

Esame avvocato 2010: Prima traccia e svolgimento atto giudiziario in materia di diritto civile

Il socio Tizio di srl ha tenuto secondo l'amministratore della medesima società, un comportamento infedele che giustifica l'attivazione della procedura di esclusione del socio per giusta causa prevista dalle norme statutarie inoltre, proprio in considerazione della suddetta situazione la società Alfa, a mezzo del suo amministratore, perviene alla determinazione di opporre il proprio rifiuto alla richiesta del socio Tizio formulata a mezzo lettera raccomandata, di accedere ad alcuni documenti sociali.

La società Alfa, pertanto, tenuto conto delle circostanze sopra precisate, introduce dinanzi al Tribunale di Zeta una domanda cautelare, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., con la quale chiede:

a) una pronuncia in via d'urgenza dell'esclusione del socio tizio dalla società.

b) una pronuncia diretta ad inibire al socio Tizio l'accesso ai documenti sociali.

Nel contesto del ricorso la società Alfa, a mezzo del suo amministratore, precisa che la domanda di merito avrà ad oggetto un'azione di cognizione diretta ad una pronuncia costitutiva dichiarativa che escluda per giusta causa il socio Tizio dalla suddetta società, nonché una pronuncia di accertamento della legittimità del rifiuto opposto dall'amministratore alla consegna dei documenti.

Il candidato assunto le vesti del legale di Tizio rediga una memoria di costituzione nell'instaurato procedimento cautelare dinanzi al Tribunale di Zeta nella quale vengano specificamente analizzati i profili di ammissibilità della domanda cautelare proposta.

Svolgimento atto giudiziario in materia di diritto civile a cura di Barbara Marzoli. Il seguente "schema" non individua in alcun modo una soluzione assoluta, ma ha valore "orientativo";

Soluzione proposta da [Altalex](#).

TRIBUNALE DI _____

MEMORIA DI COSTITUZIONE E RISPOSTA

NEL PROCEDIMENTO EX ART. 700 C.P.C.

R.G. n. _____

UDIENZA DEL _____

PER: il sig. Tizio, nato a _____, il _____, residente in _____, alla Via _____, n. _____, codice fiscale _____, rappresentato e difeso giusta procura in calce al presente atto dall'Avv. _____ (c.f. _____), del foro di _____, ed elettivamente domiciliato presso il suo studio sito in _____, alla Via _____, n. _____.

(resistente)

CONTRO: la società Alfa s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in _____, alla Via _____, n. _____, partita iva _____, elettivamente domiciliata in _____

_____, alla Via _____, n. _____, presso lo studio dell'Avv. _____, dal quale è rappresentata e difesa.

(ricorrente)

PREMESSO

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato in cancelleria in data _____ e notificato all'odierno resistente in data _____, la società Alfa s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore si rivolgeva al Tribunale di _____ al fine di ottenere "a) una pronuncia in via d'urgenza dell'esclusione del socio Tizio dalla società; b) una pronuncia diretta ad inibire al socio Tizio l'accesso ai documenti sociali". Il ricorrente premetteva in punto di fatto che Tizio, socio della Alfa srl, aveva tenuto un comportamento tale da giustificare una sua esclusione dalla compagine sociale per giusta causa, secondo quanto stabilito dalle stesse norme statutarie, nonché che per via del suo comportamento allo stesso era già stato impedito l'accesso ai documenti della società.

Tanto premesso, con la presente memoria si costituisce in giudizio il sig. Tizio, come sopra rappresentato e difeso, il quale contesta tutto quanto dedotto da parte avversa in quanto infondata in fatto e in diritto per i seguenti

MOTIVI

1) INAMMISSIBILTA' E/O INFONDATEZZA DELLA DOMANDA DI ESCLUSIONE.

Presupposto di ammissibilità della tutela cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c. è **la sussidiarietà** del rimedio d'urgenza, nel senso che ad esso non può ricorrersi qualora sia invocabile altro rimedio tipico. Questo significa che per poter ricorrere a tale rimedio il soggetto che adisce l'autorità giudiziaria non debba essere in possesso di un altro strumento di tutela a lui offerto dall'ordinamento, senza differenza alcuna tra rimedi tipici processuali e rimedi stragiudiziali, con i quali può agire in autotutela.

Ebbene tale sussidiarietà non è stata certamente rispettata nella domanda proposta dalla società Alfa s.r.l..

Questa infatti avrebbe ben potuto tutelare le proprie ragioni o utilizzando i rimedi eventualmente previsti nell'atto costitutivo a norma dell'art. 2473-bis ovvero, in assenza nello stesso di indicazioni in ordine alle modalità con cui il potere di esclusione sia esercitabile, facendo ricorso, in via analogica, all'art. 2287 c.c. dettato per le società di persone, e, quindi, procedere alla esclusione del socio dalla compagine sociale attraverso una delibera assunta dalla maggioranza. A tal proposito merita essere ricordata, tra le altre, un pronuncia del Tribunale di Biella nella quale si è precisato come " l'art. 2473-bis, consente di stabilire nell'atto costitutivo delle s.r.l. specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio, ma non consente di adire il giudice per ottenere una pronuncia che escluda il socio dalla società. In assenza di una previsione legislativa, deve infatti escludersi un potere così penetrante dell'autorità giurisdizionale all'interno della compagine sociale (Trib. Biella, 07/07/2006)"

La possibilità dell'odierna ricorrente di utilizzare altri meccanismi stragiudiziali per la tutela delle proprie ragioni fa, altresì, ipotizzare in capo alla stessa la **mancanza di un vero e proprio interesse ad agire necessario ex art. 100 c.p.c.** posto che, secondo consolidata giurisprudenza, l'interesse ad agire richiede non solo che la parte prospetti l'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile, ma anche che tale risultato sia conseguibile con il solo intervento del giudice (cfr. Cass. Civ., Sezioni Unite n. 565/00 in parte motiva; Cass. Civ., n. 7786/07).

