

Civile Ord. Sez. 1 Num. 19603 Anno 2020

Presidente: GIANCOLA MARIA CRISTINA

Relatore: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Data pubblicazione: 18/09/2020

sul ricorso 432/2015 proposto da:

Servizio Italia Società Fiduciaria e di Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma Via Cola Di Rienzo 162, presso lo studio dell'avvocato Lucia Scalone Di Montelauro, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Giovanni Perlasca, in forza di procura speciale in calce al ricorso

-ricorrente -

contro

Cividini Eugenio, Cividini Luca Vittorio, Cividini Marinella Clotilde, Cividini Paolo Eugenio, GFC s.p.a., Lombardini Romolo, Lombardini Holding s.p.a., Malpaga s.p.a., Pulcini Walter,

- intimati -

nonchè contro

Malpaga s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Via Emilia 86-90, presso lo studio dell'avvocato Maurizio Corain, che la rappresenta e difende

unitamente agli avvocati Cesare Zonca e Stefano Zonca in forza di procura speciale in calce al controricorso

-controricorrente -

nonchè contro

Cividini Eugenio, Cividini Luca Vittorio, Cividini Marinella Clotilde, Cividini Paolo Eugenio, GFC s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Lombardini Holding s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliati in Roma Via di Porta Pinciana 4 presso lo studio dell'avvocato Ferdinando Maria De Matteis e rappresentati e difesi dagli avvocati Giorgio Bonomi e Dario Moresco, in forza di procura speciale a margine del controricorso

-controricorrenti
ricorrenti incidentali -

contro

Lombardini Romolo, Malpaga s.p.a., Pulcini Walter, Servizio Italia Società Fiduciaria e di Servizi s.p.a.,

- intimati-

nonché contro

Servizio Italia Società Fiduciaria e di Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma Via Cola Di Rienzo 162, presso lo studio dell'avvocato Lucia Scalone Di Montelauro che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Giovanni Perlasca in forza della predetta procura speciale in calce al ricorso

-controricorrente al
ricorso incidentale

avverso la sentenza n. 607/2014 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 06/05/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14/07/2020 dal Consigliere UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI

FATTI DI CAUSA

1. Nel marzo del 2007 la s.p.a. Servizio Italia Società Fiduciaria di Servizi (di seguito, semplicemente, Servizio Italia), intestataria fiduciaria delle azioni della società Malpaga s.p.a. per conto del fiduciante geom.Egidio Chionni, ha promosso procedura arbitrale ai sensi dell'art.10 dello Statuto sociale, dopo una richiesta infruttuosa di provvedimenti cautelari al Tribunale di Bergamo e il rigetto, non impugnato, in data 15/12/2006 per vizio di legittimazione di una prima richiesta avanzata personalmente dal fiduciante.

La ricorrente ha sostenuto la legittimità e la tempestività dell'esercizio del diritto di opzione da parte sua con riferimento all'aumento di capitale da € 1.032.800,00 a € 2.582.000,00 deliberato in data 28/11/2005 dall'assemblea dei soci di Malpaga, da sottoscrivere entro il 28/2/2006, con contestuale delega all'organo amministrativo per l'attuazione delle modalità esecutive.

In data 28/11/2005 era stato redatto l'avviso ai soci per l'esercizio del diritto di opzione ex art.2441 cod.civ., sottoscritto dal Presidente della società, depositato il 2/12/2005 al Registro delle Imprese e pubblicato il 6/12/2005. Nelle date del 13 e del 15/12/2005 i soci Lombardini Holding s.p.a., GFC s.p.a., Eugenio Cividini, Paolo Eugenio Cividini, Luca Vittorio Cividini e Marinella Clotilde Cividini avevano esercitato il diritto di opzione per la rispettiva quota e contestuale prelazione per le azioni di nuova emissione rimaste inoptate.

Gli altri due soci, Servizio Italia e Mario Gibellini, si erano invece attivati il 19/1/2006, dopo il decorso di trenta giorni dalla pubblicazione. Con delibera del 23/1/2006 il Consiglio di amministrazione (di seguito: C.d.a.) aveva assegnato le azioni di nuova emissione di pertinenza di Servizio Italia e Mario Gibellini ai soci che avevano esercitato la prelazione.

