

Corte di cassazione, Sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24939
Pres. Valitutti – Rel. Caiazzo

Il provvedimento cautelare sospensivo dell'efficacia della delibera di esclusione del socio di una s.a.s. non può avere contenuto anticipatorio della sentenza costitutiva di annullamento della medesima delibera – che, sola, accerta i presupposti legittimanti l'esclusione del socio stesso dalla compagine societaria, comportando, in caso di accoglimento, la produzione dell'effetto modificativo dell'assetto societario – poiché esplica un'efficacia interinale ontologicamente coincidente con il contenuto della sentenza e non riveste, dunque, i caratteri di una pronuncia accessoria diretta a salvaguardare gli effetti esecutivi discendenti dalla (emananda) medesima sentenza costitutiva. Ne consegue che, in caso di estinzione del giudizio di merito, tale provvedimento cautelare diventa inefficace ai sensi del comma primo dell'art. 669-novies c.p.c., non potendo trovare applicazione i commi sesto ed ottavo dell'art. 669-octies c.p.c. (massima ufficiale).

(Omissis) RITENUTO CHE:

Con il primo motivo di ricorso è dedotta la nullità della sentenza impugnata per illegittima composizione del collegio giudicante, in violazione dell'art. 111 Cost., in quanto tale collegio era stato formato, sia in primo grado, sia nella decisione d'appello, dal medesimo giudice relatore.

Con il secondo motivo è denunciata violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 5 del 2003, art. 24, comma 3, (oggi art. 669-octies c.p.c., commi 6 e 8), in quanto la misura cautelare in questione aveva un effetto prevalentemente conservativo e un effetto solo secondario anticipatorio, apparendo anche illogico un provvedimento cautelare che anticipi gli effetti di una sentenza costitutiva, quale quella di annullamento della deliberazione societaria.

(Omissis)

Il secondo motivo è fondato.

Il provvedimento cautelare della sospensione della delibera di esclusione del socio è stato adottato, nella specie, nella vigenza del d.lgs. n. 5 del 2003, art. 23. Il provvedimento di sospensione, trattandosi di società di persone (s.a.s.) è, peraltro, ancorabile all'art. 2287, applicabile alla s.a.s. in virtù del combinato disposto degli artt. 2293 e 2315 c.c. (norma analoga è contenuta nell'art. 2378 c.c., per le società di capitali).

Orbene, è evidente che né il Tribunale né la Corte d'appello – che, invece, fa espresso riferimento a tale norma, per cui la motivazione sul punto è errata – avrebbero potuto applicare il d.lgs. n. 5 del 2003, art. 23, comma 4, laddove prevede che l'estinzione del processo non determina l'inefficacia del provvedimento cautelare emesso, essendo stata tale disposizione abrogata con effetto 4 luglio 2009, ossia ben

prima dell'instaurazione del giudizio di primo grado sull'istanza *ex art. 669-novies*, da parte della (*Omissis*), avvenuta il 24 settembre 2010. Deve, pertanto, trovare applicazione, nella specie, il combinato disposto dell'art. 669-*octies* c.p.c., commi 6 ed 8, e art. 669-*novies* c.p.c., comma 1, a tenore dei quali l'estinzione del giudizio di merito che, in via di principio determina l'inefficacia del provvedimento cautelare, *ex art. 669-novies*, comma 1 – non comporta l'inefficacia, tra l'altro, dei “provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito” (art. 669-*octies*, commi 6 ed 8).

La questione s'incentra, pertanto, sulla configurazione del provvedimento di sospensione della delibera assembleare, ossia se il medesimo abbia, o meno, efficacia anticipatoria degli effetti della futura sentenza di annullamento della delibera di esclusione.

Con la riforma delle norme in tema di provvedimenti cautelari, come efficacemente rilevato in dottrina, è evidentemente divenuta cruciale la distinzione, sinora esclusivamente dogmatica, tra misure cautelari di carattere anticipatorio e di carattere conservativo.

Da un lato, come recita l'art. 669-*octies* c.p.c., nuovo comma 6 vi sono i provvedimenti *ex art. 700* c.p.c. e gli altri provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio previsti dal codice civile o da leggi speciali.

Dall'altro lato, invece, si registrano i rimanenti provvedimenti cautelari, vale a dire i provvedimenti cautelari conservativi ed in particolare i sequestri.

I primi, caratterizzati dal far operare in via provvisoria e anticipata quegli effetti dell'emananda decisione di merito che tardando risulterebbero inefficaci o inattuabili, potranno avere una loro autonoma stabilità.

I secondi, caratterizzati dall'intento di conservare integro uno stato di fatto in attesa ed allo scopo che su di esso il provvedimento principale possa in futuro esercitare i suoi effetti, postulano invece necessariamente che si intraprenda il giudizio di merito.

Orbene, premessa la nota controvertibilità della questione, va osservato che il riferimento alla natura costitutiva della sentenza di annullamento della delibera di esclusione del socio costituisce sul piano dogmatico un parametro ontologico, da cui muovere ogni argomentazione al riguardo.

È del tutto pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'annullamento della deliberazione di esclusione di un socio in esito ad opposizione proposta a norma dell'art. 2287 c.c., comma 2, opera – in quanto ha natura costitutiva – *ex tunc*, ossia ricostituisce dalla pronuncia lo status di socio, ma con effetto retroattivo quanto alle conseguenze, in quanto comporta la reintegrazione del socio stesso nella sua posizione anteriore e nella pienezza dei diritti da essa derivati (Cass. 6829/2014; Cass. 16150/2000).

Orbene, la sentenza costitutiva non è suscettibile di produrre effetto prima del passaggio in giudicato (Cass. 17311/2016; Cass. 10605/2016).

Muovendo da tale premessa, l'opinione dominante afferma che la tutela cautelare può essere utilizzata anche con strumentale preordinazione ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ossia in settori dai quali l'esecuzione forzata è esclusa per definizione, ove però la misura di salvaguardia riguardi i capi della sentenza pronunciati su domande di condanna accessorie al mero accertamento o all'accertamento costitutivo, non rivestendo la sentenza di mero accertamento o d'accertamento costitutivo il carattere di titoli esecutivi.

In particolare, secondo autorevole dottrina, la tutela cautelare potrà considerarsi anticipatoria ai fini dell'art. 669-*octies* c.p.c. quando assicuri un risultato pratico analogo a quello della pronuncia finale; nella prospettiva dell'anticipazione del risultato pratico della domanda, si ritiene che i provvedimenti che sospendano l'esecuzione di delibere assunte (tutti inerenti a giudizi suscettibili di decisione con sentenze costitutive) a seconda delle varie ipotesi, dall'assemblea di una associazione (art. 23 c.c., comma 3), dai partecipanti ad una comunione (art. 1109 c.c., comma 2), dall'assemblea di un condominio (art. 1137 c.c., comma 2), dai componenti di una società di persone che intendano escludere un socio (art. 2287 c.c., comma 2, che viene in rilievo nella fattispecie) presentino carattere anticipatorio.

Secondo tale orientamento, considerato infatti che il provvedimento di sospensione dell'efficacia dell'atto realizza, di norma, gli effetti pratici, lo scopo a cui è volto l'annullamento o la declaratoria di nullità, non sembrerebbe dubbio che alla sospensiva debba riconoscersi, ai nostri fini, natura anticipatoria e che quindi goda del regime di stabilità di cui al nuovo art. 669-*octies* c.p.c.

Nell'ambito del medesimo orientamento, altra dottrina aderisce all'impostazione secondo cui è anticipatorio quel provvedimento cautelare che prevede, a carico della controparte, quegli stessi doveri di fare o di astenersi che ad essa saranno imposti dalla sentenza di merito.

Sul differente presupposto della non condivisibilità di una impostazione che faccia riferimento al risultato "pratico" conseguito dalla misura cautelare, al contrario, diversa dottrina argomenta che, pur essendo indubbia l'idoneità della misura sospensiva ad "appagare" i condomini o i soci impugnanti, la sospensione degli effetti di una deliberazione condominiale o assembleare non può qualificarsi anticipatoria, essendo semplicemente preordinata ad evitare che l'esecuzione dell'atto impugnato determini modificazioni di fatto o diritto non più compiutamente eliminabili o rimediabili *ex post*. Argomentando da tali premesse sistematiche, una parte della dottrina ha ritenuto che la sospensione della delibera assembleare è un provvedimento che non può anticipare gli effetti tipici della decisione di merito, atteso che questa è una sentenza costitutiva di annullamento *ex art.* 2908 c.c. Nella medesima prospettiva, si pone quella decisione secondo cui l'anticipazione in via provvisoria, ai fini esecutivi, degli effetti discendenti da statuizioni condannatorie contenute in sentenze costitutive, non è consentita, essendo necessario il passaggio in giudicato, soltanto nei casi in cui la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso

sinallagmatico (come nel caso di condanna al pagamento del prezzo della compravendita nella sentenza costitutiva del contratto definitivo non concluso); è invece consentita quando la statuizione condannatoria è meramente dipendente dall'effetto costitutivo, essendo detta anticipazione compatibile con la produzione dell'effetto costitutivo nel momento temporale successivo del passaggio in giudicato (Cass. 28508/2018).

