

Corso P24030

Napoli, Castelcapuano 8-10 maggio 2024

GRUPPO DI LAVORO: la tutela cautelare e le delibere (di società e associazioni)

COORDINATORE: dott.ssa Caterina di Martino

1) L'importanza delle delibere per il funzionamento delle società e delle associazioni.

Le delibere assunte dagli organi sociali hanno valore fondamentale per la vita ed il funzionamento degli enti, a far data dalla loro costituzione e fino allo scioglimento.

Le norme prevedono la necessaria convocazione annuale dell'assemblea dei soci o degli associati per deliberare l'approvazione del bilancio (art. 20 c.c. per le associazioni, art. 2364 c.c. per le S.p.A, art. 2478 bis c.c. per le s.r.l.).

Per le associazioni è poi previsto che l'assemblea possa essere convocata ogni volta che se ne ravvisi la necessità o su richiesta motivata di almeno un decimo degli associati ed in quest'ultimo caso qualora l'amministratore non provveda alla convocazione la stessa può essere ordinata dal Presidente del Tribunale.

E' prevista anche per le società l'obbligatorietà della convocazione dell'assemblea quando ne facciano richiesta i soci titolari della quota prevista dalla legge (art. 2367 c.c. e 2479 comma 4 c.c.) oppure uno o più amministratori (art. 2479 comma 4 c.c.).

Rilevanti sono inoltre le delibere del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale nell'ambito dei poteri a tali organi riservato.

Nelle società di persone non è di regola presente l'assemblea (salva diversa previsione contenuta nel contratto sociale) dunque le decisioni sono assunte senza un formale procedimento e senza formali manifestazioni di volontà, e sono costituite dall'insieme delle singole manifestazioni di volontà dei soci.

E' prevista in ogni caso necessariamente ogni anno la decisione sulla approvazione del rendiconto o del bilancio (art. 2262 c.c.).

Considerata la rilevanza delle delibere per il funzionamento degli enti, i provvedimenti giurisdizionali – di merito e cautelari, considerato che la tutela effettiva spesso si realizza in questa fase - possono avere un notevole impatto sull'organizzazione e sui singoli soci.

La tutela prevista è caratterizzata da un regime peculiare, in cui è necessaria una continua ricerca di equilibrio tra esigenze contrapposte e tutte meritevoli di tutela.

I diversi orientamenti di dottrina e giurisprudenza cui si farà cenno dovranno però essere rimeditati alla luce del d.lgs. 149/2022, che ha apportato modifiche (cfr. art. 669 octies c.p.c. e 838 bis e ss. c.p.c.) in tema di stabilizzazione degli effetti dei provvedimenti di sospensione e di arbitrato.

2)l'impugnazione delle delibere assembleari delle società

2.1) la disciplina normativa

L'impugnazione delle delibere assembleari è disciplinata, quanto alle società per azioni, dagli artt. 2377,2378, 2379, 2379 bis, 2379 ter e 2434 bis c.c. e quanto alle società a responsabilità limitata dall'art. 2479 ter c.c.

Le norme trovano applicazione, in virtù di espresso generale rinvio, anche alle società in accomandita per azioni (art. 2454 c.c.) ed alle società cooperative (art. 2519 c.c.)

Sono impugnabili per espressa previsione di legge, e con richiamo alla disciplina prevista per l'impugnativa delle delibere dell'assemblea dei soci, anche le delibere del consiglio di amministrazione (art. 2388 c.c.).

Si discute se le norme in materia di impugnazione delle delibere della S.p.A: e della s.r.l. abbiano portata generale e siano applicabili , salva la specifica disciplina prevista, anche alle decisioni dei soci delle società di persone (Cassazione 28 gennaio 2015 n.1624 in senso affermativo) e delle associazioni (Tribunale di Roma 14 giugno 2023 ,Tribunale di Roma 23 febbraio 2015 n. 4233 e Cassazione 7754/1987 in senso positivo; di contrario avviso Cassazione 7599/1990).

Va evidenziato che l'art. 669 octies c.p.c., nella nuova formulazione successiva al d.lgs. 149/2022, equipara, quanto alla stabilizzazione degli effetti del provvedimento cautelare a seguito della estinzione del giudizio di merito, la sospensione delle delibere delle società a quella delle associazioni e delle fondazioni.

2.2) I vizi delle delibere ed i motivi di impugnazione

L'impugnativa delle delibere societarie è caratterizzata, con inversione dei principi comuni (art. 1418 e art. 1441 c.c.) , dalla regola generale della annullabilità (art. 2377 c.c.), con riferimento alle delibere adottate in violazione di legge o dell'atto costitutivo.

La previsione della nullità è limitata ai soli casi, disciplinati dall'art. 2379 c.c., di impossibilità o illiceità dell'oggetto, che ricorrono quando il contenuto della deliberazione contrasta con norme dettate a tutela degli interessi generali, che trascendono l'interesse del singolo socio, risultando dirette ad impedire deviazioni dallo scopo economico-pratico del rapporto di società, nonché quando sia stata omessa la convocazione dell'assemblea o nel caso di mancanza del verbale.

Per le società a responsabilità limitata l'art. 2479 ter, comma 3, c.c. prevede la nullità delle decisioni con oggetto illecito o impossibile o prese in assoluta assenza di informazione.

La giurisprudenza (cfr. Cass. SSUU 14 ottobre 2013 n. 23218, Cass. Civ. 16 settembre 2019, n. 22987; Tribunale Bologna Sez. spec. in materia d'impresa del 16 aprile 2020, Tribunale Bologna 25 marzo 2021, Tribunale Napoli 12 luglio 2022, Tribunale Roma 29 settembre 2023,) ritiene che l'omessa convocazione del socio costituisca causa di nullità della delibera assembleare in quanto assunta in totale carenza di informazione del socio pretermesso.

Si è infatti affermato che il disposto dell'art. 2479 ter comma 3 c.c. nella parte in cui considera le decisioni prese "in assoluta assenza di informazioni" non si riferisce soltanto alla mancanza di informazioni sugli argomenti da trattare ma anche alla mancanza di informazioni sull'avvio del procedimento deliberativo.

Sono invece annullabili, in particolare, le delibere affette da vizi procedurali (salvo i casi delle deliberazioni adottate in mancata convocazione del socio assente o di mancata verbalizzazione, considerate viceversa nulle), quelle emesse con voto determinante di socio in conflitto d'interessi, quelle viziate da eccesso o abuso di potere.

Con riferimento specifico alle delibere di approvazione del bilancio (prese in considerazione dell'art. 2434 bis c.c.) si ritiene siano annullabili (oltre che le decisioni che presentano i vizi appena esaminati, anche) quelle adottate in presenza di violazioni procedurali nella formazione del bilancio (ad esempio l'omesso deposito nella sede del progetto di bilancio, l'impossibilità di effettuare la consultazione da parte dei sindaci, il mancato deposito della relazione degli amministratori); sono viceversa considerate nulle le deliberazioni di approvazione del bilancio caratterizzate dalla violazione di precetti inderogabili (in particolare sono nulle le deliberazioni che approvano bilanci redatti in violazione dei principi di chiarezza, veridicità e correttezza).

2.3) Il termine di decadenza per l'impugnativa

L'impugnativa delle delibere è soggetta ad un termine di decadenza: in caso di delibera non conforme alla legge o allo statuto può essere proposta entro 90 giorni dalla delibera, o se soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese dalla data di iscrizione, o se soggetta al solo deposito nel registro delle imprese, dalla data del deposito; in caso di delibere nulle, entro tre anni dalla iscrizione o dal deposito nel registro delle imprese se la delibera vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea.

