

Deliberazioni assembleari

Profili processuali: l'impugnazione delle deliberazioni

di **GIORGIO COSTANTINO** (*)

Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Bari

Sul piano processuale, la legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, al fine di assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti in ambito societario, finanziario e bancario, ha, tra l'altro, attribuito al legislatore delegato il compito di prevedere la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali; la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l'emanazione di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare; un giudizio sommario non cautelare. In particolare, la riforma in atto offre spunti interessanti in ordine all'impugnazione delle deliberazioni assembleari.

E' opinione diffusa, ed è stato ricordato anche nell'ambito di questo Convegno, che uno degli obiettivi della riforma del diritto societario consiste nello sviluppo dell'economia favorendo gli investimenti. Sono stati richiamati gli effetti della sentenza «Centros» (1), la concentrazione nello stato del Delaware delle sedi delle più importanti *companies* americane, la riforma della giustizia civile in generale e di quella commerciale in particolare nel Regno Unito (2).

Si è anche posto in evidenza che i principî e i criterî direttivi della legge delega vengono da lontano: dai lavori della Commissione «Mirone» e della Commissione «Rovelli».

All'apertura della corrente XIV Legislatura, infatti, il Governo ha presentato lo stesso disegno di legge esaminato dalle Commissioni Giustizia e Finanze della Camera nella XIII Legislatura; in considerazione di ciò, l'opposizione ha accettato il *contingentamento* dei tempi di discussione.

Senonché, la maggioranza ha presentato ed approvato una serie di emendamenti, riguardanti soprattutto, ma non solo, i profili penali; tali modifiche hanno profondamente alterato la proposta di legge; il dibattito è stato particolarmente acceso. Una prima parte della delega, proprio quella che aveva suscitato i più accesi contrasti, è stata, quindi, attuata con il D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (3).

Appare ragionevole ritenere che gli interessi in funzione dei quali è stato modificato il testo originario della proposta di legge ed è stata data immediatamente attuazione alla parte penale della delega abbiano trascinato il resto della riforma, che, probabilmente, non sarebbe stata attuata in mancanza di essi.

Nuova disciplina dei procedimenti societari e riforma del processo civile

Sul piano processuale, al fine di «assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti» riguardanti il diritto societario, quello finanziario e quello bancario, la legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 ha, tra l'altro, attribuito al legislatore delegato il compito di prevedere:

- a) «la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali»;
- b) «la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l'emanazione di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare (...)»;
- c) «un giudizio sommario non cautelare (...)».

Lo schema di decreto delegato approvato dal Consiglio dei ministri il 30 settembre 2002, dopo averne delineato l'ambito di applicazione (art. 1), detta nuove disposizioni:

– per il procedimento di primo grado innanzi al tribu-

Note:

(*) Intervento al Convegno di Alba del 23 novembre 2002, *La riforma delle società: corporate governance, principi imperativi ed autonomia statutaria*. I decreti attuativi della riforma sono stati, nelle more della stampa, approvati e pubblicati: D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, relativo ai procedimenti in materia societaria, finanziaria e creditizia, e D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, relativo alla riforma delle società di capitali e cooperative, entrambi in G.U. 22 gennaio 2003, n. 17, suppl. ord.

(1) Corte CE 9 marzo 1999, C-212/97, in *Foro it.*, 2000, IV, 317; *Giur. it.*, 2000, 767; *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 73.

(2) Per indicazioni, rinvio a *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in questa *Rivista*, 2000, 2, 161.

(3) Per indicazioni, rinvio a *La riforma del diritto societario: note sugli aspetti processuali*, in *Foro it.*, 2001, V, 273.

nale in formazione monocratica e collegiale (artt. 2 - 18),

- per la tutela sommaria (art. 19),
- per il procedimento di appello (artt. 20 - 22),
- per la tutela cautelare (artt. 23 - 24),
- per i procedimenti in camera di consiglio (artt. 25 - 33),
- per l'arbitrato (artt. 34 - 37) e
- per la conciliazione (artt. 38 - 40).

Appare ragionevole dubitare della congruità di tale disciplina con i principi ed i criteri direttivi della delega.

In realtà, queste disposizioni processuali costituiscono attuazione dei principi e dei criteri direttivi dello schema di legge delega per la riforma del codice di procedura civile elaborato dalla Commissione presieduta dal professor Romano Vaccarella, attualmente giudice della Corte costituzionale.