Dinanzi al Collegio arbitrale adito si è costituito il contraddittorio con la società Malpaga s.p.a., Romolo Lombardini e Walter Pulcini, componenti del C.d.a., i soci Lombardini Holding



s.p.a., GFC s.p.a. e Marinella Clotilde Cividini, Eugenio Cividini, socio e presidente del C.d.a., Paolo Eugenio Cividini e Luca Vittorio Cividini, soci e consiglieri di amministrazione; con lodo del 12/1/2008 il Collegio ha dichiarato la propria incompetenza con riguardo alle domande svolte verso gli amministratori di Malpaga s.p.a. e ha rigettato tutte le altre domande proposte, in via principale e subordinata, da Servizio Italia, limitandosi a condannare la Malpaga a restituire a Servizio Italia la somma di € 464.760,00 versata per la sottoscrizione dell'aumento di capitale, con interessi legali, ponendo le spese di arbitrato a carico delle parti al 50% ciascuna e compensando le spese di difesa.

2. Il predetto lodo è stato impugnato da Servizio Italia e la Corte di appello di Brescia ha rigettato l'impugnazione con sentenza del 6/5/2014.

3. Avverso la predetta sentenza, non notificata, con atto notificato il 22/2/2014 ha proposto ricorso per cassazione Servizio Italia, svolgendo due motivi.

Con atto notificato il 23/1/2015 hanno proposto controricorso e ricorso incidentale condizionato gli intimati GFC s.p.a., Lombardini Holding s.p.a., Eugenio Cividini, Paolo Eugenio Cividini, Luca Vittorio Cividini e Marinella Clotilde Cividini, chiedendo il rigetto dell'avversaria impugnazione e instando, a loro volta, con il supporto di due motivi, per la cassazione della sentenza.

Con atto notificato il 28/1/2015 ha proposto controricorso l'intimata s.p.a. Malpaga, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto dell'avversaria impugnazione.

Con controricorso notificato il 5/3/2015 Servizio Italia ha resistito al ricorso incidentale proposto da GFC s.p.a., Lombardini Holding s.p.a., Eugenio Cividini, Paolo Eugenio Cividini, Luca Vittorio Cividini e Marinella Clotilde Cividini.

Tutte le parti hanno depositato memoria illustrativa.



RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.5, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione fra le parti, con riferimento al fatto che l'esercizio del diritto di opzione da parte sua con sottoscrizione dell'aumento di capitale e correlativo versamento della somma necessaria di £ 464.760.000 era avvenuto in data anteriore (e cioè il 19/1/2006) alla delibera del Consiglio di amministrazione di Malpaga del 23/1/2006 che aveva ratificato l'operato del *falsus procurator*.

1.1. Secondo la ricorrente, l'omessa considerazione di tale fatto ha condotto la Corte territoriale a omettere di pronunciarsi sulla eccezione di inopponibilità della ratifica posteriore da parte del Consiglio di amministrazione, così come aveva fatto il Collegio arbitrale con vizio da essa stigmatizzato come motivo di nullità del lodo.

Pur riconoscendo la mancata presa di posizione degli arbitri sul punto e la necessità di delibare la fondatezza dell'eccezione, la Corte bresciana aveva rigettato il relativo motivo di impugnazione, ritenendo erroneamente che ogni questione circa validità ed efficacia delle statuizioni del presidente del C.d.a. in tema di modalità e tempi dell'esercizio del diritto di opzione fossero superate dalla sostanziale ratifica ad opera del C.d.a. in data 23/1/2006, senza considerare i diritti nel frattempo fatti valere da Servizio Italia.

1.2. Il testo dell'art.360, n.5, risultante dalle modifiche apportate dall'art. 54 del d.l. 22/6/2012, n. 83, convertito, con modificazioni, in legge 7/8/2012, n. 134, in tema di ricorso per vizio motivazionale deve essere interpretato, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 preleggi, nel senso della riduzione al «minimo costituzionale» del sindacato di legittimità sulla motivazione; secondo la nuova formula, è denunciabile in

Cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella «mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico», nella «motivazione apparente», nel «contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili» e nella «motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile», esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di «sufficienza» della motivazione (Sez. un., 07/04/2014, n. 8053; Sez. un., 22/09/2014, n. 19881; Sez. un., 22/06/2017, n. 15486).

Inoltre, secondo le Sezioni Unite, nel rigoroso rispetto delle previsioni degli artt. 366, primo comma, n. 6, e 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., il ricorrente deve indicare il «fatto storico», il cui esame sia stato omesso, il «dato», testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il «come» e il «quando» tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua «decisività», fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie.

