

Delibere assembleari

# Delibere assembleari negative (profili sostanziali e processuali)

Tribunale di Milano, Sez. impresa B, 28 novembre 2014, n. 9846, ord. - Giud. Mambriani - F. K. ed altri c. Fullsix S.p.a.

*Società - Società di capitali - Assemblea - Delibere negative - Impugnabilità - Ammissibilità*

*(Cod. civ. art. 2377)*

**La delibera negativa esiste come deliberazione assembleare, in quanto manifestazione di volontà dei soci assunta all'esito del procedimento all'uopo previsto dalla legge, come tale imputabile alla società, e dunque suscettibile di essere impugnata come quelle positive nelle forme, nei termini e nei limiti di cui all'art. 2377 c.c.**

*Società - Società di capitali - Assemblea - Delibere negative - Impugnabilità - Legittimazione attiva - Soci dissenzienti - Individuazione - Soci votanti proposta non adottata*

*(Cod. civ. art. 2377)*

**La specularità della situazione rispetto all'impugnazione delle delibere positive impone di qualificare "dissenziati" e, come tali, legittimati attivi all'impugnazione delle delibere negative i soci che, votando favorevolmente alla proposta non adottata, abbiano così dimostrato la loro contrarietà alla delibera negativa poi adottata.**

*Società - Società di capitali - Assemblea - Delibere negative - Illegittimità - Tipo di vizio - Annullamento*

*(Cod. civ. art. 2377)*

**Quando se ne accerti l'illegittimità, la delibera negativa deve essere annullata.**

*Società - Società di capitali - Assemblea - Delibere negative - Annullamento - Conseguenze - Accertamento delibera positiva illegittimamente rigettata*

*(Cod. civ. art. 2377)*

**L'annullamento di una delibera negativa non fornisce tutela alcuna all'impugnante od alla società dei cui diritti fosse riconosciuta la lesione, né costituisce rimedio sinanco logicamente congruo alla riconosciuta illegittimità della delibera. Perciò, accertata l'illegittima considerazione del voto nel *quorum* deliberativo (es.: perché chi ha votato non era legittimato al voto, per vizio nella delega, per conflitto di interesse del socio, ecc.), il Giudice accerta altresì immediatamente che, espunto il voto illegittimamente conteggiato nel *quorum*, la deliberazione della società è stata diversa da quella apparente e illegittima, cioè che la proposta all'ordine del giorno è stata approvata (delibera positiva) e non respinta (delibera negativa).**

*Società - Società di capitali - Assemblea - Delibere negative annullabili - Accertamento giudiziale iniziale - Illegittimità del voto e del conteggio - Inerenza a fasi del procedimento assembleare - Fase di proclamazione del risultato della votazione - Ulteriori accertamenti giudiziali - Oggetto - Illegittimità del risultato della votazione proclamato dal presidente e legittima volontà effettiva dell'assemblea*

*(Cod. civ. artt. 2377, 2371)*

**L'accertamento giudiziale in caso d'impugnazione di delibera negativa si pone naturalmente (secondo lo svolgersi del giudizio imposto dall'impugnazione delle delibere assembleari), in momento anteriore alla fase di**

**proclamazione del risultato della votazione - proclamazione di competenza del presidente dell'assemblea - e, accertata l'illegittimità del voto e del suo conteggio, il Giudice accerta altresì l'illegittimità della proclamazione del risultato, conseguentemente dichiarando il risultato che, in termini di volontà effettivamente e legalmente espressa dall'assemblea, immediatamente emerge.**

*Società - Delibera negativa - Illegittimità - Impugnazione - Sospensione dell'esecuzione ex art. 2378 c.c. - Inammissibilità - Proclamazione del risultato legittimo - Anticipazione degli effetti - Tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. - Ammissibilità*

*(Cod. civ. art. 2377; Cod. proc. civ. art. 700)*

**L'efficacia delle delibere negative non può essere sospesa ai sensi dell'art. 2378, comma 3, c.c. perché esse ne sono prive per natura. Tuttavia, è ammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. volto a far dichiarare, in via anticipata e provvisoria, gli effetti del risultato assembleare legittimo conseguente all'espunzione dei voti illegittimamente espressi per effetto del previo annullamento della delibera negativa con cui è stata rigettata una proposta assembleare di aumento del capitale sociale a pagamento.**

*Società - Società di capitali - Assemblea - Diritto di voto - Carattere - Discrezionale - Limiti - Intento di nuocere società e altri soci o perseguire interessi estranei a interesse sociale*

*(Cod. civ. artt. 2377, 2371)*

**Il diritto di voto del socio gode di una discrezionalità molto ampia, tanto che il socio non è obbligato a motivare il voto e può riversare nella società scelte dettate dal più puro interesse personale, laddove la sintesi degli interessi particolari viene poi attuata con l'applicazione del principio maggioritario. Nondimeno, tale ampia autonomia non può giungere sino a determinare un blocco nel funzionamento del principio maggioritario motivato solo da intento di nuocere alla società, agli altri soci o, comunque, da interessi estranei a quello sociale (c.d. "abuso della minoranza").**

*Società - Contratto sociale - Qualificazione - Contratto associativo a scopo di lucro - Soci - Doveri - Doveri di collaborazione per scopo di lucro - Fondamento - Principio di buona fede oggettiva - Ambito applicativo - Delibere assembleari - Natura - Atti esecutivi del contratto sociale*

*(Cod. civ. artt. 2247, 1175, 1375)*

**Il contratto sociale è contratto associativo che, prevedendo l'esercizio in comune tra i soci di un'attività economica a scopo di lucro (art. 2247 c.c.), impone ai soci particolari doveri di collaborazione al fine di raggiungimento dello scopo stesso. Tali doveri assumo poi particolare pregnanza, in ragione dell'applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti (artt. 1175, 1375 c.c.), valido anche con riferimento alle deliberazioni assembleari quali atti esecutivi del contratto sociale.**

*Società - Società di capitali - Assemblea - Soci di minoranza - Diritto di voto - Abuso - Carattere distintivo - Esercizio arbitrario in danno degli altri soci e della società*

*(Cod. civ. artt. 2370, 2373)*

**La fattispecie di abuso della minoranza riguarda lo scorretto utilizzo, da parte del socio di minoranza, del suo diritto di voto mediante il cattivo governo della discrezionalità, pur ampia, che assiste le sue scelte, sconfiggendo in un arbitrio dannoso per gli altri soci e per la società.**

*Società - Società di capitali - Società quotate - Assemblea - Diritto di voto - Minoranza qualificante abuso del voto - Minoranza di blocco - Carattere - Blocco in concreto e non in astratto - Sufficienza*

*(Cod. civ. art. 2370)*

**Se nelle società chiuse ben può rilevare una minoranza di blocco formalmente esistente, nelle società quotate si deve apprezzare anche la situazione in cui il socio di minoranza abbia una partecipazione pur minoritaria ma rilevantissima e, quindi, riesca, sfruttando la fisiologica carenza di partecipazione dei soci polverizzati, ad esercitare un blocco di fatto. Dunque, si rende rilevante, ai fini dell'apprezzamento di una situazione di bloc-**

**co, non solo quella in cui il socio di minoranza sia titolare di un tale diritto in via astratta, ma anche quando lo sia sul piano concreto.**

*Società - Società di capitali - Società quotate - Assemblea - Soci di minoranza significativa - Diritto di voto - Esercizio - Principio di buona fede oggettiva - Applicazione rafforzata - Beneficiari - Soci polverizzati*

*(Cod. civ. art. 2370)*

**Nelle società quotate, i soci che decidano di assumere posizioni pur di minoranza ma particolarmente significative sono vincolati al rispetto del principio di agire in buona fede in misura molto maggiore di quella dei soci polverizzati, proprio perché le loro decisioni recano effetti sul patrimonio di questi ultimi, in realtà soggetti deboli, solo formalmente titolari di poteri societari, di fatto incapaci di od impossibilitati ad esercitarli. In sostanza, il sistema tende a proteggere la posizione debole dei soci polverizzati - tuttavia assolutamente necessari nel loro complesso a rendere funzionante il sistema stesso delle società quotate - con la responsabilizzazione dei soci titolari di partecipazioni significative.**

*Società - Società di capitali - Assemblea - Soci di minoranza - Diritto di voto - Abuso - Effetto - Esclusione voto abusivo - Criterio di esclusione - Voto determinante ex art. 2373 c.c.*

*(Cod. civ. artt. 1218, 1453)*

**Va applicato all'abuso di minoranza il criterio che l'art. 2373 c.c. utilizza per connotare la esclusione dal voto del socio (anche di minoranza) in conflitto di interessi, cioè l'effetto determinante del suo voto sull'adozione di una determinata deliberazione.**

Il Tribunale (*omissis*).

## I) FUMUS BONI IURIS.

### I.1 Le domande dei ricorrenti.

Con il ricorso per cui si procede i ricorrenti hanno chiesto:

i) accertare e dichiarare che, per i motivi illustrati in parte motiva, il socio WPP, nell'assemblea del 28 aprile 2014 convocata in sede straordinaria per deliberare sulle proposte di aumento di capitale di F6, ha esercitato il diritto di voto in violazione dell'art. 2373 c.c. o, in subordine, ha abusato del suo diritto di voto;

ii) conseguentemente e per l'effetto annullare le deliberazioni assembleari a contenuto negativo con le quali l'assemblea straordinaria di F6 del 28 aprile 2014 ha rigettato le proposte di aumento del capitale;

iii) conseguentemente e per l'effetto dichiarare la costituzione in via giudiziale degli effetti delle proposte di aumenti di capitale respinte dall'assemblea straordinaria di F6 del 28 aprile 2014 a causa del voto contrario determinante del socio WPP;

iv) conseguentemente e per l'effetto, condannare WPP al risarcimento, in favore dei ricorrenti dei danni dai medesimi subiti in ragione di tale violazione, nella misura che verrà determinata in una successiva udienza.

Le stesse domande sono state proposte dai ricorrenti in sede di merito, mediante atto di citazione notificato alla Società il 6 giugno 2014.

### I.2 Prima eccezione preliminare della resistente WPP: carenza di legittimazione attiva dei ricorrenti e di F6.

In via preliminare WPP ha eccepito che i ricorrenti non avrebbero rispettivamente provato la loro qualità

di socio alla data di proposizione del ricorso, mediante il deposito di idonea documentazione. Ne conseguirebbe l'inammissibilità del ricorso per non essere stato raggiunto il *quorum* previsto dagli artt. 2377 comma 3 e 2378 comma 2 c.c. per l'impugnazione delle deliberazioni assembleari adottate il 28 aprile 2014.

L'eccezione è parzialmente fondata.

Occorre premettere che, essendo stato proposto un ricorso ex art. 700 c.p.c., con il quale i ricorrenti chiedono *ante causam* di anticipare gli effetti della sentenza di cui hanno chiesto l'emissione in sede di giudizio di merito, i requisiti di legittimazione alla proposizione del ricorso cautelare non possono che essere i medesimi richiesti per la proposizione del giudizio di merito.

Ciò posto, si deve constatare che i ricorrenti F. T., G. P., P. P., G. V., T. P., F. G. non hanno prodotto alcun documento dal quale possa evincersi la loro qualità di soci di F6 alla data della proposizione del ricorso e della notifica della citazione.

Poiché tale qualità, ai sensi dell'art. 2377 comma 3 c.c., costituisce requisito necessario per proporre impugnazione delle deliberazioni assembleari di s.p.a. con la quale si deducano vizi che ne comportano l'annullamento, non resta che concludere per la carenza di legittimazione dei ricorrenti predetti a proporre il ricorso di cui si discute.

Alla stessa conclusione si deve addivenire con riferimento al ricorrente K. J. F., che ha prodotto un documento non firmato da funzionario dell'istituto bancario apparente emittente, datato 8 gennaio 2014 e che pare attestare il possesso di azioni F6 alla data del 31 dicembre 2013. Non essendo provata la provenienza del documento e comunque attestando il medesimo il possesso delle azioni in data troppo risalente rispetto a quella di

proposizione del ricorso, non può, allo stato, riconoscersi legittimazione attiva al ricorrente medesimo.

Opposte conclusioni con riferimento ai ricorrenti M. M. - che ha prodotto certificato sottoscritto del possesso di 85.000 azioni F6 in data 25 maggio 2014, dunque prossima a quella di deposito del ricorso e di notifica della citazione -, F. E. - che ha prodotto certificato sottoscritto del possesso di 1.500 azioni F6 in data 22 maggio 2014, dunque prossima a quella di deposito del ricorso e di notifica della citazione -, F. B. - che ha prodotto certificato sottoscritto del possesso di 8.000 azioni F6 alla data dell'assemblea impugnata e vi ha partecipato votando a favore delle delibere di aumento di capitale -, R. S. - che ha prodotto certificato sottoscritto del possesso di 25.000 azioni F6 alla data dell'assemblea impugnata e vi ha partecipato votando a favore delle delibere di aumento di capitale -.

Quanto ai ricorrenti B. e S. è da rigettare l'eccezione della loro carenza di legittimazione sulla deduzione che l'art. 2377 comma 3 c.c. consente tassativamente l'impugnazione solo ai soci assenti, dissenzienti od astenuti. Invero, considerato che la delibera negativa è da ritenere senz'altro una delibera assunta dall'assemblea, come tale imputabile alla società, e dunque suscettibile di essere impugnata come quelle positive nelle forme e nei limiti di cui all'art. 2377 c.c. (essendo tale conclusione necessitata ex artt. 3 e 24 comma 1 Cost.; v. postea), la specularità della situazione rispetto all'impugnazione delle delibere positive impone di qualificare "dissenzienti" i soci che, votando favorevolmente alla proposta non adottata, abbiano così dimostrato la loro contrarietà alla delibera negativa poi adottata.

Tanto premesso, il ricorso è ammissibile.

Invero, essendo nel caso di specie il *quorum* previsto dal comma 3 dell'art. 2377 c.c. pari a 11.182 azioni (1 x 1000 di 11.182.315 azioni che compongono il capitale sociale di F6), esso è superato sia singolarmente dai soci M. e S., sia a maggior ragione dai ricorrenti congiuntamente (art. 2378 comma 2 c.c.).

È invece pacifica la carenza di legittimazione della società ad impugnare la delibera assembleare - per quanto negativa - sia perché essa non è contemplata nel novero dei soggetti abilitati ex art. 2377 comma 3 c.c., sia perché questa norma abilita invece direttamente gli organi che la impersonano - cioè gli amministratori, il consiglio di sorveglianza, il collegio sindacale - talché non residua spazio per una legittimazione dell'ente in sé che, a fronte della diretta imputazione della delibera, è individuato invece come soggetto controinteressato alla pronuncia di annullamento.

L'eccezione, tuttavia, è irrilevante, poiché, nel caso di specie, la Società non ha affatto impugnato le delibere del 28 aprile 2014, ed è stata invece destinataria del ricorso e dell'atto di citazione in veste rispettivamente di resistente e di convenuto, così essendosi instaurati procedimenti che seguono l'iter fisiologico previsto dalle norme.

