



TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE

III SEZIONE CIVILE

R. G. 2610 / 2018 – procedimento speciale *ante causam*

Oggetto: provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c.

Il Giudice

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 18 aprile 2018;

letti gli atti ed i verbali di causa;

Osserva

Gli Avvocati Antonio Mirra, Rosaria Zema, Laura Catalioti, Ennio Romano e Ugo Verrillo hanno adito in sede cautelare l'Autorità Giudiziaria chiedendo l'emanazione di una pronuncia che, rilevata incidentalmente la nullità e/o l'inesistenza della delibera assunta dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere del 19 febbraio 2018 che ha disposto la loro revoca da componenti del Consiglio di amministrazione della Fondazione Fest, sospenda gli effetti della successiva delibera adottata dal medesimo Consiglio dell'Ordine in data 2 marzo 2018 che ha nominato i nuovi membri del Consiglio di amministrazione della medesima Fondazione (richiesta contenuta nel ricorso introduttivo, pp. 2 e 11-12).

Prospettata la sussistenza della giurisdizione ordinaria e affermata l'assenza di altri strumenti cautelari tipici in grado di garantire il risultato che si propongono di raggiungere mediante la domanda di merito, i ricorrenti hanno quindi formulato l'evidenziata domanda cautelare attraverso l'esercizio dello strumento residuale e contenutisticamente atipico positivizzato dall'art. 700 c.p.c.

Nel procedimento cautelare si è costituito il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati che, prima di qualsiasi considerazione attinente al merito della controversia, ha denunciato sia il difetto di legittimazione attiva in capo ai ricorrenti, in quanto privi della titolarità di impugnare una delibera del Consiglio dell'Ordine per violazione di legge, sia in ogni caso l'inammissibilità della richiesta cautelare atipica in ragione della presenza di uno strumento *ad hoc* previsto dall'ordinamento nella disposizione di cui all'articolo 23 III co. c.c. (cfr. comparsa di costituzione e risposta, pp. 3-4).



Preliminarmente il Tribunale rileva che il contraddittorio processuale risulta regolarmente costituito sia alla luce dell'avvenuta costituzione in giudizio del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere, sia in considerazione del regolare perfezionamento della notifica telematica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione nei confronti degli altri convenuti e cioè di coloro che sono stati nominati componenti del Consiglio di amministrazione della fondazione Fest successivamente alla revoca dei ricorrenti, la cui mancata costituzione nel giudizio deve quindi essere ricondotta ad una legittima scelta processuale.

Sempre in via preliminare va osservato che nessun dubbio può sussistere in ordine alla sussistenza della giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, profilo del resto neppure contestato nelle difese del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati.

Sebbene il Consiglio Nazionale Forense ed i Consigli dell'Ordine territoriali siano degli enti di diritto pubblico, la cui costituzione e regolamentazione è effettuata da norme giuridiche di rango primario, il criterio di ripartizione degli affari fra la giurisdizione Ordinaria e quella Amministrativa (artt. 24 e 103 Cost., come interpretati da Corte Costituzionale n. 204/2004 e 191/2006) va pur sempre individuato sulla base della natura giuridica della posizione soggettiva azionata in giudizio (art. 386 c.p.c., che positivizza il criterio sostanzialistico costantemente ribadito in giurisprudenza a partire dalla pronuncia n. 460/1891 della Corte di Cassazione di Roma, caso *Laurens*), non rilevando invece la natura giuridica, pubblicistica o privata, della parti del processo.

La natura pacificamente privatistica dell'atto di nomina e di quello di revoca degli amministratori di una fondazione di diritto privato, del resto attribuita al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere da un atto, lo statuto della fondazione (art. 9), a sua volta scevro da implicazioni o dall'esercizio di poteri pubblicistici e imperativi, riconduce pertanto l'esame della presente controversia pienamente nell'alveo della Giurisdizione Ordinaria.

In via logicamente prioritaria rispetto all'analisi del merito del giudizio, va indagata la presenza delle condizioni dell'azione cautelare proposta, e cioè della legittimazione attiva e dell'interesse in capo alla parte, quella ricorrente, che agisce in giudizio (artt. 81 e 100 c.p.c.), che costituisce la prima questione effettivamente dibattuta fra le parti.

Per compiere tale disamina è necessario individuare con precisione quali siano tanto la domanda giudiziaria proposta nella sede cautelare quanto la domanda giudiziaria che si intende proporre nel successivo giudizio di merito.

