentuatissimi negli ultimi anni, e concentrantesi invece in un disegno di ri-codificazione almeno dei profili più squisitamente procedurali della tutela cautelare.

La nuova disciplina organica del procedimento, caratterizzata come detto, da un trattamento procedurale unitario dei provvedimenti cautelari, ricomprende in sostanza tutti i provvedimenti cautelari, ossia riveste valenza tendenzialmente generale e così si applica pure a quei provvedimenti cautelari (misure cd. *extra vagantes*) previsti fuori dal codice di rito e dal codice civile, e così in leggi speciali, salva la riserva di compatibilità di cui all'art. 669 *quaterdecies*.

Compito affidatomi è quello di cercare di stabilire la "tenuta" di tale sistema uniforme in un settore tipico del diritto commerciale e cioè in tema di sospensione di delibera prevista dall'art. 2378, comma 4 c.c.

Il primo problema che si trova di fronte l'interprete, per altro affrontato in maniera pregnante in tema di art. 146 L.F. (ma comunque comune ad altri procedimenti di diritto commerciale) consiste nei limiti di applicabilità delle nuove norme procedurali, nell'ambito dei procedimenti cautelari preesistenti.

* Avvocato.

Problema che, come è noto, il legislatore del 1990, avrebbe inteso risolvere mercé l'introduzione dell'art. 669 *quaterdecies*, il quale stabilisce che le nuove disposizioni degli artt. 669 *bis*-669 *terdecies* si applicano *in quanto compatibili* agli altri procedimenti previsti dal codice civile, e dalle leggi speciali.

Sul punto allora, e sinteticamente, ma senza alcuna presunzione di esaustività, si rammenta l'orientamento della dottrina e quello della giurisprudenza.

Orbene, la lettura data da PROTO PISANI dell'art. 669 *quaterdecies* (in *Foro it.*, 1991, V, 57) è riassuntivamente la seguente:

– la disciplina del procedimento cautelare uniforme dettata dalla novella costituisce nuova legge regolante la intera materia ai sensi dell'art. 15 disp. preleggi: ciò comporta la abrogazione di tutta la disciplina speciale antecedente in forza della deroga al principio di non abrogabilità della norma speciale anteriore da parte della legge generale successiva; tale abrogazione avviene però sulla base di un giudizio di compatibilità che va operato tra la disciplina generale e le singole misure cautelari speciali, *tenuto presente i bisogni particolari ad esse sottesi*.

Nel medesimo solco tracciato da PROTO PISANI, si pongono, FABIANI, PANZANI, FRUS, CHIARLONI, i quali aderiscono alla tesi della compatibilità globale della disciplina unitaria e non della applicabilità norma per norma, rilevando che la novella ha comportato la abrogazione delle varie normative precedenti, salva la permanenza di quelle norme che assicurano un bisogno di tutela cautelare che non può essere compreso nel nuovo procedimento.

Se così non fosse, (segnatamente CHIARLONI), si realizzerebbe una sorta di bricolage processuale.

Di segno completamente opposto, e nel solco della valutazione norma per norma, in modo netto si pongono il Prof. VERDE ed il Prof. CONSOLO.

Per il primo la lettera dell'art. 669 *quaterdecies* impone la salvezza del principio *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, con conseguente non abrogazione dei procedimenti cautelari speciali che verranno integrati e coordinati con la normativa generale uniforme.

Per il secondo, l'esame sulla compatibilità totale o solo parziale tra le nuove norme e le singole discipline procedurali specifiche da effettuarsi caso per caso, anzi tratto normativo per tratto normativo, *non può prescindere dalle esigenze e dai valori di tutela preferenziale sottesi alle varie forme di tutela giurisdizionale differenziata*.

In tale ottica, i tratti di disciplina speciale rimarranno fermi, ma per il resto troverà applicazione la normativa della riforma cautelare.

La giurisprudenza di merito si è specularmente divisa, ma ora è interessante ricordare nell'ambito della funzione necessariamente nomofilattica svolta dalla Corte di Cassazione, la pronuncia resa il 17 febbraio 1995, n. 1726, con la quale la Corte opta per la soluzione ultima richiamata, ritenendo che alle misure cautelari *extra vagantes* si possano applicare anche singole disposizioni fra quelle comprese tra l'art. 669 *bis* e l'art. 669 *terdecies* con ciò manifestando di ritenere applicabile il criterio interpretativo fondato sulla applicazione norma per norma della novella.