I suddetti termini decorrono dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci ex art. 2478 c.1.n.2 c.c. nella società a responsabilità limitata.

Possono essere impugnate senza limiti di tempo le delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite (art. 2379 c.c. ed art.2479 ter c.c.: trattasi della nullità imprescrittibile).

Con riferimento alle delibere di aumento di capitale o riduzione del capitale ai sensi dell'art. 2445 c.c. l'art. 2379 ter c.c. prevede termini diversi per l'impugnativa: 180 giorni dalla iscrizione della delibera di aumento del capitale sociale nel registro delle imprese o 90 giorni dall'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in cui è stata approvata e anche parzialmente eseguita la delibera.

2.4) I soggetti legittimati ad impugnare

Le delibere annullabili (in violazione di legge o atto costitutivo) possono essere impugnate dai soci che non vi hanno consentito (che siano titolari di una quota minima di azioni nella S.p.A., altrimenti è previsto un rimedio solo risarcitorio), da ciascun amministratore e dal collegio sindacale; le decisioni aventi oggetto illecito od impossibile e quelle prese in assenza assoluta di informazione (ipotesi di nullità), possono essere impugnate da chiunque vi abbia interesse (nullità assoluta); le delibere del consiglio di amministrazione possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti. I soci possono impugnare le delibere del consiglio di amministrazione solo quando siano immediatamente lesive dei loro diritti (art. 2388 c.c.).

L'art. 2352 c.c. richiamato per le s.r.l. dall'art. 2471 bis c.c. disciplina poi i rapporti tra socio, creditore pignoratizio, usufruttuario e custode delle quote sequestrate, prevedendo che il diritto di voto, salva diversa previsione contrattuale, spetti al creditore pignoratizio ed all'usufruttuario e che spetti al custode delle quote in caso di sequestro; e che, salva diversa previsione contrattuale o del provvedimento del giudice, i diritti amministrativi diversi dal diritto di voto spettano sia al socio che al creditore pignoratizio che all'usufruttuario e in caso di sequestro di quote al custode.

3.La tutela cautelare: art.2378 comma 3 c.c.

3.1.I presupposti del provvedimento cautelare di sospensione:

L'art. 2378 comma 3 c.c. dispone “ *Con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione, l'impugnante può chiedere la sospensione dell'esecuzione della*

deliberazione In caso di eccezionale e motivata urgenza, il presidente del tribunale, omessa la convocazione della società convenuta, provvede sull'istanza con decreto motivato, che deve altresì contenere la designazione del giudice per la trattazione della causa di merito e la fissazione, davanti al giudice designato, entro quindici giorni, dell'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti emanati con il decreto, nonché la fissazione del termine per la notificazione alla controparte del ricorso e del decreto”.

La sospensione dell'esecuzione di una delibera assembleare di una società di capitali costituisce una misura cautelare tipica, in quanto espressamente prevista dalla norma richiamata, e come tale richiede la delibazione della contemporanea sussistenza dei requisiti del **fumus boni iuris**, inteso quale verosimiglianza di fondatezza della domanda, e del **periculum in mora**, inteso nel senso del pericolo di pregiudizio imminente ed irreparabile per il diritto a tutela del quale è proposta l'azione ; l'art. 2378 comma 4 c.c. prevede, però, un ulteriore requisito, quello del **bilanciamento** tra il pregiudizio che l'opponente potrebbe subire per effetto della esecuzione di una delibera invalida e quello che potrebbe subire la società per effetto della sospensione dell'esecuzione della stessa.

Pertanto il giudice è chiamato a compiere una valutazione comparativa tra i due interessi, quello del ricorrente alla sospensione della delibera e quello della società alla stabilità delle decisioni assembleari.

Tale ulteriore requisito costituisce una deroga rispetto al principio per cui nei procedimenti cautelari il pericolo va parametrato sulla posizione del ricorrente e rinviene la sua ratio proprio nel favor del legislatore per la stabilità delle delibere societarie, principio che garantisce il buon funzionamento dell'impresa sul mercato (cfr. Tribunale di Palermo 24 gennaio 2013, Tribunale Napoli, Sezione specializzata in materia d'impresa 2 aprile 2019, Tribunale Roma Sezione specializzata in materia d'impresa 10 ottobre 2019).

Il requisito del periculum in mora, pertanto, con capovolgimento dei principi generali in materia cautelare, va scrutinato con riferimento alla posizione della società resistente.

In applicazione di questi principi, la giurisprudenza riconosce prevalente il pregiudizio subito dalla società tutte le volte in cui, per effetto della sospensiva, potrebbe concretizzarsi una causa di scioglimento della società o comunque venga minata la sopravvivenza operativa dell'ente. In particolare, in ipotesi di impugnativa della delibera di approvazione di bilancio, viene negata la tutela cautelare qualora l'effetto della sospensione si ripercuota sulla delibera di ricostituzione del

capitale sociale, con conseguente impossibilità di ancorare la redazione del bilancio di esercizio ai criteri di c.d. “going concern” (Tribunale Milano 12 marzo 2018).

In quest’ottica si è affermato, nel caso di impugnazione della delibera di aumento del capitale sociale, che nel necessario bilanciamento degli interessi in gioco, tra quello della società a veder stabilizzata la sua organizzazione e quello del socio denunziante, a veder travolti gli effetti della delibera di aumento di capitale a cautela di propri interessi patrimoniali (in termini di diluizione della sua partecipazione) o amministrativi (in termini di quota di capitale vantata, ai fini della partecipazione assembleare),deve ritenersi prevalente l’interesse della società alla stabilizzazione della delibera, considerato che la sospensione della delibera, una volta adottati i provvedimenti necessari a ricapitalizzare la società, comporterebbe una situazione di stallo dell’attività sociale a tempo indeterminato ed influirebbe negativamente sul risultato economico raggiunto (cfr. Tribunale Napoli 14 maggio 2014 e Tribunale Napoli 28 novembre 2023).

Per contro, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, deve ritenersi pregiudizio grave e non ristorabile la perdita della qualità di socio nelle more del giudizio ordinario (Tribunale Perugia 17 luglio 2015).

In taluni casi può verificarsi che l’interesse dell’opponente e della società siano convergenti (cfr. ordinanza cautelare del Tribunale di Napoli- Sezione specializzata in materia d’impresa del 23 maggio 2022)

3.2.Gli aspetti processuali

3.2.1. L’istanza di sospensione della delibera impugnata va proposta, per espressa disposizione di legge, con ricorso da depositarsi contestualmente al deposito, anche in copia, dell’atto di citazione.

La richiesta di sospensione è, pertanto, un ricorso cautelare in corso di causa.

E’ inammissibile, invece, la proposizione di un cautelare ante causam per ottenere la sospensione della delibera impugnata (Tribunale Bologna 11 gennaio 2018, Tribunale Milano 31 maggio 2018, Tribunale Torino 13 maggio 2019 , Tribunale Catanzaro, sezione specializzata in materia d’impresa, 14 luglio 2021).

Ciò in quanto nel rapporto tra l’art. 669 ter c.p.c. e l’art. 2378 comma 3 c.c., prevale quest’ultima norma, trattandosi di diritto speciale che deroga al diritto generale (Tribunale Roma 10 ottobre 2019)

A tale conclusione si giunge esaminando il tenore letterale dell’art. 2378 comma 3 c.c. come modificato dal D.lgs.5/2003.