Che poi F6 - qui in veste appunto di resistente - costituendosi abbia deciso di aderire alle domande dei ricorrenti configura un accidente di fatto certamente irrile-

vante sul piano della legittimazione ad impugnare e della sua formale posizione processuale.

### ***1.3 Seconda eccezione preliminare della resistente WPP: mancata notificazione dell'atto di citazione nel giudizio di merito.***

WPP ha eccepito che l'atto di citazione non le sarebbe stato notificato, deducendone una violazione dell'art. 2378 c.c.

L'eccezione - a fronte della prova della rituale e tempestiva notificazione della citazione alla Società in data 6 giugno 2014 - è infondata in fatto ed irrilevante.

Quanto al primo aspetto, i ricorrenti hanno prodotto atto di citazione notificato in data 20 giugno 2014 a WPP nella sede risultante a libro soci a mezzo spedizione postale ex art. 10 della Convenzione dell'Aja del 1956.

Quanto al secondo aspetto, è da considerare che l'art. 2377 comma 6 c.c. prevede, per la proposizione dell'impugnazione della deliberazione, un termine di decadenza di 90 giorni dalla data della sua adozione, termine qui certamente rispettato con la tempestiva notificazione della citazione alla Società. La rituale notificazione dell'atto di citazione ad altri soggetti - quand'anche anche in ipotesi ritenuti litisconsorti necessari quali i soci in conflitto di interesse od abusanti -, a fronte della corretta integrazione del contraddittorio in questo procedimento cautelare, è invece da considerare quale questione da risolvere nel giudizio di merito, se del caso mediante opportuni provvedimenti di autorizzazione alla rinnovazione della citazione o di integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c.

### ***1.4 Terza eccezione preliminare e quarta eccezione preliminare della resistente WPP: inammissibilità dell'impugnazione di delibera negativa ed inammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. volto a fare dichiarare gli effetti di una delibera mai adottata.***

Infine, in via preliminare, la resistente WPP ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione di delibera negativa e l'inammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. volto a far dichiarare gli effetti di una delibera mai adottata dalla Società.

Questo Giudice ritiene infondate queste eccezioni preliminari della resistente WPP.

Tuttavia, prima di affrontare le relative questioni, vanno fatte due precisazioni.

La prima è che le complesse problematiche sottese alle questioni di cui si discute saranno affrontate sommariamente, non senza l'espressione di qualche opinione in forma apodittica, senza l'altrimenti necessario approfondimento, poiché, come si vedrà, il ricorso è infondato nel merito per carenza di *fumus boni iuris* in punto di conflitto di interessi rilevante ex art. 2373 c.c. e di abuso nell'esercizio del diritto di voto da parte di WPP.

La seconda puntualizzazione è che, in ogni caso, le affermazioni che si andranno svolgendo riguardano strettamente la situazione oggetto del presente procedimen-

to e cioè: - mancata approvazione di delibera di aumento di capitale in società quotata in mercato regolamentato; - mancata approvazione dovuta al voto espresso da un socio di minoranza qualificata. Non ci occupiamo, dunque, del diverso caso - che esula dall'oggetto di questo procedimento - della mancata approvazione della proposta di delibera per esclusione di un socio dalla votazione.

Tanto chiarito, non si può che rimarcare la fondatezza delle considerazioni in forza delle quali la migliore e più recente dottrina e parte della giurisprudenza (1), risolvono le questioni di cui si discute, che vanno qui riassunte in estrema sintesi.

Non si può che muovere dalla considerazione che anche la delibera assembleare negativa esiste come deliberazione assembleare, in quanto manifestazione di volontà dei soci assunta all'esito del procedimento all'uopo previsto dalla legge.

Se esiste come tale, la delibera negativa può essere impugnata nelle forme e nei termini di cui all'art. 2377 c.c.

Dunque, quando se ne accerti l'illegittimità, la delibera negativa deve essere annullata.

Nondimeno, l'annullamento di una delibera negativa non fornisce tutela alcuna all'impugnante od alla società dei cui diritti fosse riconosciuta la lesione, né costituisce rimedio sinanco logicamente congruo alla riconosciuta illegittimità della delibera, poiché è inane (se non canzonatorio) togliere effetto (id est: annullare) ad una delibera che, per sua natura, non l'ha.

Perciò va riconosciuto che, accertata l'illegittima considerazione del voto nel *quorum* deliberativo (es.: perché chi ha votato non era legittimato al voto, per vizio nella delega, per conflitto di interesse del socio, ecc.), il Giudice accerta altresì immediatamente che, espunto il voto illegittimamente conteggiato nel *quorum*, la deliberazione della società è stata diversa da quella apparente e illegittima, cioè che la proposta all'ordine del giorno è stata approvata (delibera positiva) e non respinta (delibera negativa).

L'impugnazione dunque impone al Giudice di ripercorrere il procedimento deliberativo, applicando le norme di legge, dunque giungendo all'eliminazione dei voti che, non potendo per legge essere espressi, non potevano essere conteggiati nel *quorum* assembleare, registrando il risultato deliberativo che vi è stato e che illegittimamente non è stato proclamato.

L'accertamento giudiziale in questi casi si pone naturalmente (secondo lo svolgersi del giudizio imposto dall'impugnazione delle delibere assembleari), in momento anteriore alla fase di proclamazione del risultato della votazione - proclamazione di competenza del presidente dell'assemblea - e, accertata l'illegittimità del voto e del suo conteggio, accerta altresì l'illegittimità della procla-

mazione del risultato, conseguentemente dichiarando il risultato che, in termini di volontà effettivamente e legalmente espressa dall'assemblea, immediatamente emerge.

In quest'ottica - senz'altro preferibile, considerando che il Giudice non fa nulla di più di quanto è consentito al presidente dell'assemblea - la pronuncia è di accertamento della volontà effettivamente espressa dall'assemblea e, in questi termini, non si pongono ostacoli alla pronuncia giudiziale.

Va qui sin d'ora chiarito che non osta alla ricostruzione appena proposta la circostanza che l'art. 2373 c.c. non imponga al socio in conflitto di interessi di astenersi dal voto. Infatti il controllo avviene sui voti effettivamente espressi e si inserisce idealmente nella fase di proclamazione del risultato del voto, fase preposta proprio all'esame della legalità dei voti medesimi, di competenza del presidente dell'assemblea ed ovviamente sottoposta a sua volta al controllo di legalità (artt. 3 comma 1 e 54 comma 1 Cost.).

Peraltro, anche a ravvisare nel fenomeno descritto una componente costitutiva (la sentenza sostituisce la delibera reale, illegittimamente proclamata), l'ostacolo frapposto dalla tassatività delle pronunce costitutive (art. 2908 c.c.) è più apparente che reale. Invero, come sottolineato da autorevole e sempre più diffusa dottrina, poiché il giudizio di impugnazione delle delibere societarie ex art. 2377 c.c. sfocia in una pronuncia costitutiva - l'annullamento -, poiché anche la delibera negativa è suscettiva di impugnazione e di annullamento, allora non si vede come escludere dall'area di quella pronuncia costitutiva (l'annullamento di delibera negativa) quella sua altra faccia - inscindibilmente connessa - data dalla proclamazione del risultato deliberativo *secundum legem*.

Con l'importante postilla che siffatta interpretazione non è nella disponibilità dell'interprete, essendo invece costituzionalmente dovuta ex artt. 3 e 24, commi 1 e 2, Cost., realizzandosi altrimenti un'ingiustificata disparità di trattamento tra provvedimenti che tutti riconoscono l'illegittimità della delibera a seconda che essa sia positiva o negativa e un'ingiustificata lacuna nella tutela di soci e società contro deliberazioni ugualmente viziate a seconda che la deliberazione assunta sia positiva o negativa.

Tanto premesso in punto di azione di merito è possibile affrontare la questione della tutela cautelare.

È pacifico che l'efficacia delle delibere negative non può essere sospesa ex art. 2378 comma 3 c.c., perché esse ne sono prive per natura.

Esclusa l'applicabilità del mezzo cautelare tipico, ci si può chiedere se sia ammissibile una cautela anticipatoria ex art. 700 c.p.c.

(1) Cass. n. 2489/1959, in *Giust. civ.*, 1959, 2129; Lodo Arb. 2 luglio 2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, 911; Trib. Napoli 5 dicembre 2002, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 17, 79; Trib. Milano 2 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, 3638; Trib. Milano 28 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, 98; Trib. Santa Maria Capua Vetere 5

novembre 1996, in questa *Rivista*, 1997; Trib. Velletri 26 gennaio 1994, in questa *Rivista*, 1994, 804. *Contra*: Trib. Palermo 18 maggio 2001, in *De Jure*; Trib. Reggio Emilia 20 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 953.

Tuttavia, una volta ammessa l'azione (di accertamento o costitutiva) volta a dichiarare il legittimo risultato deliberativo dell'assemblea, è precluso il diniego della tutela cautelare corrispondente (artt. 3, 24, commi 1 e 2, Cost.; Corte Cost., sent. n. 190 del 1985; Corte Cost., n. 318 del 1995).

Invero, secondo orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ormai consolidati, la tutela cautelare atipica è ammissibile in funzione anticipatoria sia rispetto ad azioni di accertamento, sia rispetto ad azioni costitutive, anche se in entrambi i casi si è sottolineato che ad essere anticipati non sono gli effetti modificativi sostanziali delle seconde o dichiarativi delle prime, ma solo, in via temporanea ed interinale, i corollari obbligatori delle relative pronunce.

Con specifico riferimento alla delibera di aumento del capitale sociale scindibile, vanno tuttavia svolte alcune considerazioni.

Anzitutto la delibera in questione - che, in genere ed anche nel caso di specie, stabilisce un ammontare massimo di aumento del capitale e conseguentemente il numero massimo di azioni suscettibili di essere emesse ed il loro prezzo, modalità e termini dell'esercizio del diritto di opzione, destino dell'inoptato e termine finale di sottoscrizione -, sebbene destinata ad essere riportata dello statuto, non ha effetti immediatamente costitutivi, poiché l'aumento del capitale si avrà solo a seguito dell'eventuale sottoscrizione, cui consegue l'emissione delle azioni (art. 2346 comma 4 c.c.), e per la parte eventualmente sottoscritta, con conseguente modifica proporzionale anche dei rapporti tra le partecipazioni dei soci. Sicché, la delibera di aumento del capitale, di per sé, determina solo effetti obbligatori, ponendo i soci di fronte alla scelta se sottoscrivere o diluirsi.

Inoltre gli effetti della delibera sono destinati a determinarsi (o no) entro un lasso di tempo relativamente breve (rispetto agli ordinari tempi della giustizia), ma non sono di per se stessi assolutamente irreversibili, essendo sempre possibile addivenire ad un ricalcolo delle partecipazioni e del dare/avere tra soci e società. Altrettanto vero, d'altro canto, che la reversibilità degli effetti della esecuzione di un aumento di capitale è tutt'altro che agevole ed esente da possibili costi, specie con riferimento ad una società quotata in mercato regolamentato.

Infine, non è consentito - come si vedrà (par. 1.5.1) - configurare un vero e proprio diritto della società all'aumento del capitale, suscettibile di essere tutelato in via generale ed assoluta.

È nemmeno, come noto, è configurabile un obbligo (in senso tecnico-giuridico) del socio di votare nell'interesse della società. Anzitutto perché l'interesse sociale è notoriamente di assai difficile individuazione - tanto che, dopo approfondite analisi, non manca chi realisticamente lo identifica nell'interesse del socio di controllo, dunque un interesse comunque particolare e non superiore o generale -, sia perché non è rinvenibile il fondamento positivo di quell'obbligo, rimarcandosi invece la massima discrezionalità del socio nel voto e la funzio-

nalità sistemica di questa discrezionalità, salvi ovviamente i limiti del conflitto di interessi e dell'abuso.

Si tratta, in conclusione, di muoversi in un quadro di bilanciamento di opposti interessi che richiama ed impone sin da ora un'attentissima analisi della fondatezza della domanda di merito.

### ***1.5 Il merito del ricorso cautelare: conflitto di interessi di WPP nell'esercizio del diritto di voto negativo sulle proposte di aumento di capitale; abuso da parte di WPP del diritto di voto negativo sulle proposte di aumento di capitale.***

I ricorrenti assumono che le delibere negative sulle proposte di aumento del capitale a pagamento adottate da F6 nell'assemblea straordinaria del 28 aprile 2014 sarebbero annullabili per avere WPP espresso voto negativo in conflitto di interessi rilevante ex art. 2373 c.c. e, in subordine, per avere, così votando, abusato del suo diritto di voto.

Per valutare nel merito le deduzioni dei ricorrenti vanno svolte alcune premesse in fatto:

a) la compagine sociale di F6 è così composta: - M. B. direttamente 3,6% e, attraverso la controllata Blugroup s.r.l. (di seguito: BG), 45,69%, per un totale del 49,29%; - WPP 29,98%; - flottante 20,73%.

b) le delibere di aumento di capitale sono state così motivate dal presidente in sede di assemblea:

*"- reperire nuove risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi strategici e per il sostentamento dello sviluppo del Gruppo FullSix a livello nazionale ed internazionale acquisendo eventuali attività sinergiche alla value proposition del Gruppo;*

*- riequilibrare la struttura finanziaria della società e del gruppo".*

c) le delibere di aumento del capitale sono state così proposte dal presidente in sede di assemblea:

*"L'assemblea della società FullSix S.p.A., in relazione al primo punto all'ordine del giorno della Parte Straordinaria, - preso atto della relazione illustrativa degli amministratori; - preso atto di quanto esposto dal presidente*

### **DELIBERA**

*1. Di aumentare a pagamento il capitale sociale per massimi nominali euro 1.242.479 (unmilione duecento quarantadue mila quattrocento settantanove) mediante emissione di massime n. 2.484.958 nuove azioni ordinarie del valore nominale di euro 0,50 ciascuna, alle seguenti condizioni:*

*- le azioni di nuova emissione vengono offerte in opzione ai soci, in rapporto di due nuove azioni ogni nove azioni possedute;*

*- il termine per l'esercizio del diritto di opzione sarà fissato dall'organo amministrativo nei modi e nei termini di legge;*

*- i diritti di opzione non esercitati saranno offerti nel mercato regolamentato a cura degli amministratori e per conto della società entro il mese successivo alla scadenza del predetto termine, per almeno cinque sedute;*

*- il termine finale di sottoscrizione è fissato al giorno 28 aprile 2015;*

- il prezzo di sottoscrizione di ciascuna azione viene fissato in euro 2,00 (due), di cui euro 1,50 a titolo di sovrapprezzo, da liberare integralmente al momento della sottoscrizione;

- l'aumento manterrà efficacia anche se parzialmente sottoscritto, con decorrenza, salvi gli effetti dell'iscrizione della presente deliberazione nel registro delle imprese, dal termine all'uopo stabilito dall'organo amministrativo con Borsa Italiana S.p.A.;

- le azioni di nuova emissione avranno godimento regolare.

2. Di modificare conseguentemente l'art. 5 dello statuto sociale, aggiungendo la seguente clausola in calce:

"L'assemblea straordinaria dei soci in data 28 aprile 2014 ha deliberato di aumentare il capitale sociale a pagamento, in opzione ai soci, in denaro, in via scindibile, per massimi nominali euro 1.242.479,00 mediante emissione di massime n. 2.484.958 azioni, con sovrapprezzo, entro il termine finale di sottoscrizione fissato al 28 aprile 2015".

