

Dipartimento: *Impresa e Management*

Cattedra: *Diritto Commerciale*

Invalidità delle delibere assembleari

Relatore:
Prof. Raffaele Lener

Candidato:
Beatrice Romani
Matricola: 183591

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

Indice

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO I	5
LA DELIBERA ASSEMBLEARE	5
1.1 DEFINIZIONE E INESISTENZA.....	5
1.2 QUORUM DELIBERATIVO E VALIDITÀ DELLE DELIBERE.....	6
1.3 VERBALIZZAZIONE.....	8
1.4 INVALIDITÀ.....	11
CAPITOLO II	15
NULLITÀ	15
2.1 DEFINIZIONE.....	15
2.2 AZIONE DI NULLITÀ E RELATIVI LIMITI.....	19
2.3 SANATORIA.....	23
CAPITOLO III	28
ANNULLABILITÀ	28
3.1 DEFINIZIONE.....	28
3.2 LEGITTIMAZIONE AD IMPUGNARE, LIMITI E RISARCIMENTO.....	32
3.3 SOSTITUZIONE.....	38
3.4 CONFLITTO D’INTERESSE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.....	42
CAPITOLO IV	48
IMPUGNAZIONE	48
4.1 REQUISITI E PROCEDIMENTO.....	48
4.2 SOSPENSIONE.....	52
4.3 IMPUGNAZIONE DELLA DELIBERA NEGATIVA.....	56
CONCLUSIONE	61
BIBLIOGRAFIA	62

Introduzione

Le delibere assembleari ricoprono un ruolo di fondamentale importanza nella vita societaria. Sono il mezzo tramite il quale viene data voce alla volontà della maggioranza e, con la cui attuazione, si instaura una fitta rete di rapporti vincolante i terzi e la società stessa. In virtù del considerevole impatto che tali atti hanno, il tema dell'invalidità delle delibere assembleari offre grandi spunti su cui poter riflettere. Con tale lavoro ho cercato di analizzare i diversi aspetti con cui solitamente viene articolato tale argomento, cercando poi di affiancare allo studio delle diverse fattispecie teoriche alcune pronunce della Giurisprudenza, in modo da offrire una chiave di lettura con cui venga messo in rilievo anche l'aspetto pratico della materia. Senza dubbio, prima di affrontare un così ampio e dettagliato argomento ho ritenuto opportuno dedicare il primo capitolo interamente alla trattazione della delibera assembleare. Viene quindi analizzato il procedimento deliberativo, le modalità di svolgimento e di verbalizzazione. In parallelo all'analisi degli aspetti procedurali vi è poi l'obiettivo di delineare i tratti essenziali dell'atto di deliberazione dal cui studio emergerà il grande impatto che la riforma del 2003 ha avuto su tale fattispecie. Il primo capitolo si conclude dunque con un'ampia introduzione al tema dell'invalidità, in modo da poter avere una premessa per i capitoli successivi ove, invece, vengono analizzati più nel dettaglio i diversi aspetti in cui tale argomento si articola. Il secondo capitolo è incentrato sulla nullità, l'ipotesi di invalidità le cui cause sono state tassativamente previste e disciplinate dal legislatore all'art. 2379 c.c. Tale fattispecie è senza dubbio più circoscritta dell'ipotesi di annullabilità ma, rispetto a questa, presenta degli aspetti peculiari tra cui rientrano il termine di decadenza dell'azione e i requisiti dei soggetti legittimata ad esercitarla. La parte iniziale del capitolo illustra quale siano le tre ipotesi di nullità e come tale irregolarità dell'atto comporti conseguenze del tutto diverse da quanto previsto invece per i contratti in generale. La delibera assembleare nulla è infatti sanabile ed il secondo capitolo si conclude con lo studio della sanatoria come strumento di tutela e stabilità dei rapporti tra la società e i terzi. La regola generale in tema di invalidità delle delibere è l'annullabilità dell'atto. Tale fattispecie, a cui è dedicato il terzo capitolo del mio lavoro, presenta numerosi aspetti da poter analizzare. Oltre alle previsioni del codice in tema di requisiti di legittimità e di limiti all'esercizio di tale azione, vi è poi l'analisi delle diverse forme di tutela previste dal legislatore, tra cui si identificano la tutela risarcitoria e la possibilità di sostituire, in

alcuni specifici casi, la delibera viziata. Il capitolo si conclude con l'analisi di due particolari ipotesi di annullabilità: il conflitto di interessi e l'abuso di posizione dominante, fattispecie la cui attuazione genera pregiudizi nelle sfere giuridiche rispettivamente della società e dei soci di minoranza. Dopo aver analizzato le condizioni affinché si realizzino delle effettive ipotesi di invalidità ho scelto di dedicare l'ultimo capitolo all'analisi del procedimento di impugnazione, tramite il quale il ricorrente potrà far valere tali irregolarità. L'attenzione è stata posta prima sui requisiti necessari e sugli aspetti procedurali ed è stata spostata poi sulla possibilità di richiedere, contestualmente allo svolgimento dell'impugnazione, la sospensione della delibera viziata, in modo da interrompere temporaneamente l'efficacia dell'atto. Ho infine voluto concludere l'elaborato con l'analisi della delibera negativa, una fattispecie non richiamata esplicitamente nel codice ma ricca di spunti per interpretare il tema dell'invalidità da un punto di vista del tutto diverso.

Capitolo I

La delibera assembleare

1.1 Definizione e inesistenza

L'atto collegiale di deliberazione assembleare non trova una precisa definizione da parte del legislatore; manca infatti una chiara enunciazione dei requisiti minimi essenziali. Non esistendo un esplicito riferimento normativo, l'esistenza o meno di una delibera assembleare dipenderebbe dall'arbitrarietà del soggetto con la quale si dovrebbe graduare, di volta in volta, l'importanza delle diverse fasi del procedimento di formazione. In virtù di queste mancanze all'interno del codice civile e in seguito alle novità apportate dalla riforma del 2003, è largamente accettata la tendenza a riferirsi alla sola inesistenza di fatto della delibera con cui si fa riferimento alla totale assenza dell'attività deliberativa e alla conseguente mancanza di un atto da essa scaturito. Ad oggi, non esistono più margini per presumere l'inesistenza di una delibera assembleare e ciò lo si deve all'ampia ed articolata disciplina introdotta dalla riforma, prima della quale, si aveva un sistema giurisprudenziale orientato a garantire, in teoria, la stabilità delle delibere e che in realtà, nella pratica, era dominato dall'incertezza. Secondo la giurisprudenza di allora, il codice civile del 1942 non era in grado di tutelare correttamente i soci di minoranza dalle decisioni prese dalla maggioranza e ad essi imposte, motivo per cui nelle aule dei tribunali si cominciò a diffondere una tipologia di delibera ignorata dal codice: la delibera inesistente. Il tratto distintivo di questa delibera era la presenza di vizi di procedimento impossibili da trascurare poiché in grado, per la loro gravità, di impedire la caratterizzazione dell'atto come delibera assembleare. Con l'introduzione della riforma del 2003 venne posta fine all'eccessiva discrezionalità di giudizio degli interpreti di cui si è parlato sopra ed inoltre si arrestò la crescente diffusione della delibera inesistente come terza eventuale categoria di invalidità, ritendendola una creazione giurisprudenziale da applicare esclusivamente in casi limite che la riforma stessa ha ridotto al minimo. Tutti i possibili vizi delle delibere assembleari vennero fatti ricadere nelle categorie di annullabilità o nullità e venne così sancito il principio di

tassatività delle cause di invalidità. Il ricorso alla fattispecie dell'inesistenza delle delibere venne dunque evitato, non solo grazie all'esclusione di cause atipiche di invalidità e alla tassatività delle ipotesi di nullità, ma anche riconducendo all'ipotesi dell'annullabilità molte delle circostanze che, precedentemente, ricadevano invece nell'ipotesi dell'inesistenza. Sebbene, come detto sopra, non si trovi riscontro di precise determinazioni e definizioni, senza dubbio si può affermare che per delibera assembleare si intende l'espressione e manifestazione della volontà sociale formatasi dopo un'opportuna discussione ed approvata dalla maggioranza dei soci prevista dalla legge o dallo statuto.