Personalmente ritengo di condividere tale approccio ermeneutico considerando che le esigenze specifiche dei procedimenti cautelari speciali, idonee a far sopravvivere singole norme preesistenti, vanno intese in senso *sostanziale*, posto che le esigenze di ordine processuale sembrano dettate, una volta per tutte ed *ex novo*, appunto dagli artt. 669 *bis* ss.

È evidente, che l'intarsio che da ciò discende fatalmente non di rado sarà dunque complesso e delicato, lasciando inevitabilmente margini di discrezionalità all'interprete soprattutto in ordine alla individuazione o meno del carattere sostanziale o della diversità contenuta in questo o quel procedimento cautelare speciale.

Tuttavia sembra questo il criterio interpretativo preferibile e più omogeneo, ciò anche nella presunzione di sussistenza del principio di armonia dell'ordinamento.

La sospensione *ante causam* della delibera di assemblea di s.p.a.

Non vi è dubbio che l'istanza di sospensione della delibera di società per azioni, di cui all'art. 2378 c.c. debba qualificarsi cautelare, nel senso attribuito dalla dottrina processualcivilistica.

La sospensione della delibera infatti, ha i tratti ed i caratteri della strumentalità e della provvisorietà.

È strumentale al giudizio di merito tendente ad ottenere l'annullamento della delibera impugnata, è provvisoria, atteso che il provvedimento di sospensione come concesso, od il rigetto della istanza, viene assorbito all'interno della sentenza di merito che disporrà l'annullamento della delibera od il rigetto della domanda.

Ora, il coordinamento tra il nuovo modello generale di procedimento cautelare e quello speciale di cui all'art. 2378 c.c. deve tener conto, delle particolari esigenze della materia societaria, che riassumerei brevemente, uniformandomi al pensiero di un sostanzialista, almeno per quanto qui interessa, "*nelle esigenze di funzionamento e di efficienza del*

l'organizzazione, di stabilità degli atti dell'ente, e di forme e di modalità per l'opponibilità ai terzi degli atti stessi". (cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *La sospensione della delibera di assemblea di s.p.a.*, in *Riv. dir. comm.*, n. 11, 1997).

Un primo dubbio che emerge, allora, in sede di coordinamento tra l'art. 2378 c.c. e le recenti disposizioni sui procedimenti cautelari, riguarda l'ammissibilità o meno di una sospensione della delibera ante causam, prima cioè di aver dato corso alla impugnazione della delibera stessa.

Devo dire che il Presidente del Tribunale di Torre Annunziata, con il suo Giudice di gabinetto dott. SDINO, incidentalmente si è posto il problema, ritenendo, quasi nell'ambito di individuazione di una prassi, di permettere l'anticipazione della fase di decisione sulla istanza di sospensione, sempre però ancorando questo momento deliberativo all'interno del giudizio di impugnazione della delibera.

In buona sostanza, credo che venga seguita la "ricetta" del prof. COSTANTINO, il quale non ritenendo ammissibile una pronuncia del provvedimento di sospensione ante causam, ritiene che la competenza è sempre attribuita al giudice del merito, il quale non potrà provvedere sulla sospensione della delibera prima che questa sia stata impugnata, cioè prima che sia stato notificato l'atto di citazione; potrà comunque provvedere, se richiesto, in epoca antecedente alla prima udienza di comparizione, in qualità di Giudice del merito, ai sensi dell'art. 669 *quater*.

In tal caso il Presidente del Tribunale potrà nominare un Giudice (del merito), all'uopo designato, al solo fine di decidere sulla istanza di sospensione, prima che si svolga la trattazione del processo.

Lo spunto, anche se particolarmente acuto, e degno di esser segnalato proprio al fine di evidenziare come il sistema tenti di apprestare delle soluzioni, che perseguono esigenze di celerità all'interno del quadro normativo, non dà però completa e definitiva risposta al problema.