3. Di conferire all'organo amministrativo, e per esso al presidente e all'amministratore delegato, disgiuntamente tra loro, ogni più ampio potere per espletare gli adempimenti legislativi e regolamentari conseguenti all'adottata deliberazione, ivi compreso quello di apportare all'art. 5 dello statuto sociale le variazioni conseguenti all'esecuzione ed al perfezionamento dell'aumento di capitale deliberato, con facoltà in particolare di scegliere il momento di pubblicazione dell'offerta di opzione, eventualmente anche non effettuandola ove da essi ritenuto opportuno."

In subordine, per il caso di reiezione della proposta, ne veniva formulata altra recante, in sintesi, delega al c.d.a. di effettuare aumento dal capitale a pagamento sino a massimi € 4.999.999,00 comprensivo di sovrapprezzo, senza diritto di opzione.

d) le delibere suddette hanno entrambe riportato il voto favorevole di M. B., di BG e di altri soci sino al raggiungimento di una percentuale del capitale sociale pari al 50,096% e voto contrario di WPP (29,98% del capitale sociale).

e) F6 ha adottato uno statuto che, per l'assemblea straordinaria, prevede l'applicazione delle regole di cui all'art. 2368 comma 2 c.c., talché essa è regolarmente costituita quando è rappresentata la metà del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno 2/3 del capitale rappresentato in assemblea (art. 12 Statuto F6).

Nel caso di specie, essendo presente in assemblea l'80,094% del capitale sociale, il *quorum* deliberativo era pari al 53% del capitale sociale, sicché, non essendo stato raggiunto il *quorum*, entrambe le proposte di delibera sono state respinte.

f) WPP in assemblea ha esplicitamente motivato il suo voto contrario reiterando le motivazioni del diniego già espresso in occasione di una precedente proposta di delibera di aumento del capitale all'ordine del giorno dell'assemblea straordinaria del 18 dicembre 2013, cioè, rispetto alla situazione di crisi finanziaria in cui versa la società, l'inidoneità/inopportunità/opposizione ad un aumento di capitale destinato ad essere coperto da parte del socio di maggioranza relativa BG mediante compensazione con una porzione del credito dalla stessa vanta-

to per pregressi finanziamenti alla società. In particolare WPP ha espresso la convinzione che la conversione del credito di BG verso la Società fosse il reale ed unico scopo dell'aumento di capitale "il quale sembra essere concepito e finalizzato più che a raccogliere nuove risorse finanziarie, piuttosto a consentire all'azionista di maggioranza della Società di attribuire al proprio credito il suo valore nominale, nonostante si tratti di un credito postergato e nonostante il calo rilevante del patrimonio netto della Società (riconosciuto dagli amministratori stessi) rappresenti una circostanza che farebbe piuttosto pensare di attribuire al suddetto credito un valore reale di gran lunga al di sotto del suo valore nominale". Aggiungeva WPP che tale convinzione non veniva, a suo avviso, in alcun modo confutata dal parere rilasciato dallo studio C., G., V. (prodotto anche in atti), insistendo nell'affermazione che tale credito - in relazione anche alla situazione di crisi della società - avrebbe un valore di mercato enormemente inferiore a quello che BG vorrebbe ricavare dalla conversione in capitale e pressoché nullo.

È altresì doverosa una premessa in diritto.

WPP, contrariamente a quanto affermato dai ricorrenti, non dispone di alcuna "minoranza di blocco" né di alcun "potere di veto". Lo statuto di F6, invero, riproduce pacificamente le disposizioni di cui all'art. 2368 comma 2 c.c., sicché, presente e dissenziente WPP, il *quorum* deliberativo in assemblea straordinaria in prima convocazione è raggiunto con votanti a favore pari al 53% del capitale sociale. La sola BG dispone inoltre del totale controllo dell'assemblea ordinaria.

*1.5.1 Conflitto di interesse di WPP rilevante ex art. 2373 c.c.: insussistenza.*

Il primo vizio della delibera fatto valere dai ricorrenti è costituito da un preteso conflitto di interesse di WPP rilevante ex art. 2373 c.c., talché il suo voto dovrebbe essere escluso dal novero di quelli computati ai fini della verifica del *quorum* deliberativo.

La doglianza non risulta assistita dal necessario *fumus boni iuris*.

Come noto, perché sussista un vizio della deliberazione rilevante ex art. 2373 c.c. occorrono tre requisiti:

- l'individuazione dell'interesse della società soddisfatto con la deliberazione adottanda;

- l'individuazione dell'interesse perseguito dal socio con il voto sulla deliberazione adottanda;

- un rapporto di incompatibilità tra l'interesse della società e quello del socio tale per cui, approvata la delibera (nel caso di delibere negative: rigettata la proposta di delibera), l'interesse della società verrebbe sacrificato e quello del socio verrebbe soddisfatto. Non manca chi sottolinea che il rapporto tra interesse del socio e quello della società rispetto alla delibera adottanda per essere rilevante dovrebbe essere di "antagonismo irriducibile", mentre per altri sarebbe sufficiente un "contrasto oggettivo e preesistente".

Tutti sono però concordi nell'affermare che quel rapporto di esclusione reciproca, per cui la soddisfazione dell'uno determina un danno per l'altro e viceversa co-

stituisce il “*proprium*” della fattispecie di conflitto di cui si discute, talché, quando manca, quella fattispecie non è integrata ed il voto del socio non si può escludere.

È tuttavia rilevante ai fini del decidere lo stabilire entità e natura di quel nesso di incompatibilità dei due interessi contrapposti.

Esso si deve definire nel senso che *la deliberazione assembleare deve avere ricadute opposte, anche mediate ma dirette e determinate - in termini di danno emergente, lucro cessante, incremento patrimoniale o risparmio di spesa - sul patrimonio di entrambi i soggetti in conflitto.*

Orbene, nel caso di specie, i ricorrenti deducono come interesse della Società, quello di evitare di incorrere nella procedura di cui all'art. 2446 c.c., essendo già il patrimonio netto sotto il capitale sociale ed essendo esiguo il margine che lo separa dal limite di 1/3 che la innescherebbe, aggiungendo che essa condurrebbe inevitabilmente la Società alla liquidazione (con danno anche per gli *stakeholders*, ad esempio i 400 dipendenti). Tale prospettazione è avvalorata da quanto risulta dalla relazione redatta dagli amministratori a corredo della presentazione delle proposte di delibera di aumento di capitale e ribadita dal dott. L. S. (dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari) sentito all'udienza del 11.11.2014.

Risulta tuttavia dal verbale di assemblea che l'aumento di capitale sarebbe altresì funzionale all'ottenimento diretto o indiretto di mezzi utili al finanziamento di una politica espansiva della Società.

I ricorrenti individuano l'interesse confliggente di WPP nella sua posizione di concorrente di F6, in quanto entrambe le società - WPP in particolare facendo parte di un gruppo multinazionale di rilevanza globale - operano nel campo della comunicazione e del marketing pubblicitario.

Offrono altresì, insieme alla Società, a sostegno di tale deduzione la circostanza che tra WPP e F6 e/o suoi amministratori la stessa WPP ha iniziato alcuni contenziosi sinora con esito sempre ed in una occasione gravemente negativo ed una decisione dell'AGCOM in cui il comportamento di WPP viene definito “opaco”.

In sostanza i ricorrenti lamentano che, con il suo atteggiamento ostruzionistico ed esercitando di fatto un diritto di veto e/o di blocco, WPP si oppone senza alcuna ragione ad un aumento di capitale necessario per la sopravvivenza della Società, che, seguendo il *trend* in atto - positivo per aumento di ricavi e dei corsi azionari, ma negativo in termini di accumulo di perdite di esercizio -, condurrebbe la Società ad una situazione rilevante *ex art. 2446 c.c.* e, quindi, per conseguenza necessaria trattandosi di società quotata, alla liquidazione.

Tale atteggiamento sarebbe dimostrativo della coltivazione del suo interesse in conflitto e, in particolare, dell'intento di eliminare il concorrente F6 dal mercato.

Si tratta, all'evidenza, di una individuazione dell'interesse in conflitto che è oggettivamente molto generico.

Ciò posto, occorre prendere le mosse da alcune banali osservazioni.

La prima è che la concorrenza è notoriamente ritenuta una condizione di efficienza del mercato, dunque un bene espressione di diritti costituzionalmente garantiti (artt. 41 e 42 Cost.), sicché l'ordinamento la tutela rispetto al raggiungimento, da parte di alcuno, di improprie posizioni di monopolio o dominanti e la sanziona non già e non certo in sé ma in quanto si svolga con modalità illegittime.

La seconda è che, per impedire ad una società di assumere partecipazioni in altra società, quando le due si trovano in posizione di concorrenza, occorre che nello statuto della partecipanda sia inserita una clausola di gradimento e che essa sia attivata nelle forme previste. Invero, il divieto di concorrenza legalmente stabilito, come noto, non riguarda i soci ma gli amministratori (art. 2390 c.c.). Nel caso di specie, le parti non hanno nemmeno allegato l'esistenza di una clausola del genere. Né risulta in qualche modo rilevante che, in una società quotata, una società concorrente raggiunga una percentuale di partecipazione di poco sotto la soglia di OPA. Nel caso di specie, WPP era socia di F6 in quota molto consistente sin da prima del lancio dell'OPA che avrebbe portato B./BG a conseguire la posizione di maggioranza relativa.

La terza è che una società ha sempre e per definizione interesse ad essere patrimonializzata. Si tratta certamente di un interesse che, anche in sede giudiziaria, deve essere considerato con la massima attenzione, posto che l'adeguata capitalizzazione costituisce presupposto fondamentale per la stabilità e lo sviluppo dell'ente commerciale. Per converso, tuttavia, non si può dimenticare che esiste un interesse di sistema a non mantenere sul mercato enti inefficienti (eventualmente riconvertendone le residue potenzialità economiche mediante apposite procedure di gestione della crisi). Sicché quell'interesse alla patrimonializzazione non assume a diritto della società, sia perché i soci non sono titolari di un corrispondente obbligo (cfr. artt. 2446 e 2447 c.c.), nemmeno configurabile rispetto a terzi soci potenziali, sia perché sono previste procedure (es.: sollecitazione al rilascio di deleghe) tese a soddisfare quell'interesse, sempre previo vaglio della sua meritevolezza attraverso il giudizio del mercato.

È noto, del resto, che la società non è titolare di un suo proprio interesse meritevole di tutela contro quello dei soci, dei creditori e dei terzi a proseguire nella sua attività economica e a non esser messa in liquidazione, come emerge anche solo dalla lettura degli artt. 2484 (spec. n. 6) e ss. c.c. (2).

Tanto premesso, si deve valutare se la posizione del socio in non meglio identificata concorrenza con la società partecipata che versa in difficoltà (probabile futura situazione rilevante *ex art. 2446 c.c.*) ma con possibilità di *upgrading*, determini *ipso facto* anche una posizione di

(2) Trib. Milano 28 gennaio 1998, in questa *Rivista*, 1998, 946; Cass. n. 4923/1995.

conflitto di interesse del socio stesso rilevante ex art. 2373 c.c. quando vota contro una proposta di delibera di aumento del capitale.

Si può ammettere che il socio concorrente rechi un interesse contrapposto rispetto alla patrimonializzazione della partecipata.

Tuttavia l'elemento essenziale da verificare non è solo se la reiezione della delibera determini per la Società uno svantaggio apprezzabile, ma - come si diceva - se a tale svantaggio sia ricollegato in modo anche non immediato ma diretto un vantaggio patrimoniale determinato per il socio in conflitto.

Ciò posto, è necessario rilevare che allo svantaggio per F6 di non vedere il suo capitale nominale aumentato da € 5.591.157,50 ad € 6.833.636,50, oltre al sovrapprezzo, corrisponde un generico vantaggio di WPP - cioè quello di veder perdurare lo stato di difficoltà di un concorrente - le cui dirette conseguenze sul patrimonio della medesima WPP però non solo non sono state individuate, ma nemmeno allegate dai ricorrenti.

Cioè, tra la delibera negativa e il vantaggio di WPP corre, nel caso di specie, un nesso così vago da non poter essere ritenuto rilevante ai fini di cui all'art. 2373 c.c.

E ciò perché tra il generico vantaggio allegato dai ricorrenti ed il concreto e determinato vantaggio di cui l'art. 2373 c.c. richiede il perseguimento e la realizzazione come presupposto dell'esclusione dal voto del socio in conflitto, si frappongono nel caso di specie potenti elementi estranei alla deliberazione che non solo sono stati capaci da soli di determinare la situazione di vantaggio di WPP - segnatamente la crisi economico-finanziaria di F6, la quale nessuno addebita a WPP e che deve perciò essere ricondotta a ragioni interne a F6 - ma che, soprattutto, non hanno alcun diretto effetto positivo sulla sfera patrimoniale di WPP. O almeno questo effetto positivo non è stato allegato.

Né vale ad integrarlo il dedotto "vantaggio di posizione" - di natura strategica - che WPP maturerebbe opponendosi agli aumenti di capitale di F6, perché è proprio la struttura dell'art. 2373 c.c. ad escluderne la rilevanza, altrimenti dovendosi ammettere che il socio non possa perseguire politiche economico-commerciali in contrasto o divergenti rispetto a quelle della società partecipata. Si giungerebbe per questa via a sanzionare indiscriminatamente il voto del socio (di minoranza) che non sia adeguato al perseguimento dell'interesse della società, elidendo ogni suo spazio di discrezionalità e determinando surrettiziamente un obbligo indiscriminato di "voto nell'interesse della società", il che non pare conforme al sistema (v. par. 1.4, 1.5.2).

In conclusione, se non è dimostrato un nesso minimamente stringente tra la crisi di F6 ed un determinato vantaggio patrimoniale di WPP, non si può affermare che quest'ultima versa in conflitto di interessi rispetto ad una delibera in tesi capace di interromperla.

In sostanza, deve essere ammesso il voto del socio di minoranza in concorrenza sull'aumento di capitale della partecipata in crisi, se non si è dimostrato che lo stato

di crisi della partecipata sta producendo un vantaggio patrimoniale determinato e concreto al socio stesso.

Considerazioni del tutto analoghe devono essere svolte con riferimento all'ipotesi di utilizzo della patrimonializzazione rinveniente dal proposto aumento di capitale a fini di sviluppo ed espansione della Società. Nulla è stato allegato in concreto in ordine all'incompatibilità dello sviluppo di F6 con gli interessi patrimoniali di WPP, essendo tale sviluppo in astratto affatto incompatibile (es.: in mercati o segmenti di mercato non coperti da WPP od in cui WPP potrebbe svilupparsi indirettamente).

In conclusione, è ben chiaro che quanto sinora affermato lascia spazio a politiche parassitarie e non collaborative, se non addirittura ostruzionistiche, di società che si insinuano nella compagine sociale delle concorrenti.

Nondimeno tali politiche, come noto, non sono sempre e comunque vietate nel diritto societario, ma solo quando assurgano a specifici illeciti cui sono correlate puntuali sanzioni.