1.2 Quorum deliberativo e validità delle delibere

Ogni qual volta viene presa una decisione all'interno dell'assemblea dei soci, si giunge ad una deliberazione vincolante non solo per coloro che hanno mostrato parere favorevole ma anche per tutti i soci dissenzienti ed assenti. Questa capacità vincolante è frutto del principio maggioritario che viene applicato affinché le controversie trovino soluzione e le conseguenti scelte, fatte in assemblea, vengano approvate. La minuziosa disciplina delle maggioranze a cui fanno riferimento gli artt. 2368-2369 del codice civile ha come filo conduttore il duplice obiettivo di tutela dei soci e di ausilio nella formazione della delibera stessa. All'interno del codice, il legislatore attua una distinzione tra quorum costitutivo, necessario per la corretta costituzione dell'assemblea, e quorum deliberativo con cui si individua la parte di capitale sociale che deve esprimere voto favorevole alla deliberazione al fine di poterla ritenere validamente assunta. Il codice prevede requisiti differenti a seconda che si tratti di assemblea ordinaria o straordinaria e se si deliberi in prima o seconda convocazione. "L'assemblea ordinaria [...] delibera a maggioranza assoluta, salvo che lo statuto richieda una maggioranza più elevata." (artt. 2368, 1° comma). In prima convocazione dunque, la delibera è validamente assunta quando il parere favorevole è espresso dalla metà più una delle azioni che hanno partecipato alla votazione in merito a quella specifica decisione. I requisiti necessari nella seconda convocazione prevedono che "In seconda convocazione l'assemblea ordinaria delibera sugli oggetti che avrebbero dovuto esser trattati nella prima, qualunque sia la parte di capitale rappresentata." (artt. 2369, 3° comma). In riferimento a questo articolo, si può

notare con facilità l'intento della disciplina vigente di agevolare l'assemblea nel pervenire ad una decisione finale, senza rallentare inutilmente il processo decisionale e la conseguente formazione della delibera. Il codice distingue prima e seconda convocazione anche per l'assemblea straordinaria ma viene aggiunta un'ulteriore puntualizzazione per l'eventuale ricorso al mercato del capitale di rischio. "L'assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di [...] più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria [...] delibera con il voto favorevole di almeno due terzi del capitale rappresentato in assemblea" (artt. 2368, 2° comma). Si può notare come le diverse competenze attribuite all'assemblea ordinaria e straordinaria abbiano un impatto diretto su i requisiti necessari per assumere validamente una delibera; nell'assemblea ordinaria viene richiesta la maggioranza del capitale che ha partecipato alla votazione mentre in assemblea straordinaria è necessaria la maggioranza dell'intero capitale sociale dell'impresa. All'artt.2369 vengono disciplinati i quorum necessari nella seconda convocazione, ai quali la riforma del 2003 ha apportato alcune modifiche; "In seconda convocazione l'assemblea straordinaria [...] delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea." (artt. 2369, 3° comma). Una delle novità introdotte dalla riforma è rappresentata dalla richiesta del medesimo quorum per deliberare in assemblea straordinaria sia in prima che in seconda convocazione. L'artt. 2369 prosegue portando avanti la distinzione già vista all'artt.2368 tra società che fanno ricorso o meno al mercato del capitale di rischio. "Nelle società che non fanno ricorso a mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione delle azioni di cui al secondo comma dell'artt. 2351. [...] Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio [...] delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea." (artt. 2369). La disciplina in vigore oggi dunque permette di avere una chiara e lineare disamina delle maggioranze necessarie per deliberare in ogni circostanza, seppur venga lasciata autonomia allo statuto di aumentare eventualmente i quorum richiesti per le prime convocazioni sia dell'assemblea ordinaria sia di quella straordinaria. Tale possibilità, concessa allo statuto, trova alcune eccezioni per quanto riguarda le deliberazioni in seconda convocazione dove, per evitare che si blocchi e che si rimandi nel tempo l'approvazione di delibere fondamentali per la vita quotidiana della

società, l'artt.2369 al 4° comma revoca tale autonomia per "l'approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali". Oltre a tutelare il processo decisionale per un normale ed agevole svolgimento delle attività ordinarie, la riforma del 2003 è intervenuta anche su un altro aspetto che, molte volte, ha ostacolato il raggiungimento del quorum necessario per una valida assunzione delle delibere, ovvero l'assenteismo dei soci di minoranza. Come è ormai risaputo, una notevole parte di coloro che detengono una piccola o minima frazione di capitale sociale e ai quali è attribuito il diritto di voto in assemblea tendono ad avere interesse solo per i diritti patrimoniali e a disinteressarsi totalmente dell'attività gestionale della società. Il mancato esercizio dei diritti amministrativi di cui si gode, detenendo parte della proprietà, ha portato alla luce diversi orientamenti al problema come per esempio la possibilità, per le società quotate, di emettere azioni prive di diritto di voto come le azioni di risparmio. Come detto sopra, anche la disciplina del codice è stata rivisitata dalla riforma proprio in quest'ottica; ad oggi non sono più necessarie, per delibere di particolare rilievo, maggioranze rafforzate richieste invece in passato. È pur vero che la delibera assembleare non ha un vero e proprio procedimento di formazione e non ha delle caratteristiche tassativamente indicate dal codice ma per poterla analizzare ed eventualmente trovare dei vizi che la rendano invalida, anche se può risultar banale, è necessario innanzitutto che essa sia approvata dalle maggioranze che vengono invece ben specificate all'interno del codice civile.

1.3 Verbalizzazione

Come disposto dall'artt.2375, comma 1, "Le deliberazioni dell'assemblea devono constare da verbale sottoscritto dal presidente e dal segretario o dal notaio"; tale verbale verrà successivamente riportato nel libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari. L'interpretazione dell'articolo in questione non è delle più semplici, motivo per cui si è discusso a lungo su quale potesse essere l'impatto della verbalizzazione sulla validità delle delibere. Sebbene si ritenesse che l'assenza del verbale o la sua falsità potessero recare pregiudizio alla delibera al punto da farla rientrare nella già discussa categoria dell'"inesistenza", fin da subito sono emersi diversi orientamenti che si contrappongono a questa interpretazione. In questo senso Cass.26 novembre 1998, n. 12008, secondo cui l'assenza del verbale da cui si dovrebbe evincere l'impossibilità di

costituzione dell'assemblea in prima convocazione per mancato raggiungimento dei quorum necessari, non è idonea a rendere inesistente la delibera assunta in seconda convocazione. In tale circostanza si avranno dunque difficoltà solo nell'accertarsi delle maggioranze necessarie per una valida assunzione della delibera in esame che, a tutti gli effetti, è venuta ad esistenza. Benché la totale assenza del verbale sia uno dei tre casi previsti dall'artt.2379 idonei a render nulla la deliberazione, l'artt. 2379 *bis*, comma 2, disciplinando la sanatoria prevista per la nullità, afferma che "L'invalidità della deliberazione per mancanza del verbale può esser sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva. La deliberazione ha effetto dalla data in cui è stata presa, salvo i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano la deliberazione." Dunque, grazie alla possibilità di sanare la delibera con una successiva verbalizzazione, viene ribadito nuovamente come il verbale sia in grado di influenzare la validità e l'efficacia della delibera ma che non sia necessario per poterne affermare l'esistenza. La funzione documentativa assolta dal verbale, ben distinta dalla fase deliberativa, ha lo scopo di esporre il dibattito avvenuto, render possibile eventuali controlli da parte di soci o creditori e, tramite la pubblicazione nel libro delle adunanze e delle delibere assembleari, di darne pubblicità anche all'interno della società. In virtù dei compiti che questo svolge, è pertanto ritenuto che il ruolo attribuito dalla legge al verbale si *ad probationem* e non *ad substantiam*. Il soggetto designato alla verbalizzazione varia a seconda che la deliberazione sia stata fatta in assemblea ordinaria o straordinaria; nel primo caso, il ruolo è svolto dal segretario indicato dallo statuto o eventualmente dalla maggioranza dei presenti in assemblea, mentre nel secondo contesto è il notaio a redigere l'atto. Ai sensi degli artt.2480 e 2481 c.c., anche nelle società a responsabilità limitata il verbale dovrà esser redatto dal notaio qualora si deliberasse una modifica dell'atto costitutivo o un aumento del capitale sociale da parte degli amministratori. Effettuati tutti i controlli previsti dalla legge, il notaio entro 30 giorni deposita il verbale e ne richiede l'iscrizione nel registro delle imprese, fondamentale per far sì che la delibera sia in grado di produrre effetti. Nel caso in cui il notaio giudicasse non adempite tutte le condizioni stabilite dalla legge, entro 30 giorni deve darne comunicazione agli amministratori, i quali dovranno o ricorrere al tribunale o convocare l'assemblea per far fronte al problema. Se ciò non avviene la deliberazione in questione è definitivamente inefficace. La riforma si è soffermata inoltre, tra i tanti aspetti trattati, su quale sia la forma con cui dover redigere il verbale; ad oggi è richiesta la forma analitica per le società per azioni e il verbale in forma sintetica per le società a responsabilità limitata. Il contenuto, invece, è illustrato