In altri termini, quello che si può anticipare – in via di provvisoria esecuzione della sentenza esecutiva di condanna, o in via di tutela cautelare anticipatoria – sono solo gli effetti meramente dipendenti dall'effetto costitutivo, ossia in qualche modo autonomi rispetto allo stesso, non gli effetti che sono diretta conseguenza dell'effetto costitutivo.

Pertanto, relativamente alle sentenze costitutive, è possibile affermare che il bisogno di tutela urgente riguarda non tanto la salvaguardia o l'anticipazione del provvedimento costitutivo in sé e per sé considerato, bensì l'adozione di una cautela con riferimento alla statuizione consequenziale alla pronuncia costitutiva.

La tutela cautelare dei diritti fatti valere in un giudizio di condanna o di accertamento costitutivo si può concretare in una misura di salvaguardia dell'effetto esecutivo che ne può derivare, volto a rendere possibile la soggezione del debitore alla sanzione esecutiva. Tale tutela cautelare non può, dunque, generare l'effetto dichiarativo o la costituzione giudiziale di un diritto – effetto che certamente può derivare solo dalla sentenza – ma essa può risolversi tuttavia nell'autorizzazione giudiziale a compiere atti di salvaguardia del diritto costituendo, che possono derivare da condanne accessorie alla statuizione di mero accertamento, o a quella costitutiva d'un determinato effetto giuridico.

Ebbene, il soggetto che agisce in via cautelare è certamente titolare di una situazione giuridica soggettiva a contenuto processuale che gli dà il diritto di perseguire la modificazione giuridica a cui aspira sul piano sostanziale, che dovrebbe avere – quale corollario – quello di conseguire in via d'urgenza non tanto l'effetto costitutivo, ma piuttosto la futura esecuzione della pronuncia accessoria.

Al riguardo, tale interpretazione sistematica della normativa che disciplina le misure cautelari si raccorda al dato positivo che l'ordinamento consente iniziative di carattere conservativo per i diritti sottoposti a condizione e che la statuizione di natura costitutiva si profila come situazione assimilabile a quella disciplinata dall'art. 1356 c.c., almeno sul piano descrittivo.

Dovendosi dunque accedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, *ex art. 24 Cost.*, nella medesima ratio, la dottrina afferma anche l'ammissibilità del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* relativamente alle statuizioni accessorie ad una pronuncia costitutiva. Nel caso di specie, il collegio osserva che la sospensione della delibera di esclusione, se considerata avente come natura anticipatoria, anticiperebbe proprio l'effetto inscindibilmente collegato con la pronuncia costitutiva di annullamento, consistente nel ripristino della posizione di socio, che resterebbe definitiva in caso di mancata instaurazione del giudizio di

merito o di sua estinzione, laddove tale effetto può essere prodotto solo ed esclusivamente dal passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di annullamento della delibera di esclusione.

Per contro, è da ritenere che esigenze sistematiche, connesse al nesso di strumentalità che caratterizza tutti i provvedimenti cautelari, anche quelli anticipatori – sia pure in maniera attenuata –, postulino che alla sospensione della delibera sia da ascrivere la finalità di evitare che la durata del giudizio possa incidere irreversibilmente sulla posizione del socio, qualora venga confermato tale (natura conservativa), consentendo un ripristino provvisorio del rapporto societario, evitando che la posizione di socio venga ad essere definitivamente compromessa, non solo non percependo gli utili, ma anche e soprattutto non potendo influire – cosa ancora più evidente quando si tratti, come nel caso concreto, di società di persone – sull'amministrazione e gestione della società.

Invero, adottando l'interpretazione estensiva che riconosce natura anticipatoria ai provvedimenti che attribuiscono subito anche solo il risultato pratico del provvedimento, la strumentalità attenuata finisce per diventare la regola, valevole per la maggior parte dei provvedimenti cautelari, previsti dal codice di procedura civile, dal codice civile e dalle leggi speciali, mentre la strumentalità piena, propria dei provvedimenti conservativi, si ridurrebbe ad una eccezione, caratterizzando sostanzialmente solo le misure cautelari riconducibili allo schema del sequestro.

Ma tale interpretazione, nella sua absolutezza ricostruttiva, non appare armonizzarsi con i principi sistematici afferenti alla natura costitutiva delle sentenze inerenti ai giudizi in cui sono emessi, come nel caso concreto, provvedimenti di sospensione dell'efficacia delle delibere societarie di esclusione del socio di società di persone.

Ora, ne consegue che l'estinzione del giudizio non può determinare la produzione in via definitiva dell'effetto costitutivo dipendente dal giudicato; ciò in quanto il provvedimento cautelare sospensivo dell'efficacia della delibera di esclusione del socio di s.a.s. non può avere contenuto anticipatorio della sentenza costitutiva – che, sola, accerta i presupposti legittimanti l'esclusione del socio dalla compagine societaria, producendo, in caso d'accoglimento, la produzione dell'effetto modificativo dell'assetto societario – poiché esplica un'efficacia interinale ontologicamente coincidente al contenuto della sentenza e non riveste, dunque, i caratteri di una pronuncia accessoria diretta a salvaguardare gli effetti esecutivi discendenti dalla (emananda) medesima sentenza costitutiva.

In altri termini, il collegio ritiene che la natura costitutiva della sentenza impedisca un'anticipazione degli effetti suscettibile di divenire definitiva, per effetto dell'art. 669-*octies* c.p.c., dei commi 6 e 8.

Per quanto esposto, in accoglimento del secondo motivo del ricorso, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio alla Corte d'appello, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità. (*Omissis*).

L'ULTRATTIVITÀ DELLA SOSPENSIONE DELLA DELIBERA DI ESCLUSIONE DEL SOCIO DI SOCIETÀ DI PERSONE

LUCA MONOSI

*Dottorando di ricerca
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La decisione della Corte di cassazione. – 3. La natura dell'opposizione del socio escluso *ex art.* 2287 c.c. – 4. *L'ubi consistam* delle misure poste a cautela delle azioni costitutive: la sospensione della delibera di esclusione. – 4.1 (*Segue*) Tipicità e atipicità. Il dubbio rapporto di biunivocità tra tutela conservativa e strumentalità piena e tra tutela anticipatoria e strumentalità attenuata. – 4.2 (*Segue*) Antichi nodi interpretativi sulla lettura dell'art. 669-*octies* c.p.c. – 5. Osservazioni conclusive.

1. – Il caso deciso dalla Suprema Corte riguarda l'impugnazione di una delibera di esclusione di un socio di società in accomandita semplice, proposta ai sensi dell'art. 2287 c.c. Il Tribunale adito con l'opposizione accoglieva la domanda di sospensione dell'"esecuzione" della delibera epurativa e successivamente il giudizio si estingueva per inattività delle parti, nella vigenza del rito societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5¹. Il Giudice adito, inoltre, affermava espressamente la perdurante efficacia del provvedimento sospensivo, che veniva qualificato di natura cautelare anticipatoria e, come tale, soggetto alla salvezza di cui al successivo art. 24, comma 3°, allora vigente.

La società, a distanza di circa sei anni dalla pronuncia di estinzione, chiedeva al Tribunale di Bolzano di dichiarare l'inefficacia del provvedimento di sospensione a suo tempo pronunciato, sull'assunto che si versasse in un'ipotesi di cautela meramente conservativa e quindi, a mente dell'art. 669-*novies* c.p.c., cedevole rispetto all'estinzione del giudizio di merito nel quale si sarebbe dovuto pronunciare l'annullamento della delibera di esclusione. La domanda veniva respinta sia in primo grado che in appello, ritenendosi che il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della delibera di esclusione avesse una funzione anticipatoria rispetto alla sentenza con cui, all'esito di un giudizio ordinario di cognizione, sarebbe stato accertato il diritto del socio di essere, in ipotesi, reintegrato nella

¹ In particolare, né il ricorrente, né la società resistente avevano depositato l'istanza di fissazione dell'udienza collegiale prevista dall'art. 8 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 nel portante giudizio di merito.

compagine sociale, con la conseguente perdurante efficacia della misura cautelare a dispetto della estinzione del predetto giudizio ordinario.

Avverso la sentenza d'appello veniva proposto ricorso per cassazione deducendosi la violazione dell'art. 24, comma 3°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (corrispondente, nel suo tenore, all'attuale art. 669-*octies*, commi 6° e 8°, c.p.c.), per non avere il giudice d'appello riconosciuto un "effetto prevalentemente conservativo e un effetto solo secondario anticipatorio" nel provvedimento cautelare della cui inefficacia si discuteva.