I ricorrenti, in proposito, chiedono in via cautelare al Tribunale di sospendere senz'altro l'efficacia della delibera del 2 marzo 2018 che ha provveduto a nominare il nuovo consiglio di amministrazione della fondazione Fest, nonché di sospendere,



eventualmente e ove possibile o necessario, anche la delibera che ha disposto la loro antecedente revoca dal medesimo incarico, nella prospettiva di instaurare un giudizio di merito volto all'accertamento della nullità e/o dell'inesistenza di tale precedente delibera del 19 febbraio 2018.

Così circoscritto il *petitum* (mediato) della richiesta cautelare ed individuato il *thema decidendum* della successiva controversia di merito, non pare discutibile che gli odierni ricorrenti abbiano un concreto ed attuale interesse (art. 100 c.p.c.) sia alla sospensione degli effetti della delibera di nomina degli amministratori che subentrano nel loro ruolo sia all'accertamento dell'inefficacia della delibera (perché nulla o giuridicamente inesistente) che li ha revocati dalla carica di componenti del consiglio di amministrazione della fondazione.

Parimenti, sulla base dell'esame della prospettazione attorea, ai ricorrenti va senz'altro riconosciuta la legittimazione attiva (art. 81 c.p.c.) sia nel giudizio cautelare volto alla suddetta sospensiva sia nel giudizio di merito finalizzato all'accertamento della nullità e/o inesistenza della delibera che li ha revocati dall'incarico di amministratori. Nell'esposizione della parte ricorrente, infatti, è a sé stessa attribuita la titolarità del diritto soggettivo che si intende azionare nel giudizio di merito e il cui accertamento sommario va effettuato nell'esame del cd. *fumus boni juris* dell'azione cautelare. Se quindi la condizione dell'azione denominata legittimazione, nel suo versante attivo, va intesa nel senso di coincidenza fra soggetto che propone la domanda e soggetto al quale la titolarità di proporla è attribuita, nel caso di specie deve rilevarsi che tale condizione è soddisfatta.

Per completezza, infine, va anche osservato che i ricorrenti, contrariamente a quanto affermato dal convenuto Consiglio dell'Ordine proprio laddove viene contestata la legittimazione ad agire (comparsa di costituzione, p. 4), non intendono domandare nel giudizio di merito l'annullamento – con pronuncia costitutiva e dagli effetti retroattivi – della delibera, ma chiedono invece l'accertamento, di natura dichiarativo, della sua nullità e/o inesistenza.

Altra questione che logicamente precede le valutazioni che afferiscono al merito della contesa cautelare riguarda la controversa ammissibilità dell'azione prescelta dalla parte ricorrente, la tutela d'urgenza atipica delineata dall'art. 700 c.p.c., sulla base della residualità o meno, con riferimento al caso concreto, della medesima e, specularmente, la presenza o meno di altri strumenti cautelari tipizzati nel sistema normativo.

Come graniticamente ritenuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, anche per bilanciare l'atipicità morfologica dei provvedimenti che possono essere emanati ai sensi della disposizione del codice di rito ora citata, lo strumento d'urgenza di cui si discute può



essere richiesto ed applicato soltanto qualora non vi sia alcun alternativo rimedio cautelare previsto dall'ordinamento.

La parte convenuta evidenzia che nel caso di specie risulterebbe astrattamente configurabile lo strumento sancito dall'art. 23 III co. c.c., di modo che la richiesta dei ricorrenti risulti inammissibile.

Tale ricostruzione non è tuttavia condivisibile.

Sebbene gli articoli 14 ss. c.c. disciplinino congiuntamente sia le associazioni che le fondazioni di diritto privato (tanto che ad entrambe si riferisce la stessa rubricata del capo II del Titolo II del codice civile), dall'esegesi letterale delle singole disposizioni ben si comprende che alcune di esse si riferiscano soltanto ad uno di tali enti o persone giuridiche.

Il potere di annullamento delle delibere previsto dall'articolo 23 c.c., e quindi il potere cautelare tipico di sospensione delle stesse sancito dal III comma, a cui si riferisce la parte convenuta, è chiaramente formulato riguardo alle decisioni assunte dall'organo assembleare che è strutturalmente presente solo nelle associazioni e che comunque non è previsto nella specifica fondazione, Fest, di cui si discute (in letteratura, del resto, è stato anche sostenuto che nei rari casi in cui lo statuto di una fondazione preveda la presenza dell'assemblea ci si trovi sostanzialmente in presenza di una associazione e che si debba quindi procedere ad una riqualificazione dell'ente con conseguente applicazione delle norme dettate per le associazioni).