1.3. Nella fattispecie non sussiste il preteso omesso esame di fatto decisivo: la Corte di appello aveva ben presente e ha riferito con cristallina chiarezza che Servizio Italia aveva manifestato la volontà di esercitare il diritto di opzione e ha sottoscritto l'aumento di capitale in data 19/1/2006 e che la delibera del C.d.a. di Malpaga era stata approvata il successivo 23/1/2006 (sentenza impugnata, pag.10) ed ha semplicemente ritenuto che tale circostanza fosse irrilevante e superata (pag.21) «poiché ogni questione riguardante la validità ed efficacia delle statuizioni del presidente del consiglio di amministrazione in tema di modalità e tempi di esercizio del diritto di opzione perde qualsiasi rilevanza, poiché le stesse sono state

sostanzialmente ratificate dalla delibera del consiglio di amministrazione in data 23 gennaio 2006, la quale, inoltre, ha sanzionato la tardività dell'esercizio da parte della società Servizio Italia e di Mario Gibellini.... ».

Non è quindi sostenibile l'assunto della ricorrente che la Corte territoriale avrebbe omesso di considerare il fatto da essa addotto come trascurato (in realtà, più che un fatto, la successione temporale di due fatti): tale assunto maschera invece la non condivisione della decisione della ratifica sanante *ex tunc* da parte del C.d.a. dell'atto posto in essere senza adeguato potere da parte del suo Presidente.

E' poi il caso di aggiungere che la Corte di appello (pag.21-22) ha conferito dirimente rilievo alla mancata impugnazione della predetta delibera del 23/1/2006.

1.4. V'è da aggiungere un ulteriore profilo di incongruenza della doglianza con cui la ricorrente si richiama all'inopponibilità nei suoi confronti della ratifica sanante in considerazione dei diritti nel frattempo sorti a suo favore.

Questo ragionamento potrebbe essere condiviso solo nell'ipotesi in cui effettivamente un diritto fosse maturato a favore della ricorrente per effetto dell'atto posto in essere in mancanza di adeguato potere e cioè se Servizio Italia avesse sottoscritto tempestivamente l'aumento rispetto all'avviso emesso dal Presidente, in tesi incompetente a procedervi; ciò, tuttavia, pacificamente non è avvenuto.

In realtà, il preteso diritto in forza del quale la ricorrente si contrappone alla deliberazione sanante sarebbe quello di far valere la sua inefficacia, sanata invece *ex tunc*.

E ciò si intende, a prescindere dal fatto, dirimente, che la deliberazione del 23/1/2006 non è stata impugnata.

2. Con il secondo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge con riferimento agli artt.2381 e 2388 cod.civ.

2.1. La ricorrente assume che tali norme impongono, in modo cogente, il metodo collegiale per l'amministrazione pluripersonale delle società per azioni e lamenta il mancato rilievo dell'inefficacia per la società della proposta contrattuale effettuata dal solo Presidente del C.d.a.; la ricorrente quindi sostiene che la pubblicazione nel Registro delle Imprese dell'avviso ex art.2441 cod.civ. sottoscritto dal Presidente del C.d.a. della Malpaga era inesistente o nullo e comunque inefficace, in assenza di una precedente deliberazione formale dell'organo consiliare a ciò competente.

2.2. Ai fini del rigetto del ricorso, si può prescindere dalle osservazioni che i controricorrenti svolgono circa la competenza a diramare l'avviso ex art.2441 cod.civ., alla carenza di autonoma valenza negoziale, alla irrilevanza delle modalità di formazione dell'avviso di offerta.

Appare infatti assorbente il rilievo che la censura svolta dalla ricorrente è evidentemente eccentrica e defocalizzata rispetto alla chiara *ratio decidendi* della sentenza impugnata: la Corte territoriale non ha affatto sostenuto che il Presidente del C.d.a. avesse l'autonomo potere di procedere alla pubblicazione dell'avviso dell'emissione di nuove azioni per l'esercizio del diritto di opzione, ma ha ritenuto che ogni vizio al proposito fosse sanato dalla ratifica *a posteriori* manifestata dall'organo competente e legittimato, ossia il Consiglio di amministrazione, e che ogni potenziale vizio della deliberazione di tale organo non fosse stato tempestivamente aggredito con tempestiva impugnazione.