Il testo previgente prevedeva, invece, su richiesta del socio opponente, una sospensione dell'esecuzione della delibera impugnata.

La modifica legislativa sembra essere espressione di una precisa voluntas legis di prevedere la possibilità di una tutela cautelare solo nel momento in cui il socio che ritiene di essere stato lesa da una delibera, abbia già provveduto a delineare i contorni della vicenda oggetto del giudizio di merito.

Secondo un orientamento, tenuto conto del tenore letterale della disposizione, è necessario un atto autonomo in cui formulare istanza di sospensione, a pena di inammissibilità, in quanto la norma fa riferimento ad un ricorso che deve pertanto avere la forma e il contenuto prescritti dall'art. 125 c.p.c.; tale orientamento si fonda anche sulla considerazione che ove il legislatore ha voluto consentire che l'istanza di sospensione di un atto potesse essere presentata senza formalità particolari lo ha espressamente previsto (cfr., ad esempio, il primo comma dell'articolo 615 c.p.c. in ordine alla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo che può essere richiesta con semplice istanza).

In senso contrario Tribunale Firenze 27 maggio 2020 che ha ritenuto non necessaria la proposizione di un autonomo ricorso, potendo l'istanza essere formulata anche all'interno dello stesso atto di citazione.

Quanto al momento in cui può essere chiesta la sospensione la giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale Napoli 24 marzo 2016, Tribunale Firenze 23 febbraio 2017, Tribunale di Torino 13 marzo 2019) ritiene che sia possibile formulare l'istanza anche successivamente e non necessariamente contestualmente al deposito dell'atto introduttivo del giudizio di merito, in quanto la volontà del legislatore è solo quella di prevedere la possibilità di formulare richiesta di sospensione quando il giudizio di merito è già stato introdotto.

Si segnala che con d.lgs. 149/2022 è stato modificato l'art. 669 octies c.p.c. che ha previsto che l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia, tra gli altri, dei provvedimenti cautelari di sospensione dell'efficacia delle deliberazioni assunte da qualsiasi organo di associazioni, fondazioni o società.

3.2.2 Ammissibilità del rimedio ex art. 700 c.p.c. in presenza del rimedio cautelare tipico di cui all'art. 2378, comma 3 c.c.: orientamenti differenti.

La sospensione prevista dall'art. 2378 comma 3 c.c. è un rimedio cautelare tipico, pertanto la giurisprudenza prevalente esclude l'ammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. in quanto privo dei

requisiti di residualità e sussidiarietà (cfr. Tribunale Catanzaro Sezione specializzata in materia d'impresa 14 luglio 2021, Tribunale Milano 17 maggio 2019, Tribunale Roma 3 agosto 2016).

Inoltre l'ammissibilità di una tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. sarebbe esclusa dalla necessità di introduzione del giudizio di merito, come previsto dall'art. 2378 c.c. dopo la riforma di cui al d.lgs 6/2003 , nonché dalla possibilità in caso di eccezionale e motivata urgenza di procedere alla sospensione inaudita altera parte, che sarebbe uno strumento adeguato a consentire una tutela anticipata in casi di particolare urgenza.

Secondo una parte della giurisprudenza di merito, però, residua un ambito di applicazione dell'art. 700 c.p.c. quando non sia praticabile la tutela cautelare tipica di cui all'art. 2378, comma 3, c.c. (cfr. Tribunale Bologna, 11 gennaio 2018; Tribunale Firenze, 23 febbraio 2017), o in alternativa, quando la cautela sia diretta a neutralizzare un periculum diverso da quello tipico (cfr. Tribunale Bologna, 11 gennaio 2018), pertanto non può escludersi aprioristicamente l'ammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c., dovendo valutarsi il caso concreto.

In particolare potrebbe ritenersi giustificato il ricorso all'art. 700 c.p.c. quando il rimedio inibitorio tipico non sia sufficiente: è il caso della delibera negativa, in cui la sospensione non ha nessuna efficacia pratica non potendo sostituire, in senso opposto, il contenuto della stessa oppure il caso in cui la delibera sia suscettibile di immediata e completa esecuzione e la sospensione , non potendo incidere sulla situazione sostanziale, potrebbe essere ritenuta inammissibile.

Pertanto secondo questo orientamento, il ricorso all'art. 700 c.p.c. potrà essere dichiarato inammissibile per carenza di residualità solo nelle ipotesi in cui il socio istante abbia a disposizione un'azione cautelare tipica che gli consenta di ottenere tutela analoga a quella ottenibile in via di cautela atipica; sotto il profilo del periculum potrebbe ritenersi ammissibile il ricorso alla tutela atipica ogni qualvolta il pregiudizio paventato non possa essere utilmente eliminato o impedito dalla misura tipica.

3.2.3. La tutela cautelare preassembleare

Oltre al caso in cui il periculum si manifesta nel tempo occorrente all'instaurazione del giudizio demolitorio e dunque non è possibile fare ricorso al rimedio tipico della sospensione che, per legge, va proposta al momento dell'instaurazione del giudizio di merito, si ritiene che la sospensione non possa operare anche quando 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, che comunque proprio in ragione di tali atti si preannuncia viziata e successivamente impugnabile.

La giurisprudenza è oggi incline a ritenere ammissibile, nelle forme del ricorso ex art. 700 c.p.c., una tutela cautelare preventiva rispetto alla stessa celebrazione dell'assemblea (Tribunale Milano 29 marzo 2012, Tribunale Milano 23 aprile 2018, Tribunale Milano 23 novembre 2018, Tribunale Milano 31 agosto 2019).

Sarebbe lo stesso principio di effettività della tutela giurisdizionale a imporre l'ammissibilità di misure capaci di arginare l'eventualità che per effetto dell'adozione di una delibera assembleare il socio subisca un pregiudizio irreparabile ex post.

Né il ricorso alla tutela cautelare innominata sarebbe in questi casi escluso per la presenza nell'ordinamento del rimedio tipico di cui all'art. 2378 c.c., presupponendo quest'ultimo lo svolgimento della assemblea e l'instaurazione di un giudizio di merito che potrebbe anche richiedere un tempo non trascurabile per la sua attivazione (Tribunale Milano 29 marzo 2012).

Del pari, in caso di tutela cautelare preassembleare volta ad ottenere l'accertamento del diritto del socio di esercitare il diritto di voto in assemblea, il requisito della residualità del provvedimento ex art. 700 c.p.c. è stato ritenuto integrato in quanto costruito attorno ad un petitum diverso da quello che caratterizza l'istanza di sospensiva ex art. 2378 c.c., risolvendosi nell'un caso nell'ordine di consentire l'accesso alla assemblea e il voto e nell'altro nella sospensione della delibera viziata (Tribunale Milano 31 agosto 2019).

La concessione del provvedimento cautelare resta tuttavia subordinata ad uno scrutinio particolarmente attento sulla sussistenza del periculum in mora, che in questi casi assume contorni peculiari dal momento che la sua valutazione deve essere rapportata alla (effettività della) tutela successiva offerta dall'impugnativa della delibera assembleare.

Sul punto si registrano tuttavia arresti in senso contrario. La possibilità di concedere un provvedimento cautelare di inibitoria all'esercizio del voto è stata infatti di recente esclusa "per carenza del requisito della residualità, essendo previsto dall'ordinamento il rimedio ad hoc dell'impugnazione di delibera (...) con la relativa facoltà di richiedere la sospensione in via cautelare dell'esecuzione della delibera impugnata, sicché (...) il pericolo prospettato non potrebbe dirsi giammai irreparabile" (Tribunale Milano 17 maggio 2019).