In ogni caso, del resto, le delibere di cui viene chiesta, mediante l'esercizio dell'art. 700 c.p.c., la sospensione degli effetti o l'incidentale rilievo della loro inefficacia sono quelle adottate dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati – e non quelle assunte dalla fondazione – che è un ente di diritto pubblico, ed in riferimento alle cui delibere senz'altro non trova applicazione lo specifico potere di sospensiva di cui all'art. 23 III co. c.c.

Alla luce di quanto finora esposto non vi sono ostacoli all'esame del merito del giudizio.

Affinché l'emanazione del provvedimento cautelare richiesto possa essere concessa, in conformità alla stessa struttura morfologica dell'istituto cautelare, è necessario accertare la presenza di entrambi i suoi presupposti costitutivi e cioè il cd. *fumus boni juris* ed il cd. *periculum in mora*.

In ordine al primo di tale elementi, e cioè la verosimile fondatezza del diritto soggettivo sotteso all'istanza cautelare e che si intende fare valere nella collegata e succedanea azione di merito, si osserva quanto segue, avendo presente che lo scrutinio giudiziale che in questa sede deve essere formulato avviene allo “stato degli atti” e cioè non può che



conseguire ad un esame sommario della fattispecie storica portata all'attenzione del Tribunale.

Il profilo di diritto – affrontato, con onestà intellettuale, già nella citata delibera del Consiglio dell'Ordine del 19 febbraio 2018 – in ordine al quale, con lucidità, controvertono le parti e sul quale è chiamata a pronunciarsi l'Autorità Giudiziaria consiste nell'indagine circa la sussistenza, o meno, del potere in capo all'ente fondatore, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere, al quale è attribuito il potere di nominare i componenti del consiglio di amministrazione della fondazione (art. 9 dello Statuto), di revocare i medesimi componenti da esso stesso nominati prima della naturale scadenza del loro mandato.

A tale interrogativo si deve fornire risposta negativa.

La difesa del Consiglio dell'Ordine è in proposito incentrata sull'inevitabile simmetria esistente fra il potere di nomina e quello di revoca e sul presupposto che l'esplicita previsione del primo non possa che fondare, anche implicitamente, il secondo.

In termini di dottrina generale del diritto, in primo luogo, il Tribunale non condivide l'assunto riguardo alla strutturale simbiosi fra i due istituti, da cui discenderebbe che l'eventuale assenza del potere di revoca andrebbe esplicitamente escluso dalle disposizioni normative o negoziali che prevedono quello di nomina, pena la sua inevitabile attribuzione in capo all'organo e all'ente al quale è attribuito quest'ultimo.

Lo stesso impianto costituzionale smentisce una simile ricostruzione sistemica, in quanto è assolutamente pacifico in dottrina che al potere di nomina dei ministri, sancito dall'articolo 92 della Costituzione, in assenza di una norma che fondi il potere inverso, non corrisponda in capo al titolare anche il potere di revoca (l'assunto costituisce del resto il presupposto logico in base al quale la sentenza n. 7/1996 ha invece ritenuto potersi desumere dall'art. 95 II co. Cost. la prerogativa parlamentare della sfiducia individuale).

Con riferimento al caso di specie, e con indagine quindi da incentrare riguardo al sistema civilistico, va altresì osservato che nelle fondazioni di diritto privato – a differenza che in altre figure di enti privatistici – esiste una nota e fisiologica distanza fra il soggetto fondatore e l'ente della fondazione che si desume da una pluralità di dati normativi quali l'articolo 15 c.c., che pone dei limiti alla stessa revoca dell'atto costitutivo, nonché gli articoli 25, 26 e 28 c.c., che prevedono cogenti poteri pubblicistici di controllo e di intervento in capo all'Autorità governativa, e non quindi al fondatore.

Sempre in termini generali, può anzi affermarsi che proprio in presenza del tipo di ente di cui si discute l'eventuale previsione di un potere di revoca degli amministratori in



capo al fondatore necessiterebbe di un esplicito fondamento all'interno dello statuto o dell'atto costitutivo in quanto disarmonico con la struttura tradizionale dell'istituto della fondazione.