Occorre allora sul punto rammentare che sia la dottrina commercialistica che quella processuale, sono nettamente orientate a ritenere, *stricto iure*, non ammissibile una tutela *ante causam* in tema di sospensione di delibera di società di capitali, pur ritenendo però pienamente applicabile alla cautela di cui all'art. 2378 c.c. per il resto, l'intero modello procedimentale unitario.

Segnatamente la dottrina commercialistica (FERRARA e CORSI, ZANARONE) che sino ad ora ha affrontato il problema, lo ha costantemente risolto in senso negativo, sulla base in sostanza di un duplice ordine di argomenti, per cui il socio non potrebbe fruire della sospensione della de-

libera senza assumersi altresì la responsabilità di impugnare quest'ultima, allegandone la invalidità, e per cui non sarebbe tollerabile la incertezza in ordine ad una delibera sospesa, ma poi non impugnata.

Altri autori, al fine di negare la applicabilità di tale rimedio ante causam, si rifanno ad un dato eminentemente letterale: l'art. 2378, comma 4 c.c. stabilisce che la istanza di sospensione può essere richiesta dal *socio opponente*; tale incontestabile disposto normativo, legando indissolubilmente il provvedimento sospensivo al processo principale di annullamento, impedirebbe il "trattamento" della istanza di sospensione "fuori" dal giudizio di impugnazione.

Autorevoli processualisti (PROTO PISANI E CONSOLO), escludono infine la ammissibilità di una sospensione ante causam della delibera di assemblea, sulla scorta del ragionamento secondo cui l'istanza ante causam sarebbe preclusa dall'esistenza di strettissimi termini di decadenza per proporre l'impugnazione, vale a dire il termine di tre mesi di cui al comma 2 dell'art. 2377 c.c.

Prima di tentare, irresponsabilmente vista la statura dei commentatori, di dare una risposta in senso contrario, ossia nel senso della applicabilità di una tutela ante causam in ordine alla istanza di sospensione, corre l'obbligo domandarsi, proprio nel quadro del criterio ermeneutico, individuato dal prof. CONSOLO, se la necessaria deliberazione della istanza di sospensione all'interno del procedimento di impugnazione risponda ad una esigenza di natura sostanziale, ad una esigenza effettiva, insomma ad un valore particolare, tale da giustificare la permanenza di questa forma di tutela differenziata.

Orbene, riterrei anzi, che sussistono nell'attuale sistema di diritto commerciale, delle situazioni, delle scadenze gravissime, che suggeriscano, ed anzi quasi impongano, la applicazione di una tutela celerrissima ed urgente, del tutto sganciata, quindi dai tempi "lungi" di un giudizio di merito.

Invero, occorre rammentare, che il problema della sospendibilità *ante causam* o in corso di causa della delibera, non è un aspetto che interessa solo il teorico, esso invero ha una immediata "ricaduta" quasi a cascata, sull'operatore pratico, sul mondo giudiziario.

Pensate a tutte le delibere c.d. *self executing*, che hanno cioè immediata esecuzione, e che per ciò stesso, non potrebbero più esser sospese, in virtù di quel principio giurisprudenziale secondo cui le delibere che abbiamo realizzato definitivamente i propri effetti non sono più sospendibili. Pensate alle delibere di aumento di capitale ed alla successiva ipo-

tesi di vendita delle azioni emesse a fronte della delibera di aumento ad un terzo di buona fede. In tale ipotesi il successivo annullamento della delibera non può travolgere l'acquisto del terzo fatto in buona fede.

Pensate soprattutto al nuovo sistema introdotto dal legislatore in tema di fusione; orbene, l'art. 2504 *quater* c.c. prevede espressamente che eseguite le formalità di iscrizione dell'atto di fusione ai sensi dell'art. 2504 c.c. nel registro delle imprese, *l'invalidità dell'atto di fusione non può più esser fatta valere*.

Il legislatore, in questo caso, ha degradato la tutela del socio di minoranza, che magari lesa in un rapporto di concambio, non potrà più articolare una tutela reale, mirante cioè ad ottenere una esecuzione specifica, ma si dovrà accontentare solo di una tutela obbligatoria, concentrandosi in un diritto al risarcimento del danno spettante al socio, o magari al terzo danneggiato dall'atto di fusione (art. 2504 *quater*, comma 2).