nel nuovo testo dell'artt.2375, comma 1, anch'esso oggetto di modifica della riforma e che, ad oggi, prevede che "Il verbale deve indicare la data dell'assemblea e, anche in allegato, l'identità dei partecipanti e il capitale rappresentato da ciascuno; deve altresì indicare le modalità e il risultato delle votazioni e deve consentire, anche per allegato, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti.". Contravvenendo a quanto prescritto dall'artt.2375, le delibere assembleari potrebbero presentare vizi tali da renderle annullabili o nulle. La deliberazione non può esser annullata, ai sensi dell'artt. 2377, comma 5, n.3, "per l'incompletezza o inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione". È comunque possibile la sanatoria sostituendo la delibera impugnata con una conforme alla legge a allo statuto. Il verbale delle deliberazioni può recare sia vizi di sostanza, sia di forma; nella prima circostanza darà luogo all'annullabilità della delibera, che nel secondo caso invece, sarà resa nulla. È importante osservare come la disciplina vigente renda possibile la sanatoria in entrambi i casi. Come detto in precedenza, ai sensi dell'artt.2379 bis, la sanatoria della nullità avviene mediante la verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva e fa sì che la delibera abbia effetto dal momento in cui è stata presa e che vengano fatti salvi i diritti dei terzi acquisiti in buona fede. Non è presente all'interno del codice uno specifico riferimento al tema in questione anche per le società a responsabilità limitata ma vi è la prescrizione dell'artt.2479 *ter* c.c. in merito all'invalidità delle decisioni dei soci in generale. Il verbale redatto da un soggetto privato come il segretario d'assemblea ha dunque valore probatorio per le discussioni e deliberazioni avvenute in assemblea fin quando non ne venga dimostrata l'inesattezza o la falsità da parte dei soci interessati. Qualora venga redatto dal notaio, esso diviene atto pubblico e fa prova di tutto ciò che è stato accertato dal notaio o che comunque sia avvenuto in sua presenza, fino a querela di falso per il contenuto. La natura di atto pubblico è esclusa per gli aspetti del verbale riguardanti l'identificazione e la legittimazione dei presenti, compresi quelli per delega, in quanto la legge attribuisce questo compito al presidente dell'assemblea. Il ruolo probatorio del verbale ha avuto diverse applicazioni in tribunale dalle quali è emerso come l'onere della prova possa esser sia a carico del soggetto che impugni la delibera per vizi del verbale sia a carico della società qualora il soggetto non possa dar prova positiva di un fatto negativo. Un ultimo aspetto della verbalizzazione delle delibere fa riferimento al momento in cui l'atto debba esser redatto. L'artt.2375, comma 3, stabilisce che "il verbale deve esser redatto senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di

pubblicazione.” La mancata definizione di un preciso riferimento temporale ha fatto sì che, prima della riforma, si ritenesse che la redazione del verbale dovesse avvenire contestualmente e non oltre lo scioglimento dell’assemblea, almeno per i contenuti ritenuti essenziali. Oggi, è possibile anche la così detta verbalizzazione differita rispettando la condizione di “senza ritardo” dettata dal codice. Se redatto da notaio e successivamente allo scioglimento dell’assemblea, il verbale dovrà riportare la data dell’effettiva redazione, pena l’annullabilità dell’atto in base alle norme societarie. Non prevalgono dunque le norme della legge notarile, che ai sensi dell’art. 60, L. 89/13, non devono esser applicate se in contrasto con il codice civile. Per le società a responsabilità limitata non si applica in via analogica, il 3° comma dell’artt.2375 in quanto, a differenza delle società per azioni, qui non vige l’inderogabilità del metodo assembleare ed è infatti possibile giungere a decisioni approvate dai soci anche al di fuori della sede d’assemblea.

1.4 Invalidità

Le deliberazioni assembleari possono esser affette da vizi tali da renderle oggetto di impugnazione. Il principio di tassatività delle cause di invalidità riconosce dunque due categorie in cui far rientrare tale fattispecie: nullità e annullabilità; la prima da applicare esclusivamente nei casi previsti dall’artt. 2379 c.c., la seconda invece da far valere solo in via residuale. Il mancato rispetto delle norme statutarie e legali costituisce il punto di partenza per poter definire una delibera assembleare invalida e di conseguenza dichiararla annullabile o, in caso di vizi più gravi, nulla. Qualora l’intento della norma violata sia stato comunque raggiunto, tale violazione non comporta conseguenze in merito alla validità della delibera in questione. Il tema della validità delle delibere assembleari ha subito grandi modifiche in seguito alla riforma del 2003 e quanto dispone oggi il codice civile rispecchia la volontà del legislatore di dare stabilità tanto alle deliberazioni quanto ai rapporti giuridici che da esse scaturiscono. Tale intento si riflette anche sulla trattazione autonoma delle cause e della disciplina dell’invalidità delle delibere assembleari rispetto a quella generale prevista in materia di invalidità dei contratti. La consueta distinzione tra annullabilità e nullità resta ma viene riesaminata sotto alcuni aspetti, come ad esempio la possibilità di sanatoria in caso di nullità della delibera, azione che non può esser attuata invece in caso di nullità del contratto. Agli artt.1418 ss. del codice civile si trova la

disciplina generale in merito all'invalidità del contratto che viene affiancata da discipline normative speciali che il legislatore ha voluto istituire per l'invalidità delle deliberazioni nelle associazioni, nei condomini e nelle società di capitali; l'unico caso di invalidità che non è stato disciplinato dal legislatore riguarda le deliberazioni nelle società di persone. Riconducendo l'invalidità delle delibere alla violazione delle norme in merito al procedimento assembleare o al contenuto della delibera che da esso scaturisce, prima della riforma il quadro normativo differiva di molto da quello attuale. La nullità si poteva far valere solamente nei casi di delibera con oggetto impossibile o illecito e pertanto i vizi di procedimento avevano sempre come unica conseguenza l'annullabilità. Anche i vizi di procedimento più gravi, come per esempio la mancata verbalizzazione o convocazione dell'assemblea, una volta scaduto il termine per l'impugnazione, divenivano quindi inefficaci per poter contestare la delibera. Il proposito del legislatore di non intaccare la delibera, qualora sia affetta da vizi formali, si riscontra nuovamente all'art. 2377 c.c., ove si prevedono i vizi cosiddetti "non invalidanti"¹ che conducono all'esclusione della possibilità di invalidare la delibera nei casi previsti al 5° comma del suddetto articolo, i quali fanno riferimento alla partecipazione all'assemblea di un soggetto non legittimato, all'invalidità dei singoli voti o loro errato conteggio ed infine all'incompletezza o inesattezza del verbale. Il silenzio del legislatore in merito alla regolamentazione del processo decisionale nelle società di persone ha fatto sì che, all'interno del codice civile, venisse a mancare una precisa trattazione su come dover disciplinare l'invalidità delle deliberazioni assunte in tali circostanze. Senza dubbio, tale procedimento non è stato disciplinato in sé e per sé anche per le società di persone in quanto non è prevista dalla legge la costituzione di un organo dettagliatamente regolamentato, come l'assemblea, con cui i soci debbano deliberare. Seppure nel codice manchi una specifica trattazione della materia, ciò non implica che anche nelle società di persone non si possa deliberare in sede di assemblea. Su questa controversa questione si è espressa anche la Suprema Corte che, con la sentenza n. 1624 del 28 gennaio 2015, ha dettato luce in materia applicando, secondo il principio dell'analogia, la disciplina prevista per le s.r.l. La controversia alla base della sopracitata sentenza nasce dall'impugnazione della delibera di esclusione di uno dei soci di una s.n.c. assunta in assemblea con voto favorevole di un soggetto non legittimato. Prima ancora di soffermarsi sull'eventuale idoneità di tale vizio a render invalida la delibera, la Suprema Corte si è interrogata su quale fosse la disciplina più

¹ In questi termini F.Magliulo, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2004 p. 310 ss.