La Corte, anzitutto, riteneva erronea la ricostruzione intertemporale della disciplina rilevante *in subiecta materia* svolta dai giudici di merito. Il giudizio di prime cure, infatti, era stato instaurato nel mese di settembre 2010, ossia in un momento in cui era già vigente la l. 18 giugno 2009, n. 69 (che, come noto, all'art. 54, comma 5°, ha abrogato le disposizioni del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 concernenti il rito societario), cosicché l'inefficacia della misura cautelare doveva essere valutata alla stregua degli artt. 669-*octies* e 669-*novies* c.p.c., e non – come per contro ritenuto dai giudici di merito – degli artt. 23 e 24 del d.lgs. citato. L'art. 54, comma 6°, della stessa l. 18 giugno 2009, n. 69, infatti, limitava l'applicabilità delle disposizioni concernenti il rito abrogato unicamente "alle controversie pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge", circostanza che non ricorreva nella fattispecie.

Posta tale premessa, la Corte ha accolto il secondo motivo di ricorso affermando che il provvedimento sospensivo di cui all'art. 2287, comma 2°, c.c. svolgerebbe una funzione meramente conservativa e sarebbe destinato ad essere rigorosamente strumentale all'accertamento della *res litigiosa*, senza che i suoi effetti possano sopravvivere all'estinzione del giudizio di merito.

A fondamento di tale conclusione, l'ordinanza in rassegna richiama la natura costitutiva della sentenza di annullamento della delibera e le opposte opinioni dottrinali² che riguardano la cautelabilità dei diritti soggetti a costituzione giudiziale *ex art.* 2908 c.c. La Corte, pur riconoscendo l'autorevolezza dei fautori della posizione contraria³, propende per ritenere che la riconduzione della causa all'ambito della tutela costituiva osti all'anticipazione in via cautelare di effetti destinati a prodursi, nella prospettiva accolta dal giudice nomofilattico, soltanto con il passaggio in giudicato. Infatti, ai fini della distinzione tra misure cautelari anticipatorie e conservative dovrebbe aversi riguardo non all'effetto pratico (concernente, al più l'appagamento soggettivo delle parti), ma piuttosto all'identità dell'effetto tipico scaturente dalla sentenza di merito rispetto alla

² Cfr. gli autori citati *infra*, note 15 e 19.

³ Cfr. in particolare gli autori citati alla nota 15.

regolamentazione introdotta dal provvedimento cautelare. Altrimenti, a dire della Corte, si finirebbe per limitare ai soli sequestri la classe delle misure conservative. In definitiva, nell'ambito della tutela costitutiva, sarebbe ammessa soltanto l'anticipazione cautelare delle statuizioni condannatorie che sono meramente dipendenti dalla sentenza di merito e neppure legate ad essa da un nesso di sinallagmaticità, come avviene ad esempio nei contratti di scambio che presuppongono un consenso traslativo.

2. – Per prendere posizione sulla soluzione adottata dalla Corte occorre confrontarsi con alcune questioni.

In primo luogo, per affrontare il tema della misura cautelare tipica prevista dall'art. 2287 c.c.va analizzata la natura dell'opposizione del socio escluso.

In secondo luogo, la sospensione dell'esecuzione della delibera di esclusione deve essere scrutinata alla luce del binomio tipicità-atipicità della tutela cautelare, nonché del rapporto di strumentalità che sussiste comunque rispetto al giudizio di merito.

In terzo luogo, sarà opportuno affrontare la struttura sintattica delle disposizioni processuali concernenti l'efficacia delle misure cautelari e presentare le criticità interpretative che hanno agitato, anche in tempi più remoti, il dibattito dottrinale.

3. – L'esclusione del socio di una società di persone (in forza del rinvio alle disposizioni in materia di società semplice contenuto sia nell'art. 2293 c.c. sia, indirettamente, nell'art. 2315 c.c.) costituisce l'esito di un procedimento soltanto sommariamente disciplinato dall'art. 2287 c.c., ma riconducibile allo schema di una deliberazione idonea ad incidere in maniera recettizia – e quindi soltanto con la sua successiva comunicazione – sul diritto soggettivo di uno dei componenti della compagine sociale (l'art. 2287, comma 1, c.c. prevede infatti che la delibera “ha effetto decorsi trenta giorni dalla data della comunicazione al socio escluso”). L'azione del socio reietto, pertanto, è volta non soltanto all'accertamento negativo della sussistenza delle condizioni perché la società potesse procedere alla sua esclusione, ma soprattutto alla conseguente ricostituzione *ex tunc* di una situazione giuridica soggettiva già compiutamente estinta e che, per effetto della sentenza di annullamento, si ha come se, nelle more, non fosse mai venuta meno⁴. Non è dubitabile, *a fortiori* per l'esplicita efficacia recettizia,

⁴ Cfr. Cass., 28 maggio 1993, n. 5958, in *Dir. fall.* 1993, II, 1038 ss.: “Il socio di una società in accomandita semplice, che si sia opposto alla deliberazione che lo esclude dalla società ai sensi dell'art. 2287 comma 2, c.c. ha interesse ad agire o a resistere nel giudizio nel quale si accerti l'esistenza di una causa di scioglimento della società,

che la sentenza di accoglimento dell'opposizione – in quanto avente contenuto demolitorio del provvedimento e allo stesso tempo ripristinatorio del diritto sociale – sia propriamente espressione della tutela costitutiva, per quanto appartenente al *genus* di quella “non necessaria”⁵.

La sospensione della delibera di esclusione costituisce una misura cautelare tipica extravagante, esplicitamente prevista dall'art. 2287, comma 2°, c.c. e quindi soggetta ai sensi dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. alle disposizioni del procedimento cautelare uniforme “in quanto compatibili”⁶. La principale deroga rispetto al procedimento comune, invero, emerge dalla previsione di un termine perentorio per l'introduzione del giudizio di opposizione, nonché dal collegamento funzionale tra la pendenza della lite e la sospendibilità dell'esecuzione della delibera opposta, in maniera peraltro non dissimile rispetto a quanto previsto dall'art. 2378, comma 3°, c.c. in punto di impugnazione delle delibere assembleari di società per azioni⁷. In questo come nell'altro caso, infatti, ai fini della tutela cautelare tipica è funzionalmente competente il giudice già chiamato a decidere della legittimità dell'atto, con la conseguenza che è inammissibile la domanda cautelare *ante causam*⁸.

Si tratta di una soluzione espressamente adottata dal legislatore sostanziale anche per l'impugnazione delle deliberazioni dei partecipanti alla comunione ordinaria (l'art. 1109 c.c. dispone infatti che “In pendenza del giudizio, l'autorità giudiziaria può ordinare la sospensione del provvedimento deliberato”) e, in maniera meno perspicua, delle

poiché l'annullamento della deliberazione di esclusione opera “*ex tunc*”, con la conseguente reintegrazione del socio nella sua posizione anteriore alla esclusione” (negli stessi termini anche Cass., 22 dicembre 2000, n. 16150, in *Dir. prat. soc.*, 2001, 9, 56 ss. e Cass., 24 marzo 2014, n. 6829, in *Riv. dott. comm.*, 2014, 3, 578 ss.).

⁵ Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, 24° ed., Torino, 2015, 12: “Va infatti tenuto presente fin da ora che, accanto all'attività giurisdizionale costitutiva necessaria – e nel quadro della più ampia nozione di *attività giurisdizionale costitutiva* che il nostro ordinamento contempla espressamente all'art. 2908 c.c. – esiste un'*attività giurisdizionale costitutiva non necessaria* nel senso che gli effetti costitutivi (nel consueto senso ampio), attuabili da essa, avrebbero potuto essere attuati anche indipendentemente dall'opera dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che l'attività di quest'ultimo soccorre solo quando è mancata l'attuazione spontanea o primaria, ossia si è verificata la violazione di un preesistente diritto alla modificazione giuridica o diritto potestativo (non necessario)”.

⁶ Cfr. A. CELESTE, *Il nuovo procedimento cautelare civile*, Milano, 2010, 616.

⁷ Cfr. B. ACQUAS, *L'esclusione del socio nelle società*, Milano, 2008, 137 ss.

⁸ Si darà conto *infra* dell'orientamento secondo cui, per fronteggiare le situazioni nelle quali non può attendersi la previa instaurazione del giudizio di opposizione, è considerato ammissibile il ricorso in via suppletiva del rimedio *ex art. 700 c.p.c.*

deliberazioni dell'assemblea condominiale⁹. Soltanto con l'entrata in vigore della l. 11 dicembre 2012, n. 220, che ha emendato l'originario disposto dell'art. 1137 c.c., la tutela cautelare *ante causam* è stata espressamente ammessa in materia di decisioni dell'assemblea condominiale. A ben vedere, l'evoluzione della disciplina del codice civile avvalorava l'ipotesi secondo cui tali fattispecie di sospensione delle decisioni collegiali fossero ancorate, secondo esigenze di stabilità dei traffici giuridici e di serietà della lite, alla pendenza del giudizio di merito. La cautela era immaginata come l'*extrema ratio* a cui l'autorità giudiziaria poteva ricorrere soltanto se già adita – nel rispetto di termini nient'affatto laschi – per la decisione concernente la legittimità dell'atto di autonomia privata.