Ciò che rileva è che in ogni caso, anche a voler ritenere ammissibile la tutela cautelare preassembleare, l'istanza deve 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.

Quanto al periculum 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 o per quelle di contenuto negativo.

In senso affermativo per l'ammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. in sede preassembleare: Tribunale Milano 31 agosto 2019, Tribunale Napoli 19 giugno 2023; in senso contrario Tribunale Milano 17 maggio 2019.

3.2.4. rapporti con il giudizio arbitrale

Secondo una prima impostazione, l'attribuzione ex art. 35, D.Lgs. n. 5/2003 del potere in capo agli arbitri di concedere la sospensiva non escluderebbe la competenza cautelare del giudice ordinario fintanto che l'organo arbitrale sia stato nominato e sia concretamente in grado di provvedere, in quanto fra il momento della proposizione della domanda d'arbitrato e la formazione dell'organo arbitrale trascorre un lasso di tempo non breve, nel corso del quale deve comunque essere garantita la possibilità per la parte che ha impugnato la delibera di ottenere la sospensione in via d'urgenza della stessa (Tribunale Napoli 6 febbraio 2012).

Ad avviso di un'altra giurisprudenza, invece, la competenza cautelare del giudice ordinario non dovrebbe limitarsi alla fase in cui l'organo arbitrale non sia ancora costituito e non sia in grado di provvedere, mantenendosi invece intatta per tutta la durata del procedimento arbitrale (Tribunale Roma 26 aprile 2018). Tale conclusione viene giustificata, in prima battuta, per il fatto che la finalità della disposizione di cui all'art. 35, comma 5, D.Lgs. n. 5/2003 non consisterebbe tanto nella ripartizione delle competenze cautelari arbitrali e giudiziali quanto nella volontà di ampliare il novero delle controversie societarie devolvibili in arbitrato, devoluzione che verrebbe appunto incentivata dal riconoscimento del potere di concedere la sospensiva direttamente in capo agli arbitri.

Sussisterebbe pertanto un potere cautelare concorrente del giudice ordinario e dell'arbitro di sospendere la delibera.

Un terzo orientamento ritiene che l'art. 35 attribuirebbe il potere di sospendere la delibera impugnata in arbitrato soltanto al giudice privato e non al giudice ordinario (Tribunale Torino 13 maggio 2019) per evitare la sovrapposizione tra poteri cautelari, con ogni conseguenza in tema di

proponibilità dell'istanza rigettata dal giudice ordinario dinanzi al collegio arbitrale ovvero individuare la competenza a conoscere di un'eventuale domanda di revoca o modifica ai sensi dell'art. 669-decies c.p.c. Quanto alla potenziale lesione del diritto di difesa del ricorrente di ottenere tempestivamente il provvedimento cautelare nelle more della costituzione dell'organo arbitrale, tale orientamento afferma che le parti, prevedendo la devoluzione in arbitri di talune controversie, hanno rinunciato alla possibilità di adire il giudice ordinario in via cautelare.

Discussa, inoltre, la previsione di un potere cautelare degli arbitri anche con riferimento alle delibere del consiglio di amministrazione (da ritenersi superata visto il richiamo dell'art. 2388 c.c. all'art. 2378 c.c.) ed alle decisioni dei soci nelle società di persone (in cui di regola non c'è l'organo assembleare), con soluzione positiva nell'ottica di una interpretazione costituzionalmente orientata, considerato che le decisioni dei soci delle società di persone hanno la stessa funzione delle delibere assembleari nelle società di capitali e delle delibere del consiglio di amministrazione.

Ogni questione va, però, oggi rimeditata alla luce della generale previsione, nell'art. 818 c.p.c., di una competenza cautelare esclusiva degli arbitri, e del permanere del potere cautelare del giudice ordinario solo nella fase antecedente alla accettazione dell'incarico ed alla costituzione dell'ufficio arbitrale.

Sul punto va evidenziato che l'art. 838 ter c.p.c. (in cui è stata trasfusa la norma contenuta nell'art. 35 d.lgs.5/2003) fa salvo quanto previsto dall'art. 818 c.p.c., pertanto dovrebbe ritenersi che la competenza cautelare dell'arbitro sia esclusiva, salva l'ipotesi in cui l'arbitro non abbia ancora accettato o prima della costituzione del collegio arbitrale.

Il provvedimento cautelare degli arbitri, a seguito della riforma, è reclamabile dinanzi al giudice ordinario ex art. 818 bis c.p.c. (il testo del previgente art. 35 d.lgs. 5/2003 prevedeva la non reclamabilità del provvedimento di sospensione).

Deve inoltre ritenersi che il potere di sospensione della delibera derivi agli arbitri dalla legge (stante la precedente previsione normativa) e che non vi sia necessità di un conferimento di tale potere ad opera delle parti.

4. effetti del provvedimento di sospensione:

4.1.) differenza tra sospensione efficacia e sospensione esecuzione. La natura anticipatoria o conservativa del provvedimento di sospensione.

In materia di giudizio arbitrale l'art. 838 ter c.p.c. (introdotto dall'art. 3, comma 55 del d.lgs. 149/2022, che ha abrogato l'art. 35 d.lgs. 5/2003) fa riferimento alla sospensione della "efficacia" della deliberazione; l'art. 2378 c.c. fa invece riferimento alla "esecuzione" della delibera.

L'art. 669 octies, comma 8, c.p.c., nella dizione formulata con d.lgs.149/2022 fa riferimento invece ai provvedimenti che sospendano l'efficacia delle delibere assunte dagli organi di associazioni, fondazioni o società.

I due termini assumono un significato differente: mentre l'efficacia viene intesa come possibilità della delibera di produrre effetti, l'esecuzione è intesa come possibilità della delibera di essere materialmente eseguita.

L'orientamento, prevalente in giurisprudenza, ha interpretato la disposizione di cui all'art. 2378, 3° e 4° comma, c.c. in senso estensivo anche alla sospensione dell'efficacia delle deliberazioni impugnate, quando l'esecuzione della deliberazione mantiene la potenzialità di continuare ad esplicare effetti giuridici, alla cui inibizione è finalizzata la richiesta di sospensione, dunque ritiene ammissibile la sospensione della delibera fino a che perdura l'efficacia della stessa.

La esecutività della delibera si riferisce agli effetti che la delibera produce sul piano empirico, in termini di modificazione della realtà fenomenica, la efficacia della delibera riguarda gli effetti che si collocano sul piano normativo e che operano a prescindere da qualunque modificazione della realtà materiale.

In quest'ottica la sospensione dovrebbe investire entrambi gli aspetti della volontà assembleare e, quindi, non solo le modificazioni della realtà sostanziale che sono diretta conseguenza della delibera, ma anche gli effetti giuridici che si producono contestualmente alla sua emanazione, in quanto atto presupposto di altri fatti, atti o attività. L'unico limite rispetto alla concessione della misura cautelare è rappresentato dall'avvenuta consumazione degli effetti giuridici dell'atto impugnato, da valutarsi in sede di indagine sul *periculum in mora*.

L'altro indirizzo non ammetteva la sospensione di delibere già eseguite, in virtù del fatto che la misura cautelare è inidonea a rimuovere situazioni già consolidate, consentendo soltanto di mantenere immutata la situazione su cui è chiamata ad intervenire la futura sentenza di merito.