A tutto quanto esposto fin qui deve aggiungersi il riferimento a quella parte della giurisprudenza che, più in generale, esclude all'origine la possibilità di ricorrere all'uso della tutela cautelare al fine di ottenere l'anticipazione degli effetti di una sentenza avente natura costitutiva. Si argomenta infatti che l'efficacia di una pronuncia costitutiva è legata al passaggio in giudicato della relativa sentenza con cui il diritto si viene a costituire. Pertanto va esclusa la tutela cautelare anticipatoria per mancanza di attualità del diritto., non potendosi ammettere una tutela per un diritto solo sperato (cfr. Trib. Torino 12/07/2003 per cui la tutela urgente deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti perfetti, preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al giudice; Trib. Verona, 18/03/2009).

Qualora, comunque, non si voglia dar conto dei motivi di inammissibilità sopra esposti, la domanda deve essere considerata infondata per carenza dei requisiti richiesti dal codice di procedura civile. Come è noto il ricorso ex art. 700 c.p.c. è possibile solo laddove vi sia il pericolo di pregiudizio imminente e di un danno irreparabile, che in assenza del provvedimento cautelare potrebbe gravare sul ricorrente. Come si evince da ciò, per ottenersi una tutela cautelare è necessario che i tempi del giudizio ordinario siano incompatibili con una pronta tutela della situazione giuridica soggettiva del ricorrente. Nessuno di questi due requisiti sembrano sussistere nel caso in esame. In primo luogo non è indicato quale danno imminente la società riceva dalla permanenza in società di Tizio; in secondo luogo, ben difficilmente può profilarsi un danno irreparabile atteso che costui non ha poteri di amministrazione, e dunque non può esercitare funzioni che in qualche modo possano danneggiare la società; una volta scoperta l'infedeltà del socio, sarà facile per la società evitare danni durante tutto il tempo che occorrerà per far valere il diritto in via ordinaria, sia attraverso la sua esclusione con un delibera adottata dalla maggioranza, sia anche limitando, come del resto già fatto attraverso l'inibizione all'accesso dei documenti sociali, i poteri di ingerenza ad esso facenti capo.

2) INAMMISSIBILITA' E/O INFONDATEZZA DELLA DOMANDA VOLTA AD INIBIRE L'ACCESSO AI DOCUMENTI SOCIALI

Ancora più evidente, per i motivi già sopra esposti, appare l'inammissibilità della domanda volta ad ottenere una pronuncia che accerti la legittimità del rifiuto opposto dall'amministratore alla consegna dei documenti. Avendo, infatti, già l'amministratore inibito tale comportamento e non essendo stata messa in discussione la liceità di tale rifiuto in capo alla società, non può ravvisarsi alcun interesse ad agire. Come è ovvio, la mancanza di tale requisito rende inammissibile anche la domanda ordinaria, e quindi a maggior ragione rende inammissibile la domanda cautelare (tra l'altro infondata poiché non si vede come possa configurarsi un qualsivoglia pregiudizio imminente per la società essendo già stato negato l'accesso ai documenti). Nel caso in esame l'unico interessato ad agire giudizialmente sarebbe stato, al contrario, solamente il socio Tizio, il quale, a fronte del pregiudizio imminente ed irreparabile che poteva avere dall'inibizione di tale suo diritto,

avrebbe ben potuto agire in via d'urgenza nei confronti della società Alfa srl (cfr. Trib Verona, 18/3/2009).

Per tutto quanto sopra esposto, il sig. Tizio, come sopra rappresentato e difeso

CHIEDE

Che il Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, accerti e dichiari l'inammissibilità e/o infondatezza del ricorso ex art. 700 c.p.c. promosso dalla società Alfa s.r.l. Con vittoria di spese, competenze ed onorari.

Si dichiara di voler ricevere le eventuali comunicazioni al seguente numero di fax _____ ovvero al seguente indirizzo di posta elettronica certificata _____.

Luogo, data

Firma

Avv. _____

PROCURA ALLE LITI

Delego a rappresentarmi e difendermi nel presente procedimento e in ogni suo stato e grado, l'Avv. _____ del foro di _____, conferendo allo stesso ogni più ampia facoltà di legge ivi compresa quella di transigere e conciliare le controversie, chiamare terzi in causa, riscuotere somme e darne quietanza, proporre impugnazione, rinunciare agli atti e farsi sostituire.

Dichiaro di aver ricevuto l'informativa ai sensi dell'art. 4, comma 3, del D.Lgs n. 28/2010 circa la possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei relativi benefici fiscali come da copia dell'informativa allegata.

Ai sensi e per gli effetti di quanto disposto dal D.Lgs. n. 196/2003. autorizzo al trattamento dei miei dati personali, ai soli fini necessari per l'espletamento del suddetto mandato difensivo.

Eleggo domicilio presso il suo studio sito in _____, alla Via _____, n _____.

Firma _____

È autentica

Avv. _____