Ed esistono strumenti (clausola di gradimento, sollecitazione al rilascio di deleghe nel voto in assemblea, patti parasociali e sindacati di voto, acquisizione diretta sul mercato di azioni in quantità tale da consentire il matematico controllo anche dell'assemblea straordinaria, ecc.) per evitare o risolvere situazioni del genere.

La presenza in astratto di tali strumenti, impedisce - quando essi non siano attivati in concreto, sopportando i relativi costi -, di rinvenire la soluzione in improprie ed eccessive compressioni della libertà ed autodeterminazione dei soci di minoranza nell'esercizio del diritto di voto.

#### 1.5.2 Abuso del diritto di voto da parte WPP: insussistenza.

Parti ricorrenti assumono che WPP avrebbe votato soltanto per determinare uno svantaggio in capo ad F6 - prolungare la crisi finanziaria di F6 sino a che questa determini una situazione rilevante ex art. 2446 c.c. -, in assenza di qualsiasi giustificazione meritevole di tutela e che, perciò, il suo voto sarebbe abusivo.

Hanno altresì dedotto che WPP ha votato contro l'aumento di capitale nelle assemblee straordinarie del 22 novembre 2007, 19 maggio 2009, 18 dicembre 2013, oltre che in quella del 28 aprile 2014.

Per inquadrare esattamente la fattispecie occorre svolgere alcune osservazioni preliminari.

Anzitutto si deve considerare che il diritto di voto del socio gode di una discrezionalità molto ampia. Si tratta di discrezionalità non tecnica, tanto che il socio non è obbligato a motivare il voto. Tale ampia autonomia consentita al socio è il portato della possibilità, concessagli dall'ordinamento, di riversare nella società scelte dettate dal più puro interesse personale, laddove la sintesi degli interessi particolari viene poi attuata con l'applicazione del principio maggioritario.

Nondimeno, tale ampia autonomia non può giungere sino a determinare un blocco nel funzionamento del principio maggioritario motivato solo da intento di

nuocere alla società, agli altri soci o, comunque, da interessi estranei a quello sociale.

In particolare, le fattispecie abusive, per come ricostruite in giurisprudenza, sono essenzialmente connotate dal fatto che il voto del socio abusante è volto esclusivamente a danneggiare altri soci in assenza di ragioni giustificatrici. Sicché ne sono sintomi, tra l'altro, la mancanza di motivazione, l'esclusivo vantaggio proprio o di terzi perseguito dal socio abusante e la mancanza di vantaggio od il danno all'interesse sociale. Per converso costituisce esimente il vantaggio recato all'interesse sociale.

La fattispecie abusiva, dunque, mantiene, almeno in linea di principio e tendenziale, una sua autonomia rispetto a quella di conflitto di interessi rilevante ex art. 2373 c.c., apprezzandosi, in questo secondo caso, la contrapposizione tra gli interessi del socio e quelli della società.

Se ne trae conferma dalla base essenzialmente contrattualistica posta a base della figura dell'abuso nel voto: l'affermazione - qui pienamente condivisa - secondo cui il contratto sociale è contratto associativo che, prevedendo l'esercizio in comune tra i soci di un'attività economica a scopo di lucro (art. 2247 c.c.), impone ai soci particolari doveri di collaborazione al fine di raggiungimento dello scopo stesso. Tali doveri assumo poi particolare pregnanza, in ragione dell'applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti (artt. 1175, 1375 c.c.), valido anche con riferimento alle deliberazioni assembleari quali atti esecutivi del contratto sociale (3).

In proposito va sottolineato che, con riferimento al voto della maggioranza è frequente che, pur in modo nocivo per i soci di minoranza, quel voto intercetti e quindi non risulti incompatibile con lo stesso interesse sociale, eventualmente strumentalizzandolo in danno delle minoranze stesse.

In terzo luogo va detto che la giurisprudenza in tema di abuso del diritto di voto si è formata su ipotesi di abuso della maggioranza, cioè su ipotesi di delibere positive rispetto alle quali non si pone nemmeno il problema del voto determinante.

Tuttavia, diversamente, il voto della minoranza nelle delibere negative sarà di frequente in danno della società - difficilmente identificandosi l'interesse sociale con quello egoistico della minoranza - e, per tramite di quella lesione, lesivo anche dell'interesse della maggioranza. In giurisprudenza è noto un solo caso di abuso di minoranza (4), riconosciuto rispetto ad una s.p.a. chiusa, con minoranza di blocco (s.p.a. con due soci rispettivamente al 60% ed al 40%, talché non era possibile nemmeno in astratto il formarsi della maggioranza dei 2/3 del capitale presente in assemblea straordinaria senza il voto favorevole del socio di minoranza). Anche in quel caso si trattava di diniego opposto dal socio di minoranza all'aumento di capitale.

Orbene, se nelle società chiuse ben può rilevare una minoranza di blocco formalmente esistente, nelle società quotate si deve apprezzare anche la situazione in cui il socio di minoranza abbia una partecipazione pur minoritaria ma relevantissima - qui poco sotto la soglia dell'OPA obbligatoria (29,98%) - e, quindi, riesca, sfruttando la fisiologica carenza di partecipazione dei soci polverizzati, ad esercitare un blocco di fatto.

Del resto, non si può non sottolineare che tutta la disciplina dell'OPA si fonda esattamente su quel presupposto, laddove impone la condivisione del premio di maggioranza al socio che raggiunge una percentuale di partecipazione (30%) ben lontana dalla maggioranza assoluta del capitale.

Dunque, nelle società quotate, i soci che decidano di assumere posizioni pur di minoranza ma particolarmente significative sono vincolati al rispetto del principio di agire in buona fede in misura molto maggiore di quella dei soci polverizzati, proprio perché le loro decisioni recano effetti sul patrimonio di questi ultimi, in realtà soggetti deboli, solo formalmente titolari di poteri societari, di fatto incapaci di od impossibilitati ad esercitarli.

In sostanza, il sistema tende a proteggere la posizione debole dei soci polverizzati - tuttavia assolutamente necessari nel loro complesso a rendere funzionante il sistema stesso delle società quotate - con la responsabilizzazione dei soci titolari di partecipazioni significative.

In siffatta situazione, dunque, si rende rilevante, ai fini dell'apprezzamento di una situazione di blocco, non solo quella in cui il socio di minoranza sia titolare di un tale diritto in via astratta, ma anche quando lo sia sul piano concreto.

Andrà dunque applicato all'abuso di minoranza il criterio che l'art. 2373 c.c. utilizza per connotare la esclusione dal voto del socio (anche di minoranza) in conflitto di interessi, cioè l'effetto determinante del suo voto sull'adozione di una determinata deliberazione.

Tanto premesso, e passando a valutare il caso di specie, va anzitutto chiarito che WPP si è astenuta nella votazione dell'aumento di capitale del 2007 ed ha votato a favore dell'aumento di capitale proposto nell'assemblea del 29.7.2008. In entrambi i casi l'aumento è stato approvato ma non è stato eseguito, per decisioni non riconducibili a WPP. Quanto all'aumento di capitale del 2009, WPP ha spiegato il suo dissenso in ragione di gravi carenze strutturali insite nell'operazione in questione (termine di esecuzione troppo lungo, intenzione di BG di coprire l'aumento mediante consistente utilizzo in compensazione del credito per finanziamento, sconcerto per la mancata esecuzione dei due precedenti aumenti di capitale approvati, andamento negativo di F6, assenza di soglia minima per le azioni di nuova emissione, ecc.).

Quanto al voto del 28 aprile 2014 - ma identico era stato il comportamento di WPP quattro mesi prima - si deve considerare che WPP - già in assemblea (v. par. 1.5)

(3) Tra le tante: Cass. n. 1361/2011; Cass. n. 27387/2005; Cass. n. 11151/1995; Cass. n. 4323/1994; Cass. n. 2958/1993.

(4) Lodo Arbitrale 18 dicembre 2006, in *Corr. giur.*, 2007, 1443.

ed ancora in sede di memoria di costituzione ed in udienza - ha motivato il voto negativo lamentando che la ragione reale sottesa alla proposta di aumento di capitale di cui si discute, doveva individuarsi nell'intendimento del socio di maggioranza di convertire, come già avvenuto in passato, un credito di valore inesistente e postergato in capitale, così ottenendo un indebito vantaggio rispetto agli altri soci che, per non diluirsi, sarebbero costretti a versare moneta fresca.

La società contesta tale ricostruzione, osservando che il debito di F6 verso BG risale al 2006, quando, proprio per consentire a F6 di continuare ad operare, il socio di maggioranza ha finanziato la Società per circa 8,4 milioni di euro. Il finanziamento è fruttifero ed è stato regolamentato da un contratto che prevede scadenze precise delle *tranches* di restituzione. Alcune *tranches* rilevanti sono state pagate nel tempo ed ancora di recente, sino alla riduzione del debito verso BG sino agli attuali € 1.948.000. Altra rata di notevole consistenza è in scadenza a dicembre. La Società sostiene che, avendo patrimonio netto ampiamente positivo, sebbene inferiore al nominale, il finanziamento sarebbe restituito anche nell'ipotesi di liquidazione. In ogni caso, la conversione del capitale di credito in capitale di rischio da parte del socio è operazione del tutto legittima, pacificamente ammessa e che si risolve comunque a svantaggio del socio finanziatore. Si sottolinea, inoltre, che BG ha già convertito parte del suo credito in versamento in conto capitale, salvando così la società in altra precedente occasione dal cadere in una situazione *ex art. 2446 c.c.* Nel caso di specie si risolverebbe in un vantaggio per la Società stessa, consentendole di patrimonializzarsi, di ricevere nuovi capitali e di ottenere maggior credito dalle banche, così scongiurandosi lo spettro del procedimento *ex art. 2446 c.c.* e consentendosi l'apertura di una fase di espansione.

Osserva in proposito il Tribunale che, con riferimento alla contestata fattispecie di abuso della minoranza, la questione non si esaurisce in quella se l'aumento di capitale sia giustificato o no o, nel caso, se la conversione del finanziamento del socio alla società sia legittimamente utilizzabile per sottoscrivere un aumento di capitale o se tale operazione sia giovevole per la società, ma riguarda lo scorretto utilizzo, da parte del socio di minoranza, del suo diritto di voto e, più in particolare, se egli abbia fatto cattivo governo della discrezionalità, pur ampia, che assiste le sue scelte, sconfinando in un arbitrio dannoso per gli altri soci e per la società.

Ciò posto, ritiene il Tribunale che il voto di WPP - sebbene possa essere ritenuto in altra ottica non opportuno o sconveniente - non è stato tuttavia espresso esorbitando i limiti propri della discrezionalità propria del socio.

Invero, la stessa società - rispetto al finanziamento del socio BG - sta tenendo un comportamento che, nell'ottica particolare del socio di minoranza qualificata, può essere ritenuto non lineare, poiché da un lato essa lamenta uno stato di crisi finanziaria che le inibisce l'accesso (o comunque l'ulteriore accesso) al credito banca-

rio e che ha anche effetti patrimoniali - laddove determina la riduzione progressiva del patrimonio netto in misura tale da far prevedere il verificarsi di una situazione *ex art. 2446 c.c.*-, dall'altro lato procede alla restituzione dei finanziamenti al socio BG secondo le previste scadenze contrattuali.

Orbene, trattandosi di valutare l'esercizio, da parte del socio, della sua discrezionalità nel voto, non è necessario verificare se l'art. 2467 c.c. sia applicabile alle società quotate ed in che termini o se la sua applicazione consentirebbe ad F6 di non essere considerata inadempiente rispetto al contratto sottoscritto con BG, ed è invece necessario verificare se sia abusivo il voto del socio che - ritenendo confacente ai principi di corretta gestione della società cui partecipa, la qualificazione del credito in questione come postergato, o comunque inopportuna la sua restituzione in una situazione di crisi come quella rappresentata perché incrementativa della crisi stessa e discriminatoria, e comunque il credito di valore irrisorio in quanto già (sul piano sostanziale se non formale) "a capitale" e in essere verso una società che si dice essa stessa in crisi finanziaria con serie ricadute patrimoniali (né è chiaro allo stato quali sarebbero le ulteriori ricadute della liquidazione sullo stato patrimoniale di F6) -, si opponga con i mezzi che ha a disposizione, cioè, tra l'altro, il voto contrario alla delibera di aumento del capitale, a che quel credito possa essere formalmente convertito in capitale al valore nominale - senza esborsi e con un vantaggio ritenuto consistente ed evidente per il socio di maggioranza - nel contempo costringendo gli altri soci a versare di moneta fresca o a diluirsi. Sostanzialmente assume WPP che, rispetto alla gestione del finanziamento in questione è BG ad essere in conflitto di interessi, e di non voler contribuire all'adozione di una delibera che determinerebbe disparità di trattamento tra i soci.

Ritiene questo Tribunale che - per quanto possa essere non condivisa - una posizione siffatta non può - specie in un quadro di seria valutazione in ordine alla fondatezza dell'azione di merito, sia pure allo stato e nei limiti cognitivi propri di questo procedimento - essere qualificata *tout court* come arbitraria e strumentale.

È il caso di sottolineare inoltre che nemmeno i ricorrenti hanno in alcun modo illustrato le linee del piano industriale che il c.d.a. si riprometteva di finanziare con l'aumento di capitale, omettendo *in toto* di descriverne fattibilità e benefici effettivamente ricavabili.

Infine, in quanto espresso già in sede di assemblea straordinaria del 18.12.2013 allorquando la Società versava in identiche condizioni, la reiterazione dello stesso voto, in quanto giustificata, non è indice di abuso.

Ne consegue che il voto contrario all'aumento di capitale di F6 da parte di WPP non può essere ritenuto esorbitante i confini della discrezionalità del socio, strumentale ed abusivo.

Alla stregua delle superiori considerazioni il ricorso deve essere rigettato, rimanendo assorbiti i profili relativi alla sussistenza del *periculum in mora*.

(*omissis*).

una propria ed autonoma giustificazione sulla base di una legittima valutazione dei soci e la finalità in danno degli altri soci non costituisca quin-

di l'unica ragione della delibera, non si riscontra la causa di annullabilità della delibera stessa" (79).

## Delibera assembleare negativa e tutela cautelare d'urgenza (profili processuali) di Marcello Gaboardi (\*)

L'ordinanza in commento offre lo spunto per una serie di riflessioni in tema di impugnazione della delibera negativa e di esperibilità del rimedio cautelare atipico nell'ambito della tutela demolitoria. Sotto il primo profilo, la natura negativa della delibera impone un inquadramento più ampio della tutela costitutiva, funzionale ad assicurare non solo l'annullamento dell'atto, ma anche la disciplina del rapporto ad esso sotteso; e ciò nelle forme dell'accertamento e della proclamazione del risultato assembleare legittimo. Sotto il secondo profilo, invece, l'assenza di effetti della delibera negativa, se esclude ogni margine di applicabilità alla tutela cautelare sospensiva, sembra lasciare spazio alla cautela innominata, allorché si manifestino interessi all'anticipazione degli effetti obbligatori della pronuncia che proclama il risultato assembleare effettivo.