adeguata da dover applicare al caso. Altro aspetto rilevante, anche se in misura minore, è rappresentato dall'utilizzo del metodo assembleare anche dove non prescritto dal legislatore. È comunemente ritenuta legittima, nelle società personali, la deliberazione in sede assembleare, anche se non prevista dallo statuto, in virtù, inoltre, di un'autorevole opinione dottrinale secondo cui tale modalità di assunzione delle delibere sia "inderogabile quanto meno per le decisioni a maggioranza di maggior rilievo".² La decisione su quale disciplina dover applicare in tale fattispecie è di carattere cruciale in quanto da essa deriva l'idoneità del vizio a determinare la nullità ovvero l'annullabilità della delibera in esame. Per la disciplina generale in materia di contratti l'area di applicazione della nullità è decisamente più ampia di quella diversamente prevista per le deliberazioni assembleari all'artt. 2379 c.c. Sebbene le deliberazioni dei soci siano espressione della loro volontà, esse non possono essere definite come dei veri e propri contratti, in quanto, la delibera resta un atto imputabile alla società e che si qualifica come "negozio giuridico unilaterale".³ Se la fattispecie dell'atto di deliberazione non può essere ricondotta a quella del contratto, pare evidente come non si possa applicare la relativa disciplina, senza dimenticare come tale conclusione venga avvalorata dalla presenza nel codice di specifiche discipline normative di invalidità delle delibere. Dall'applicazione del criterio dell'analogia deve scaturire un'unica disciplina da applicare in modo omogeneo tanto per gli aspetti procedurali quanto per quelli sostanziali; i primi regolamentano il procedimento d'impugnazione, i secondi invece qualificano l'idoneità dei vizi e di conseguenza i soggetti autorizzati all'impugnazione. In dottrina è stata portata avanti anche una teoria intermedia che rende possibile l'applicazione di entrambe le discipline a seconda delle diverse circostanze: "La scelta collegiale determina ... la possibile applicazione analogica alla delibera assembleare invalida della disciplina dettata per le società di capitali; laddove normalmente le deliberazioni dei soci di una società di persone, in quanto atti plurisoggettivi non collegiali, dovrebbero soggiacere alla normativa generale della nullità e annullabilità dei contratti. Con differenza di trattamento, è appena il caso di dirlo, di non lieve entità".⁴ È ritenuta comunque preferibile l'applicazione di una soluzione che sia omogenea ed unitaria ed è proprio con tale intento che la Suprema Corte, con la sentenza in questione, ha rilevato che "occorre

² G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, 2010 108 s.

³ In questo senso, sia pur con riferimento a una delibera di associazione non riconosciuta, Cass. 21 ottobre 1987, n.7754

⁴ G. Cottino, *Diritto societario*, Padova, 2011, 102.

valorizzare [...] il fatto che le società di persone commerciali appartengono al sottosistema del diritto societario retto da autonomi principi e valori: onde, ai sensi dell'art.12 delle preleggi, laddove non sussista una specifica disciplina, la materia più affine da considerare in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari, dove sussiste il fine primario della continuazione dell'attività sociale, è quella della società di capitali". Viene così ribadito il proposito del legislatore di trovare il giusto equilibrio tra stabilità delle decisioni e tutela dei soci nell'impugnare le deliberazioni assunte. È, dunque, evidente il richiamo della disciplina prevista per le società di capitali ma è rilevante notare come, dopo la riforma del 2003, la disciplina delle società per azioni non si applichi più *tout court* anche alle società a responsabilità limitata. L'artt. 2479 *ter* infatti, oltre a richiamare gli artt. 2377 ss. c.c., prevede un'ulteriore disciplina speciale che, parzialmente, si distacca da quella applicabile alle S.p.a. Venendosi a creare così due discipline in parte distinte per le società di capitali, si è giunti alla conclusione secondo cui sia ragionevole preferire l'applicazione della disciplina prevista per le società a responsabilità limitata; è in questo assetto societario che si trovano maggiori somiglianze con le società di persone. Un ultimo aspetto circa la validità delle delibere assembleari tiene conto dell'eventuale presenza, all'interno della società, di categorie speciali di azioni o strumenti finanziari che conferiscono ai possessori i diritti amministrativi e per le quali la legge prevede delle assemblee speciali. Ai sensi dell'artt. 2376 "[...] Le deliberazioni dell'assemblea, che pregiudicano i diritti di una di esse, devono essere approvate anche dall'assemblea speciale degli appartenenti alla categoria interessata". Sebbene nei commi successivi si faccia riferimento sia all'assemblea straordinaria sia ad un eventuale ricorso alle leggi speciali, non risulta chiaro quali possano essere gli effetti di tali deliberazioni sulla validità delle delibere assembleari generali. È largamente condivisa la tesi secondo cui l'approvazione da parte dell'assemblea speciale costituisca un presupposto fondamentale affinché la decisione dell'assemblea straordinaria possa considerarsi efficace. Qualora si portasse ad esecuzione la decisione presa senza consultare prima gli azionisti su cui ricadono gli effetti della scelta fatta, tale deliberazione può essere oggetto di impugnazione per annullabilità ai sensi dell'artt.2377 c.c.

Capitolo II

Nullità

2.1 Definizione

Gli artt. 2379, 2379 *bis*, 2379 *ter* del codice civile disciplinano la fattispecie della nullità delle deliberazioni assembleari nelle S.p.a.; si ha dunque una trattazione autonoma della materia senza più ricorrere al generico richiamo della disciplina dei contratti. In seguito alla riforma del diritto societario attuata nel 2003, numerose sono state le modifiche apportate. Oltre ad una specifica disciplina della materia, l'intento del legislatore di dare stabilità alle delibere è stato perseguito aumentando da uno a tre i casi di nullità così da limitarne l'ambito di applicazione ai soli casi tassativamente previsti dal codice. Tale approccio, utilizzato come principale filo conduttore dell'intero processo di riforma, ha contribuito poi a circoscrivere ulteriormente la categoria delle delibere assembleari inesistenti; con l'intento di preservare le decisioni prese, tutti i possibili vizi che ad esse possono esser eventualmente ricondotti vengono così disciplinati in due sole categorie. Facendo un confronto tra la disciplina specifica e quella generale, si può notare come alcuni aspetti siano rimasti invariati, vedi la rilevabilità d'ufficio e la possibilità per chiunque ne abbia interesse di proporre l'azione di nullità, mentre altri sono stati introdotti specificatamente per l'ambito delle deliberazioni assembleari e trattano i termini di decadenza e la possibile sanatoria dell'atto. Come disposto dal comma 1 dell'art. 2379 c.c. le sole tre cause di nullità della delibera sono la mancata convocazione dell'assemblea, la mancanza del verbale e l'impossibilità o illiceità dell'oggetto; quest'ultimo caso di nullità è rimasto invariato rispetto alla previgente disciplina nella quale rappresentava l'unica ipotesi prevista di nullità (c.d. sanzione testuale). Oggi come allora tale fattispecie di nullità si riferisce a delibere che sono contro norme imperative, ovvero disposizioni cogenti ed inderogabili da osservarsi nonostante qualsiasi patto contrario, contro l'ordine pubblico o contro il buon costume. Il dettato dell'art.2379 c.c. specifica come sia l'illiceità dell'oggetto della delibera a causarne l'invalidità ma, ad oggi, si è soliti considerare possibile l'eventualità di una delibera nulla con oggetto lecito ma con contenuto illecito, vista la consolidata opinione in merito sia in dottrina che in

giurisprudenza. È dunque nulla una delibera che approva un bilancio falso o che non persegua i criteri di chiarezza e precisione.⁵ Per contrastare la fattispecie dell'inesistenza della delibera il legislatore ha introdotto le altre due cause di nullità ad oggi vigenti nel codice civile, ovvero la mancata convocazione e la mancanza del verbale. In riferimento alla prima fattispecie sono state fatte ulteriori precisazioni con lo scopo di applicare tale norma solo nel caso di totale mancanza di convocazione. Non può esser fatta valere la nullità in caso di "irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo di amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea" (art.2379 c.c. 3°comma). L'art.2379 c.c. prosegue affermando che "il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il suo oggetto ed è sottoscritto dal presidente dell'assemblea, o dal presidente del consiglio d'amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio." Viene così ampiamente ridimensionato l'ambito di applicazione delle cause di nullità, tenendo presente le rilevanti conseguenze che essa può generare e cercando invece di dare maggiore certezza e stabilità alle deliberazioni approvate. All'interno della Relazione Tecnica che accompagna tutto il processo di riforma, difatti, si può individuare il criterio utilizzato per disciplinare l'intero tema delle delibere assembleari ed ovvero: "disciplinare i vizi delle deliberazioni in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale ...". Le ipotesi di nullità previste dal codice per le S.p.a. all'art. 2379 c.c. vengono riprese, seppure non integralmente, all'art. 2479 *ter* c.c. nell'ambito della disciplina dell'invalidità delle delibere nelle S.r.l. Qui il legislatore non ha attuato una rigida distinzione tra casi di nullità e casi di annullabilità ma ha preferito riferirsi genericamente ad invalidità e impugnabilità. Per le S.r.l. dunque torna ad avere un ruolo decisivo la discrezionalità dell'interprete che dovrà qualificare i vizi della delibera in esame e stabilire poi sia il termine per l'impugnabilità, sia i soggetti legittimati a seconda che si sia determinata annullabilità o nullità. Delle tre ipotesi di invalidità previste all'art. 2479 *ter* c.c. è la terza quella che più comunemente si fa rientrare nell'ipotesi di nullità, sia perché le stesse ipotesi sono previste anche all'art. 2379 c.c., sia perché sono previsti termini di