I principi sistematici della *sedes materiae* si pongono in armonia con l'equiparazione strutturale del provvedimento epurativo del socio di società di persone ad un ordinario *deliberatum* dell'assemblea delle società di capitali, come detto insospensibile senza la previa instaurazione del giudizio merito di cui all'art. 2378 c.c.¹⁰. La sospensiva, dunque, interviene a cautela della costituzione giudiziale di un diritto e la sentenza che provvede in tal senso si sottrae, almeno secondo la giurisprudenza prevalente, alla provvisoria esecutorietà¹¹: l'effetto costitutivo, in altre parole, sarebbe

⁹ In epoca antecedente alla riforma delle disposizioni in materia di condominio, cfr. infatti Trib. Nocera Inferiore, 2 febbraio 2001, in *Arch. locazioni* 2001, 450.

¹⁰ Cfr. Trib. Roma, 3 agosto 2016, in *Il caso.it*, nonché Trib. Milano, 8 agosto 2019, in *Giurisprudenza delle imprese*: "L'art. 2378, quarto comma, c.c. consente altresì che "con ricorso depositato contestualmente al deposito della citazione l'impugnante possa chiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione" e dunque riconosce una specifica tutela cautelare precisando che il Giudice designato per la trattazione della causa di merito provvede valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della delibera impugnata. Il quarto comma dell'art. 2378 c.c. (in quanto richiamato per le s.r.l. dall'ultimo comma dell'art. 2479-ter c.c.) disciplina dunque una misura cautelare "tipica", sia pure non compresa nel codice di rito, che in quanto tale preclude la concessione della tutela cautelare "atipica" di cui all'art. 700 c.p.c., che è esperibile solo in via residuale, quale norma di chiusura che può operare solo quando nessun altro rimedio cautelare è esperibile".

¹¹ Cfr. *ex multis* Cass., 26 marzo 2009, n. 7369, in *Foro it.*, 2009, I, 2699 ss.: "Orbene l'art. 282 cod. proc. civ., prevede che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva fra le parti: in considerazione della stessa formulazione della norma che fa riferimento all'esecuzione, deve escludersi che, al di fuori delle statuizioni di condanna consequenziali, le sentenze di accertamento (e quelle costitutive) possono avere efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato, essendo l'esecuzione riferibile soltanto a quelle sentenze (di condanna) suscettibili del procedimento disciplinato dal terzo libro del codice di procedura civile. Tale interpretazione trova ulteriore conferma: a) nell'art. 283 cod. proc. civ., che, prevedendo espressamente la possibilità di sospendere l'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado, necessariamente intende fare riferimento alle sentenze di

soltanto una conseguenza mediata della sentenza pronunciata *inter partes*, ma specialmente una conseguenza immediata del passaggio in giudicato della stessa. La dottrina, come noto, non è unanime sul punto e non è certo questa la sede per dare conto dell'attuale stato del dibattito ancora acceso tra gli studiosi¹². Tuttavia, l'influenza del dibattito stesso sulla tematica in

condanna; b) nelle disposizioni di cui agli artt. 431 e 447-bis cod. proc. civ., che fanno riferimento alle sole ipotesi di condanna; c) nella regola generale dell'immutabilità dell'accertamento sancita dall'art. 2909 cod. civ., atteso che, in mancanza di una espressa previsione legislativa in senso contrario, tale norma non consente di attribuire efficacia a un accertamento che non sia ancora definitivo".

¹² Ad esempio, aderiscono alla tesi adottata dalla giurisprudenza V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 274; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 117; G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2006, 329; C. CONSOLO, *sub art. 282 c.p.c.*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 263; M. ZULBERTI, *La provvisoria esecutività della sentenza di primo grado*, in L. DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, Milano, 2019, II, 2273, il quale ritiene però che debbano ascriversi alla categoria delle sentenze provvisoriamente esecutive anche quelle aventi ad oggetto un *facere* incoercibile, inidonee quindi a fondare l'esecuzione forzata. Sono invece fautori della tesi opposta, oltre ovviamente a E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 393 ss., E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, 1987, Torino, 16 ss., spec. 18.; G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, 303 ss., il quale, aderendo all'impostazione di C. FERRI, in L. P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2006, I, 586, ritiene che la provvisoria esecutività concerna la produzione immediata di effetti pure dichiarativi e costitutivi; C. FERRI, *Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionati da eventi successivi alla sua pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1392 ss.; M. VANZETTI, *Querela di falso e sospensione del processo – incidente di falso, sospensione del processo ed efficacia naturale della sentenza*, in *Giur. it.* 2017, 10, 2107 (nota a Cass., 16 maggio 2017, n. 12035): "L'ordinanza annotata compie poi un passo ulteriore, a nostro avviso condivisibile. Essa, infatti, invocando il noto precedente costituito da Cass., Sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, aderisce esplicitamente all'insegnamento di Enrico Tullio Liebman, secondo cui la sentenza, ancor prima del suo passaggio in giudicato formale, è dotata di una "efficacia naturale" esterna al processo, capace di incidere su eventuali cause dipendenti. Come già avevano affermato le Sezioni unite, anche secondo questa decisione non si può negare che le sentenze di primo grado contengano dei veri accertamenti giudiziali, seppur caducabili, idonei a incidere sulle liti dipendenti: la decisione pronunciata dal giudice di prime cure sulla causa pregiudiziale, infatti, "qualifica la posizione delle parti in modo diverso da quello dello stato originario di lite e giustifica sia l'esecuzione provvisoria (...) sia l'autorità della sentenza di primo grado nell'ambito della relazione tra lite sulla causa pregiudiziale e lite sulla causa pregiudicata". Questa efficacia, sempre secondo l'opinione cui ha aderito la Corte, comporta che, ove la decisione sulla lite pregiudiziale venga impugnata, come era accaduto nella fattispecie sottoposta al suo sindacato, trovi applicazione la così detta sospensione facoltativa disciplinata dall'art. 337, 2° comma, c.p.c., e non invece quella

commento non può essere sopravvalutata. Coloro che, aderendo alla tesi in auge in giurisprudenza, vi scorgono un argomento che muove contro la ammissibilità della anticipazione cautelare degli effetti costitutivi, ritengono che, essendo la strumentalità una delle caratteristiche della tutela cautelare, tale anticipazione sarebbe ammessa soltanto con riferimento alle statuizioni condannatorie accessorie che non siano legate al diritto stesso da un nesso di sinallagmaticità¹³. Si dà il caso, però, che l'orientamento in parola si sia formato con riferimento al contenuto atipico dei provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.¹⁴, sicché la tipicità della cautela sospensiva – non essendo certo il principio che lega l'effetto costitutivo al passaggio in giudicato indisponibile per il legislatore ordinario – induce a verificare la tenuta della tesi dominante, alla luce dell'evidente influsso sul tema dell'ultrattività della misura stessa rispetto all'estinzione (o alla mancata instaurazione) del giudizio di merito.

4. – Come da programma, una volta preso atto del fatto che il provvedimento di cui all'art. 2287, comma 2°, c.c. vada ascritto alla categoria dei provvedimenti cautelari, occorre determinare se esso abbia natura anticipatoria o conservativa.

Secondo un primo orientamento¹⁵, il provvedimento di sospensione di una delibera, sia essa quella di un'associazione, di un condominio o di una

necessaria di cui all'art. 295 c.p.c., non più “dovendo”, bensì solo “potendo” il giudice sospendere la causa, purché della scelta fornisca esauriente motivazione”.

¹³ Cfr. Cass., 29 luglio 2011, n. 16737, in *Giust. civ.* 2011, 12, I, 2813: “La possibilità di anticipare l'esecuzione delle statuizioni condannatorie contenute nella sentenza costitutiva va riconosciuta, in concreto, di volta in volta a seconda del tipo di rapporto tra l'effetto accessivo condannatorio da anticipare e l'effetto costitutivo producibile solo con il giudicato. Tale anticipazione deve escludersi allorquando la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico, così come è riscontrabile nella condanna al pagamento del prezzo della compravendita contenuta nella sentenza sostitutiva del contratto definitivo non concluso”. Nello stesso senso, cfr. Trib. Civitavecchia, 5 settembre 2008, in *DefJure*; Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Giurisprudenza delle imprese*; Trib. Roma, 13 gennaio 2017, in *Ilprocessocivile.it*; Trib. Vicenza, 11 dicembre 2018, in *DefJure*.

¹⁴ Ne sono evidenza le pronunce di merito citate nella precedente nota 13.