L'art. 669 octies c.p.c. nella nuova formulazione successiva al d.lgs. 149/2022 ha optato per il termine sospensione dell'efficacia, superando il contrasto esistente.

Ritenere che la sospensiva possa incidere sulla efficacia della delibera significa riconoscerle una portata che va oltre la mera conservazione dello stato di fatto perché realizza una tutela soddisfattiva equivalente a quella che potrebbe derivare dalla sentenza di annullamento cui il provvedimento

cautelare è preordinato, mentre la sospensione dell'esecuzione atterrebbe alla mera conservazione dello stato di fatto.

La soluzione è stata lungo dibattuta.

Secondo un primo orientamento il provvedimento cautelare (anche in materia di esclusione del socio: v. Cassazione n.10896 del 26 aprile 2021 e Cassazione n. 24039 del 7 ottobre 2019) ha portata solo conservativa, dunque è idoneo ad investire solo gli effetti dell'atto, rendendolo temporaneamente inattivo ed impedendo il prodursi di ulteriori effetti, mentre la sentenza andrebbe ad incidere sulla validità dell'atto impugnato.

Quindi il provvedimento cautelare, avente natura esclusivamente conservativa, impedirebbe alla delibera di produrre effetti ulteriori, ma non potrebbe comunque rimuovere gli effetti già prodotti e gli atti esecutivi già posti in essere.

Il provvedimento cautelare, inoltre, non potrà mantenere i suoi effetti in caso di estinzione del giudizio di merito.

Ciò in quanto se si attribuisse alla sospensiva natura anticipatoria si finirebbero per anticipare in sede cautelare effetti inscindibilmente collegati alla pronuncia costitutiva di annullamento, effetti che, secondo l'orientamento prevalente si producono soltanto al passaggio in giudicato della sentenza di merito.

Inoltre, quando il provvedimento cautelare non ha la stessa struttura di quello richiesto per il merito, come nel caso della sospensione (che postula la sopravvivenza, fino alla decisione finale, dell'atto impugnato di cui è solo provvisoriamente inibita l'efficacia), non potrebbe mai essere considerato misura anticipatoria, in quanto avente un contenuto diverso da quello della pronuncia di merito di nullità o annullamento.

Su tali presupposti, è stato dunque escluso che il provvedimento di sospensiva sia idoneo a mantenere i propri effetti qualora il giudizio di merito si sia estinto (Cass. Civ. 7 ottobre 2019, n. 24939) e che la sospensiva possa operare con riferimento a delibere già compiutamente eseguite, rilevandosi come la sospensione "abbia senso solo se utile ad evitare pregiudizi futuri discendenti dalla delibera stessa", visto che "quelli già verificatisi potranno essere eliminati solo in forza della sentenza finale che disponga l'annullamento dell'atto viziato" e "non con un provvedimento di sospensione, necessariamente efficace solo per l'avvenire" (Tribunale Firenze 27 maggio 2020).

In quest'ottica ciò che si può anticipare in via cautelare sono solo gli effetti meramente dipendenti che possono derivare da condanne accessorie alle statuizioni costitutive (in questi termini Cass. civ., 7 ottobre 2019, n. 24939).

La Corte di Cassazione (n.10986 del 26 aprile 2021 su citata) ribadisce che la tutela cautelare può essere strumentale anche ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ma a condizione che sia impiegata con funzione di “salvaguardia” di capi della sentenza pronunciati su domande di condanna accessorie al mero accertamento o all'accertamento costitutivo. In questi casi la misura cautelare “non può generare l'effetto dichiarativo o la costituzione giudiziale di un diritto - effetto che certamente può derivare solo dalla sentenza - ma può risolversi nell'autorizzazione giudiziale a compiere atti di salvaguardia del diritto costituendo, che possono derivare dalle condanne accessorie alla statuizione di mero accertamento, o a quella costitutiva”.

Secondo un diverso orientamento, invece, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, il provvedimento avrebbe carattere anticipatorio rispetto agli effetti caducatori della sentenza di annullamento, dunque potrà porre nel nulla sia gli effetti della delibera impugnata ancora da realizzare che gli effetti giuridici già realizzati, anticipando, anche se provvisoriamente, l'effetto della sentenza di merito.

Avendo carattere anticipatorio il provvedimento di sospensione conserverà i suoi effetti anche in caso di estinzione del giudizio di merito.

I fautori di tale tesi includono nella nozione di provvedimento cautelare anticipatorio anche le misure che pur non essendo idonee ad anticipare i medesimi effetti della pronuncia, sono comunque in grado di garantire al ricorrente un “risultato pratico” equivalente a quello della decisione sul merito.

Secondo altri ancora il regime di ultrattività di cui all'art. 669-*octies* c.p.c. riguarderebbe solo i provvedimenti di tipo “strutturalmente anticipatorio” degli effetti propri della decisione di merito, per cui la sospensione degli effetti della delibera non poteva qualificarsi anticipatoria, essendo semplicemente preordinata “ad evitare che l'esecuzione dell'atto impugnato determini modificazioni di fatto o diritto non più compiutamente eliminabili o rimediabili *ex post*”.

Gli orientamenti che riconoscono la natura anticipatoria del provvedimento cautelare (Tribunale Roma 10 ottobre 2019, Tribunale Napoli 5 febbraio 2018) partono proprio dalla considerazione che l'art. 35 d.lgs. 5/2003 (oggi abrogato e sostituito dall'art. 838 ter c.p.c.) prevede che gli arbitri possano sospendere l'efficacia della delibera, mentre riserverebbe al giudice il potere di sospendere solo l'esecuzione della delibera, dunque attribuirebbe al giudice ordinario un potere decisorio minore rispetto a quello degli arbitri.

La diversa soluzione data alla questione ha comportato serie conseguenze in tema di sospensione delle delibere già compiutamente eseguite, delle delibere self executing (che non necessitano di

attività esecutiva: è il caso delle delibere di nomina e revoca degli amministratori o delle delibere di approvazione del bilancio) e delle delibere negative.

Sul punto va però evidenziato quanto già rilevato.

A seguito della riforma ex d.lgs. 149/2022 l'art. 669 octies, comma 8, c.p.c. ha previsto la sopravvivenza del provvedimento di sospensione dell'efficacia delle deliberazioni assunte da qualunque organo delle società per il caso della estinzione del giudizio di merito, riconoscendo pertanto portata anticipatoria al provvedimento cautelare.

4.2. il caso della delibera già eseguita

La giurisprudenza di merito (Tribunale di Napoli, Sezione specializzata in materia d'impresa con ordinanza del 18 gennaio 2019 e Tribunale Catanzaro, Sezione specializzata in materia d'impresa, con ordinanza del 4 novembre 2020) ha ritenuto ammissibile la sospensione di una delibera di aumento del capitale sociale anche integralmente eseguita, in quanto idonea a conservare una efficacia quale atto presupposto di atti, fatti, ed attività posti in essere dalla società.

Anche il Tribunale di Roma (ordinanza del 10 ottobre 2019) ha ritenuto che il termine esecuzione contenuto nell'art.2378 c.c. vada interpretato come riferito alla attuazione degli effetti giuridici prodotti dall'atto, ed ha ritenuto ammissibile la sospensione della deliberazione, sebbene eseguita compiutamente, qualora essa continui comunque a produrre effetti giuridici permanenti idonei ad incidere sulla organizzazione societaria e sull'attività successiva.