⁵ G.Presti e M.Rescigno, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci nella riforma delle società di capitali*, Milano, 2003 p.140: "La deliberazione che avrebbe come oggetto formale l'approvazione di bilancio, diventa dunque illecita in relazione al concreto contenuto del bilancio".

impugnazione maggiori e sia perché può esser fatta valere da chiunque ne abbia interesse. Tanto per le S.r.l. quanto per le S.p.a. è evidente il richiamo alla disciplina generale in tema di nullità dei contratti sebbene siano presenti importanti differenze; la delibera assembleare nulla può esser sanata sostituendola con un'altra ed inoltre, al fine di garantire e tutelare lo svolgimento dell'attività sociale, esiste un termine di decadenza, salvo alcune eccezioni, che si contrappone all'imprescrittibilità dell'azione di nullità in tema di contratti. Il legislatore, esattamente come per le S.p.a., anche all'art.2479 *ter* c.c. prevede l'impossibilità dell'oggetto come causa determinante la nullità della delibera; le conseguenze sono le stesse che si hanno in caso di illiceità ma il vizio identificato nell'oggetto della delibera è differente. Non si ha più la contrarietà a norme imperative ma in caso di oggetto impossibile, ciò che va ad inficiare la validità della delibera è l'impossibilità di inserire l'oggetto, di per sé lecito, all'interno di un rapporto giuridico.⁶ Sulla distinzione tra impossibilità giuridica e materiale sono sorti diversi dibattiti, in particolare con riferimento all'impossibilità materiale con cui la dottrina tradizionale, intende la concreta e reale attitudine delle parti ad assolvere l'impegno assunto. La disciplina d'invalidità delle delibere nelle S.r.l. spesso richiama per analogia la disciplina vigente per le S.p.a., ciò non avviene con riferimento alla sopracitata ipotesi di nullità: la rilevabilità d'ufficio è espressamente prevista nelle S.p.a. mentre nulla è previsto per le S.r.l. Il terzo comma dell'art. 2473 *ter* c.c. prosegue, indentificando nell' assenza assoluta di informazione un'ulteriore causa di nullità la quale, in un primo momento, sembra rimandare alla "mancata convocazione" prevista dall'art. 2379 c.c. per le S.p.a. ma dalla quale si differenzia per molteplici ragioni. Quest'ultima ipotesi di nullità rappresenta una delle novità introdotte con la riforma in quanto, precedentemente, la stessa fattispecie veniva qualificata come vizio del procedimento assembleare che allora determinava l'inesistenza della delibera o, in alcuni casi, l'annullabilità. Nelle S.p.a. è un elemento oggettivo e formale come la convocazione ad invalidare la delibera mentre nelle S.r.l. la nullità scaturisce da un elemento sostanziale quale l'informazione. Nel primo caso quindi non si andrà a constatare se il socio sia consapevole dell'oggetto dell'assemblea ma piuttosto se siano stati adempiuti gli obblighi formali di convocazione previsti dalla legge o dallo statuto. L'avviso dovrà essere inviato presso il domicilio che il socio ha preventivamente comunicato alla società e che risulta dal libro dei soci; il procedimento di convocazione non potrà quindi risultare viziato qualora il difetto di effettiva ricezione

⁶ F.Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Di Dir. Comm e Dir. Pubbl. Econ.* Diretto da Galgano XXIX Padova, 2003, p.246

dell'avviso sia di responsabilità del socio stesso. Ai fini della regolarità della convocazione non rilevano dal punto di vista giuridico le ragioni per cui gli amministratori hanno convocato l'assemblea, salvo che siano illecite. In questo caso la giurisprudenza ha largamente sostenuto la teoria secondo cui non si possa dichiarare la nullità della delibera per un motivo illecito, essendo tale fattispecie causa di annullabilità. Nelle S.r.l. il legislatore non parla di invalidità delle delibere ma piuttosto di "invalidità delle decisioni dei soci"; sono proprio le evidenti differenze delle modalità di svolgimento del processo decisionale nelle S.p.a. e nelle S.r.l. che in alcuni casi hanno portato ad avere, all'interno del codice, discipline dei vizi diverse. Nelle società a responsabilità limitata lo statuto gode di una maggiore autonomia nello stabilire il metodo decisionale; questo potrà quindi essere sia di tipo assembleare ma anche per consultazione scritta, o infine mediante consenso espresso per iscritto. Negli ultimi due casi pare evidente come non si possa parlare di mancata convocazione ma anche qualora si abbia un procedimento assembleare la regolarità della convocazione non sembra essere necessaria per la validità della delibera. Data la prevalenza dell'elemento personale nelle S.r.l. il legislatore, prevedendo una maggiore partecipazione alla vita sociale e dunque alle decisioni assembleari, ha preferito dare maggiore rilievo all'informazione preventiva e quindi assicurare ai soci la possibilità di prender parte ad ogni decisione. La convocazione, infatti, è il mezzo mediante il quale vengono comunicati ai soci data e luogo della riunione; solo qualora manchino questi elementi fondamentali e dunque non venga data la possibilità di essere a conoscenza del procedimento decisionale, potrà delinearsi la nullità della delibera adottata. In tale circostanza, si è data una maggiore tutela al socio istituendo un termine di impugnazione maggiore, nell'ipotesi in cui venga a conoscenza, tempo dopo, della deliberazione presa. Qualora i soci venissero informati tramite una convocazione che non rispetti quanto previsto dalla legge o dallo statuto la delibera risulterà irregolare ma, data la minor gravità del vizio, il termine d'impugnazione sarà ridotto e tale ipotesi verrà fatta rientrare nella generica annullabilità disciplinata al primo comma dell'art.2479 *ter* c.c. Per le S.r.l. il terzo comma dell'art. 2479 *ter* c.c. individua un'ulteriore causa di nullità nelle "deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite" e per la cui impugnazione non è previsto alcun limite temporale. A differenza di quanto disposto per le S.p.a., nulla viene detto circa l'assenza del verbale nelle delibere di S.r.l., lasciando così un vuoto nella disciplina e incertezza per l'interprete nell'individuare una causa di annullabilità o eventuale nullità. Il silenzio del legislatore si giustifica principalmente dalla possibilità che le decisioni dei soci di S.r.l. non debbano

risultare da verbale scritto e che dunque il verbale non sia necessario per la validità della decisione; qualora, invece, la decisione dovesse risultare da delibera l'assenza del verbale resta un grave vizio procedimentale che mal si adatta alla generale sanzione dell'annullabilità. Altra criticità è rappresentata dalla fattispecie in cui l'atto deliberativo, previsto dallo statuto, risulti mancante; di conseguenza, parte della dottrina ha dato nuovamente rigore alla ormai desueta teoria dell'inesistenza. Sebbene in tema di invalidità delle delibere le uniche ipotesi possibili siano annullabilità e nullità, la presenza di una loro disciplina specificatamente per le decisioni assembleari mette in luce come questi due istituti debbano essere interpretati diversamente dall'ambito dei contratti in generale. Gli interessi oggetto di tutela in ambito societario sono la certezza dei rapporti e la stabilità delle conseguenze che ogni deliberazione porta e su cui i terzi fanno affidamento. L'attenzione posta alla mera caducazione dell'atto in ambito negoziale mostra come sia difficoltoso dover rimandare ai due soli casi di nullità e annullabilità anche le decisioni assembleari in cui invece emergono ulteriori interessi da tutelare.⁷ All'interno del nostro ordinamento sono in vigore norme poste a tutela di interessi di diversa rilevanza e la cui imperatività varia in virtù dell'interesse protetto. Ad oggi, sempre maggiore importanza viene data alla così detta "tutela preventiva". Il notaio dovrà controllare la legittimità in un momento successivo alla verbalizzazione ma prima che la delibera venga iscritta e che quindi produca effetti. Lasciando spazio, per quanto possibile, all'autonomia privata e intensificando il controllo preventivo di legittimità si tende ad evitare che venga dichiarato nullo un atto che ha già iniziato a produrre effetti.