### Premessa

Con la pregevole ordinanza in commento, il tribunale di Milano, investito della decisione di un ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., è intervenuto con autorevolezza su una pluralità di questioni aventi spiccata rilevanza processuale e societaria. Ed invero, l'articolata pronuncia del tribunale milanese si è concentrata, sotto vari profili, anzitutto, sull'annosa questione dell'impugnabilità della *delibera assembleare negativa* e, per tale via, sulle questioni - non meno controverse - dell'*anticipabilità in sede cautelare* degli effetti della sentenza di annullamento e della riconducibilità della delibera negativa all'ambito applicativo della *tutela cautelare d'urgenza*.

La pronuncia in commento ha rappresentato, infatti, l'epilogo (provvisorio e, per l'appunto, cautelare) di una complessa vicenda societaria sfociata nell'iniziativa con cui taluni soci (assenti o dissenzienti) di una S.p.a. quotata, al fine d'impugnare la delibera assembleare con cui era stata *negata* l'adozione di talune proposte di aumento del capitale sociale, avevano agito in sede cautelare d'urgenza per ottenere, anzitutto, l'anticipazione degli effetti demolitori che sarebbero stati propri della sentenza conclusiva dell'instaurando giudizio di merito. Nel contesto della medesima domanda cautelare i soci

ricorrenti avevano chiesto, inoltre, l'anticipata e provvisoria "costituzione in via giudiziale" (1) degli effetti che sarebbero dovuti scaturire dall'approvazione assembleare delle menzionate proposte di aumento di capitale e che sono stati parimenti richiesti - *sub specie*, però, di effetti definitivi - con l'atto introduttivo del giudizio di merito.

Ma come spesso accade in situazioni siffatte, più dell'esito del processo cautelare (che nella specie si è concluso col rigetto del ricorso per insussistenza del *fumus boni iuris* e, dunque, per probabile carenza dei denunciati motivi d'impugnazione della delibera), interessano all'interprete, *in primis*, quei profili preliminari - e specialmente processuali - che hanno consentito al giudice di pervenire ad una (ammissibile) pronuncia sul merito del ricorso cautelare. Profili che, nella specie, hanno interessato non solo la legittimazione dei soci ricorrenti ad agire in sede cautelare, ma anche (e soprattutto) i rapporti di compatibilità tra la tutela demolitoria degli artt. 2377-2378 c.c. e il contenuto negativo della delibera impugnata; rilevanti sono anche i rapporti tra tale ultimo aspetto e quello della ricorribilità alla tutela cautelare d'urgenza, atteso che, nel contesto normativo vigente, l'azione cautelare gode già del regime tipico (e vincolato nelle forme) della sospensione dell'efficacia della delibera

(79) Trib. Milano (ord.) 2 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, 3643.

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Le parole tra virgolette sono tratte dalla sentenza in commento *sub par.* 1.1.

impugnata. In effetti, nell'ambito delle controversie societarie, ove le istanze di tutela si manifestano numerose ed eterogenee, più stringente ancora delle problematiche sul merito è spesso l'interrogativo sulla stessa *utilizzabilità* d'un dato mezzo processuale. È, questo, forse il sintomo d'una certa inadeguatezza della normativa processuale *in parte qua* e della conseguente insostituibilità dell'interprete (ma, prim'ancora, della prassi) nell'attività di apertura del sistema vigente a forme di tutela più efficaci e, al contempo, più coerenti rispetto alle concrete esigenze della realtà societaria. Ma è, d'altra parte, anche il riflesso dell'incompletezza del sistema processuale societario - la cui evoluzione normativa, come noto, ha vissuto non poche e alterne vicende (culminate, da ultimo, con l'abrogazione del c.d. rito societario) - nel quale le peculiarità dei soggetti coinvolti mutano profondamente l'ordinaria struttura bilaterale del processo. Un mutamento, quest'ultimo, che è conseguenza sia del carattere *plurisoggettivo* dei rapporti sostanziali dedotti, sia della frequente incidenza dell'iniziativa processuale sull'attività di *poteri privati*, rendendo così inapplicabili molte delle tradizionali categorie con cui viene interpretato l'ordinario processo di cognizione. Ma la peculiarità di un tale sistema pare ancora più spiccata ove si consideri l'ambito della tutela cautelare, ove alla differente rilevanza (soggettiva e oggettiva) del rapporto processuale, si aggiungono penetranti interrogativi sugli *effetti* della sentenza (destinati ad essere anticipati dall'ordinanza cautelare) e sul rapporto tra i mezzi tipici e lo strumento atipico di tutela provvisoria.

### L'impugnazione della delibera negativa

Tali interrogativi si sono riproposti anche con l'ordinanza in commento. Basti considerare che la vicenda societaria sottoposta all'esame del giudice milanese si è sviluppata attorno all'efficacia del voto negativo espresso dal socio detentore di una partecipazione di minoranza nel corso dell'assemblea straordinaria di una S.p.a. quotata. Benché minoritaria, tale partecipazione è stata in grado di impedire il raggiungimento del *quorum* deliberativo (pari, nella specie, ai 2/3 del capitale sociale intervenuto in assemblea) per l'approvazione di due distinte proposte di aumento del capitale sociale a

pagamento. I soci dissenzienti rispetto alla delibera di rigetto delle menzionate proposte hanno lamentato, in particolare, un'illegittima formazione della volontà assembleare in ragione di un asserito conflitto di interessi del socio rilevante *ex art. 2373 c.c.* e, comunque, di un suo presunto abuso del diritto di voto in occasione del rifiuto delle proposte assembleari. Le lamentele sono, infine, sfociate nella formulazione di una richiesta - coltivata anche in sede di merito - di anticipazione in via provvisoria dell'*effetto demolitorio* della delibera negativa e di conseguente *costituzione* di quegli effetti che sarebbero stati preclusi dal rifiuto assembleare delle proposte di aumento del capitale sociale.

Soffermiamoci, anzitutto, sulle valutazioni svolte dal tribunale milanese in punto di deliberazione negativa. Intervenendo con autorevolezza in un dibattito dottrinale e giurisprudenziale particolarmente ricco di contributi (2), il giudice cautelare ha mostrato di condividere l'opportunità di una valorizzazione della delibera negativa alla stregua di un'autonoma espressione della volontà assembleare; una volontà, quella espressa con la delibera negativa, che si forma e si manifesta, dunque, allo stesso modo della volontà espressa in una delibera positiva, risultando tuttavia incapace di incidere - se non in via di mero fatto - sulla sfera giuridica e patrimoniale della società e dei soggetti che in essa (e/o per essa) operano. Ha osservato, tuttavia, il giudice milanese, che l'aspetto realmente problematico di una delibera di rigetto della proposta assembleare va individuato in rapporto al regime della *tutela giurisdizionale esperibile* avverso una volontà assembleare (per l'appunto, negativa) che si sia formata in maniera illegittima. E ciò in quanto l'infettibile corollario della *natura deliberativa* della decisione assembleare negativa - vale a dire: l'impugnabilità *ex artt. 2377-2378 c.c.* - non soddisfa di per sé le reali esigenze di tutela dei soci dissenzienti, ovverosia di quei soci che hanno espresso una volontà contraria a quella della maggioranza (o a quella che, comunque, si è affermata nel corso dell'assemblea) e incline, dunque, ad approvare quella proposta assembleare che è stata invece disattesa.

La ragione di una tale problematicità è presto spiegata, solo che si consideri la limitata *utilità* - soprattutto sul piano della tutela della sfera giuridica dei soci dissenzienti - dell'annullamento di una de-

(2) Nel senso che la delibera negativa assume ad ogni effetto la qualifica di deliberazione assembleare, v., per tutti, M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2002, 81 ss., nonché, *ex multis*, Trib. Milano 16 luglio 2012, in *Foro pad.*, 2014, I, 93 (che, pur ammettendone

l'impugnabilità, ne esclude però la sospensione cautelare); Trib. Catania 10 agosto 2007, in *Giur. comm.*, 2009, I, 197; Trib. Napoli 5 dicembre 2002, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 79; Trib. Milano 18 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 98 ss.

libera negativa. La tutela demolitoria, infatti, non consente, per l'effetto caducatorio (dell'atto impugnato) che le è connaturato, di conseguire un risultato pratico realmente fruibile da parte del soggetto che sia interessato a chiedere (e ottenere) una qualche forma di tutela avverso l'illegittimo rifiuto della proposta assembleare. Non sorprende, quindi, che nell'ordinanza in commento sia stata censurata l'inanità di un provvedimento giurisdizionale (quello che determina, appunto, l'annullamento della delibera negativa) che sarebbe chiamato a sottrarre efficacia giuridica ad un atto assembleare che, in ragione del suo stesso contenuto (*id est* il rifiuto di approvare una deliberazione), non è idoneo a produrre alcun tipo di effetto, se non quello puramente conservativo dello *status quo ante*. Va detto, però, che una tale conclusione - e la conseguente esigenza di colmare il (reale) vuoto di tutela determinato dall'annullamento della delibera negativa - è stata da taluno osteggiata; e ciò, sul presupposto che sarebbe senz'altro da escludere una natura di deliberazione (e, quindi, di manifestazione di volontà idonea a produrre effetti giudici nella

sfera della società e, ancor più, nei confronti dei terzi) per la decisione (o, comunque, per il mero risultato assembleare) di rigetto di una proposta deliberativa (3). Non è certo questa la sede per approfondire una tale complessa tematica; nondimeno, pare opportuno evidenziare la correttezza dell'assunto dal quale ha preso le mosse anche il provvedimento in commento. Se è vero, infatti, che la regolare costituzione dell'organo assembleare è di per sé idonea a produrre taluni effetti (*sub specie* di consumazione del potere di discutere e votare in seconda convocazione sulla questione posta all'ordine del giorno) e che, pertanto, tali effetti finiscono per prodursi indipendentemente dall'esito della votazione (quindi, anche quando il risultato proclamato sia negativo), non è meno vero che, da un lato, tali effetti si consolidano definitivamente solo con il rifiuto della proposta deliberativa (4) e, dall'altro lato, l'espressione (negativa) della volontà assembleare concorre, comunque, a determinare taluni autonomi effetti che, a ben vedere, la semplice (regolare) costituzione dell'organo assembleare non è in grado di conseguire (5). Quando, dunque, l'or-

(3) In questo senso v, soprattutto, M. Centonze, *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. delibera negativa)*, in *Riv. soc.*, 2007, 414 ss., in part. 421 ss. Va detto, però, che la negazione di una natura deliberativa alla statuizione di rigetto dovrebbe comportare una preclusione - logica, invero, prim'ancora che giuridica - del ricorso allo strumento demolitorio, posto che parrebbe, in effetti, incongruo ammettere la ricorribilità ad uno strumento estintivo degli effetti giuridici nei confronti di un risultato assembleare puramente negativo, che neppure si sarebbe tradotto in una manifestazione di volontà (*id est* in un atto giuridico idoneo a produrre effetti rilevanti per la società, i suoi organi e, naturalmente, i soci). Il corollario di una tale impostazione è, infatti, quello di limitare l'ambito della tutela giurisdizionale in favore dei soci *interessati* all'approvazione della proposta rifiutata (non potrebbe dirsi - secondo questa prospettiva - che i soci siano propriamente *dissenziati*) all'azione di mero accertamento della mancata adozione di una delibera (positiva). Tale corollario, tuttavia, solleva, a mio parere, qualche dubbio in merito allo stesso interesse ad agire del socio che ambiva all'approvazione della proposta non accolta in assemblea: vi è da chiedersi, infatti, se possa configurarsi in questi casi una situazione fattuale davvero idonea a legittimare un'azione meramente dichiarativa del socio che sia interessato ad un esito diverso della deliberazione assembleare. Sebbene una tale questione trascenda certamente i limiti della presente nota, a me pare che la negazione di ogni rilevanza giuridica al rigetto della proposta deliberativa - derubricato così a mero fatto negativo - impedisca di enucleare un effettivo interesse ad agire in via di mero accertamento, posto che il mero risultato negativo dell'assemblea non configura né la contestazione del diritto altrui o il vanto di un diritto incompatibile (se il rigetto della proposta non incide sulla sfera giuridica dei soci, non si vede, infatti, come possa incidere - negativamente - su quella dei terzi), né un'apparenza giuridica idonea parimenti a ledere la sfera giuridica altrui (il rigetto della proposta, se non può assurgere a delibera, non può neppure caratterizzarsi per i vizi di una delibera e, per tale via, attestare una realtà giuridica apparente e pregiudizievole, ossia difforme

da quella voluta dalla legge).

(4) Si è segnalato, ad esempio, come la formazione di una volontà assembleare negativa finisca per precludere (*i*) ogni possibile continuazione della discussione o, senz'altro, una nuova votazione sullo stesso argomento in occasione di una seconda convocazione della medesima assemblea ovvero, ancora, (*ii*) ogni possibile riproposizione - per un determinato lasso di tempo - della proposta deliberativa rifiutata nell'ordine del giorno di una successiva assemblea (a condizione - si osserva - che vi sia una specifica clausola statutaria che consenta tale ultima preclusione): v. M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, cit., 81 ss., 152 ss.

(5) Si è osservato che l'obbligo degli organi amministrativi e di controllo di assumere i provvedimenti "conseguenti" all'annullamento della delibera impugnata (art. 2377, comma 7, c.c.) potrebbe consentire - ed anzi dovrebbe imporre - una forma di *autotutela endosocietaria* volta ad attribuire alla figura apicale del presidente dell'assemblea la responsabilità di un'esecuzione della sentenza di annullamento nella parte in cui sia stato individuato il vizio procedimentale foriero della illegittimità della delibera negativa. Sarebbe, cioè, obbligo del presidente assicurarsi che, in caso di nuova convocazione dell'assemblea per deliberare sulla proposta rigettata, non si ripeta il medesimo vizio di illegittimità che aveva condotto in precedenza alla mancata approvazione della proposta da parte dell'assemblea. Di qui, l'idea che l'accertamento del conflitto d'interessi ex art. 2373 c.c. - vizio censurato anche dai ricorrenti, ma disatteso dall'ordinanza in commento - possa giustificare un intervento del presidente volto ad escludere dalla formazione del *quorum* deliberativo il voto che sia stato espresso *in senso conforme a quello ritenuto invalido* dal socio in conflitto nel corso della nuova assemblea avente ad oggetto l'approvazione della medesima proposta (v. D. Rizzardo, *La tutela avverso le delibere negative illegittime e il ruolo del presidente dell'assemblea di s.p.a.*, in AA.VV., *Le società nel processo. Spiegazioni di diritto societario e processuale attraverso la giurisprudenza*, a cura di C. Consolo, G. Guizzi, I. Pagni, Torino, 2012, 192 ss.).

dinanza in commento ha argomentato che la delibera negativa non ha effetti (eliminabili con la pronuncia di annullamento), a me pare che abbia inteso riferirsi soltanto a quel fascio di effetti che incidono direttamente sui diritti *patrimoniali* dei soci (e specialmente, come detto, dei soci dissenzienti) incisi dall'operazione economica che sia stata rigettata dall'assemblea. Ed infatti, è innegabile che il rigetto di una proposta deliberativa non possa modificare, per definizione, né la posizione giuridica né la situazione patrimoniale della società e dei soci (6). Diverso, invece, è il discorso con riferimento a quegli effetti che incidono sui diritti *amministrativi* dei soci determinando una consumazione del potere deliberativo *in parte qua* all'interno dell'organo assembleare. È inevitabile, infatti, che il rigetto di una proposta assembleare finisca comunque per modificare il *regime procedimentale* di discussione e votazione della proposta rigettata. Vi è, insomma, una sorta di doppia rilevanza della delibera negativa sul piano degli effetti, poiché la mancata approvazione della proposta in sede assembleare, se sancisce la volontà dei soci di lasciare immutata la situazione giuridico-patrimoniale della società (per lo meno in relazione a quegli aspetti che erano coinvolti nella proposta rigettata), non può invece costituire un evento che resti del tutto privo di effetti, in quanto ciò che contraddistingue ogni manifestazione di volontà - compresa, naturalmente, quella dei soci in assemblea - è proprio la sua propensione a determinare un qualche mutamento della realtà fenomenica; un mutamento, quest'ultimo, che nella specie riguarda principalmente l'accennata preclusione alla rinnovazione del diritto di voto nella medesima assemblea.