Le critiche della ricorrente non colgono e non affrontano la predetta *ratio* e viziano conseguentemente di inammissibilità il motivo.

3. I controricorrenti GFC s.p.a., Lombardini Holding s.p.a., Eugenio Cividini, Paolo Eugenio Cividini, Luca Vittorio Cividini e

Marinella Clotilde Cividini, hanno proposto ricorso incidentale condizionato.

3.1. Con il primo motivo di ricorso incidentale condizionato, proposto ex art.360, n.3 e n.4, cod.proc.civ., essi denunciano violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.829 cod.proc.civ. e 35 e 36 d.lgs.17/1/2003 n.5 per aver erroneamente la Corte territoriale riconosciuto a Servizio Italia la possibilità di impugnare il lodo per *errores in iudicando*, in violazione del terzo comma dell'art.829 cod.proc.civ.; tale norma, a loro parere, era applicabile ai procedimenti arbitrali instaurati dopo l'entrata in vigore del d.lgs.40 del 2006, ancorché in forza di clausola compromissoria stipulata anteriormente, che non prevedeva tale facoltà di impugnazione, e non era derogata, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte di appello, dagli artt.35 e 36 del d.lgs.5/2003 in tema di arbitrato societario.

3.2. Con il secondo motivo di ricorso incidentale condizionato, proposto ex art.360, n. 4 e 3, cod.proc.civ., i controricorrenti ricorrenti incidentali denunciano violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.2909 cod.civ., 327 e 828 cod.proc.civ., essendo intervenuto il giudicato su di un capo di per sé suscettibile di sorreggere la decisione, con riferimento al fatto che l'art.2388 cod.civ. consente l'impugnazione delle delibere consiliari solo in caso di violazione diretta di diritti dei soci e non per vizi procedurali, come ritenuto dagli arbitri con statuizione non censurata.

3.3. Nella giurisprudenza di questa Corte è ormai affermato il principio che le parti hanno la facoltà, per effetto del principio dispositivo, di disporre dell'ordine logico delle questioni poste, salvo che queste non siano rilevabili d'ufficio, e, quindi, possono condizionare l'appello incidentale all'accoglimento di quello principale concernente il merito della causa, ancorché, con l'impugnazione incidentale, ripropongano una questione di carattere pregiudiziale o preliminare (di rito o di merito), giacché, se l'appello principale, che deve essere sottoposto ad un preventivo esame,



risultasse totalmente infondato, l'appellante incidentale non avrebbe più interesse a che il proprio gravame fosse deciso, poiché il suo eventuale esito positivo non potrebbe portare ad un risultato a lui più favorevole relativamente all'oggetto della controversia (Sez. 2, n. 5134 del 21/02/2019, Rv. 652759 - 01).

In ordine alla proposizione di ricorso incidentale condizionato su questione preliminare si è ormai delineato un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui, alla stregua del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, il cui fine primario è la realizzazione del diritto delle parti ad ottenere risposta nel merito, il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni pregiudiziali di rito, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione, o preliminari di merito, ha natura di ricorso condizionato, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, e deve essere esaminato con priorità solo se le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, rilevabili d'ufficio, non siano state oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di merito. Qualora, invece, sia intervenuta detta decisione, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte di cassazione solo in presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale (Sez. 3, n. 6138 del 14/03/2018, Rv. 648420 - 01; Sez. 1, n. 4619 del 06/03/2015, Rv. 634674 - 01; Sez. U, n. 7381 del 25/03/2013, Rv. 625558 - 01; Sez. U, n. 5456 del 06/03/2009, Rv. 606973 - 01).

4. Il ricorso principale, proposto sulla base di motivi infondati o inammissibili, deve essere complessivamente rigettato e l'esame del ricorso incidentale condizionato resta quindi assorbito.

Le spese seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte

rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese in favore sia della controricorrente Malpaga s.p.a., sia dei controricorrenti e ricorrenti incidentali GFC s.p.a., Lombardini Holding s.p.a., Eugenio Cividini, Paolo Eugenio Cividini, Luca Vittorio Cividini e Marinella Clotilde Cividini, liquidati per ciascuno dei due gruppi nella somma di € 10.000,00 per compensi, € 200,00 per esposti, 15% rimborso spese generali, oltre accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13, ove dovuto.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Prima Sezione civile il 14 luglio 2020

AL CASER



Corte di Cassazione - copia non ufficiale