2.2 Azione di nullità e relativi limiti

Secondo la regola generale, i soggetti legittimati a far valere l'invalidità delle delibere assembleari e ad esercitarne la relativa impugnazione sono "i soci assenti, dissenzienti od astenuti, gli amministratori, il consiglio di sorveglianza ed il collegio sindacale" (art.2377 c.c., 2° comma). Essendo una fattispecie da applicare in via eccezionale nei soli casi

⁷ A. Pisani Massamormile, *Statuti speciali di nullità ed "illegalità" delle delibere assembleari di S.p.a.*, in Giur.it, 2003 p.400 ss.

previsti dal legislatore, l'azione di nullità prevede un maggior numero di soggetti legittimati ad esercitarla. Secondo quanto disposto dall'art. 2379 c.c., 1° comma, “[...] la deliberazione può esser impugnata da chiunque vi abbia interesse” ed è prevista inoltre la possibile rilevabilità d'ufficio da parte del giudice. Diversamente da quanto previsto per i contratti in generale, l'azione di nullità è soggetta ad un termine temporale di tre anni, salvo casi particolari, entro cui deve esser esercitata per non cadere in prescrizione. Tale termine dovrà decorre dal momento del deposito o dell'iscrizione della delibera nel registro delle imprese o, in caso non ne fosse soggetta, dal momento del deposito nel libro delle adunanze assembleari. L'azione di nullità è uno strumento di tutela contro i vizi delle delibere considerati “gravi” ed ha dunque conseguenze rilevanti sui rapporti giuridici che da esse scaturiscono. Proprio per tale ragione e per garantire inoltre maggiore certezza all'intero sistema societario, il legislatore ha introdotto dei limiti alla possibilità di esercitare tale azione in modo da limitarne l'effettiva operatività. Trai i temi più rilevanti su cui l'assemblea può trovarsi a deliberare rientrano senza dubbio le delibere di aumento o riduzione del capitale sociale e le delibere di emissione di nuove obbligazioni per le quali il termine d'impugnazione viene ridotto da tre anni a centottanta giorni. La riduzione del lasso temporale entro cui poter impugnare la delibera rappresenta lo strumento normativo con cui il legislatore persegue l'obiettivo di una maggiore stabilità di quanto deliberato in sede d'assemblea e con cui si cerca di dare certezza ai rapporti giuridici di terzi che, con le delibere sopracitate, sono entrati in contatto con la società. Per tali ragioni, limiti ancor più stringenti vengono imposti alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. In questa circostanza, qualora dal registro delle imprese si attesti anche la sola parziale esecuzione di aumento o riduzione del capitale o di emissione delle nuove obbligazioni, la delibera non potrà più esser oggetto d'impugnazione anche nel caso in cui non sia scaduto il termine. Le motivazioni di una tutela così forte hanno alla base diverse ragioni. Senza dubbio, un soggetto terzo che si torvi a sottoscrivere le nuove obbligazioni di una società vorrà sapere con certezza quale sia la sorte del suo finanziamento e ciò verrà certamente agevolato con la consapevolezza di un più breve termine per l'impugnazione. Le tre tipologie di delibere, disciplinate dall'art. 2379 *ter* c.c., coinvolgendo, più di altre, la sfera giuridica di terzi, in caso di dichiarata nullità comporterebbero conseguenze rilevanti anche dal punto di vista organizzativo oltre che sotto l'aspetto economico. Nel caso in cui l'aumento del capitale sociale, dichiarato nullo, fosse stato sottoscritto da un soggetto già socio la società dovrebbe non solo riconsegnare la somma conferita ma versare anche gli interessi su di

essa maturati. I problemi aumenterebbero nel caso in cui il soggetto fosse divenuto socio proprio con la delibera in esame la quale, una volta annullata, gli farebbe non solo perdere lo status di socio ma non potrebbe neanche garantirgli la tutela riservata ai terzi “in buona fede”. Tale fattispecie si configura infatti come una delle “posizioni giuridiche derivanti dalla “deliberazione”, per le quali neppure la situazione soggettiva di buona fede consente una salvezza.”⁸ L’eventuale nullità di una delibera di aumento di capitale troverebbe infine numerose complicazioni nel caso in cui le azioni in merito siano dematerializzate. È dunque “impossibile non osservare come proprio il meccanismo della dematerializzazione impedisca, a bene vedere, persino l’avvio della menzionata attività di annullamento”⁹. Infine, si può verificare anche il caso in cui le suddette azioni siano state oggetto di ulteriori transazioni precedentemente alla pronuncia di annullamento, circostanza in cui diventerebbe estremamente difficoltoso anche solo riuscire a rintracciarle. In virtù dell’importanza che ricoprono per il proseguimento dell’attività societaria, ad alcune delibere viene destinata, all’interno del codice, una trattazione specifica della relativa disciplina. È il caso della delibera di approvazione del bilancio (2434 *bis* c.c.) e delle delibere che modificano l’atto costitutivo, tra cui rientrano quelle inerenti alla fusione (2504 *quater* c.c.) ed e alla trasformazione (2500 *bis* c.c.). Essendo la stabilità degli atti societari uno degli obiettivi primari del legislatore della riforma, anche la disciplina relativa all’approvazione del bilancio è stata articolata secondo questo fine. L’art 2434 *bis* c.c. prevede infatti che “le azioni previste agli art. 2377 e 2379 non possono esser proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l’approvazione del bilancio dell’esercizio successivo”. A tal proposito, per una trattazione dettagliata delle funzioni e dei requisiti che il bilancio d’esercizio deve rispettare, si può far riferimento ad una recente pronuncia del Tribunale di Napoli (11 dicembre 2014) in merito all’eventuale invalidità del documento contabile della società. La nullità del bilancio viene ricondotta al mancato assolvimento della sua funzione primaria secondo cui dovrà fornire, non solo ai soci ma anche ai terzi e al mercato in generale, un’informazione completa della situazione patrimoniale e finanziaria della società nel rispetto delle clausole di correttezza, veridicità e chiarezza. A queste, il giudice della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale di

⁸ Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni, estratto dal XLII volume della Enciclopedia del diritto*; Milano, 1992, 31.

⁹ Pupo, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell’investimento azionario*, in Giur. Comm., 2004

Napoli ha aggiunto il rispetto dei principi contabili nazionali. Sul tema, è stato a lungo condotto un dibattito su quale rapporto debba intercorrere tra questi e le disposizioni previste all'interno del codice civile. Sebbene con la quarta direttiva comunitaria alcuni dei principi OIC sono stati introdotti nel testo normativo, giurisprudenza e dottrina hanno entrambe largamente avallato la tesi secondo la quale il ruolo da essi ricoperto si limita ad integrare quanto previsto dal codice. Qualora si volesse stabilire un ordine gerarchico tra le numerose norme previste in materia contabile, al grado più alto verrebbero poste le sopraccitate clausole, alle quali viene data attuazione grazie alle disposizioni legislative che vengono integrate poi con i principi contabili, subordinati dunque alle norme del codice. Per poter essere recepiti e in seguito utilizzati, i principi emanati dall'OIC a livello nazionale e dallo IASB a livello internazionale dovranno quindi essere sottoposti, prima dal soggetto incaricato di redigere il documento e poi dal giudice, ad un giudizio di compatibilità con le clausole di veridicità e correttezza. Il bilancio d'esercizio è composto a sua volta da diversi documenti; tra questi, un ruolo fondamentale è ricoperto dalla nota integrativa, un documento inscindibile da quello principale e di cui ne costituisce parte integrante. Non dovrà essere solo quest'ultimo a dover rispettare le clausole previste all'art. 2423 c.c. ma anche i documenti che ne fanno parte e, dunque, anche la nota integrativa. Qualora nella stesura si verificassero delle omissioni tali da non garantire una completa e corretta informazione circa la situazione economica della società, la delibera in cui il documento è stato approvato risulterà invalidata da vizi gravi e dunque nulla. Il bilancio ha quindi il compito di informare il vasto pubblico a cui è diretto. Tale funzione informativa viene garantita proprio dalla nota integrativa la quale fornirà tutti i dati per poter interpretare correttamente e facilmente il bilancio. L'importanza di questo documento è stata enfatizzata anche dal legislatore della riforma che ne ha difatti ampliato i contenuti. Secondo la giurisprudenza di merito¹⁰, infatti, non sussiste nullità della delibera di approvazione del bilancio se, in seguito ad una attenta analisi di una delle poste elencate, “ nella nota integrativa ogni informazione è stata fornita per rendere intellegibile e chiaro a soci e terzi l'origine di tale voce e il rapporto sottostante, oltre che la sua natura”. Per soddisfare i requisiti ad essa imposti, la nota integrativa dovrà rappresentare chiaramente la situazione patrimoniale e finanziaria sia dal punto di vista qualitativo sia quantitativo. Il rapporto che intercorre tra bilancio e nota integrativa è di tipo complementare e dunque, i soci che in assemblea approvano il bilancio, forniscono sì