### La legittimazione ad impugnare la delibera negativa

Ma se il rigetto della proposta assembleare costituisce una manifestazione di volontà dei soci e se il procedimento di adozione di una tale delibera è, quindi, censurabile nelle forme dell'impugnazione negoziale, allora deve ammettersi che il regime della tutela demolitoria sia applicabile alla delibera negativa anche con riguardo alle regole determina-

tive della legittimazione ad impugnare. Ad una tale conclusione è pervenuto, d'altra parte, lo stesso tribunale di Milano, allorché ha ammesso la legittimazione dei soci dissenzienti alla stregua dei requisiti imposti dall'art. 2377, commi 2, 3 e 4, c.c. Tra gli elementi posti in luce nell'ordinanza in commento, merita una specifica menzione, anzitutto, il requisito della posizione legittimante del socio (presente e votante) in rapporto al contenuto della delibera adottata. Così, in rapporto alla delibera negativa, coloro che la legge qualifica come soci "dissenzienti" sono naturalmente coloro che hanno mostrato un disaccordo con il rigetto della proposta assembleare e, quindi, specularmente alla posizione del socio dissenziente rispetto ad una delibera positiva, coloro che hanno votato a favore (*rectius* per l'approvazione) della proposta stessa. *Nulla quaestio*, dunque, sulla legittimazione dei ricorrenti ad agire in via cautelare per ottenere, anzitutto, l'anticipazione dell'effetto demolitorio della delibera che era stata contestualmente impugnata in sede di merito. Ed infatti, tralasciando per un istante la questione della esperibilità *in parte qua* della tutela *ex art. 700 c.p.c.*, può ben dirsi che l'applicazione del regime impugnatorio sia la diretta conseguenza dell'attribuzione di una natura deliberativa alla decisione di rigetto della proposta assembleare; ciò che appare evidente ove solo si consideri che la tutela reale null'altro è che uno strumento di salvaguardia della corretta (e valida) formazione della volontà assembleare. Se si riconosce, dunque, una legittimazione dei soci "dissenzienti" all'esercizio della tutela demolitoria in sede di merito, ove si ammetta (come avvenuto nella specie) la ricorribilità alla tutela cautelare innominata, allora deve riconoscersi - alle medesime condizioni - anche un'equivalente legittimazione dei soci ad ottenere l'anticipazione dell'effetto demolitorio dinanzi al giudice della cautela.

Più ricca di implicazioni sul piano processuale mi pare, invece, l'analisi della posizione assunta in giudizio dalla società e, per altro verso, dal socio ritenuto responsabile del comportamento che determina l'illegittimità dell'intera delibera assembleare. Sotto il primo profilo, è interessante notare non solo la strutturale legittimazione della società ad essere convenuta nel giudizio impugnatorio *ex artt.*

(6) L'inidoneità della delibera negativa ad incidere sui diritti patrimoniali dei soci e della società vale, naturalmente, in rapporto alla specifica decisione economica che era oggetto della proposta assembleare rigettata, ma non esclude che la mancata approvazione della proposta si riveli suscettibile di provocare danni alla società, come appare evidente ove si consideri

che l'immobilismo decisionale dell'ente può risultare dannoso sia sul piano patrimoniale sia sul piano amministrativo [sulla potenziale dannosità della deliberazione negativa, v. M.C. Corradi, *Conflitto di interessi, azione sociale di responsabilità e impugnazione di deliberazioni negative*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 840 ss., in part. 853 (nota a Trib. Palermo, 18 maggio 2011)].

2377-2378 c.c., ma anche la sostanziale irrilevanza sul piano processuale - sancita anche nella vicenda sottoposta all'esame del tribunale milanese - di un'eventuale adesione (più negli argomenti, invece, che nelle richieste di tutela) alle istanze svolte dai soci ricorrenti. Come detto, la posizione processuale della società nell'ambito del giudizio impugnatorio di una delibera assembleare viene disciplinata dalla legge con particolare rigore, essendo riconosciuto all'ente un naturale *controinteresse* alla conservazione della decisione assunta dai soci (*rectius* dalla maggioranza assembleare); e ciò, proprio in ragione del fatto che la volontà formatasi in assemblea viene imputata direttamente in capo alla società, la quale, se non beneficia di un'attribuzione diretta della legittimazione *ad causam* (7), vede comunque tutelato il proprio peculiare interesse - ove confliggente con quello della maggioranza assembleare - per il tramite dell'attribuzione di una legittimazione ad impugnare in capo ai propri organi amministrativi o di controllo. Non può che condividersi, pertanto, la conclusione a cui perviene il tribunale milanese allorché riduce ad un mero "accidente di fatto" (8) l'argomentazione svolta dalla società resistente a sostegno delle richieste dei soci ricorrenti; ed infatti, la posizione processuale della società viene definita, oltre che dalle scelte legislative (9), anche dalla *struttura* del giudizio impugnatorio che mira a costituire il contraddittorio sul vizio denunciato contrapponendo chi ambisce alla sua rimozione e chi ha interesse, invece, al suo mantenimento (10).

Una differente valutazione merita, invece, il profilo attinente alla partecipazione al giudizio (anche) del socio che si sia reso responsabile del comportamento all'origine dell'affermato vizio della deliberazione. Tale profilo ha assunto particolare rilevanza anche nella vicenda oggetto dell'ordinanza in commento, laddove - come detto - il denunciato vizio della delibera afferiva al conflitto d'interessi e all'abuso del diritto di voto (poi, in concreto, di-

sconosciuti dal giudice cautelare) da parte del socio titolare della partecipazione determinante per il mancato raggiungimento del *quorum* deliberativo e, così, per il rigetto della proposta assembleare. Dalla lettura del provvedimento annotato (11) emerge, infatti, che i soci ricorrenti in sede cautelare (e poi *stricto sensu* impugnanti nel giudizio di merito) avevano omesso di instaurare il contraddittorio anche nei confronti del socio che aveva posto in essere il comportamento determinativo del vizio della delibera; di qui, una rimessione in termini del socio pretermesso da parte del giudice cautelare e la conseguente regolare costituzione in giudizio della parte (vien da dire: sulla scorta, ora, del novellato art. 153, comma 2, c.p.c.) (12), nonché il condivisibile rinvio al giudice del merito di ogni questione attinente all'integrazione del contraddittorio nei confronti dei "soci in conflitto di interesse od abusanti" (13) alla stregua di litisconsorti necessari del giudizio di impugnazione. Non è espresa la ragione in forza della quale il giudice milanese abbia disposto l'integrazione del contraddittorio in sede cautelare, avendo riservato ogni determinazione del caso (*sub specie* di rinnovazione della citazione o di integrazione del contraddittorio *ex art.* 102 c.p.c.) al giudizio di merito. Eppure, non sembra sbagliato ritenere che il tribunale abbia apprezzato la stretta correlazione tra la cognizione del vizio deliberativo (seppure nelle forme del solo *fumus boni iuris*) e la delibazione del voto espresso in conflitto d'interessi o con abuso di tale diritto. D'altra parte, la censura d'illegittimità della delibera si appunta - già in sede cautelare - proprio sul contegno tenuto dal socio titolare della partecipazione rivelatasi, poi, determinante per il rigetto della proposta assembleare; il punto è allora quello di valutare - nei limiti consentiti dal presente commento - quale sia la posizione processuale assunta dal socio *in parte qua* e, quindi, l'ambito di rilevanza del giudizio plurisoggettivo in sede cautelare.

(7) Sulla tassatività del catalogo legislativo dei soggetti legittimati ad agire in via d'impugnazione avverso la delibera illegittima, v. per tutti G. Zanon, *L'invalidità delle delibere assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, 3, II, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 1993, 258.

(8) Cfr. l'ordinanza in commento *sub par.* 1.2.

(9) Il sistema normativo degli artt. 2377-2378 c.c. ha associato, infatti, la posizione della società a quella del convenuto nel giudizio impugnatorio (cfr. F. Chiappetta, *Sub art.* 2378, in *Commentario alla riforma delle società*, cit., 295).

(10) Cfr. Cass. 5 ottobre 2012, n. 17060, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 1187.

(11) In particolare, assumono rilevanza le considerazioni svolte al par. 1.3 dell'ordinanza in commento.

(12) L'introduzione, con L. 18 giugno 2009, n. 69, di una generale possibilità di rimessione in termini della parte decaduta, senza colpa, da un termine processuale perentorio ha indotto gli interpreti ad estendere tale prerogativa (contemplata ora in una previsione generale come l'art. 153, comma 2, c.p.c.) ben oltre l'ambito del processo cognitorio ordinario (come previsto dall'abrogato art. 184 *bis* c.p.c.), fino al processo cautelare uniforme *ex artt.* 669 *bis* ss. c.p.c. (cfr. Pret. Como 20 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 258 ss.; Trib. Como, 14 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1103 ss., con nota di R. Caponi, *In tema di impedimenti all'esercizio del poteri processuali*).

(13) Le parole riportate tra virgolette nel testo sono riprese sempre dal par. 1.3 dell'ordinanza in commento.

Orbene, allorché il socio abbia espresso un voto (negativo) determinante per il rigetto della proposta assembleare, si viene a delineare, io credo, una situazione processuale in cui necessariamente l'esame del vizio della delibera *implica* la (ed, anzi, *si risolve* nella) deliberazione del vizio del voto espresso dal socio in assemblea. Una così stretta connessione tra le questioni dedotte nel giudizio impugnatorio finisce, quindi, per rendere indispensabile anche la presenza del socio nel processo; e ciò, al fine di escludere la pronuncia di una sentenza che, se fosse resa in sua assenza, si rivelerebbe - come suole dirsi in questi casi - *inutiliter data* per gli stessi soci che hanno agito per l'annullamento della delibera (14). D'altra parte, il coinvolgimento del socio nel giudizio d'impugnazione non solo consente un maggiore approfondimento istruttorio assicurando, al contempo, l'esercizio del diritto di difesa sul denunciato vizio della delibera (nella fattispecie esaminata dall'ordinanza in commento: sul fatto che il voto determinante sia stato espresso in conflitto di interessi *ex art. 2373 c.c.* o con abuso del relativo diritto), ma previene altresì la formazione di eventuali giudicati contrastanti, salvaguardando gli interessi di economia processuale sottesi al parametro costituzionale di una durata ragionevole del processo. Ciò induce a pensare che la posizione del socio *in parte qua* sia quella di un litisconsorte necessario, ma - a ben vedere - non già perché la *ratio*

dell'art. 102 c.p.c. sia esportabile anche al giudizio cautelare, ma piuttosto perché, nel caso di specie, l'avvio del giudizio cautelare è avvenuto contestualmente (*rectius*: incidentalmente *ex art. 669 quater c.p.c.*) a quello sul merito (15).

### La proclamazione del risultato assembleare *secundum legem*

Per ammettere l'impugnabilità della delibera negativa (e, pertanto, come si dirà, l'anticipabilità in sede cautelare degli effetti della sentenza di annullamento), il tribunale milanese ha preso le mosse - come si è visto - dalla considerazione che la tutela demolitoria e il conseguente effetto di annullamento della delibera negativa si rivelano inidonei al conseguimento di un risultato pratico che sia realmente fruibile dalle parti impugnanti. L'incidenza della sentenza di annullamento sugli effetti prodotti (o producibili) dalla delibera illegittima è, infatti, ininfluenza nel caso in cui il suo contenuto venga a coincidere *sic et simpliciter* con il rigetto della proposta assembleare e, più in generale, ogni qualvolta la volontà assembleare non determini alcun effetto sulla situazione giuridico-patrimoniale dei soci e della società (16). Sulla scorta di un orientamento ampiamente condiviso in dottrina e in giurisprudenza (17), il tribunale milanese ha osservato che l'accertamento del vizio e il conseguente annullamento della delibera negativa deve costituire

(14) Costituisce un principio consolidato in dottrina (v., per tutti, G. Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, 242 ss., 467 ss.; S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, I, *Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, 530 ss.) e ampiamente condiviso dalla giurisprudenza quello secondo cui "il litisconsorzio necessario, fuor che nei casi espressamente previsti dalla legge, ricorre solo quando, per la particolare natura o configurazione del rapporto giuridico dedotto in giudizio e la situazione strutturalmente comune ad una pluralità di soggetti, la decisione non possa conseguire il proprio scopo se non sia resa nei confronti di tutti questi soggetti. Pertanto (...) la funzione dell'istituto è di tutelare chi ha proposto la domanda e non potrebbe in realtà conseguire quanto richiesto se la sentenza non producesse effetti nei confronti di tutti i litisconsorzi; non invece quella di tutelare il diritto di difesa dei litisconsorzi pretermessi, già sufficientemente protetti dall'inefficacia nei loro riguardi di una pronuncia emessa a seguito di un giudizio cui essi siano rimasti estranei" (così, *ex multis*, Cass. 9 marzo 2004, n. 4714, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 14; Cass. 4 gennaio 2005, n. 121, in *Guida dir.*, 2005, 69; Cass. 26 gennaio 2014, n. 14387, in *Mass. Giust. civ.*, 2014, 1574).

(15) Per l'inapplicabilità dell'art. 102 c.p.c. in sede cautelare sul rilievo che oggetto del processo cautelare non è il diritto cautelando, v. C. Consolo, *Intervento del terzo nel giudizio cautelare, reclamo del terzo e pregiudizio da mera attuazione scorretta (da farsi valere in altro modo)*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 188 ss. Per la necessità del litisconsorzio nel processo cautelare incidente, v. invece S. Recchioni, *Il processo cautelare uniforme*, Torino, 2005, 493.