Nei confronti della fondazione Fest, del resto, si estende il potere di vigilanza sancito dall'articolo 25 c.c., cui rinvia lo stesso articolo 18 dello statuto della fondazione (mediante un generale rinvio al codice civile e alle leggi vigenti). Ciò comporta che all'Autorità governativa è attribuita la prerogativa di sostituire gli amministratori della Fest qualora le disposizioni contenute nell'atto costitutivo non possano attuarsi ed anche di sciogliere il consiglio di amministrazione della Fest e di nominare un commissario straordinario qualora gli amministratori agiscano violando la legge o in difformità dallo statuto o dallo scopo della fondazione.

Essendo pienamente operante il controllo pubblicistico, ed anche il potere di sostituzione o scioglimento governativo dell'amministrazione della fondazione Fest, a maggior ragione la duplicazione del potere di revoca, mediante l'attribuzione dello stesso anche al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, avrebbe necessitato di una esplicita previsione negoziale.

Se è vero, come afferma correttamente la difesa della parte convenuta (comparsa, p. 5), che la prassi conosce una pluralità di modelli di fondazione che si allontanano da quello tradizionale delineato dal codice civile, va tuttavia osservato che la fondazione Fest risulta invece avvicinarsi proprio alla tipologia della fondazione-erogazione che il codice di diritto sostanziale ha inteso tratteggiare, di modo da avvalorare l'esposta conclusione.

Senza estendere il discorso a questioni discusse in letteratura e di ampio respiro giuridico se non per quanto strettamente utile alla risoluzione del presente giudizio cautelare, la conclusione ora esposta è anche corroborata dagli sviluppi del moderno dibattito che ruota intorno ai cd. patrimoni destinati, alla possibilità di configurare l'istituto del *trust* nell'ordinamento italiano e alla stessa ammissibilità delle cd. fondazioni di fatto (o non riconosciute), in quanto l'istituto della fondazione disciplinato dal codice civile viene sempre più considerato un esempio tipizzato della separazione di un patrimonio dal proprio fondatore (o *settlor*) che viene vincolato al perseguimento di uno scopo mediante la gestione indipendente effettuata da uno o più amministratori (o *trustee*) e che, nella specifica fattispecie della fondazione, acquisisce una maggiore garanzia di raggiungimento proprio in ragione dell'autonoma personalità dell'ente (e dal fatto cioè essa, e differenza di quanto avviene nel *trust*, diviene titolare dei beni che le vengono conferiti).



Quanto finora evidenziato trova infine un esplicito sostegno in alcune disposizioni negoziali previste nello stesso articolo 9 dello statuto della fondazione Fest dalle quali emergono elementi che depongono in realtà per l'assenza del potere di revoca.

La norma statutaria, oltre a fondare il potere di nomina degli amministratori che viene esercitato ogni cinque anni, e cioè a scadenza naturale del mandato, ha espressamente previsto che tale potere trovi applicazione anche qualora i consiglieri venissero meno prima di tale momento temporale, e ha anche sancito delle cause automatiche di decadenza dall'incarico con ulteriore previsione, per tali casi, di autorizzazione al potere di nomina per il periodo residuo del mandato.

Il sistema negoziale di assicurazione della continuità della presenza degli organi di amministrazione della fondazione Fest, nonché del suo controllo governativo, si manifesta quindi privo di lacune: tale considerazione costituisce un ulteriore argomento per escludere, in assenza di una sua esplicita previsione, il potere di revoca in capo all'ente fondatore.

Alla luce di quanto finora esposto, il Tribunale ritiene sussistente il requisito costitutivo del cd. *fumus boni juris*.

L'esercizio di un potere privo di fondamento, e cioè inesistente, secondo i principi generali dell'ordinamento comuni tanto al settore civile quanto al diritto pubblico, comporta che la delibera del 19 febbraio 2018 con la quale il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere ha disposto la revoca degli amministratori della fondazione Fest va qualificata in termini di nullità ed è quindi priva di effetti.

Risulta pertanto necessario verificare la presenza del cd. *periculum in mora*, delineato in modo peculiarmente intenso dall'art. 700 c.p.c., espressione con la quale si intende la gravità del pregiudizio che viene a verificarsi in conseguenza della violazione del diritto.