Nel caso di specie però, pur riconoscendosi carattere anticipatorio alla tutela cautelare, è stata negata la possibilità di sospendere una delibera che abbia autorizzato la stipula di un "accordo-quadro" una volta intervenuta la sottoscrizione di detto accordo, in quanto gli effetti sul gruppo organizzato sarebbero determinati non più dalla delibera impugnata ma direttamente dall'accordo sottoscritto ovvero dagli atti posti in essere a valle di quest'ultimo, dunque essendo il contratto a disciplinare le successive fasi esecutive, la delibera di sottoscrizione era da ritenersi interamente eseguita.

4.3. Gli effetti della mancata sospensione della delibera

Va segnalata la pronuncia della Cassazione del 27 febbraio 2013 n. 4946. in materia di annullamento di delibere di aumento di capitale, incidenti sulla consistenza delle quote di partecipazione al capitale sociale e quindi sul 'peso' del voto dei singoli soci e sull'approvazione

delle successive delibere assembleari che ha affermato che “l’annullabilità di una delibera di aumento del capitale sociale, laddove non ne sia stata disposta la sospensione dell’esecuzione ai sensi dell’art. 2378, 3° comma, c.c., non incide - ancorché ne possa derivare una modifica della composizione della maggioranza...- sulla validità delle successive deliberazioni adottate con la nuova maggioranza, poiché l’omessa adozione del provvedimento di sospensione rende legittimi gli atti esecutivi della prima deliberazione, resistendo, peraltro, tale legittimità anche al sopravvenire del suo annullamento, la cui efficacia, sebbene in linea di principio retroattiva, è pur sempre regolata dalla legge ed operante nei soli limiti da essa sanciti, tanto rivelandosi affatto coerente con le esigenze di certezza e stabilità sottese alla disciplina delle società commerciali”.

La Suprema Corte ha affermato che come la “sospensione dell’esecuzione della deliberazione” (art. 2378 c.c., 3° comma), disposta dal giudice, rende illegittimi gli altri di esecuzione che vengano ciò nonostante posti in essere, così la mancanza di un provvedimento di sospensione comporta la legittimità degli atti esecutivi, ancorché relativi a una delibera annullabile.

Lo stesso principio è stato affermato di recente dal Tribunale di Roma con sentenza del 19 gennaio 2023 n. 903 con riferimento agli atti posti in essere dall’amministratore nominato con delibera non sospesa e poi annullata; la domanda di caducazione degli atti compiuti medio tempore è stata rigettata affermandosi che la retroattività della pronuncia di annullamento va temperata dalla limitata possibilità di ripristinare la situazione giuridica preesistente in senso materiale e dal Tribunale Roma con sentenza del 12 luglio 2023 n.11129 in tema di impugnativa di delibera di aumento del capitale.

4.4. il caso della delibera negativa

La delibera negativa è la decisione con cui l’assemblea rigetta la proposta all’ordine del giorno.

Va segnalata la divergenza di opinioni in dottrina circa l’efficacia vincolante, nei confronti dei soci, di una delibera negativa: infatti, c’è chi ritiene che la stessa produca l’effetto vincolante del mantenimento della situazione giuridica preesistente; chi, invece, considera la delibera negativa come mera deliberazione non assunta, improduttiva di effetti vincolanti, con conseguente impossibilità di impugnare la medesima ai sensi dell’art. 2377 c.c.

L’orientamento maggioritario riconosce efficacia vincolante alla delibera negativa, dunque ne ammette l’impugnabilità a norma dell’art. 2377 c.c. (Tribunale Roma, 14 dicembre 2020; Tribunale Milano, 28 novembre 2014; Cassazione 5 ottobre 2012, n. 17060)

Sul presupposto che la sospensione operi sul piano dell'efficacia giuridica e non su quello dell'esecuzione materiale della delibera impugnata, è stata ritenuta ammissibile la sospensione di una delibera a contenuto negativo (Tribunale Napoli 5 febbraio 2018, relativa ad impugnativa di delibera di mancata ratifica della nomina del ricorrente quale componente di un organo collegiale, con cui si è riconosciuto carattere anticipatorio al provvedimento di sospensione).

In senso contrario si afferma che sia strutturalmente impossibile l'impugnazione della deliberazione negativa e che pertanto non appaia razionalmente comprensibile l'istanza di sospensione dell'efficacia di una simile deliberazione della quale essa è priva e che in ogni caso il provvedimento cautelare non potrebbe essere concesso difettando in tali casi il requisito del periculum in mora (Tribunale Roma 20 novembre 2018)

Sebbene l'orientamento prevalente consideri ammissibile l'impugnazione della delibera a contenuto negativo, sia in dottrina che in giurisprudenza si rileva un netto contrasto di opinioni con riferimento al quesito relativo alla possibilità per il giudice di sostituirsi alla volontà assembleare, trasformando giudizialmente il rigetto illegittimo della proposta in una deliberazione a carattere positivo.

Secondo un primo orientamento l'accertamento del vizio e il successivo annullamento della delibera negativa devono necessariamente essere accompagnati dalla declaratoria del risultato assembleare legittimo (in conseguenza dell'emendazione del vizio) e dalla proclamazione giudiziale della deliberazione che avrebbe dovuto essere adottata e tanto al fine di evitare una disparità di trattamento tra il socio che impugna una delibera positiva ed il socio che impugna una delibera negativa.

Inoltre tale pronuncia costitutiva sarebbe necessaria per evitare la reiterazione del comportamento illegittimo da parte dei soci che hanno impedito il verificarsi del risultato deliberativo legittimo.

La tesi contraria rappresenta che non vi sono previsioni normative in tal senso, dunque la pronuncia sarebbe costitutiva in violazione del disposto di cui all'art.2908 c.c..

Si discute, inoltre, della natura della proclamazione del risultato assembleare da parte del presidente dell'assemblea; secondo taluni avrebbe carattere meramente dichiarativo, pertanto il giudice potrebbe, in sostituzione della proclamazione, accertare l'erroneità del risultato della votazione e dichiarare che la proposta illegittimamente respinta debba intendersi approvata.

I fautori di tale tesi ritengono che sia esperibile, negli stessi termini stabiliti dall'art. 2377 comma 6, c.c., un'azione di mero accertamento della invalidità della delibera negativa che deve intendersi invece approvata.

Diversamente chi ritiene che la proclamazione abbia natura costitutiva esclude che il giudice possa sostituirsi alla decisione dell'assemblea.

Sul punto di recente il Tribunale di Catania (ordinanza del 19 novembre 2023) ha ritenuto che, in caso di delibera negativa impugnata (mancata approvazione del bilancio) in quanto alcuni voti erano stati espressi da soci in conflitto di interessi, non sussisteva il potere del giudice di sostituirsi all'assemblea, in quanto avrebbe dovuto prima accertare la irregolarità dei voti ed una volta scomputati, approvare la delibera con i rimanenti voti validi, diversamente dal mero accertamento che potrebbe essere richiesto al giudice in caso di mero errore materiale o di calcolo dei voti.

Anche il Tribunale di Napoli con la recente sentenza dell'8.2.2024 n.1577 ha ritenuto di non poter accogliere la domanda con cui si chiedeva al Giudice di sostituirsi all'assemblea nel nominare amministratore uno dei soci, trattandosi di pronuncia costitutiva.

Residuerrebbe pertanto un rimedio di carattere risarcitorio.