(16) Per la limitata utilità della tutela demolitoria nei confronti delle delibere *self-executing* (come, ad esempio, la delibera di approvazione del bilancio) o che, comunque, realizzano *definitivamente* l'effetto modificativo della realtà (giuridico-patrimoniale) senza bisogno di un'attività propriamente esecutiva da parte degli organi societari, v. ampiamente U. Corea, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008, 180 ss.; S.A. Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 236 ss., testo e nota 308. In giurisprudenza, nel senso che le delibere *self-executing* siano sospendibili *ex art. 2378*, comma 3, c.c., v., *ex multis*, Trib. Milano 27 febbraio 2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Saluzzo 10 aprile 2001, in *Giur. comm.*, 2001, II, 623 ss.; Trib. Como 1° giugno 2000, *ivi*, 2002, II, 125 ss.; Trib. Milano 25 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1999, 1676 ss.; Trib. Milano 21 giugno 1988, in *Giur. comm.*, 1988, II, 904 ss. (nel senso, invece, di una rigorosa preclusione *sic et simpliciter* della possibilità di sospendere tali tipologie di delibere, v. Trib. Torino, 9 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1871 ss.; Trib. Milano 24 aprile 2002, *ivi*, 2002, 2101 ss.; Trib. Milano 12 gennaio 2001, in questa *Rivista*, 2001, 713).

(17) L'opinione è largamente condivisa sia in dottrina (cfr., anche per ulteriori riferimenti, L. Bonotto, *Sub art. 2373*, in A. Picciau, *Assemblea*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 197 ss.) sia in giurisprudenza (v., *ex multis*, Trib. Catania 3 settembre 2001, in *Vita not.*, 2002, 124 ss., con nota di D. Chiofalo, *Poteri del presidente dell'assemblea e accertamento giudiziale del risultato deliberativo*).

soltanto la premessa per il conseguimento di una tutela aggiuntiva, rappresentata dall'accertamento del risultato assembleare legittimo (*rectius* dall'esito della votazione assembleare conseguente all'emendazione del vizio) e dalla proclamazione di quella che avrebbe dovuto essere la deliberazione da adottare. Accanto ad una *pars destruens*, il giudice milanese ha cioè ritenuto indispensabile che la decisione sull'impugnazione esprimesse anche una corrispondente *pars construens*: ed è proprio su questo secondo aspetto che si sono concentrate, da tempo, anche le principali attenzioni degli interpreti.

Se, infatti, si pensa alla proclamazione del risultato legittimo della votazione alla stregua di una pronuncia *costitutiva* del giudice, si finisce inevitabilmente per incontrare il limite della tassatività, che è proprio di tale forma di tutela cognitoria (art. 2908 c.c.). L'osservazione è emersa anche nell'ordinanza in commento, ma è stata superata in base alla considerazione che la natura costitutiva della sentenza di annullamento potrebbe giustificare anche "quella altra sua faccia - inscindibilmente connessa - data dalla proclamazione del risultato deliberativo *secundum legem*" (18). Eppure, a mio sommo avviso, il limite della tassatività della tutela costitutiva non sembra così agevolmente superabile, poiché l'esercizio del potere modificativo specificamente contemplato dalla legge e il conseguente ottenimento dell'effetto giuridico divisato vengono a determinare la *consumazione* del relativo diritto di agire in via costitutiva dinanzi al giudice (19). Di talché, se la legge assicura l'eliminazio-

ne della delibera viziata per il tramite di un potere di annullamento, ne consegue, a me pare, che un tale potere si consumi definitivamente a seguito della pronuncia con cui si ottiene l'annullamento della delibera, mentre la proclamazione del risultato assembleare *secundum legem*, anche se può ritenersi in una certa misura complementare a tale annullamento, rappresenta in realtà un *quid pluris*, ovverosia l'effetto di un diverso (e presunto) potere costitutivo, che per dirsi legittimo necessita di un'autonoma e distinta copertura legislativa. Una copertura, quest'ultima, che non pare rintracciabile nell'ordinamento, neppure tentando di ricondurre l'intervento del giudice alla previsione dell'art. 2932 c.c. (20), posto che, se è vero che la regola della tassatività non esclude il ricorso all'interpretazione estensiva (21), non è meno vero che la figura tipica dell'intervento sostitutivo del mancato consenso diverge a tal punto dall'idea di un intervento sostitutivo della volontà assembleare che non pare ammissibile, per questa via, legittimare una formazione giudiziale del risultato assembleare (22). Peraltro, non sembra che una conclusione diversa sia in qualche misura imposta - come sostiene, invece, il tribunale nell'ordinanza in commento - dalle esigenze di un trattamento paritario dei soci, poiché se è vero che l'idea di una pronuncia costitutiva del risultato *secundum legem* sembrerebbe giustificata dall'esigenza di assicurare uno spazio di tutela equivalente a prescindere dal segno positivo o negativo della delibera (23), è altrettanto vero, io credo, che il perseguimento di un simile

(18) Così l'ordinanza in commento *sub par.* 1.4.

(19) Il riferimento all'effetto giuridico come criterio per la determinazione della tutela costitutiva è comune a quell'autorevole indirizzo dottrinale che pone alla base dell'effetto costitutivo l'attivazione di un diritto soggettivo potestativo: v., per tutti, A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, 191 ss.; C. Consolo, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 73 ss.

(20) Così M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, cit., 92 ss.

(21) Cfr. A. Bonsignori, *Sub art.* 2908, in *Commentario del c.c. di Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, *Disposizioni generali*, Bologna-Roma, 1999, 35 ss. (ove ampi riferimenti) e, in particolare, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*<sup>3</sup>, Torino, 2014, 30-31.

(22) Per questa conclusione cfr. P. Ferro-Luzzi, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, (1976) rist. 1993, 48 ss.; I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale: contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 515 ss. V. anche Cass. 12 agosto 1997, n. 7525, in questa *Rivista*, 1998, 167 ss. Non è questa la sede per esaminare una tematica così complessa; nondimeno, è opportuno ricordare che la scelta di escludere la proclamazione del risultato assembleare *secundum legem* dall'ambito applicativo del-

l'art. 2932 c.c. è stata giustificata, anzitutto, sulla scorta della differenza intercorrente tra la prestazione del consenso, che è un atto negoziale rivolto alla formazione di un contratto, e la delibera assembleare, che concorre invece alla formazione (*rectius* al perfezionamento) di un procedimento decisionale e opera, quindi, come atto giuridico in senso stretto (così F. Galgano, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 1996, 5 ss.). Ma non si è neppure trascurato di rilevare che una tale costituzione finirebbe per coartare la volontà dei soci intervenuti, i quali, a causa della proclamazione officiosa del risultato assembleare, resterebbero indebitamente vincolati al voto espresso in assemblea anche in quei casi in cui l'esistenza di un presupposto legittimante l'invalidità della delibera - come, ad esempio, il conflitto d'interessi - non impone al socio né di astenersi né di esprimere un determinato voto (così D. Rizzardo, *La tutela avverso le delibere negative illegittime e il ruolo del presidente dell'assemblea di s.p.a.*, cit., 195 ss., in part. 197, testo e nota 24).

(23) Così si è espressa, infatti, l'ordinanza in commento richiamando all'uopo gli artt. 3 e 24 Cost. (v. il par. 1.4); ma - come accennato nel testo - se i precetti costituzionali impongono, una volta riconosciuta la natura di deliberazione al rigetto della proposta assembleare, l'accesso dei soci assenti, dissenzienti e astenuti al regime impugnatorio degli artt. 2377-2378 c.c., non possono invece giustificare una (indebita) estensione della tutela costitutiva assembleare fino a consentire una formazione giudiziale dell'esito assembleare.

obiettivo non può finire per snaturare i caratteri che contraddistinguono la tutela costitutiva azionabile contro una delibera assembleare.

Va rammentato che la dottrina più moderna è incline ad interpretare la tutela costitutiva alla stregua di un rimedio finalizzato ad ottenere non già (o non solo) una determinata modificazione giuridica in cui si realizzi il diritto potestativo fatto valere, bensì (e soprattutto) la fissazione di una disciplina vincolante per il rapporto giuridico sottostante, il quale risulterà quindi modificato, per effetto della sentenza, non solo in quella sua specifica manifestazione che rappresenta l'oggetto immediato dell'azione costitutiva (ad esempio: la delibera assembleare impugnata), ma anche nella sua struttura generale o, se si preferisce, nel suo modo d'essere (ad esempio: il potere di adottare delibere affette dal medesimo vizio censurato in sede di annullamento), così da precludere una reiterazione del comportamento viziato (24). Ecco allora che la proclamazione del legittimo risultato assembleare - come pure riconosciuto dall'ordinanza in commento - potrebbe legittimamente conseguire all'annullamento della delibera negativa mediante un preliminare accertamento dei voti (non viziati ma) validamente espressi in assemblea e risultati altresì numericamente sufficienti per formare il necessario *quorum* deliberativo (25). L'accertamento costituisce, quindi, la premessa per assicurare che la tutela costitutiva (*id est* l'annullamento della delibera negativa) sancisca una disciplina del rapporto giuridico che sia volta effettivamente ad impedire la reiterazione di quella medesima situazione lesiva che si è realizzata con il rigetto della proposta assembleare. In altri termini, a me pare che l'accertamento del vizio che ha originato l'illegittimo rigetto della proposta assembleare *non possa andare disgiunto* dall'accertamento del legittimo risultato assembleare, posto che, nel momento stesso in cui vengono acclarati (ed espunti dal *quorum* deliberativo) i voti illegittimi e concorrenti alla formazione

del rigetto assembleare, il giudice è posto nella condizione di poter rilevare e dichiarare che l'espuazione di tali voti lascia sussistere un *quorum* deliberativo sufficiente per l'approvazione della proposta.

Tale dichiarazione e la conseguente proclamazione (*rectius* costituzione) del risultato assembleare legittimo sono, dunque, parte di quella stessa tutela costitutiva che ha condotto all'annullamento della delibera negativa, atteso che una salvaguardia davvero efficiente della posizione dei soci (in specie: di quelli dissenzienti) avverso una delibera negativa illegittima esige - in ossequio alle moderne letture della tutela costitutiva - anche un sindacato sul potere deliberativo dell'assemblea (*id est* della maggioranza assembleare) e sui suoi effetti "impediti dal rilievo del vizio originario ad opera del potere dell'interessato" (26). Se al centro della tutela costitutiva - come pare - non vi è soltanto l'atto viziato, bensì l'accertamento del potere della maggioranza e delle sue modalità di esercizio, ne consegue allora che con l'annullamento della delibera negativa non si esaurisce la salvaguardia della posizione dei soci dissenzienti, residuando pur sempre la possibilità di una reiterazione del voto illegittimo e, quindi, il vizio della delibera di rigetto. La prevenzione di un simile rischio esige, dunque, la fissazione di una disciplina valevole per il futuro esercizio del potere deliberativo. Ma se un tale intervento, nel caso di delibera positiva, non può che risolversi nell'imposizione (implicita - secondo questa lettura - nella stessa pronuncia di annullamento) di un obbligo di astensione dell'organo assembleare dalla reiterazione di una volontà affetta dal medesimo vizio censurato, nel caso di delibera negativa pare invece riduttivo pensare che la prevenzione del rischio di reiterazione del risultato illegittimo possa essere assicurata soltanto dalla imposizione di un obbligo astensivo dell'assemblea a reiterare il rigetto della proposta assembleare. Ed infatti, mentre l'eliminazione della delibera positi-

(24) Il superamento della lettura tradizionale dell'azione costitutiva (imperiata sulla figura del diritto potestativo, su cui v., in *primis*, G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 3 ss., in part. 21, 96 ss.) è stato proposto da S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 188 ss. Nella materia de qua v. F. Carpi, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano, 1974, 46 ss., 65 ss.; B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 151 ss., 179 ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.; I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 548 ss.; C. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008, 384 ss.; S.A. Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, cit., 490 ss.

(25) In questo senso, v. B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 179 ss., in part. 265 ss., nonché U. Corea, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 35 ss., in part. 96 ss.; Id., *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, cit., 203 ss.; A. Ferrari, *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1998, 45-46. *Contra* M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, cit., 205, nota 94; D. Rizzardo, *La tutela avverso le delibere negative illegittime e il ruolo del presidente dell'assemblea di s.p.a.*, cit., 204-205. V. anche Trib. Velletri 26 gennaio 1994, in questa *Rivista*, 1994, 804 ss.

(26) Così I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 618.

va impedisce qualsiasi valorizzazione di un residuo di voti formanti una volontà diversa da quella (illegittimamente) espressa, l'eliminazione della delibera negativa può consentire invece l'emersione di un residuo di voti che sia espressione di una volontà positiva e, in quanto tale, idonea ad impedire la reiterazione del vizio deliberativo.

È, dunque, condivisibile la conclusione alla quale è pervenuto il tribunale milanese nell'esigere che la tutela dei soci dissenzienti avverso una delibera negativa non si arresti alla mera rimozione dell'atto viziato; eppure, al contempo, emerge che il tribunale, avendo avuto di mira - come è naturale - la soluzione del caso concreto, abbia evitato di prendere posizione sulla natura dell'intervento con cui il giudice proclama il risultato effettivamente e legalmente espresso dall'assemblea. Più esattamente, il tribunale ha riconosciuto che, in caso di delibera negativa, la posizione del socio dissenziente dev'essere adeguatamente tutelata ben oltre la rimozione della delibera viziata; che poi una tale tutela complementare venga letta alla stregua d'un mero accertamento del risultato assembleare ovvero alla stregua d'un intervento sostitutivo del giudice non incide di per sé sugli effetti dell'annullamento, che finiscono per essere sempre i medesimi. Invero, la giustificazione di una tutela ulteriore rispetto alla rimozione dell'atto sembra assumere una certa importanza dogmatica e deve desumersi, a me pare, dal contesto di quell'unica tutela costitutiva che è apprestata dalla legge (*id est* l'annullamento) ma che va intesa in tutta la sua potenzialità. Non si tratta, quindi, di scegliere tra una tutela (costitutiva o di mero accertamento) diversa e ulteriore rispetto a quella di annullamento, ma di riconoscere - in ossequio alle più moderne interpretazioni dottrinali - che l'unica tutela costitutiva (efficacemente) azionabile *in parte qua* è quella che opera una modificazione non solo dell'*atto impugnato*, ma anche (e soprattutto) del *rapporto giuridico* ad esso sotteso, prevenendo così quelle conseguenze pregiudizievoli che dipendono dalla mancata emersione del risultato legittimo (rimasto, per così dire, nascosto dietro al voto determinante ma illegittimo). Una tutela costitutiva, insomma, che dal-

l'"impugnativa dell'atto" si estende alla "disciplina del rapporto" (27).