¹⁵ S. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 503 ss.: “Innanzi tutto occorre esaminare la natura dell'ordinanza di sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari. Si tratta certamente di provvedimento cautelare e, a noi pare, con funzione anticipatoria. Se infatti la sospensione dell'esecuzione viene tradizionalmente ricondotta, nell'ambito della *summa divisio* dei provvedimenti cautelari, tra quelli conservativi, chi scrive ritiene che tale assunto debba essere oggetto di ripensamento, soprattutto alla luce dell'interpretazione evolutiva dell'art. 2378 c.c. operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. (...) Come si è più volte rilevato l'azione di annullamento ha una portata solo negativa nel senso

società di persone, assicura gli effetti pratici che deriverebbero dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento. Il concetto di “risultato pratico” è letto per implicito in quello di idoneità “ad anticipare gli effetti della sentenza di merito” contenuto nell’art. 669-*octies* c.p.c., dando quindi rilievo non tanto all’effetto costitutivo ripristinatorio, quanto all’evidenza empirica della impermeabilità della fattispecie concreta alle conseguenze che l’atto sospeso avrebbe dovuto dispiegare. In altre parole, l’esclusione avrebbe dovuto comportare *inter alia* l’impossibilità per il socio reietto di esercitare i diritti amministrativi e di partecipare agli utili, nonché l’obbligo per la società di liquidare la partecipazione nelle forme di cui all’art. 2289 c.c., ma per effetto del provvedimento di sospensione nulla di tutto ciò può avvenire: sul piano pratico, è come se la delibera non fosse mai venuta ad esistenza. Il solo fatto che il socio possa prescindere dalle conseguenze che avrebbe dovuto subire a causa della delibera, quindi, è erto a “risultato pratico” connesso al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva. Il socio escluso non otterrebbe un’utilità ulteriore – secondo questa impostazione – dalla

che soddisfa solo in negativo la situazione sostanziale sottesa al processo, ovvero l’interesse ad un diverso contenuto della delibera assembleare. Ciò, che in altri termini, è consentito ottenere con la sentenza di annullamento è solamente l’eliminazione degli effetti giuridici prodotti dalla delibera impugnata, non già la produzione di effetti positivi desiderati dall’azionista impugnante (che costituiscono, come detto, l’oggetto dell’interesse). In questo senso la pronuncia di annullamento, elidendo determinati effetti avverso i quali l’opponente agisce in giudizio, mira quindi a ripristinare lo *status quo ante*. Analoga funzione ha il provvedimento di sospensione, tradizionalmente ricondotto nel novero dei provvedimenti conservativi, in quanto appunto conserverebbe la situazione antecedente. Ma se si volge lo sguardo alle peculiarità sopra descritte della sentenza di annullamento appare evidente che l’ordinanza di sospensione ha pure caratteristiche anticipatorie perché – paralizzando gli effetti della delibera assembleare e “conservando” lo *status quo* – soddisfa anche pienamente, seppur provvisoriamente, o meglio non stabilmente, l’interesse dell’impugnante a veder cessare gli effetti contro i quali richiede tutela. (...) L’unica differenza tra le due misure può essere a mio avviso identificata sul piano della provvisorietà: mentre l’annullamento estingue definitivamente gli effetti della fattispecie deliberativa, la sospensione si limita a paralizzarli provvisoriamente ponendo la deliberazione in una situazione simile ad un negozio sottoposto a condizione sospensiva”. Nello stesso senso, cfr. A. CARRATTA, *sub* art. 2378 c.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 1157: “Siamo in presenza, perciò, di un provvedimento la cui “strumentalità” rispetto alla decisione di merito è data dalla possibilità di anticipare alcuni effetti di quest’ultima, e dunque di un provvedimento con funzione cautelare ed a contenuto anticipatorio”; e C. ZAGANELLI, *Sulla sospensione di delibere di nomina di amministratori di società per azioni e cooperative*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 372 ss.

definitività dell'accertamento giudiziale, sicché la cautela sospensiva avrebbe natura anticipatoria¹⁶.

Alcuni commentatori, peraltro, si sono esplicitamente riferiti alla necessità di un'interpretazione estensiva dell'art. 23 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (oggi abrogato, ma di contenuto sostanzialmente identico all'attuale art. 669-octies, comma 6°, c.p.c., salvo la sostituzione del sostantivo "decisione" con "sentenza"), motivata proprio dalla ampiezza semantica degli effetti legati al provvedimento di merito che la cautela intende anticipare. Sarebbe rilevante ai fini dell'ultrattività della misura, quindi, non soltanto l'effetto tipicamente legato alla pronuncia di merito, ma anche l'ottenimento di un "risultato pratico sostanzialmente equivalente"¹⁷ o tale da "incidere in maniera sostanziale sugli interessi in gioco"¹⁸, che ad ogni modo soddisfi l'esigenza di tutela della parte istante. Al socio escluso – per tornare al caso deciso dalla Corte – sarebbe sufficiente una sospensione *sine die* del provvedimento epurativo per vedere rimossi gli effetti pratici negativi della decisione sociale; pertanto, in difetto di iniziative sue o della società e fatta salva la clausola *rebus sic stantibus* connaturata ad ogni misura cautelare, la mancata coltivazione del giudizio di merito non ne comporterebbe l'inefficacia.

Secondo i fautori dell'orientamento opposto, invece, la natura anticipatoria della misura cautelare andrebbe intesa in senso rigoroso, giacché tutti i provvedimenti cautelari sarebbero "in grado di produrre effetti in senso lato anticipatori"¹⁹. Lo stesso sequestro conservativo, ad esempio, ai sensi dell'art. 686 c.p.c. si converte in pignoramento con la

¹⁶ Cfr. sul punto anche l'opinione di F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 10° ed., Milano, 2019, 227: "Proviamo ora a fare applicazione di quanto appena visto ad un'ipotesi chiave: la sospensione cautelare degli effetti di una delibera assembleare o condominiale. Si tratta di provvedimento cautelare anticipatorio o conservativo? Fra sospensione ed annullamento, dal punto di vista della tutela esecutiva, non vi è alcuna differenza. La delibera, sia sospesa che annullata, non ha più attuazione: ad es., la fusione societaria si arresta in ugual modo sia nell'uno che nell'altro caso; i contributi condominiali deliberati non possono essere riscossi sia nell'uno che nell'altro caso. La differenza sta in ciò, che la sospensione cautelare non statuisce sulla non conformità a diritto della delibera, mentre la sentenza di annullamento sì: ma ciò attiene appunto al piano della tutela dichiarativa, che è per definizione esclusa dalla nozione di anticipatorietà. La sospensione cautelare degli effetti di una delibera assembleare o condominiale è dunque un provvedimento anticipatorio".

¹⁷ A. SALETTI, *sub* art. 23 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 223-224.

¹⁸ M. CRISTIANO, *Il rapporto con il giudizio di merito; la revoca e la modifica, gli incidenti di attuazione*, relazione tenuta all'incontro di studio del CSM tenutosi a Roma il 3-5 giugno 2003, 8 del dattiloscritto, richiamato in G. ARIETA, *Le cautele e il processo cautelare*, Padova, 2011, 30.

¹⁹ Cfr. G. ARIETA, *op. cit.*, 29.

pronuncia della sentenza di condanna esecutiva. Pertanto, se si accogliesse una nozione ampia di idoneità “ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”, si potrebbe perfino sostenere che di fatto il sequestro anticipi il contenuto della statuizione definitiva, quando invece non sembra revocabile in dubbio (anche per i sostenitori del primo orientamento) che tale misura cautelare abbia la funzione “di garantire la fruttuosità dell’espropriazione forzata”²⁰, senza perciò far conseguire al creditore alcuna delle utilità ordinariamente ottenibili con la sentenza condannatoria di merito. Una indiretta conferma di tale conclusione, invero, la si ritrova ponendo mente a quella dottrina che scorge nell’istituto del sequestro conservativo (e più generale nella tutela cautelare) il carattere dell’autonomia-astrattezza²¹, per la quale, quindi, la misura in parola avrebbe un effetto costitutivo *ex nunc* (il divieto di disporre dei beni e l’inefficacia degli atti dispositivi compiuti in spregio del divieto stesso). In altri termini, la circostanza che la concessione del sequestro dipenda non dall’esistenza del diritto, ma dalla verosimiglianza della ragione di credito, implicherebbe che “la sua concessione prescinde totalmente dalla vigenza di una specifica situazione giuridica sostanziale”²² e che “il potere giuridico di ottenere uno di questi provvedimenti è una forma a sé stante di azione (azione assicurativa) ed è mera azione (...) perché esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista”²³. Aderendo a tale impostazione, che si pone su un piano teorico differente rispetto al tema in discussione, la conclusione della natura non anticipatoria del sequestro ne esce rafforzata, giacché la situazione giuridica susseguente all’emanazione della cautela sarebbe affatto diversa – e autonoma – rispetto a quella oggetto del successivo accertamento nell’ambito del giudizio di merito. Diversità che, quindi, preclude di postulare che gli effetti della misura provvisoria anticipino quelli (dissimili) della sentenza.

Alla luce di ciò, si è proposto di individuare il contenuto precettivo dell’art. 669-octies, comma 6°, c.p.c. “nell’introduzione, in via cautelare, di una regolamentazione provvisoria, anche parziale, del rapporto litigioso, cioè di un nuovo assetto di interessi comunque ottenibile all’esito della

²⁰ F. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 260.

²¹ Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, 235 ss.; P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 75; A. SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 1969, 5 ss.; V. ANDRIOLI, *Del sequestro conservativo*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1953, 272.