Il Governo, infatti, ha presentato un disegno di legge di riforma «urgente» del processo civile (d.d.l. 2229/C/XIV) ed ha istituito una commissione per la riforma complessiva della materia.

Mentre altre proposte legislative, anche in materia di giustizia, hanno avuta rapida attuazione, il d.d.l. 2229/C/XIV pende in parlamento: la Commissione Giustizia della Camera ha realizzato, nel luglio di quest'anno, un testo che unifica le diverse proposte sull'argomento.

Il frutto dei lavori della Commissione di riforma del processo civile, invece, non è stato ancora sottoposto al Consiglio dei ministri per la presentazione della relativa proposta di legge.

Buona parte di essi sono stati inseriti nello schema di decreto legislativo per l'attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, «Delega al Governo per la riforma del diritto societario», che, come si è appena rilevato, in riferimento al processo ordinario di cognizione, ha soltanto attribuito al legislatore delegato il compito di prevedere «la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali».

I dubbi sull'eccesso di delega e sul rispetto dell'art. 77 Cost., espressi anche dal Consiglio Superiore della Magistratura (Parere sulla pratica 68/02), potranno essere valutati dalla Corte costituzionale.

Allo stato, occorre prendere atto, che, nonostante i limiti della delega, lo schema di decreto legislativo tende ad introdurre, per il diritto societario, finanziario e bancario, una sperimentazione dello schema di riforma generale del processo civile, non ancora valutata né dal Governo, né dal Parlamento.

In estrema sintesi, il nuovo modello processuale affida esclusivamente alle parti la gestione della fase introduttiva, diretta alla determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. Ciascuna parte può chiedere la fissazione dell'udienza e, quindi, istituire un contatto con il giudice, nel termine di quindici giorni dalla notificazione dello scritto difensivo al quale non intende replicare ed è comunque tenuta a farlo dalla scadenza del termine massimo di settanta giorni fissato «per le ulte-

riori repliche». Innanzi al giudice, secondo uno schema diffuso in diritto comune, salva la rimessione in termini, *nil innovetur* (4).

L'esperienza applicativa potrà indicare se tale modello si manifesterà efficace nelle controversie in materia di diritto societario, finanziario e bancario. Indubbiamente, esso presenta difficoltà applicative con le quali potranno misurarsi i circa centocinquantamila avvocati che frequentano i centosessantotto tribunali della Repubblica. Alcune difficoltà potranno essere eliminate in occasione della revisione del testo: basti pensare che vuoi l'attore, vuoi il convenuto sono tenuti a costituirsi «in giudizio» nel termine di dieci giorni dalla notificazione, rispettivamente, della citazione e della comparsa di risposta; ma, ai sensi dell'art. 12, comma 1, il fascicolo d'ufficio deve essere formato al momento della presentazione della istanza di fissazione d'udienza; cosicché non è chiaro dove debbano essere conservati gli atti ed i documenti depositati fino a quel momento.

Indubbiamente la questione può essere risolta in via interpretativa.

Essa è connessa ad altri e più rilevanti problemi: in assenza di qualsivoglia attività dell'ufficio giudiziario, compresa la messa a disposizione di uno spazio nel quale conservare gli atti e i documenti di causa, infatti, potrebbe dubitarsi della necessità di corrispondere al momento della costituzione il contributo unificato previsto dall'art. 14 del testo unico sulle spese di giustizia (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115); e si potrebbe anche dubitare della computabilità del tempo anteriore la presentazione della istanza di fissazione d'udienza ai fini della applicabilità della l. 24 marzo 2001, n. 89, sulla «equa riparazione».

L'impugnazione delle deliberazioni societarie

Prescindendo da tali problemi, risolvibili in sede di revisione del testo, ed orientando l'attenzione sulle specifiche controversie societarie, appare opportuno ricordare che, nel corso del dibattito che ha preceduto la legge delega si era posto in evidenza che la tipologia del contenzioso in materia può ridursi a tre fattispecie:

- a) i giudizi di responsabilità, che solitamente richiedono lo svolgimento di una complessa attività istruttoria, anche in base a prove costituenti;
- b) le controversie sulla appartenenza e sulla liquidazione delle partecipazioni, per le quali sovente occorre disporre di una consulenza tecnica; e

Nota:

(4) Cfr. A. Giuliani, *Dalla «litis contestatio» al «pleading-system»*. Riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 954; per ulteriori indicazioni rinvio a *Il processo civile tra riforme ordinarie, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77, nonché a *Giustizia e principio di legalità. Contributo al dibattito sulla giustizia civile nella XIV Legislatura*, in *Questionegiustizia*, 2002, 4, 749.

c) quelle di impugnazione delle deliberazioni, che implicano, per lo più, un giudizio di puro diritto e non richiedono attività istruttoria.