In ogni caso va detto che un'esigenza di rispetto della discrezionalità assembleare, quale limite all'esercizio di un potere sostitutivo del giudice, debba essere apprezzata in concreto, con riferimento al contenuto della proposta: per quanto il procedimento deliberativo sia instaurato con riferimento a materie di carattere astrattamente discrezionale, e' pur sempre possibile che l'approvazione o il rigetto si pongano quali uniche alternative nella realizzazione dell'interesse sociale sotteso alla delibera. In tali casi l'assemblea non puo` contribuire in alcun modo alla formazione di una proposta diversa ed ulteriore rispetto a quella respinta.

Anche nelle ipotesi in cui si debba ritenere precluso l'esercizio di un potere sostitutivo da parte del giudice, pero` , la semplice rimozione della deliberazione negativa impugnata potrebbe rivelarsi non del tutto inadeguata, considerata la possibile efficacia conformativa della sentenza di annullamento.

4.4. Le delibere self executing:

4.4.1 La delibera di nomina e di revoca degli organi sociali

L'orientamento che riconosce la possibilità di sospendere l'efficacia delle delibere (e non la mera esecutività) ammette la possibilità di ottenere la sospensione della delibera self executing, come per esempio nel caso di una delibera di nomina dell'organo amministrativo ancorché già trascritta nel Registro delle imprese, in quanto ritenuta "suscettibile, ex se, di arrecare irreparabile pregiudizio alla parte ricorrente, interessata ad ottenere nel merito l'annullamento della delibera" (Tribunale Bologna 24 gennaio 2018).

Problemi si sono posti con riferimento alla legittimazione dell'amministratore, revocato con la delibera ritenuta viziata, ad impugnare la suddetta delibera.

Vi erano due orientamenti: il primo che negava la possibilità per l'amministratore di impugnare la delibera di revoca dalla carica in quanto l'art. 2383 comma 3 c.c. prevede la revocabilità ad nutum dell'amministratore dunque non sussiste un diritto dell'amministratore a mantenere la carica gestoria, dovendo ritenersi prevalente l'interesse della società alla cessazione di un rapporto in cui è venuta meno la fiducia rispetto all'interesse dell'amministratore (solo patrimoniale) a mantenere il proprio compenso. L'interesse dell'amministratore sarebbe adeguatamente tutelato con la previsione di un rimedio risarcitorio (ex art. 2383 comma 3 c.c.).

Un diverso orientamento, oggi maggioritario, ritiene sussistente la legittimazione dell'amministratore alla impugnazione della delibera di revoca, sulla base dell'art. 2377 comma 2 c.c., in quanto la delibera di revoca illegittima lede non solo l'interesse personale dell'amministratore ma anche l'interesse sociale, inteso quale interesse ad influenzare e controllare la gestione.

La circostanza che l'art. 2377 comma 2 c.c. richiede che il soggetto legittimato rivesta una specifica qualifica, che viene meno per effetto della delibera impugnata, viene superata sulla base di un giudizio ipotetico, per cui un soggetto è titolare del potere di agire nell'ipotesi in cui la sua pretesa è fondata, quindi stante il carattere retroattivo della pronuncia di annullamento, se la domanda viene accolta, il giudice stabilisce anche che chi ha agito poteva esercitare l'impugnazione.

Si segnala la pronuncia del Tribunale di Palermo del 24 gennaio 2013: legittimato ad impugnare il provvedimento di revoca dell'amministratore è l'amministratore stesso (vedi anche Cassazione 13169/2005) , altrimenti resterebbe privo di tutela giurisdizionale non essendo sufficiente il rimedio risarcitorio di cui all'art. 2383, comma 3 che presuppone l'assenza di giusta causa della revoca e non la invalidità della delibera (per vizi quali ad esempio il voto in conflitto di interessi di uno dei soci ovvero per vizi del procedimento).

Nel procedimento cautelare è necessario il bilanciamento tra interesse dell'amministratore a non vedersi revocato dalla carica e interesse della società alla sospensione per il venir meno del rapporto di fiducia tra soci e amministratore; nel caso esaminato dal Tribunale di Palermo si è ritenuto prevalente l'interesse della società a non essere amministrata da un soggetto nei cui confronti la maggioranza dei soci aveva perso fiducia, rispetto all'interesse dell'amministratore che era meramente patrimoniale e si è ritenuto che la circostanza che il nuovo amministratore potesse

essere in conflitto di interessi con la società non potesse essere fatta valere dall'amministratore, ma solo dalla società.

4.5.2. Le delibere di impugnazione del bilancio:

E' stata ritenuta ammissibile l'istanza di sospensiva rivolta nei confronti di delibere c.d. self-executing e, in particolare, delle delibere di approvazione del bilancio (Tribunale Palermo 12 marzo 2018; Tribunale Milano 26 giugno 2018, Tribunale Milano 31 maggio 2017).

Si è però anche precisato che la sospensione della delibera di approvazione di bilancio debba in concreto ritenersi ammissibile "soltanto qualora la stessa sia seguita da altre deliberazioni che si fondino su di essa ovvero costituisca il presupposto di altre deliberazioni, di regola contestuali", difettando in caso contrario del requisito del periculum in mora (Tribunale L'Aquila 13 marzo 2020 e 30 gennaio 2021)

5. L'impugnazione delle delibere del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale

Fortemente dibattuta in passato, la possibilità di impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione è oggi riconosciuta espressamente dall'art. 2388 c.c., così come formulato per effetto della riforma del diritto societario.

Tale norma, nel disciplinare l'azione di impugnativa, attribuisce la legittimazione all'organo di controllo e agli amministratori assenti o dissenzienti, limitando tuttavia quella dei soci ai soli casi in cui la deliberazione sia direttamente lesiva di un loro diritto. Il socio impugnante dovrà quindi allegare e dimostrare l'incidenza sfavorevole che la delibera assume sulla rispettiva sfera giuridica soggettiva e non potrà limitarsi a lamentare l'inidoneità della decisione a perseguire l'interesse dell'ente collettivo. Infatti, come precisato dalla giurisprudenza, tale previsione costituisce "il riflesso in subjecta materia della irresponsabilità dei soci per le conseguenze del proprio operato (essendo il loro rischio limitati ai conferimenti) quale contrapposta invece alla responsabilità degli amministratori – illimitata ed eventualmente solidale – per il pregiudizio eventualmente arrecato al patrimonio sociale da essi gestito da propri atti ed operazioni violativi di legge o di statuto" (Tribunale Milano 29 marzo 2014).

Stante il richiamo oggi operato dall'art. 2388, comma 3, c.c. alla disciplina dettata in tema di impugnazione di delibere assembleari, è pacifico in giurisprudenza che il rimedio cautelare nei confronti delle determinazioni assunte dall'organo gestorio sia esperibile nelle stesse forme dell'istanza di sospensiva di cui all'art. 2378, commi 3 e 4, c.c. In applicazione del principio

generale di sindacabilità delle decisioni dell'organo amministrativo di società di capitali contrarie alla legge o allo statuto, tale disciplina, espressamente dettata in tema di società per azioni, viene poi estesa alle società a responsabilità limitata (Tribunale Milano 20 maggio 2022) e, in forza dell'art. 2519 c.c., alle società cooperative (Tribunale Roma 3 agosto 2016).

Pertanto è richiesto che il ricorso cautelare sia depositato contestualmente al deposito dell'atto di citazione con il quale viene impugnata la delibera consiliare e si nega, per difetto del requisito di residualità, la possibilità di promuovere l'istanza di sospensiva nelle forme del ricorso ex art. 700 c.p.c., con conseguente esclusione di una tutela cautelare ante causam (Tribunale Roma 3 agosto 2016).

