
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Non è possibile invocare la tutela atipica ex art. 700 c.p.c. per difetto del requisito della residualità

Ritenuti sussistenti tutti i presupposti di ammissibilità previsti per l'emissione di una cautela tipica, va ribadito che non è possibile invocare la tutela atipica ex art. 700 c.p.c. per difetto del requisito della residualità.

Tribunale di Roma, sezione terza, ordinanza del 6.7.2015

...omissis...

rilevato che con l'ordinanza impugnata è stata disposta, in primo luogo, la sospensione dell'efficacia esecutiva di tre delibere adottate dall'assemblea dei soci del xxx due delle quali, al momento del deposito del ricorso, erano già state impugnate avanti ad un collegio arbitrale, conformemente alla clausola di arbitrato contenuta nello statuto, mentre la terza è stata impugnata dopo l'instaurazione del procedimento cautelare;

che, con la delibera del 10/9/14, i soci del Cxxxxzio, con il voto contrario dxlla xx., avevano deciso la proroga della sua durata fino al 31/12/24;

che, con la delibera dei 26/9/14, i soci del Consorzio, con il voto contrario xxxxx avevano approvato le linee programmatiche dell'attività, ai sensi dell'art. 16 dello statuto, prevedendo l'acquisizione di nuove commesse;

che, con la delibera del 4/11/14, i soci del Consorzio, con l'astensione xxxx avevano deliberato l'esclusione di quest'ultima per gravi inadempimenti che avevano pregiudicato il perseguimento dello scopo sociale;

che, in via preliminare, i reclamanti hanno sostenuto l'inammissibilità della richiesta cautelare di sospensione dell'esecuzione delle delibere in questione, formulata ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e come tale accolta dal giudice di prime cure, per difetto del requisito della residualità, sotto il profilo dell'esistenza della cautela tipica prevista dall'art. 2378 c.c. che, secondo i reclamanti, sarebbe suscettibile di applicazione analogica anche nelle ipotesi di impugnazioni di delibere dei consorzi non costituiti in forma societaria;

che, come ha correttamente osservato il giudice di prime cure, la questione inerente alla possibilità di applicazione analogica ai consorzi del disposto di cui all'art. 2378 c.c. assume rilevanza, nel caso di specie, solo con riguardo all'ammissibilità della richiesta di sospensione dell'esecuzione della terza delibera, quella avente ad oggetto l'esclusione della xxxxxx., atteso, che con riguardo alle due delibere precedenti, devono ritenersi sussistenti tutti i presupposti di ammissibilità previsti dalla detta norma ai fini dell'emissione della cautela tipica e, in particolare, quello della pendenza del giudizio di merito avente per oggetto l'impugnazione delle delibere asseritamente invalide (per la dichiarazione di invalidità delle due delibere in questione era già stato adito, nel merito, il collegio arbitrale), con la conseguenza che, indipendentemente dal nomen iuris utilizzato e dal richiamo, eventualmente improprio, all'art. 700 c.p.c., la domanda e il provvedimento di sospensione ben potrebbero essere ricondotti nell'ambito della cautela tipica prevista dal più volte citato art. 2378 c.c.; che, al contrario, ove si ritenesse applicabile il disposto dell'art. 2378 c.c. anche ai consorzi non costituiti in forma societaria, la richiesta di sospensione dell'esecuzione della terza delibera, richiesta formulata prima dell'introduzione del giudizio di merito, dovrebbe considerarsi inammissibile per mancanza di uno dei presupposti previsti dalla norma che disciplina la cautela tipica, non essendo possibile invocare la tutela atipica ex art. 700 c.p.c., per difetto del requisito della residualità;

che, tuttavia, le dettagliate argomentazioni svolte nel provvedimento oggetto di reclamo con riguardo all'impossibilità di applicare il procedimento previsto dall'art. 2378 c.c. nelle ipotesi di impugnazione di delibere del consorzio non costituito in forma di S.P.A., da intendersi in questa sede integralmente richiamate, appaiono pienamente condivisibili;

che, in particolare, il ricorso all'applicazione analogica ai consorzi della normativa prevista per le impugnazioni xxxx dai ricorrenti deve ritenersi escluso in radice, indipendentemente da ogni considerazione circa l'identità di ratio sottesa alla disciplina ritenuta applicabile alle due fattispecie, dal carattere certamente eccezionale della limitazione della tutela cautelare contenuta nell'art. 2378 c.c. con riguardo alla necessità della preventiva introduzione del giudizio di merito e dalla esistenza di una previsione legislativa riguardante il procedimento di impugnazione delle delibere dei consorzi, l'art. 2606 c.c., che a tale eccezionale limitazione non fa alcun richiamo;