In relazione a queste ultime, era avvertita l'esigenza di individuare gli strumenti idonei a definirle rapidamente al fine di evitare che una pronuncia di annullamento resa a grande distanza di tempo avesse conseguenze devastanti sulla vita della società e sull'esercizio della impresa sociale.

Appunto in funzione della stabilità dei rapporti societari, si era dubitato della idoneità della sommarizzazione del procedimento, pur prospettata nel corso del dibattito; era stato approfondito il rapporto tra tutela cautelare, diretta alla sospensione dell'atto impugnato, e giudizio di merito. In questa prospettiva, erano stati considerati i modelli dei processi di impugnazione di atti e di provvedimenti: il processo civile di appello, quello amministrativo e quello di opposizione alle ordinanze-ingiunzioni, nell'ambito dei quali sono contemperate le esigenze di stabilità dell'atto o del provvedimento impugnato con quelle relative alla sospensione dell'efficacia del medesimo (5).

Il legislatore delegato, nell'art. 2378 dello schema di decreto sulla disciplina sostanziale e nell'art. 24 di quello sulla disciplina processuale, mostra di aver tenuto conto di tali indicazioni: il modello assunto è quello del processo amministrativo.

Ai sensi del quarto comma della seconda disposizione, «il giudice designato, se ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito, ne dà comunicazione alle parti presenti e le invita a precisare le rispettive conclusioni di rito e di merito; nella stessa udienza pronuncia sentenza, al termine della discussione».

Senza soffermarsi sulle specifiche questioni interpretative della nuova disciplina, può essere tuttavia opportuno limitarsi a rilevare un profilo di coerenza interna della disciplina processuale, complessivamente considerata.

Nel nuovo modello processuale, in sintonia con l'idea per la quale al giudice deve essere riservato esclusivamente il potere di giudicare, non anche quello della gestione del procedimento, è fortemente limitato il potere del giudice di stabilire quando decidere le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito di cui all'art. 187 c.p.c. Nelle controversie di impugnazione delle deliberazioni, invece, al giudice è attribuito non solo il potere di stabilire che la causa è matura per la decisione, ma anche quello di imporre il passaggio immediato dal procedimento cautelare al merito.

Inoltre, ciò può avvenire in assenza di ogni criterio predeterminato: ai sensi dell'art. 21, L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (nel testo modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205), infatti, il giudice può imporre il passaggio al merito, saltando la fase cautelare, «accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti» e «sentite sul punto le parti costituite». Ai sensi del-

l'art. 24 dello schema di decreto legislativo, invece, il passaggio dal procedimento cautelare al giudizio di merito può essere imposto se il giudice «ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito». Sebbene il novelato art. 111 Cost. preveda che il processo debba essere «regolato dalla legge» (6), la nuova disciplina attribuisce al giudice il potere di disporre il mutamento di rito e di definire la controversia, in assenza di qualsivoglia criterio predeterminato.

Anche su questo aspetto potrà misurarsi la pratica applicazione, facendo tesoro del dibattito sviluppatosi sulla corrispondente disposizione del processo amministrativo assunta a modello.

Giudizio di merito e processo cautelare

Un ultimo profilo merita, infine, di essere segnalato.

Attualmente è teoricamente possibile, ma praticamente improbabile, che il procedimento cautelare sulla sospensione degli effetti della deliberazione impugnata si concluda dopo il giudizio di merito. Proprio in funzione delle esigenze di concentrazione del procedimento e di quelle di stabilità dei rapporti societari, nel corso del dibattito che ha preceduto la elaborazione della legge delega, era sembrata opportuna la utilizzazione del modello del procedimento di appello, nell'ambito del quale la inibitoria è strutturata quale fase e non quale procedimento autonomo.

In base alla nuova normativa, invece, la sospensione della deliberazione conserva la struttura di procedimento autonomo ed è prevista la trasformazione, nei modi appena indicati, del procedimento.