La sospensione delle delibere del collegio sindacale

A differenza delle delibere assembleari e, oggi, delle delibere consiliari, manca con riferimento alle decisioni adottate dall'organo di controllo una norma che ne preveda espressamente l'impugnabilità.

.La possibilità di impugnare le deliberazioni assunte dal collegio sindacale è stata tuttavia riconosciuta (Tribunale Milano 23 aprile 2018).

Sul presupposto che le regole di impugnabilità delle deliberazioni assembleari e consiliari di cui agli artt. 2378 e 2388 c.c. siano espressive di un principio generale di sindacabilità delle deliberazioni di tutti gli organi sociali per contrarietà alla legge o all'atto costitutivo, il Tribunale milanese ha infatti ritenuto possibile la sospensione (e a monte l'impugnazione) delle delibere assunte dal collegio sindacale nei casi (eccezionali) in cui esse siano di per sé produttive di effetti diretti nei confronti dell'organizzazione societaria ovvero rispetto alla posizione dei singoli soci, “pena un difetto di tutela rispetto a situazioni omogenee contrastante con i principi costituzionali ex artt. 3 e 24 Cost.”.

Posta così la generale ammissibilità dell'impugnazioni delle delibere del collegio sindacale a contenuto gestorio, il regime della legittimazione ad agire per l'impugnativa è stato ricostruito applicando in via analogica il dettato dell'art. 2388 c.c. Pertanto, si considera legittimato all'impugnativa e all'istanza di sospensione il consiglio di amministrazione e i suoi singoli componenti, la cui posizione è stata assimilata a quella degli amministratori assenti o dissenzienti rispetto a una delibera assunta dall'organo gestorio, nonché i singoli soci, qualora la delibera si mostri direttamente lesiva dei loro diritti.

La ammissibilità della sospensione delle delibere degli organi societari è oggi generalmente prevista dall'art. 669 octies comma 8 c.c. che fa riferimento alla sospensione della efficacia delle deliberazioni assunte da "qualsiasi organo" di associazioni, fondazioni e società.

6. La tutela cautelare e le delibere delle associazioni (riconosciute e non riconosciute)

Per quanto concerne le associazioni l'art. 23 c.c. prevede che le delibere contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo Statuto possono essere impugnate dagli organi dell'ente, da qualunque associato o dal P.M.

La delibera può essere sospesa dall'autorità giudiziaria sussistendo gravi motivi; la sospensione dell'esecuzione delle delibere contrarie all'ordine pubblico o al buon costume può essere disposta anche dall'autorità governativa.

La sospensione costituisce una istanza incidentale, dunque un cautelare in corso di causa, analogamente a quanto previsto dall'art. 2378 c.c. (Tribunale Roma 1 febbraio 2012).

In tema di associazioni, l'art. 23 c.c. non annovera, tra i soggetti legittimati ad impugnare la deliberazione assembleare, l'associazione dalla quale la deliberazione promana, consentendo l'annullamento di tali deliberazioni solo su istanza degli associati, degli organi dell'ente e del pubblico ministero; l'associazione è, infatti, legittimata passiva nel giudizio di impugnazione, perché da essa promana la manifestazione di volontà oggetto di censura, e sarebbe inammissibile attribuirle la legittimazione ad insorgere giudizialmente contro la sua stessa volontà (Cassazione civile sez. I, 10 giugno 2021, n.16396)

Alle associazioni non riconosciute non si applica la norma che prevede il potere di impugnazione anche in capo al P.M. (Tribunale Roma, 29 aprile 2015, Tribunale di Palermo 14 dicembre 2005; Cassazione 10 aprile 1990 n.2983).

Gli artt. 23 e 24 c.c. si applicano anche alle associazioni non riconosciute; l'impugnativa delle delibere per vizi di nullità o annullabilità è consentita solo ai soggetti indicati dall'art. 23 c.c. e senza termini di decadenza, con eccezione dell'impugnativa della delibera di esclusione del socio che può essere esperita solo dal socio escluso e nel termine di sei mesi dalla notifica della delibera o dalla conoscenza dell'esclusione (Cass. 10 aprile 2014, n.8456)

In applicazione del principio generale di cui all'art. 2388 c.c. le delibere del consiglio di amministrazione delle associazioni possono essere impugnate dal socio solo se immediatamente lesive di un suo diritto (Tribunale Roma sentenza del 22 febbraio 2010 con riguardo ad una associazione riconosciuta e Cassazione ordinanza 10 maggio 2011, n.10188 anche con riferimento alle associazioni non riconosciute).

Ferme le peculiarità della disciplina, deve ritenersi che le norme in materia di impugnazione delle delibere della S.p.A. e della s.r.l. abbiano portata generale e siano applicabili anche alle decisioni dei soci delle associazioni (Cassazione 7754/1987 e Tribunale Roma Sezione specializzata in materia d'impresa del 14 giugno 2023 in senso positivo), pur dovendo darsi atto di un diverso orientamento (Cassazione 7599/1990).

Pertanto le questioni che si pongono per le società (ammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c., ammissibilità di un cautelare ante causam, possibilità di sospendere delibere negative, natura anticipatoria o conservativa del provvedimento di sospensione) si estendono anche alle impugnative di delibere delle associazioni riconosciute e non riconosciute.

Con riferimento alla valutazione del periculum in mora ed al bilanciamento degli interessi contrapposti nelle delibere impuginate ex art. 23 c.c., v. Tribunale Napoli 3 febbraio 2022 e 14 giugno 2022.

Con riferimento alle delibere di un'associazione non riconosciuta, la Cassazione ha ritenuto che trovi applicazione la disciplina di cui all'art.2377, ultimo comma, cod. civ., per cui l'annullamento non può essere pronunciato se vi è stata sostituzione della delibera impugnata con altra presa in conformità alla legge e all'atto costitutivo; ciò non comporta tuttavia alcuna cessazione automatica della materia del contendere, in quanto, da un lato, la sopravvenuta carenza di interesse che ne è alla base si avvera solo quando tutti i contendenti si diano reciprocamente atto della mutata situazione e sottopongano al giudice conclusioni conformi e, dall'altro, il giudice stesso è tenuto a verificare la avvenuta rimozione della precedente causa di invalidità, dovendo egli accertare ai limitati fini della ratifica-rinnovazione, se la deliberazione ratificante sia immune da vizi, anche se contro di essa non sia stata proposta autonoma impugnativa (Cass. civ. Sez. I Sent., 13 giugno 2008 n. 16017).

E' stata di recente ritenuta applicabile in via analogica anche alle delibere delle associazioni non riconosciute la regola della generale annullabilità delle delibere contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto prevista per le associazioni riconosciute dall'art. 23 c.c. (Corte appello Napoli sez. I, 12 gennaio 2023, n.8).

7. Conclusioni

Le questioni concernenti la materia delle impugnative delle delibere sono numerose e complesse, la portata della tutela giurisdizionale e di quella cautelare è oggetto di continuo dibattito in dottrina ed in giurisprudenza, per quanto oggi alcune questioni sembrano essere state affrontate e risolte in sede di riforma ex d.lgs. 149/2022; occorre in ogni caso valutare attentamente il caso concreto e tener

conto degli specifici interessi sottesi, nell'ottica del necessario bilanciamento tra posizioni giuridiche contrapposte meritevoli di tutela.

Caterina di Martino