che anche l'altra questione preliminare sollevata dai reclamanti con riferimento al difetto di legittimazione della A. ad agire per ottenere l'accertamento dell'invalidità delle prime due delibere oggetto di impugnazione, adottate dal Consorzio del quale non era più socia essendone stata esclusa con la terza, non appare fondata;

che, infatti, da un lato, gli stessi reclamanti non dubitano della legittimazione xxx ad impugnare la delibera di esclusione e fondano l'efficacia dell'eccezione sulla validità di tale delibera che, per i motivi di seguito esposti, deve, al contrario, ritenersi annullabile; dall'altro, la chiesta ed ottenuta sospensione dell'efficacia esecutiva della delibera di esclusione, comporta che, allo stato, la xxxx considerarsi tuttora socia del Consorzio;

che, anche per quanto riguarda il merito, le articolate considerazioni svolte nel provvedimento reclamato in ordine alla sussistenza del presupposto della fondatezza dei motivi di invalidità delle delibere in questione fatti valere dalla xx pienamente condivisibili;

che, invero, premesso che non è ravvisabile nella pronuncia in questione alcun vizio di extrapetizione, essendo il suo contenuto pienamente conforme all'oggetto e alle ragioni delle domande proposte dalla ricorrente, anche all'esito di integrazioni e modifiche certamente ammissibili nel procedimento cautelare per il quale non è prevista alcuna specifica preclusione, si deve ritenere che la valutazione della fondatezza dell'azione sottoposta alla cognizione del collegio arbitrale non possa essere negata sulla base delle asserite intervenute preclusioni

verificatesi nel giudizio in corso avanti a tale giudice, non essendo possibile, specie in questa sede di cognizione sommaria, un'analitica scomposizione delle complesse e evidentemente connesse ragioni di invalidità esposte nei giudizi arbitrali dall'attrice con espresso riferimento alla loro contrarietà alle disposizioni di legge e di statuto;

che, in particolare, la questione centrale che ha costituito oggetto delle domande proposte dalla A. sia in sede cautelare sia in sede di merito e della valutazione del giudice che ha emesso il provvedimento cautelare qui impugnato è costituita dalla legittimità della prima delibera del 10/9/14 con la quale l'assemblea del Consorzio ha prorogato la sua durata fino al 31/12/24, in contrasto, secondo quanto sostenuto xxxxxx con il disposto dell'art 9 dello statuto che dispone che "la durata del Consorzio è stabilita fino al 31/12/14 e verrà prorogata all'occorrenza fino alla definitiva estinzione di tutti i rapporti inerenti all'oggetto consortile"; sul presupposto del contrasto con la detta disposizione statutaria della proroga deliberata fino al 31/12/24, senza alcuna limitazione in ordine all'attività del Consorzio ai rapporti in corso, la A. ha sostenuto che tale proroga costituiva in realtà una modifica statutaria che sarebbe dovuta essere deliberata all'unanimità - unanimità, peraltro, che sarebbe stata necessaria, secondo la A., anche nell'ipotesi il cui la proroga avesse previsto la limitazione dell'attività all'esaurimento dei rapporti in corso -, con conseguente invalidità della delibera adottata a maggioranza e delle delibere successive che, a loro volta, potevano giustificarsi solo con l'efficacia della proroga che, invece, essendo invalida, non avrebbe potuto produrre alcun effetto;

che il giudice di prime cure ha fornito un'interpretazione della predetta clausola statutaria secondo la quale la proroga prevista nello statuto sarebbe potuta essere deliberata a maggioranza solo al verificarsi della duplice condizione che alla scadenza prevista per il 31/12/14 vi fossero rapporti giuridici pendenti e che la proroga avesse ad oggetto esclusivamente la definizione di quei rapporti e non anche l'assunzione di nuove obbligazioni ed è giunto alla conclusione che, poiché quest'ultima condizione non si era verificata, non avendo i soci in sede di delibera previsto alcuna limitazione, la proroga in concreto adottata comportava una modificazione dell'originaria previsione statutaria, assunta senza le forme previste dalla legge, con conseguente invalidità della delibera stessa e delle successive delibere oggetto di impugnazione che prevedevano, l'una, lo svolgimento di attività di acquisizione di nuovi contratti successivamente alla scadenza del termine di durata del Consorzio che era stato invalidamente prorogato e, l'altra, l'esclusione della socia A. per una sua condotta che sarebbe potuta essere considerata inadempiente solo se la proroga disposta dal Consorzio fosse stata legittima e che, al contrario, doveva ritenersi del tutto legittima alla luce dell'invalidità della stessa;

che, tali conclusioni devono essere condivise per le ragioni chiaramente esposte nel provvedimento impugnato, alle quali non è necessario aggiungere ulteriori argomentazioni, salve le due considerazioni che seguono, essendo i motivi sui quali i reclamanti hanno fondato l'impugnazione meramente ripetitivi delle deduzioni, già svolte nel corso della prima fase del procedimento, sulle quali il provvedimento impugnato si è ampiamente diffuso, con motivazione che, in questa sede, deve essere integralmente confermata;