In primo luogo, l'esame dei tale presupposto costitutivo va verificato in ordine alla sfera giuridica dei ricorrenti, di coloro cioè che invocano la tutela cautelare.

La sussistenza di tale requisito va in particolare verificato, con riferimento al caso di specie, in ragione della temporaneità della carica di amministratori della fondazione Fest che, come rilevato, ha la durata di cinque anni. Tale elemento temporale va preso in rilievo in quanto l'*ubi consistam* dello strumento cautelare consiste nell'offerta di tutela nei confronti della parte che, sulla base di un esame sommario delle rispettive ragioni, subirebbe un grave pregiudizio dal trascorrere del tempo necessario per la definizione del giudizio di merito.

Sebbene dagli atti di causa non emerga il momento cronologico a partire dal quale i ricorrenti abbiano iniziato a ricoprire la carica di amministratori, alla luce di una realistica



previsione dei tempi necessari per l'accertamento in sede giudiziale della nullità della delibera che li ha revocati dall'incarico e al tempo stesso della strutturale transitorietà del loro mandato, non pare discutibile che l'atto di revoca, in assenza di una tutela cautelare, li priverebbe della possibilità di esercitare il ruolo di amministratori per una ben consistente quota del periodo di durata del consiglio d'amministrazione previsto nello statuto, se non propriamente per tutta la residua durata dello stesso, con le conseguenti ricadute, oltre che di natura economica, anche di prestigio personale e professionale.

A tali rilievi, prioritariamente riferiti alle persone dei ricorrenti, si aggiungono inoltre le considerazioni che loro difesa (ricorso, pp. 9-10) formula a garanzia della stessa fondazione e quindi anche del suo patrimonio che verrebbe ad essere gestito da chi risulta nominato sulla base di una delibera, quella di revoca, impropriamente assunta.

Nonostante qualora venga chiesta la sospensione della delibera di una persona giuridica, ai fini della valutazione della gravità del pregiudizio, intesa come sua irreversibilità o quantomeno estrema difficoltà di ripristino della situazione antecedente, debba principalmente osservarsi la posizione giuridica del soggetto ricorrente in sede cautelare, la tesi secondo la quale debba aversi in considerazione anche il pregiudizio che possa essere patito dallo stesso ente nella cui vita sociale gli effetti della delibera si riverberano non risulta peregrina e trova un sostegno normativo nell'articolo 2378 c.c. che, pur se rivolto al ben diverso ambito della società per azioni, nel sancire che la sospensione della delibera dell'organo assembleare vada accordata o meno anche analizzando il pregiudizio che conseguirebbe per la società, delinea un principio generale che può trovare esplicitazione per tutte le formazioni sociali aventi autonoma soggettività giuridica.

Sulla base del convergente e ben difficilmente reversibile pregiudizio che riceverebbero sia, prioritariamente, le persone fisiche revocate dall'incarico di amministratori della fondazione Fest sia, secondariamente, la stessa fondazione, che verrebbe gestita e concretamente rischierebbe di assumere obblighi deliberati dal sovrapposto consiglio di amministrazione, il Tribunale ritiene pertanto sussistente anche il requisito costitutivo del *periculum in mora*.

In ragione di quanto esposto, la domanda cautelare merita accoglimento con conseguente sospensione della delibera del 2 marzo 2018 adottata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere di nomina dei nuovi amministratori.

Ai sensi dell'articolo 669-*octies* VII co. c.p.c. il Tribunale si pronuncia anche sulle spese di questo procedimento che seguono la soccombenza e sono liquidate ai sensi del d.m.





55/2014, in ragione del valore e della complessità del giudizio nonché dell'attività difensiva effettivamente espletata.

P.Q.M.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere – III Sezione Civile, così provvede:

- 1) Accoglie la domanda cautelare proposta dalla parte ricorrente e sospende l'efficacia esecutiva della delibera del 2 marzo 2018 del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere con la quale sono stati nominati i nuovi componenti del consiglio di amministrazione della fondazione Fest in sostituzione dei componenti revocati con delibera del 19 febbraio 2018;
- 2) Condanna il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere a corrispondere, in favore della parte ricorrente, la somma di euro 286,00 per esborsi e la somma di euro 3.000,00 per compensi, oltre iva, cpa e rimborso spese forfettario del 15%.

7 maggio 2018

Il Giudice

dott. Edmondo Cacace