²² M. FORTINO, voce *Sequestro conservativo e convenzionale*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 67.

²³ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 236.

tutela di merito”²⁴. La natura anticipatoria, dunque, si desumerebbe proprio dall’identità contenutistica della misura cautelare rispetto al futuro provvedimento di merito, il che corrisponde all’attribuzione – sebbene periclitante – della ragione ad una delle parti. Il rapporto litigioso assume pertanto un assetto nuovo, sbilanciato in favore della parte che ha ottenuto la misura cautelare.

Adottando questa ulteriore nozione descrittiva della natura anticipatoria della cautela, essa è apparsa difficilmente compatibile con l’ipotesi della sospensione della delibera epurativa. Infatti, secondo tale dottrina, i provvedimenti che appartengono a questa *species* “si limitano ad impedire, con efficacia *ex nunc*, la produzione o l’ulteriore produzione degli effetti, senza anticipare l’accertamento contenuto nella decisione di merito che rende invalidi gli atti impugnati con efficacia *ex tunc*”²⁵. Infatti, il criterio discrezionale imperniato sulla regolamentazione provvisoria del rapporto sostanziale induce a considerare come neutra la cautela sospensiva: nessuna delle parti ottiene l’attribuzione della ragione richiesta, perché – anche se sul piano del “risultato pratico” il socio reietto riprende a godere del proprio *status* – il rapporto sociale rimane reciso dal provvedimento di esclusione e la situazione conseguente all’applicazione della misura cautelare non corrisponde a nessuna di quelle relative ai possibili esiti della lite.

Come appare evidente, nel dibattito interpretativo sin qui riassunto, la soluzione del caso risulta condizionata dall’impostazione dogmatica assunta con riferimento al concetto di cautela anticipatoria. La Corte di cassazione, tuttavia, pur illustrando partitamente le posizioni assunte dalla dottrina, in realtà giunge a dirimere la questione interpretativa facendo assegnamento su argomenti che prescindono dalla predetta impostazione dogmatica.

4.1 – La Cassazione muove da un’affermazione di principio riguardante la tutela cautelare in generale: “l’opinione dominante afferma che la tutela cautelare può essere utilizzata anche con strumentale preordinazione ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ossia in settori dai quali l’esecuzione forzata è esclusa per definizione, ove però la misura di salvaguardia riguardi i capi della sentenza pronunciati su domande di condanna accessorie al mero accertamento o all’accertamento costitutivo, non rivestendo la sentenza di mero accertamento o d’accertamento costitutivo il carattere di titoli esecutivi”²⁶. A ben vedere, però, a chi scrive

²⁴ G. ARIETA, *ibidem*.

²⁵ G. ARIETA, *op. cit.*, 31.

²⁶ L’ordinanza qui commentata mutua tali parole da Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Giurisprudenza delle Imprese* (e prima ancora da Trib. Milano, 6 febbraio 2012, in *DeJure*): “La giurisprudenza dominante ha affermato che la tutela cautelare può

pare che l'origine di tale orientamento risieda nell'esperienza dei giudici di merito con l'applicazione della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, nella quale vige il principio di atipicità. È quindi errato sostenere, in termini generali, che la tutela cautelare sia sempre esclusa con riferimento ai capi dichiarativi o costitutivi della futura sentenza di merito, perché l'ordinamento esibisce ipotesi di misure tipiche che incidono pacificamente su tali capi. La sospensione delle deliberazioni degli organi collegiali, da questo punto di vista, costituisce il paradigma delle misure cautelari che non soltanto influiscono sul futuro capo costitutivo (conservandolo fino al passaggio in giudicato o, secondo taluni, anticipandolo), ma producono esse stesse un effetto di tipo costitutivo, paralizzando *ex nunc* l'efficacia che un atto di autonomia privata avrebbe *ope legis* secondo la specifica disciplina di riferimento. Anzi, il ragionamento della Corte pare trovare suffragio nel postulato secondo cui sarebbe impossibile anticipare in via cautelare il contenuto di un provvedimento inefficace fino alla formazione del giudicato, quindi – a meno di voler considerare ogni provvedimento d'urgenza di natura anticipatoria (sebbene essi svolgano la più generica funzione di “assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”) – la categoria alla quale riferire il principio di diritto riportato *supra* appare ancor più ristretta rispetto ai provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c.²⁷, ossia alle sole misure d'urgenza concretamente anticipatorie. La Corte, pertanto, sviluppa un ragionamento circolare, laddove giustifica la pretesa non ultrattività della cautela sospensiva, e prima ancora la sua natura meramente conservativa,

essere utilizzata anche con strumentale preordinazione ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ossia in settori dai quali l'esecuzione forzata è esclusa per definizione, ove però la misura di salvaguardia riguardi i capi della sentenza pronunciati su domande di condanna accessorie al mero accertamento o all'accertamento costitutivo, non rivestendo la sentenza di mero accertamento o d'accertamento costitutivo il carattere di titoli esecutivi (...) Coloro i quali negano la possibilità di una tutela cautelare correlata all'azione costituiva – soprattutto per quella di carattere anticipatorio – fanno leva sul dato peculiare ravvisabile nel fatto che in tal genere di procedimenti il diritto da tutelare ancora non esiste, essendo il suo sorgere condizionato all'effetto costitutivo della sentenza, con la conseguenza che in dette ipotesi gli effetti del provvedimento cautelare si sovrapporrebbero del tutto a quelli della sentenza di merito riconoscendo ed assicurando tutela ad un diritto futuro”.

²⁷ Tale conclusione è corroborata non soltanto dal *caveat* contenuto nelle pronunce ambrosiane di cui alla nota 26 (“soprattutto per quella di carattere anticipatorio”), ma anche dai successivi provvedimenti emanati sulla scia del medesimo principio affermato dal Tribunale di Milano. Sul punto, cfr. Trib. Napoli, 7 luglio 2014, in *DeJure* e Trib. Napoli, 30 dicembre 2015, n. 6, in *DeJure*.

sulla scorta di un principio di diritto che presuppone di aver già compiutamente accertato la ricorrenza di tali caratteristiche processuali²⁸.

La suggestione derivante dall'atipicità della tutela d'urgenza si riscontra anche in un differente momento argomentativo dell'ordinanza che si commenta, nel quale è opinato che "relativamente alle sentenze costitutive, è possibile affermare che il bisogno di tutela urgente riguarda non tanto la salvaguardia o l'anticipazione del provvedimento costitutivo in sé e per sé considerato, bensì l'adozione di una cautela con riferimento alla statuizione consequenziale alla pronuncia costitutiva (...) Dovendosi dunque accedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, *ex art. 24 Cost.*, nella medesima *ratio*, la dottrina afferma anche l'ammissibilità del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* relativamente alle statuizioni accessorie ad una pronuncia costitutiva. Nel caso di specie, il collegio osserva che la sospensione della delibera di esclusione, se considerata avente natura anticipatoria, anticiperebbe proprio l'effetto inscindibilmente collegato con la pronuncia costitutiva di annullamento, consistente nel ripristino della posizione di socio, che resterebbe definitiva in caso di mancata instaurazione del giudizio di merito o di sua estinzione, laddove tale effetto può essere prodotto solo ed esclusivamente dal passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di annullamento della delibera di esclusione".

Ebbene, la giustificazione tradizionalmente fornita dalla giurisprudenza per posticipare l'efficacia dei capi dichiarativi e costitutivi delle sentenze si fonda (non tanto su ragioni ordinamentali, quanto) sull'interpretazione dell'art. 282 c.p.c., in particolare nel suo riferimento all'esecuzione – che non trova spazio nel campo delle modificazioni giuridiche, le quali non hanno natura operativa e non possono fondare un titolo esecutivo –, e dell'art. 2909 c.c., che colloca il momento in cui la sentenza "fa stato a ogni effetto" in quello della sua irretrattabilità. Al di là della condivisibilità o meno di tale orientamento, tuttavia, è pacifico che il limite di efficacia delle pronunce dichiarative e costitutive abbia ragion d'essere soltanto "in mancanza di una espressa previsione legislativa in senso contrario"²⁹. Lo stesso art. 2908 c.c. di per sé non osta a che la produzione dell'effetto costitutivo avvenga ad opera di un provvedimento non avente forma di sentenza, perché: (i) da un lato la parola "sentenza" la si rinviene solamente nella rubrica (la quale, come noto, *non est lex*); (ii) dall'altro, l'*ubi consistam* del provvedimento decisorio non si

²⁸ Non pare peregrino ricordare che secondo l'opinione di G. CHIOVENDA, *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, rist., Milano, 1993, 323 ss., la circostanza dell'esecutorietà differita delle sentenze costitutive non osterebbe comunque all'esercizio del potere di ordinare in via d'urgenza non soltanto l'anticipazione dei relativi effetti dipendenti, ma pure di un effetto propriamente costitutivo.