¹⁰ Tribunale di Genova, 2 novembre 2005

la loro approvazione al documento unitario ma di conseguenza anche ad ogni altro atto suo componente. Ai vizi della nota integrativa viene data la stessa rilevanza riservata per ogni prospetto contabile. Ogni qual volta non vi è chiarezza nella nota integrativa, il vizio riscontrato inficerà anche la validità del bilancio. La dottrina ha introdotto poi una diffusa interpretazione della fattispecie secondo cui non tutti i vizi della delibera in esame debbano comportare la nullità. Dopo aver elaborato una così attenta disamina, è emersa la necessità di confrontare il vizio motivo di impugnazione con il rispetto delle clausole generali. Qualora non venga pregiudicato il diritto ad una corretta e chiara rappresentazione, la delibera di approvazione non potrà essere dichiarata nulla. Un ultimo aspetto da analizzare circa l'impugnazione del bilancio, è rappresentato dal termine temporale previsto in caso di delibere speciali delle quali, senza dubbio, la delibera in esame fa parte. Il bilancio di un determinato esercizio non potrà essere approvato qualora si approvò il bilancio successivo, non solo per la stabilità ricercata dal legislatore, ma anche in virtù della constatazione secondo cui “ con l'approvazione (valida o non) del bilancio successivo, spesso viene meno- o, almeno, quasi sempre si attenua- l'interesse a chiedere l'accertamento della scorrettezza del bilancio precedente”¹¹. Infine, particolare attenzione viene riposta nelle delibere dell'assemblea con cui si attuano le cosiddette operazioni straordinarie. Dovendo garantire la stabilità dei rapporti giuridici che da queste scaturiscono, le deliberazioni di fusione, scissione e trasformazione non potranno più essere soggette ad impugnazione dopo che si sono adempiuti gli obblighi di iscrizione previsti per legge e, in seguito ai quali, hanno iniziato a produrre effetti. Il limite posto dal legislatore anche per tali tipologie di delibere circoscrive ulteriormente la tutela di cui i soggetti danneggiati possono godere; ad essi viene riservata la sola tutela risarcitoria esperibile nei confronti degli amministratori o, in via più generica, dei soggetti responsabili della causa di invalidità da cui è emerso il danno.

2.3 Sanatoria

La stabilità del sistema societario e degli atti che di questo fanno parte è senza dubbio l'obiettivo primario perseguito dal legislatore, motivo per cui, anche la fattispecie

¹¹ G.E.Colombo, *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, in Riv. Soc., 2006, 940

dell'invalidità delle delibere assembleari, è stata disciplinata in ottemperanza a tale intento. Numerosi sono i limiti posti all'impugnazione di tali delibere. Tra questi, a fianco dell'introduzione di una tutela risarcitoria volta ad impedire, ove possibile, l'invalidamento dell'atto, è stata introdotta la possibilità per la società di porre rimedio autonomamente ai vizi riscontrati nelle delibere. Gli istituti della sostituzione e della sanatoria, disciplinati all'interno del codice rispettivamente all'art.2377 c.c. e 2379 *bis* c.c. rispondono esattamente a tale esigenza. Con la previsione della sanatoria anche per le delibere affette da nullità si è accentuato ancora di più il distacco che separa la disciplina dei contratti e quella invece contemplata in tema di invalidità delle delibere assembleari. Per interpretare la fattispecie della sanatoria non si può quindi ricorrere ad una comparazione con l'art. 1423 c.c., in quanto le norme societarie previste dal legislatore hanno trasformato radicalmente il concetto stesso di nullità dell'atto. I meccanismi conservativi applicabili in caso di sanatoria della delibera vengono attuati sono nelle due ipotesi espressamente disciplinate all'art. 2379 *bis* c.c. La sanatoria difatti, a differenza della sostituzione, non è atta a intervenire su ogni vizio invalidante la delibera ma è contemplata solo qualora ricorrano due particolari vizi procedurali. "L'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea. L'invalidità della deliberazione per mancanza del verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva." (art. 2379 *bis* c.c.). Nell'eventualità in cui sussistano tali carenze la società è in grado, mediante attività successive, di sanare autonomamente tali vizi e dunque arrestare l'eventuale procedimento di impugnazione. L'impossibilità o illiceità dell'oggetto non possono essere invece sanate in ugual modo, ricorrendo in questo caso la sola possibilità di eliminare del tutto la causa di invalidità. Parte della dottrina¹² intravede già al 3° comma dell'art 2379 c.c. l'intento del legislatore di render possibile un'efficacia auto sanante, prevedendo delle limitazioni all'ambito di applicabilità di quei vizi considerati gravi. La prima fattispecie trattata dal legislatore è dunque la completa mancanza dell'avviso di convocazione. Per prima cosa, sono stati chiariti all'art. 2379 c.c. quali siano gli elementi essenziali dell'avviso di convocazione in assenza dei quali si potrà parlare di assoluta mancanza dell'avviso di convocazione: idoneità ad informare i soci circa la data e l'ora dell'assemblea e provenienza da un membro degli organi sociali. Qualora ricorrano tali

¹² S.Sanzo, Artt. 2379-2379 bis, in *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 657.

condizioni la delibera assunta sarà nulla e potrà operare l'istituto della sanatoria. La prima tipologia affrontata dall'art. 2379 *bis* c.c. non rientra nello schema classico di operatività della sanatoria, come invece accade per la seconda tipologia, ma piuttosto si configura come un limite alla legittimità all'impugnazione. Chi abbia anche successivamente prestato consenso allo svolgimento dell'assemblea perde il diritto ad impugnare la delibera da questa approvata, pur sussistendo ancora un grave vizio di tipo procedimentale. Parte della dottrina¹³ trova giustificazione a tale norma nella possibile perdita d'interesse ad impugnare sopravvenuta nell'eventualità in cui il socio abbia acconsentito allo svolgimento dell'assemblea. I soci su cui ha effetto tale disposizione sono coloro i quali hanno diritto di voto in quanto, difficilmente, potrà configurarsi in capo a terzi un interesse ad impugnare la delibera in tali circostanze. In seguito alla dichiarazione di consenso prestata dal soggetto legittimato ad impugnare, il vizio persisterà rendendo la delibera ancora invalida e quindi impugnabile da un altro socio ancora legittimato ad esercitare tale azione. Proprio per tali ragioni c'è chi sostiene un'interpretazione dell'art.2379 *bis* c.c. secondo cui “l'istituto disciplinato al primo comma si risolve in una mera preclusione soggettiva all'impugnazione a carico di chi abbia espresso il proprio consenso allo svolgimento dell'assemblea”¹⁴. Condizione essenziale affinché il socio perda la legittimazione all'impugnativa è la dichiarazione di consenso allo svolgimento dell'assemblea. Resta dunque da chiarire quali siano le modalità contemplate dal legislatore in cui tale consenso debba manifestarsi. In materia si sono sviluppate diverse opinioni tra loro discordi, non solo sulla forma di tale consenso, ma anche sull'arco temporale entro cui lo si debba manifestare. Le due teorie principali contrappongono, pur restando qualche perplessità¹⁵, da un lato la necessità di una dichiarazione esplicita e dall'altro una manifestazione del consenso esercitabile in qualsiasi forma, comprendendo dunque anche la possibilità di consenso espresso per *facta concludentia*. In quest'ultimo senso è stato sostenuto che “poiché la norma non dice in quale forma debba esser dato questo assenso [...] bisognerà qualificare come consenziente il socio che abbia partecipato all'assemblea carente di convocazione senza consentire espressamente, ma senza nemmeno nulla eccepire”¹⁶. I comportamenti taciti e dunque anche il silenzio sono idonei, secondo tale interpretazione, a qualificare la volontà

¹³ S.Sanzo, 2004, 657

¹⁴ G.Guerrieri, *La nullità delle deliberazioni assembleari di S.p.a.*, in *Giur. Comm*, 2005, I, cit.,156.