D'altronde, la fattispecie ora sottoposta alla vostra attenzione, ha già avuto un riscontro pratico, per altro già esaminato dal Trib. Di Catania, ove in seguito all'approvazione di un progetto di fusione per incorporazione di una banca, alcuni soci avevano proposto ricorso avverso la delibera di fusione; senonché tre giorni dopo il deposito si era già stipulato l'atto di fusione, e si era pure provveduto (nei sei giorni successivi) alla iscrizione nel registro imprese dell'atto.

Tali esempi, giustificano secondo me, la necessità di poter accedere in maniera rapidissima e nelle forme snelle del ricorso alla tutela cautelare ante causam, proprio al fine di evitare la definitiva cristallizzazione di alcuni atti giuridici, con ciò provocando un danno irrisarcibile al socio.

Per altro, occorre rammentare che la Giurisprudenza maturatasi in epoca antecedente alla novella del '90, aveva riconosciuto come ammissibile una tutela cautelare atipica, fondata proprio sull'art. 700 c.p.c. allorché si trattava di perseguire e raggiungere un risultato residuale non ottenibile con il ricorso alla procedura più specifica.

D'altronde e ritornando alle ragioni teoriche che giustificano la inapplicabilità del ricorso ante causam, segnatamente quella sostenuta dalla dottrina commercialistica, essa, non convince, atteso che l'introduzione dell'art. 669 *bis* ss. fa sì che il provvedimento di sospensione *ante causam* diverrebbe comunque inefficace, come ogni altro provvedimento cautelare, qualora non venisse intrapresa la causa di merito (nella specie la causa di impugnazione della delibera) nel termine perentorio fissato dal Giudice; anzi proprio la presenza di tale decadenza indurrà il socio a dar corso tempestivamente all'impugnativa.

Né la interpretazione eminentemente letterale del dato normativo, (socio opponente – vi deve essere una opposizione – della istanza di sospensione), mi sembra, alla luce dei criteri ermeneutici come individuati, possa esser elemento fondante la esclusione, atteso che è proprio il procedimento speciale di sospensione che deve adattarsi almeno per gli aspetti processuali al nuovo procedimento cautelare.

Infine, l'interpretazione data da PROTO PISANI, che fonda la inapplicabilità del rimedio ante causam atteso lo strettissimo termine fissato dal codice per iniziare il giudizio di merito, nemmeno totalmente convince, visto che proprio nel sistema è individuabile un argomento addirittura di segno contrario, e dato proprio nella fissazione dello stesso termine.

Vale a dire proprio il fatto che la causa di merito non può compiutamente iniziarsi, il codice dice che la trattazione della causa deve avvenire dopo il decorso del termine di tre mesi di cui all'art. 2377 (deliberazione o iscrizione di questa nel registro delle imprese), è argomento assorbente per ritenere che il termine di tre mesi sia un lasso di tempo, astrattamente considerato, abbastanza ampio per giustificare, durante il suo decorso, il sorgere di esigenze cui far fronte in via cautelare, specialmente per quanto detto nella materia in oggetto.

Non vi è dubbio quindi, che pure pendente tale termine, potrebbero determinarsi motivi urgenti per richiedere la sospensione della delibera, con le forme "agili" del ricorso cautelare, indipendentemente dalla più complessa formulazione dell'atto di citazione per l'impugnazione di merito, che richiederebbe il termine a comparire di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. e la compiuta illustrazione delle ragioni di fatto e di diritto che sostengono quest'ultima (in tal senso anche A. PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*).

Direi infine che anzi, molto spesso, la concessione o meno della sospensione può essere determinante per l'impugnazione, nel senso che potrà valere la pena di proporre quest'ultima (la impugnazione) solo se, nel frattempo, sia stata provvisoriamente disposta la sospensione della delibera, e che, al contrario, in mancanza di tale sospensione, può venir meno l'interesse a proporre un'impugnazione che comunque non consentirebbe, per l'avvenuta ed ineliminabile produzione di effetti nei confronti di terzi in buona fede, di soddisfare l'interesse di chi impugna.

Non è il caso dunque, di negare ad un procedimento che si presenta senz'altro come cautelare, una fase (quella ante causam) prevista per tutti i procedimenti cautelari e nella specie rispondente altresì a motivazioni specifiche, magari idonee ad evitare un successivo contenzioso di merito.