²⁹ Il riferimento è sempre a Cass., 26 marzo 2009, n. 7369, *cit.*

rinvia nell'adozione di un particolare procedimento o nella pienezza della relativa attività istruttoria, ma piuttosto dell'adozione di un assetto di interessi che costituisce l'esito di una ponderazione fondata sulla legge (fa eco a tale considerazione la tesi di cui alla nota 24, che appunto identifica la scaturigine del provvedimento anticipatorio nell'esistenza di una regolamentazione provvisoria del rapporto intercorso tra le parti). D'altro canto, non pare frustraneo notare che, se il termine "sentenza" fosse letto nel suo stretto significato processuale, anche l'art. 2909 c.c. cesserebbe di avere effetto nei casi in cui il giudizio cognitorio termina con l'emanazione di un'ordinanza (sia ciò, ad esempio, in esito al procedimento di cui all'art. 702-bis c.p.c. oppure in seguito all'emanazione del provvedimento della Cassazione in camera di consiglio), con conseguenze paradossali sotto ogni profilo rilevante.

In definitiva, è ragionevole ritenere che il giudice, nel conformare la tutela cautelare atipica alle singole esigenze di tutela, non possa superare il contenuto precettivo di una norma di fonte primaria: non va dimenticato, infatti, che anche nell'ordinamento processual-civilistico vige il principio della riserva di legge di cui all'art. 111, comma 1°, Cost. Nel campo delle cautele tipiche, invece, introdotte nell'ordinamento da disposizione parigrado rispetto a quelle divise poc'anzi, l'argomento utilizzato per negare la natura anticipatoria delle misure rimane sfornito di solida base razionale, perché nulla impedisce che il legislatore, proprio introducendo la sospensione delle deliberazioni assembleari, abbia inteso anticipare la produzione di un effetto costitutivo rispetto alla formazione del giudicato.

L'ordinanza in commento non prende in considerazione tale aspetto, anche perché nella motivazione si prosegue sostenendo che "quello che si può anticipare – in via di provvisoria esecuzione della sentenza esecutiva di condanna, o in via di tutela cautelare anticipatoria – sono solo gli effetti meramente dipendenti dall'effetto costitutivo, ossia in qualche modo autonomi rispetto allo stesso, non gli effetti che sono diretta conseguenza dell'effetto costitutivo" (facendo cioè riferimento al dibattito relativo alla esecutività dei capi condannatori contenuti in sentenze costitutive o dichiarative). Si aggira, quindi, la costruzione di una definizione di idoneità "ad anticipare gli effetti della sentenza di merito", richiamando un principio di diritto afferente ad un diverso ambito del processo, vale a dire a quello dei capi condannatori ancillari a pronunce dichiarative e costitutive, che però è estensibile al più alla sola tutela d'urgenza.

4.2 – Quand'anche il parallelismo con i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. fosse calzante e quindi sufficiente a statuire sulla natura conservativa della sospensione cautelare, può quantomeno dubitarsi che da ciò consegua *sic et simpliciter* l'ultrattività (in ogni caso) della misura atipica d'urgenza. La

questione è nota agli studiosi del giudizio cautelare e si impernia sulla formulazione letterale dell'art. 669-*octies*, comma 6°, c.p.c. (e, prima ancora, dell'art. 23, comma 1°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5). Il frammento dispositivo cui si fa riferimento è quello in cui è previsto che l'onere di intrapresa del giudizio di merito non si applichi “ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”. Tale formulazione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale, che muove dalla constatazione che anche le misure d'urgenza possono avere natura conservativa³⁰, con la conseguenza che, se tutti i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* fossero *tout court*

³⁰ Cfr. G. FRUS, *sub art. 23 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 663: “A titolo esemplificativo si possono menzionare da un lato provvedimenti d'urgenza provvisoriamente inibitori, volti a mantenere immutato lo stato di fatto o di diritto, con l'ordine di cessare il comportamento pregiudizievole tenuto dal resistente, fino all'emanazione di una sentenza dichiarativa o costitutiva o di condanna; dall'altro i provvedimenti d'urgenza modellati su misure cautelari tipiche che non siano utilizzabili in quella singola fattispecie, per mancanza dei loro presupposti speciali di ammissibilità, come ad esempio: “sequestri per la tutela di invenzioni non ancora brevettate o per marchi non ancora concessi, sequestri finalizzati ad impedire la diffusione di prodotti da parte del concorrente sleale, sequestri di quote a responsabilità limitata, sequestri dei mezzi attraverso i quali vengono violati il diritto di immagine e i diritti della personalità in generale””. Cfr. inoltre M. F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 3, 11 ss., il quale concorda che “anche il richiamo *tout court* ai provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* è foriero di dubbi, posto che gli stessi potrebbero avere natura conservativa e non sempre e necessariamente anticipatoria”; nonché F. LUISO, *Diritto processuale civile, cit.*, 227-228: “Quanto appena visto — oltre a fornire il criterio per individuare la natura anticipatoria o conservativa dei provvedimenti cautelari *extra codice* — consente anche di stabilire se il regime della strumentalità debole si applichi sempre e comunque ai provvedimenti di urgenza *ex art. 700 c.p.c.* La dizione dell'art. 669-*octies*, VI c.p.c. è effettivamente ambigua, in quanto si parla dei provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e degli “altri” provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito” e R. TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *www.judicium.it*. *Contra*, invece, C. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.* 2003, 1519, che fa leva sul dettato letterale dell'art. 23, comma 1°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 per slegare dal vincolo della strumentalità necessaria tutti i provvedimenti d'urgenza in materia societaria. Il medesimo A., però, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 11ª ed., Torino, 2017, 217, con riferimento all'art. 669-*octies* c.p.c. nella nuova formulazione ha ritenuto, più dubitativamente, che “neppure è chiaro se il regime speciale valga per tutti i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, o solo per quelli — che saranno circa la metà — che in concreto assumano contenuti di vera, strutturale anticipazione”. Infine, cfr. anche R. GIORDANO, *sub art. 669-*octies* c.p.c.*, in L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, VII, I, Torino, 2013, 1194 ss.

ultrattivi, il parametro della idoneità anticipatoria subirebbe un'applicazione limitata alle misure cautelari tipiche.

Secondo una prima tesi, sarebbe irragionevole e quindi incostituzionale interpretare il testo legislativo nel senso di autorizzare l'estensione della regola anche ai provvedimenti urgenti in concreto conservativi. In altri termini, si consentirebbe di far dipendere l'effetto della resistenza alle vicende estintive del giudizio di merito da un presupposto slegato rispetto alla sua *ratio*, con il correlato trattamento dispari di situazione processuali identiche. Non potendo eludere l'esigenza di scegliere l'opzione ermeneutica corretta, anche alla luce del criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata, un autore ha proposto di considerare la disposizione semplicemente pleonastica: i provvedimenti d'urgenza costituirebbero il paradigma delle cautele normalmente ultrattive, ma il giudice non potrebbe comunque prescindere dall'accertare in concreto la natura anticipatoria dell'ordinanza emanata³¹.

Al contrario, secondo un diverso orientamento³² il legislatore avrebbe inteso assicurare la resistenza *ex art. 669-octies*, comma 6°, c.p.c. a tutte le misure atipiche d'urgenza, al fine di evitare le difficoltà rivenienti dall'accertare volta per volta la natura del provvedimento concretamente adottato dal giudice della cautela. Il provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, infatti, si confronta con una vera e propria panoplia contenutistica (dai diritti reali, alle prestazioni di contratti tipici ed atipici, alla cessazione di condotte *contra ius*, ecc.) e, al fine di alleviare il giudice e le parti dall'imprevedibilità dell'applicazione di categorie tipiche a misure innominate, si sarebbe previsto di svincolarne l'ultrattività rispetto al requisito della natura anticipatoria³³.

³¹ Cfr. G. FRUS, *op. cit.*, 664-665.

³² Cfr. A. CELESTE, *op. cit.*, 349-350, nonché Trib. Genova, 11 maggio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 806 ss.; Trib. Reggio Calabria, in *Giur. Merito*, 2007, 1014 ss.; Trib. Ivrea, 28 giugno 2006, in *Dir. e giust.*, 2006, 32, 41 ss.