Può, quindi, realizzarsi la eventualità, oggi meramente teorica, che il processo sul merito si concluda prima del procedimento cautelare. Comparsa, infatti, le parti innanzi al giudice designato per la sospensione della deliberazione impugnata, può essere disposto l'immediato passaggio al merito, con la fissazione dell'udienza collegiale ai sensi del comma 5 dell'art. 24; nell'occasione, tuttavia, il giudice può provvedere sulla sospensione, concedendola o negandola; l'ordinanza è reclamabile nelle forme ordinarie, ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. La decisione sul merito e quella sul reclamo sono attribuite a collegi diversi, perché il giudice designato per la sospensione non può far parte del collegio chiamato a pronunciarsi sul secondo, mentre è relatore nell'ambito del primo. La struttura della fase decisoria sul

Note:

(5) Per indicazioni, rinvio a *Note sulle proposte di accelerazione dei giudizi di impugnazione delle deliberazioni degli organi societari*, in questa Rivista, 2000, 5, 520 ss.

(6) Per indicazioni rinvio a *Fallimento e giusto processo*, in *Fallimento*, 2002, 3, 244.

merito, descritta nel comma 6 dello stesso art. 24, consente che la sentenza sia emessa prima che sia definito il reclamo.

Occorre, quindi farsi carico dei rapporti tra provvedimento sul merito e provvedimento cautelare.

È ovvio che, in pendenza del reclamo, la esibizione della sentenza che statuisce sulla validità o sulla invalidità della deliberazione impugnata lo rende improcedibile: in caso di accoglimento della impugnazione, non vi è più nulla da sospendere e, in caso di rigetto, la sospensione non potrà più essere esaminata.

È anche ovvio che, anche qualora non sia fornita notizia della pronuncia sul merito e i provvedimenti siano tra loro coerenti, non sussiste alcun problema: accolta o respinta l'impugnazione, i provvedimenti con i quali è stata, rispettivamente, concessa o negata la sospensione restano assorbiti dalla sentenza.

Non dovrebbe neppure suscitare particolari problemi il caso in cui la impugnazione sia accolta e la sospensione sia negata: la sentenza che dichiara invalida la deliberazione ne eliminerà gli effetti *ex nunc*.

Appare problematica, invece, l'ipotesi in cui il merito si concluda con il rigetto della domanda e la sospensione sia dichiarata dal giudice del reclamo in accoglimento del gravame contro il provvedimento negativo o a conferma del provvedimento positivo: in questo caso, si avrebbe una sentenza che afferma la validità della deliberazione ed una ordinanza collegiale che ne sospende gli effetti.

La sentenza, ai sensi dell'art. 669 *novies*, terzo comma, c.p.c., è comunque, anche in pendenza dei termini per l'appello, destinata a prevalere sul provvedimento cautelare emesso in sede di reclamo.

Occorre, tuttavia, individuare lo strumento per rendere concreta ed attuale tale prevalenza.

Una soluzione ragionevole può essere offerta dall'ultima parte dello stesso art. 669 *novies*, terzo comma, c.p.c.: l'inefficacia del provvedimento cautelare derivante dalla negazione del diritto a cautela del quale è stato concesso, infatti, può essere dichiarata dalla stessa sentenza che nega il diritto o, «*in mancanza, con ordinanza dallo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento*». L'inciso «*in mancanza*» appare riferito all'ipotesi in cui il giudice del merito abbia ommesso di pronunciare sulla inefficacia del provvedimento cautelare ovvero a quello in cui le parti non abbiano concluso in tal senso; non può, invece, essere esteso ai casi in cui siano diversi i giudici chiamati a pronunciarsi sulla cautela e sul merito, regolati espressamente dai successivi capoversi.

Il legislatore del 1990 ha comunque tenuto presente l'ipotesi fisiologica in cui il procedimento cautelare si conclude prima della decisione sul merito.

Lo schema di decreto legislativo recante la disciplina processuale per le controversie societarie, bancarie e finanziarie, come si è posto in evidenza, rende possibile la definizione del merito prima che sia concluso il procedimento cautelare e, in particolare, il reclamo, nell'ambito del quale, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 1994, la sospensione può essere concessa.

In tale ipotesi, pertanto, appare utilizzabile l'inciso «*in mancanza*» di cui al terzo capoverso dell'art. 669 *novies* c.p.c. al fine di chiedere al giudice del reclamo di dichiarare con ordinanza l'inefficacia del provvedimento cautelare.

La pratica applicazione della nuova disciplina, peraltro, potrà sollevare altre e più complesse questioni.

È una nuova sfida alla quale gli interpreti e gli operatori non possono sottrarsi.