### **Delibera negativa e tutela cautelare d'urgenza**

Se la delibera negativa non è idonea a produrre effetti sulla sfera giuridico-patrimoniale dei soci e non è, quindi, suscettibile di un'attività propriamente esecutiva, non può dirsi neppure assoggettabile ad una sospensione ai sensi dell'art. 2378, commi 3-4, c.c. Da tale assunto, infatti, prende le mosse anche l'ordinanza in commento allorché associa, per così dire, l'impraticabilità del regime sospendivo ad una deliberazione che sia priva di qualsiasi efficacia (28); l'esclusione del mezzo cautelare tipico consente, poi, al tribunale di sancire l'ammissibilità del ricorso alla tutela cautelare d'urgenza - atipica e residuale - dell'art. 700 c.p.c. Ed infatti, in virtù della sua natura cautelare e anticipatoria, la sospensione si rivela uno strumento atto a precludere sia le attività di adeguamento materiale della realtà al *decisum* assembleare, sia, più in generale, ogni efficacia giuridica conseguente all'approvazione della delibera, determinando così un effetto provvisoriamente ripristinatorio della situazione precedente (29). Laddove però una tale efficacia sia preclusa dalla natura negativa della delibera, non vi è possibilità di ripristinare alcunché per l'ovvia ragione che, in questo caso, la delibera si è limitata a conservare la situazione societaria *quo ante* senza operare alcuna modifica sul piano giuridico. L'ampliamento della tutela esperibile in sede di annullamento della delibera negativa consente, nondimeno, di riconoscere un certo margine di rilevanza anche ad esigenze di cautela ulteriori e diverse rispetto a quelle realizzabili con la sospensione delle attività esecutive della delibera; e ciò in stretta dipendenza da quella forma della tutela di merito che si rivela funzionale a conseguire stabilmente il risultato ottenuto in via provvisoria dal giudice cautelare.

Sotto quest'ultimo profilo, allora, la ricostruzione della tutela di merito avverso la delibera negativa in termini (non di puro annullamento, ma) di proclamazione del risultato assembleare legittimo

(27) Il riferimento è all'opera di B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit.

(28) V. anche Trib. Santa Maria Capua Vetere 5 novembre 1996, in questa *Rivista*, 1997, 558 ss.

(29) Sulla natura cautelare della misura sospendiva *de qua* v., per tutti, A. Carratta, *Sub art. 2378*, in *Il nuovo processo societario*<sup>2</sup>, I, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, 1156. In giu-

risprudenza v., espressamente, Cass. 14 ottobre 1993, n. 10172, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 1474; Cass. 14 novembre 1992, n. 12238, *ivi*, 1992, 1143; Cass. 11 novembre 1986, n. 6571, *ivi*, 1986, 1264; Trib. Monza 2 marzo 2000, in *Giur. mil.*, 2000, 456; Trib. Padova 21 febbraio 2000, in questa *Rivista*, 2000, 1119; Trib. Piacenza 6 maggio 1989, in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 181 ss.

sembra concedere spazio - come ha rilevato lo stesso tribunale nell'ordinanza in commento - ad una forma di cautela (atipica) che assicuri l'anticipazione dell'effetto costitutivo dell'effettiva (e legittima) volontà assembleare. Il *punctum dolens* è rappresentato ovviamente dal carattere di residualità che contraddistingue *ex lege* il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza, a cui consegue l'inapplicabilità della misura cautelare atipica in presenza di un rimedio specifico previsto dalla legge. È noto, d'altra parte, l'annoso dibattito insorto sul punto già ben prima della novellazione della disciplina societaria del 2003, la quale, negli auspici del legislatore, avrebbe dovuto contribuire addirittura allo scioglimento di numerosi dubbi interpretativi. Un dibattito, quest'ultimo, che ha contrapposto una lettura del dato (e del sistema) normativo molto rigorosa e preclusiva di ogni ricorso alla cautela innominata *in parte qua* (30) ad una lettura, invece, più incline a valorizzare - pur all'interno di una rigorosa ricostruzione dogmatica - esigenze di cautela (meritevoli di protezione ma) in concreto sguarnite di qualsiasi forma tipizzata di tutela (31).

Ed è questo, a ben vedere, l'aspetto che merita di essere maggiormente valorizzato, soprattutto qualora ci si ponga in una prospettiva - abituale, peraltro, nella giurisprudenza del tribunale milanese (32) - che riserva un'attenta considerazione alla *complementarietà* della tutela cautelare con la tutela di merito. Ed invero, laddove si aprono spazi di tu-

tela cognitoria, emerge che la salvaguardia delle posizioni soggettive non può dirsi pienamente realizzata - in ossequio alla garanzia costituzionale di una tutela giurisdizionale efficiente (33) - ogni qualvolta manchi nell'ordinamento uno strumento atto ad assicurare una protezione dei diritti soggettivi temporanea e provvisoria, ma idonea a sterilizzare le conseguenze pregiudizievoli che sono insite nella durata del giudizio di merito. Non sembra, infatti, che le esigenze costituzionali sottese al riconoscimento di un'adeguata forma di protezione cautelare siano sufficientemente soddisfatte *in parte qua* con la previsione della concedibilità della misura sospensiva anche *inaudita altera parte* (34). È vero, infatti, che la domanda cautelare di sospensione ha un contenuto (*rectius* un *petitum*) tipizzato e tassativo e, d'altronde, essa è funzionale a presidiare il buon esito di un giudizio impugnatorio che sia stato contestualmente intrapreso dal ricorrente. Nondimeno, vanno segnalati elementi d'insufficienza della cautela tipica come l'impossibilità di ricorrere *ante causam* allo strumento cautelare sospensivo (35) ovvero la frequente emersione di esigenze di tutela cognitoria distinte rispetto a quella puramente demolitoria (soprattutto quando quest'ultima non risulti esperibile per il difetto di legittimazione dei soci ovvero per il decorso del termine decadenziale essenziale per instaurare la causa di merito) (36). Sono questi, in fondo, i fattori che consentono un completamento della tutela caute-

(30) Escludono la ricorribilità all'art. 700 c.p.c., *ex multis*, App. Milano 12 marzo 2004, in *Giur. comm.*, 2004, II, 633 ss. (che esclude "l'adozione supplementare di provvedimenti cautelari aventi il medesimo contenuto e gli stessi effetti, sotto il profilo funzionale, del provvedimento di sospensiva"); Trib. Avezzano 17 giugno 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 1989 ss. (con riferimento alla delibera di s.a.s.); Trib. Santa Maria Capua Vetere 16 marzo 2004, *ivi*, 2004, 2490 ss.; Trib. Roma 12 marzo 2001, in questa *Rivista*, 2001, 1093 ss.; Trib. Verona 30 giugno 1995, in *Giur. mer.*, 1996, 868 ss.; Trib. Catania 23 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 2271 ss.; Trib. Catania 18 giugno 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, 217 ss.; Trib. Velletri 26 gennaio 1994, *cit.*, 804 ss.; Trib. Napoli 19 dicembre 1992, *ivi*, 1993, 957 ss. In dottrina v. C. Ferri, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 65; F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 194-195; U. Corea, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, *cit.*, 173 ss.

(31) Ammettono l'esperibilità della misura cautelare atipica, *ex multis*, Trib. Milano 30 luglio 2012, in *www.giurisprudenza-delleimprese.it*; Trib. Milano 18 luglio 2001, in questa *Rivista*, 2002, 369 ss.; Trib. Cassino 1° dicembre 2000, in *Vita not.*, 2000, 380 ("quando la sospensione cautelare dell'efficacia della delibera sia preordinata alla tutela di diritti diversi da quello dell'annullamento dell'atto"); Trib. Monza 17 aprile 2000, in *Giur. mil.*, 2000, 378; Trib. Ancona 15 giugno 1998, in questa *Rivista*, 1998, 1336 ss.; Trib. Roma 17 gennaio 1997, *ivi*, 1997, 453; Trib. Bologna 24 dicembre 1996, in *Dir. fall.*, 1997, II,

1034 ss. ("almeno nei casi in cui la sospensione sia già stata disposta dentro il giudizio"); Trib. Bologna 15 settembre 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 829 ss. V. anche Trib. Lucca 27 novembre 2008, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2582 ss. (con riguardo alle ipotesi in cui non sia possibile per il ricorrente chiedere la sospensione della delibera agli arbitri in quanto il processo non è ancora pendente o il collegio arbitrale costituito). In dottrina, v. M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, *cit.*, 176 ss.

(32) V. già Trib. Milano 18 luglio 2001, *cit.*

(33) Nel senso che la tutela cautelare concorra alla "maggiore intensità" della difesa giurisdizionale v. Corte cost. 13 luglio 1995, n. 318, in *Giur. it.*, 1996, I, 232 ss.; Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 117 ss. (citati anche nell'ordinanza in commento).

(34) In questo senso, soprattutto, U. Corea, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, *cit.*, 168.

(35) In questo senso v. A. Carratta, *Sub art. 2378*, *cit.*, 1160; C. Consolo, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1505 ss., in part. 1520. Cfr., *ex multis*, anche Trib. Milano 20 gennaio 1998, in questa *Rivista*, 1998, 811 (ed *ivi* altri riferimenti giurisprudenziali).

(36) Cfr. G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, 70 ss., 83 ss. (ma poi, diversamente, G. Arieta - F. De Sanctis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 424) In giurisprudenza v. espressamente Trib. Milano 30 luglio 2012, *cit.*

lare in tema d'impugnazione della delibera illegittima; un completamento che, senza ledere - a me pare - il vincolo della tassatività della tutela sospensiva, si rivela particolarmente efficace in tema di delibera negativa, allorché l'anticipazione dell'effetto costitutivo del risultato assembleare legittimo (conseguente alla concessione della tutela di annullamento) assicura *ex se* una protezione efficace alla parte che ricorra per la rimozione della delibera negativa e la proclamazione della volontà assembleare effettiva.

È pur vero - come puntualmente segnalato - che il carattere residuale dell'art. 700 c.p.c. non va inteso alla stregua di una funzione integratrice delle lacune della tutela cautelare tipica sia sotto il profilo dell'applicabilità delle misure nominate oltre l'ambito di rilevanza stabilito dalla legge (come, ad esempio, nel caso di una sospensione dell'esecuzione della delibera concessa *ante causam*), sia sotto il profilo della supplenza della misura innominata nei casi in cui la tutela tipica non offra un'efficiente salvaguardia della posizione del singolo (37). Non è questa la sede per approfondire una tale tematica; nondimeno, pare opportuno segnalare che, *in parte qua*, la cautela tipica, se assicura l'efficienza del risultato demolitorio che consegue all'impugnativa dell'atto, non può operare invece sulla disciplina del rapporto, in relazione alla quale non emerge evidentemente alcuna esigenza di conservazione dello *status quo ante*. Se è vero, dunque, che la tutela d'urgenza non ha uno scopo puramente integrativo della tutela cautelare tipica, è pur vero, però, che l'ambito di operatività della cautela innominata non può ridursi a quelle sole situazioni soggettive che non siano presidiate da alcuna forma di tutela cautelare, posto che, nei casi in cui sia riconosciuta un'azione di merito diversa da quella presidiata da una cautela tipica oppure un'azione di merito dal contenuto complesso, l'impossibilità di accesso allo strumento dell'art. 700 c.p.c. finisce per risolversi in un inammissibile diniego di giustizia (*rectius* di tutela) cautelare. E questo è quanto accade proprio in rapporto alla tutela esperibile av-

verso la delibera negativa illegittima, allorché l'azione costitutiva si contraddistingue per un contenuto complesso, funzionale ad ottenere non solo l'annullamento dell'atto, ma anche la futura disciplina del rapporto (per il tramite - come detto - della proclamazione del risultato effettivo); sicché, in questi casi, l'interesse del ricorrente alla proclamazione del risultato può trovare tutela, in via temporanea e provvisoria, soltanto mediante l'anticipazione d'urgenza dell'effetto costitutivo.

D'altra parte, come ha osservato il tribunale milanese, la funzione anticipatoria della misura d'urgenza non opera sugli effetti *stricto sensu* costitutivi della sentenza (ovvero dichiarativi, qualora si accolga una lettura della proclamazione del risultato legittimo in termini di mero accertamento), bensì soltanto sui "corollari obbligatori" (38) della pronuncia. Ed infatti, se è vero che l'effetto propriamente costitutivo, conseguendo alla sentenza di merito (ed, anzi, al suo passaggio in giudicato), non è di per sé anticipabile in sede cautelare (39), non è meno vero, a me pare, che il provvedimento urgente - ove finalizzato ad impedire la concretizzazione di un pregiudizio irreparabile - possa anticipare taluni effetti obbligatori della sentenza che hanno il loro antecedente logico-giuridico nell'instaurando effetto costitutivo (40).

La conclusione, d'altronde, appare ancora più apprezzabile - come puntualmente segnalato anche nel provvedimento in esame - in rapporto ad una delibera che abbia ad oggetto la proposta di aumento del capitale sociale a pagamento. E ciò in quanto una tale delibera - ben inteso: se conclude per l'approvazione della proposta - produce soltanto effetti obbligatori, rinviando la determinazione dell'effetto giuridico-economico di aumento del capitale all'effettiva sottoscrizione dell'aumento e alla conseguente emissione delle azioni (art. 2346, comma 4, c.c.). Tale circostanza - ha sottolineato ancora il tribunale - impone al giudice cautelare di "muoversi in un quadro di bilanciamento di opposti interessi" (41), atteso che, da un lato, l'efficacia della delibera di aumento del capitale tende ad

(37) Così F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 180 ss.

(38) Così l'ordinanza in commento *sub par.* 1.4.

(39) Cfr., *ex multis*, Trib. Latina 30 marzo 2010, in *Giur. mer.*, 2011, 714; Trib. Torino 2 aprile 2004, *ivi*, 2004, 1952; Trib. Torino 21 luglio 2003, *ivi*, 2004, 1124.

(40) Ammettono - nei limiti indicati nel testo - il ricorso alla cautela d'urgenza in sede di tutela costitutiva: Cass. 14 dicembre 2010, n. 25246, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1600; Cass. 9 luglio 2004, n. 12767, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 850 (secondo cui però il provvedimento cautelare può assicurare in via provviso-

ria la ripresa del lavoro e della relativa retribuzione, mentre non vale ad accertare l'obbligo datoriale del pagamento della retribuzione maturata nel periodo intermedio). V. anche Trib. Roma 5 novembre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, 457; Trib. Milano 29 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 77 ss.; Trib. Napoli 28 dicembre 2001, in *Dir. giur.*, 2003, 209 ss.; Trib. Firenze 10 dicembre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 578 ss.; Trib. Milano 14 agosto 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 354 (con riguardo alle sentenze di accertamento, v. invece Trib. Gorizia 25 giugno 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 67 ss.).

(41) Così l'ordinanza in commento *sub par.* 1.4.

esaurirsi in tempi brevi e la sua esecuzione è tutt'altro che agevole, implicando anzi, a volte, costi davvero considerabili; dall'altro lato, la posizione del socio dissenziente rispetto all'approvazione della proposta assembleare di aumento del capitale non è valutabile alla stregua di un obbligo di votare in funzione dell'interesse sociale (42), ma esige

una prudente ponderazione degli interessi in gioco e, quindi, una valutazione scrupolosa - in sede cautelare - del *fumus boni iuris* (che, nella specie, malgrado le censure dei ricorrenti, si è risolto nell'esclusione sia della situazione di conflitto di interessi sia della situazione di abuso del diritto di voto) (43).

---

(42) V., *si vis*, M. Gaboardi, *Accertamento giudiziale e «interesse sociale»*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 934 ss.

(43) Cfr. R. Tucillo, *Sub art. 2378 c.c.*, in *Codice delle misure*

*cautelari societarie*, a cura di L. Nazzicone, Torino, 2012, 164. V. anche Trib. Velletri 26 gennaio 1994, cit., 804 ss.; Trib. Roma 15 gennaio 1988, in *Foro it.*, 1989, I 257 ss.