³³ Cfr. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2009, 272: "considerato che non tutti i provvedimenti d'urgenza hanno carattere anticipatorio, è discusso l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni aventi ad oggetto, come detto, i provvedimenti d'urgenza e gli altri provvedimenti cautelari anticipatori. Considerazioni di carattere testuale, non distinguendo la disposizione in esame i provvedimenti d'urgenza in base al loro contenuto, nonché ragioni di certezza del diritto, per la inopportunità di obbligare il giudice cautelare a qualificare, scelta peraltro non sempre scontata, la misura cautelare adottata come anticipatoria o conservativa, inducono ragionevolmente a ritenere che qualunque provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, indipendentemente dal suo contenuto, rientri nella previsione recata dall'art. 669-octies, 6° co., c.p.c."; e A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in G. TARZIA, A. SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2015, 302: "Se, dunque, il carattere anticipatorio non solo non è richiesto,

Orbene, l'adesione all'opinione appena rammentata produce conseguenze sul piano ordinamentale non apprezzabili, se si considera l'orientamento che ammette l'impiego delle misure d'urgenza anche per supplire a vuoti di tutela dipendenti dalla struttura processuale delle misure tipiche. In particolare, la giurisprudenza di merito si è confrontata sia con l'ipotesi in cui l'opposizione alla delibera di esclusione debba essere deferita in arbitrato in forza di un'apposita clausola statutaria, ma in concreto l'arbitro nominato non abbia ancora accettato l'incarico³⁴, sia con l'ipotesi in cui la particolare urgenza della situazione non consenta neppure di attendere la notifica dell'atto introduttivo del giudizio di merito³⁵, dal momento che l'art. 2287, comma 2°, c.c. esclude l'ipotesi della tutela cautelare *ante causam*. Tali decisioni suffragano, infatti, la possibilità per il socio reietto di ottenere la sospensione della delibera epurativa con un

stando alla lettera della legge, in relazione alle denunce, ma sicuramente non ricorre per quella di nuova opera, sarebbe contraddittorio ritenere che esso debba valere per i provvedimenti ex art. 700 c.p.c., i quali quindi sono sempre assoggettati alla regola strumentalità attenuata, indipendentemente dal loro contenuto". Cfr. anche S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, Torino, 2005, I, 28 e R. CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, V, 137.

³⁴ Cfr. Trib. Enna, 16 dicembre 2008, in G. BUFFONE, *Art. 700 C.P.C. e la procedura d'urgenza*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 207 ss.: "Orbene, considerato che il ricorso ex art. 700 c.p.c., previsto come rimedio residuale, ha una propria operatività in tutte quelle ipotesi in cui non sussista la tutela tipica, nella fattispecie sussiste proprio la situazione che legittima il ricorso alla tutela residuale in quanto non risulta ancora l'accettazione dell'arbitro e, diversamente opinando, si correrebbe il rischio di privare la parte del rimedio cautelare fintanto che il provvedimento di nomina non sia comunicato all'arbitro, questi non abbia accettato la nomina con il rischio di una eventuale rinuncia che allungherebbe i tempi per la pronuncia sulla istanza cautelare".

³⁵ Trib. Milano, 8 aprile 2016, in *Giurisprudenza delle imprese*: "rimedio necessario, è da aggiungersi, la cui richiesta ex art. 700 c.p.c, antecedentemente alla notifica dell'atto di citazione in opposizione, risulta ammissibile nel caso di specie, data la peculiare urgenza connotante la fattispecie, nella quale la condotta dei due soci (*omissis*) ed (*omissis*) appare caratterizzata per plurimi profili in senso opposto a quello di una trasparente gestione dei propri interessi sociali (cfr. quanto illustrato dal liquidatore della sas, anche in udienza, in riferimento alle vicende di comunicazione dell'atto 28.1.2016 e allo svolgimento dell'assemblea del 28.2.2016, da lui convocata, docc. 4, 8 e 9), cosicché il *periculum* di ulteriori imminenti interventi riguardanti la compagine sociale appare del tutto verosimile"; *contra* Trib. Torino, 21 febbraio 2019, n. 862, in *Giurisprudenza delle imprese* (che richiama a sua volta Trib. Avezano, 17 giugno 2004, in *Giur. Merito*, 2004, 1989 ss. e Trib. Torre Annunziata, 17 maggio 1994, in *Giur. Merito*, 1999, 74 ss.). Sul punto, la dottrina si divide e le varie posizioni sono state ben identificate da A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2016, 309.

provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, alla luce di un *periculum* particolarmente qualificato in senso sostanziale (il rischio del compimento di gravi atti di *mala gestio*) o processuale (l'impossibilità di ottenere in tempi ragionevoli la discussione dell'istanza cautelare dinanzi al tribunale arbitrale). Se tali arresti fossero condivisibili, in assenza di una lettura ortopedica dell'art. 669-*octies*, comma 6°, c.p.c. siffatte misure para-atipiche sarebbero destinate ad essere ultrattive a prescindere dalla loro natura. In altri termini, se anche si giungesse a ritenere la sospensione della delibera di esclusione una misura cautelare conservativa, essa, ove applicata in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, soggiacerebbe comunque al regime di strumentalità attenuata, producendo un'aporia sistematica.

5. – Non pare questa la sede per sciogliere antichi nodi interpretativi che ancor oggi rendono incerto il rito cautelare uniforme. Sembra, però, che il ragionamento seguito dalla pronuncia commentata, pur risolvendo la specifica *quaestio iuris* relativa alla natura della sospensione della delibera di esclusione, in realtà non fornisca una chiave di lettura più generale per identificare il sostrato conservativo o anticipatorio delle misure cautelari.

Cionondimeno, appare condivisibile ritenere di natura conservativa la misura della sospensione in parola, sebbene per ragioni diverse da quelle indicate dalla Corte. Infatti, se correttamente si esclude l'applicazione dei principi raggiunti dalla giurisprudenza in materia di tutela atipica, può convenirsi su alcuni elementi descrittivi della fattispecie, ossia: (i) la produzione immediata di un effetto costitutivo, che agisce in senso impeditivo sull'efficacia negoziale dell'atto di autonomia privata; (ii) la provvisorietà dello *status* acquisito dal socio reietto per effetto del provvedimento giudiziale. Ciò posto, guardando alla fattispecie ridetta con gli opposti criteri propugnati dalla dottrina, la sospensione risulta a un tempo non assicurare affatto il risultato pratico ottenibile al socio all'esito del giudizio di merito, poiché tale risultato dipende dalla stabilità e dalla certezza della sua appartenenza alla compagine sociale, in specie in una società di persone, nella quale non esiste una netta separazione tra amministrazione e proprietà. Del pari, la misura sospensiva non assicura neppure un regolamento di interessi assimilabile a quello riveniente dalla sentenza di merito, perché l'art. 2287, comma 2°, c.c. non identifica alcun particolare *fumus boni iuris* ai fini della concessione della misura, lasciando al giudice della cautela una ampia discrezionalità nell'accordare la sospensione. I rapporti tra il socio escluso, da una parte, e la società e gli altri soci, dall'altra, non subiscono pertanto alcuna rimodulazione in termini assiologici, ma la cautela si limita soltanto a posticipare nel tempo gli effetti della decisione di autonomia privata, che resta strutturalmente intatta e non si confonde con il provvedimento giudiziale. Soltanto la sentenza di

accoglimento dell'opposizione, quindi, ha l'effetto di intervenire sulla fattispecie privatistica in senso demolitorio, mentre all'eventuale sentenza di rigetto – poiché portatrice dell'accertamento dell'inesistenza del diritto all'annullamento – consegue in via automatica la caducazione del contenuto posticipatorio della misura cautelare concessa, per effetto dell'art. 669-*novies*, comma 3°, c.p.c.

Alla luce dell'evidente funzione di evitare l'immutazione dello *status* sociale senza una previa deliberazione a cognizione piena, la misura tipica di cui all'art. 2287, comma 2°, c.c. appare in definitiva di natura conservativa e, come tale, destinata a soccombere rispetto alle vicende estintive (o alla mancata instaurazione) del giudizio di merito nel quale tale accertamento sarebbe dovuto avvenire.

Abstract

THE SUSPENSION OF THE RESOLUTION TO EXCLUDE THE MEMBER OF PARTNERSHIPS: A PROCEDURAL ENTHYME

La Suprema Corte di cassazione, in un caso relativo alla esclusione di un socio di una società in accomandata semplice, ha stabilito che la misura sospensiva tipica prevista dall'art. 2287, comma 2°, c.c. ha natura conservativa, con la conseguenza che l'estinzione del giudizio di merito (ovvero la sua mancata instaurazione) ne provoca la caducazione a norma dell'art. 669-*novies* c.p.c.

La ricostruzione dogmatica della differenza tra tutela conservativa e strumentalità piena e tra tutela anticipatoria e strumentalità attenuata ha agitato, anche in tempi recenti, la più accorta dottrina, senza che vi fosse un intervento nomofilattico (anche a causa della non ricorribilità per cassazione delle ordinanze cautelari) in grado di porre un punto fermo nel dibattito. Neppure la pronuncia commentata si fa carico di ciò, ma comunque introduce una serie di delicati principi che meritano di essere approfonditi.

*The Supreme Court of cassation, in a case concerning the exclusion of a member of a partnership, has established that the typical suspensive measure provided for by Article 2287, paragraph 2, of the Italian Civil Code is of a conservative nature, with the consequence that the extinction of the proceeding on the merits (or the failure to initiate it) causes it to lapse pursuant to Article 669-*novies* of the Italian Civil Procedure Code.*

The dogmatic reconstruction of the difference between conservative protection and full instrumentality and between anticipatory protection and mitigated instrumentality has engaged, even in recent times, the most wise doctrine, without there being a nomophylactic decision (also because of the impossibility to apply to the Court of cassation about precautionary orders) able to put a firm point in the debate. Even the annotated ruling does not complete this task, but it does introduce a series of delicate principles that deserve to be studied in depth.