che, invero, a prescindere dalla possibilità di interpretare la delibera del 10/9/14 nel senso di disporre la mera proroga della durata, senza prendere alcuna posizione sulle attività che il Consorzio avrebbe potuto svolgere - interpretazione, per la verità non agevole in considerazione del comportamento dell'assemblea che, pochi giorni dopo, ha approvato il piano di attività che prevedeva la stipula di nuovi contratti -, detta delibera non può che essere considerata contrastante con il disposto del citato art. 9 dello statuto, sia dal punto di vista del suo tenore letterale sia da quello del suo significato come sopra ricostruito, nella parte in cui prevede una proroga fino alla data predeterminata del 31/12/24 anziché "fino alla definitiva estinzione di tutti i rapporti inerenti all'oggetto consortile", come recita la clausola: se anche si potesse ipotizzare che nel decidere la proroga i soci avessero inteso rinviare la decisione in ordine all'estensione delle attività sociali del Consorzio, e che la proroga disposta, fino all'adozione di questa nuova decisione, fosse limitata allo svolgimento dell'attività necessaria all'esaurimento dei rapporti in corso, l'indicazione di una rinnovata durata temporaneamente determinata, peraltro per un periodo di tempo di dieci anni certamente superiore a quello necessario per l'esaurimento di tali rapporti, appare in evidente contrasto con la disposizione statutaria;

che, inoltre, ferma restando l'esattezza di tutte le considerazioni svolte nel provvedimento reclamato con riguardo alla impossibilità di individuare nel comportamento della A. una

condotta caratterizzata da malafede e pregiudizievole per il raggiungimento dello scopo sociale, idonea, in quanto tale, a giustificare il provvedimento della sua esclusione, lo specifico profilo di inadempimento contestato dal Consorzio con riguardo alla manifestazione, da parte della stessa A., della volontà di partecipare individualmente alla gara per l'aggiudicazione dei lavori di adeguamento tecnologico della Firenze-Roma non può ritenersi sussistente in considerazione della data in cui si è verificata, anteriore alla data di scadenza del termine di durata del Consorzio, trattandosi di un rapporto futuro che, eventualmente, sarebbe potuto sorgere solo all'esito dello svolgimento della gara che non si sarebbe potuto perfezionare prima del 31/12/14 e dovendosi ribadire l'illegittimità della pretesa del Consorzio di acquisire nuove commesse dopo la scadenza di detto termine, in mancanza di una modifica statutaria concordata fra tutti i soci;

che deve ritenersi sussistente, nel caso di specie, anche il presupposto del periculum in mora, da individuarsi nel pregiudizio grave e irreparabile causato alla A. dal protrarsi degli effetti delle tre delibere in questione che hanno comportato l'esclusione della stessa dal Consorzio e la conseguente impossibilità di continuare a svolgere la propria attività di impresa secondo la forma organizzativa scelta attraverso la partecipazione al Consorzio, in relazione alle attività in corso, oltre alla perdita degli affidamenti dei lavori già acquisiti, la cui rilevanza sotto il profilo del perseguimento del proprio oggetto sociale e, di conseguenza, della sua stessa continuazione, non sono in contestazione;

che il reclamo, pertanto, non può trovare accoglimento, mentre non si ravvisa alcuna necessità di modificare la motivazione del provvedimento impugnato come richiesto dalla A. in sede di reclamo incidentale, atteso che, a prescindere da ogni ulteriore considerazione, la questione relativa alla necessità dell'unanimità ai fini della approvazione della delibera di proroga anche in ipotesi di sua conformità con il disposto di cui all'art. 9 dello statuto deve ritenersi assorbita dalla confermata valutazione del contrasto della delibera in concreto adottata con la norma statutaria;

che le modalità di attuazione delle misure anticipatorie disposte al fine di tutelare i diritti della A. derivanti dalla sua partecipazione al Consorzio con riguardo ai rapporti contrattuali che da tale partecipazione traggono origine potranno essere determinate nelle forme previste dall'art. 669 duodecies c.p.c., all'esito di specifiche richieste che la parte interessata potrà rivolgere al giudice competente;

che le spese del presente procedimento devono essere regolate in base al principio della soccombenza;

p.q.m.

visto l'art. 669 terdecies c.p.c., respinge il reclamo proposto dal Consorzio xxx per la realizzazione di opere ferroviarie ad elevato contenuto tecnologico per il sistema ferroviario italiano ad alta velocità/alta capacità, dalla xxxx. nei confronti della xxxxxx. e condanna i reclamanti a rimborsare alla reclamata le spese sostenute per il presente procedimento, che liquida in E 13.000,00, per compensi, oltre IVA, CPA e rimborso spese generali come per legge.

Si comunichi.