¹⁵ In questo senso, Lener 2004-b, I, 573

¹⁶ Presti-Rescigno 2003, 159

del socio di consentire allo svolgimento dell'assemblea. Seppur la mancanza dell'avviso di convocazione renda il socio disinformato circa gli argomenti oggetto di esame durante l'assemblea, il suo intervento durante la riunione enfatizza l'irrilevanza di tale requisito procedimentale per l'esercizio pratico dei diritti sociali. Si registrano opinioni contrastanti anche per quanto riguarda l'ambito temporale entro cui esprimere tale consenso. La possibilità di manifestare il proprio assenso sembra non potersi realizzare anteriormente allo svolgimento dell'assemblea in quanto, l'interesse ad agire, il più delle volte, è strettamente conseguente all'orientamento sviluppatosi durante l'assemblea stessa. Tali conclusioni non possono però essere valide in ogni circostanza. A tale tesi, che prevede dunque la necessità di una manifestazione del consenso solo successivamente allo svolgimento dell'assemblea, difatti si contrappongono altre contrastanti interpretazioni di quanto disciplinato all'art. 2379 *bis* c.c. È dunque possibile una manifestazione del consenso che avvenga dopo lo svolgimento dell'assemblea ed anche dopo la mancata convocazione; è poi infine contemplata l'ipotesi in cui ciò avvenga durante l'assemblea, come nel caso in cui si realizzino fatti concludenti. La seconda tipologia di vizio in cui può ricorrere l'istituto della sanatoria è la completa assenza del verbale. A differenza di quanto previsto in mancanza di convocazione, quanto previsto per tale fattispecie è idoneo ad intervenire oggettivamente sulla causa invalidante la delibera. Anche per il verbale però, esattamente come per la convocazione, il legislatore ha voluto precisare quali siano i requisiti minimi la cui presenza renderebbe impossibile un'azione di nullità. Il 3° comma dell'art. 2379 c.c. dispone infatti che "Il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il suo oggetto ed è sottoscritto dal presidente dell'assemblea, o dal presidente del consiglio d'amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio". Nella circostanza in cui tali requisiti non sussistano, il verbale risulterà del tutto mancante e potrà dunque operare la sanatoria mediante verbalizzazione realizzata prima della successiva assemblea. Qualora sussista tale vizio, non dovrà ripetersi nuovamente l'approvazione della delibera ma basterà che venga redatto l'atto precedentemente mancante. In dottrina si è affermata poi la tesi che sostiene una più ampia applicabilità di tale istituto, rendendone possibile l'operatività anche in caso di annullabilità, ove invece, operando per tale vizio l'istituto della sostituzione, si dovrebbe ripetere del tutto il procedimento deliberativo¹⁷. Rendendo possibile una verbalizzazione tardiva e differita di quanto deliberato in sede assembleare,

¹⁷ In tal senso, Lener 2004-b, I, 574

resta dunque uno spazio temporale in cui la delibera, restando invalida, potrà esser impugnata ma allo stesso tempo sanabile entro l'assemblea successiva. Tale verbale dovrà essere idoneo ad informare i soci circa il contenuto della delibera adottata e gli effetti che, in seguito a questa, si sono prodotti. Circa il contenuto che tale verbale dovrà riportare vi è largo consenso nel richiedere che vengano rispettati i requisiti previsti dall'art. 2377, 5° comma, non essendo dunque sufficiente che il verbale si consideri "non mancante". In tal caso infatti il socio interessato a far valere la nullità dell'atto si troverebbe privo di tutela. Lasciando la nullità un ampio arco temporale entro cui esercitare l'impugnazione, ciò fa sì che, qualora molto tempo dopo la delibera viziata la società decida di sanare l'atto con un verbale in cui risultino solo l'oggetto, la data e la sottoscrizione, il socio non avrebbe più modo di contestare un verbale che resterà dunque palesemente viziato. Ultimo aspetto da analizzare sono gli effetti che questa forma di sanatoria produce. La delibera sanata potrà operare retroattivamente ma, esplicitamente previsto solo al 2° comma dell'art. 2379 *bis* c.c., vengono fatti salvi i diritti dei terzi ignari della delibera. In contrasto a quanto appena esposto vi è una tendenza minoritaria con cui si sostiene invece che, nonostante gravata da vizi, la delibera nulla produca effetti fin da subito.

Capitolo III

Annulabilità

3.1 Definizione

L'annulabilità delle delibere assembleari è, a differenza di quanto previsto in ambito negoziale, norma di carattere generale. Secondo il dettato dell'art. 2377 c.c., 1° comma, nelle S.p.a. l'annulabilità scaturisce da “deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto”. Con tale espressione vengono indicati tanto i vizi di carattere procedimentale, attinenti alla fase di formazione dell'atto deliberativo, quanto la più generica non conformità a quanto previsto per una regolare deliberazione a carattere maggioritario. Tali prescrizioni non entrano in vigore per i vizi definiti “non invalidanti” e per le tre ipotesi di nullità disciplinate all'art. 2379 c.c. Per questa fattispecie di invalidità dunque, non sono previsti dei casi tassativi in cui dover far rientrare i vizi delle delibere, come accade invece per la nullità, ma si ha, piuttosto, un ambito di applicazione di carattere residuale ogni qual volta l'invalidità sia determinata da vizi non sanzionabili con la nullità. L'impostazione del codice civile è stata fin da subito guidata dall'intento di dare stabilità agli atti societari e dunque, disciplinando inizialmente con la nullità solamente l'ipotesi di oggetto impossibile o illecito, ha fatto sì che nella categoria dell'annulabilità si facesse rientrare ogni possibile vizio restante. Garantendo la tutela degli interessi dei soci, tanto di minoranza quanto di maggioranza, e perseguendo l'intento di giungere alla caducazione della delibera solo nei casi di vizi più gravi, la riforma del 2003 ha introdotto maggiori ipotesi di invalidità, principalmente di carattere positivo, ed ha poi disciplinato le fattispecie riconducibili ai “vizi non invalidanti”. In applicazione di tali principi, il disposto dell'art. 2377 c.c., 5° comma, introduce tre ipotesi di limitazione all'impugnabilità della delibera che trovano applicazione nei casi di “irregolarità minori”. Tali vizi si riferiscono alla partecipazione all'assemblea di soggetti non legittimati, all'errato conteggio dei voti, o ad una loro eventuale irregolarità, ed al caso di incompletezza o inesattezza del verbale. In tutte e tre le ipotesi sopracitate vengono poi fatte, a loro volta, delle eccezioni. L'impugnazione della delibera non trova limitazioni nel caso in cui la partecipazione del soggetto non autorizzato sia stata

fondamentale per il raggiungimento del quorum costitutivo o i voti, conteggiati erroneamente, siano stati determinati nella formazione del quorum deliberativo. L'inesattezza o incompletezza del verbale, infine, non dovrà impedire "l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità" della delibera. Esattamente come per la nullità, anche per la disciplina dell'annullabilità si ha una trattazione distinta per S.p.a. e per S.r.l. Per il tema dell'invalidità nelle S.r.l. si deve rimandare all'art. 2479 *ter* c.c. dove è trattata genericamente "l'invalidità delle decisioni dei soci". Anche in questo caso, vista la maggiore autonomia statutaria, non vengono espressamente qualificati i vizi e sarà dunque l'interprete ad identificare la fattispecie dell'annullabilità o, eventualmente, l'ipotesi di nullità. Resta comunque, all'ultimo comma dell'art. 2479 *ter* c.c., il richiamo alla più dettagliata disciplina prevista per le S.p.a. che troverà quindi applicazione nei casi previsti. Tra le tre ipotesi di invalidità delle delibere di S.r.l. sono le prime due a rientrare nella fattispecie dell'annullabilità: "le decisioni dei soci prese non in conformità alla legge o all'atto costitutivo" e "le decisioni assunte con la partecipazione determinante dei soci che hanno, per conto proprio, o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società". La dicotomia annullabilità/nullità non è di facile applicazione ai casi di delibere assembleari e in particolar modo per le S.r.l., dove tali qualificazioni non vengono menzionate. Essendo però l'annullabilità e la nullità le uniche due ipotesi di invalidità previste all'interno del Codice civile, continueranno ad esser utilizzate anche qualora non siano espressamente previste. La prima fattispecie di invalidità quindi verrà fatta rientrare nell'ipotesi di annullabilità. Le ragioni di tale ricostruzione rimandano sia all'uguale previsione all'art. 2377 c.c., 2° comma per le delibere di S.p.a., sia sono deducibili dal termine d'impugnazione previsto, solo 90 giorni, e dall'impossibilità per il giudice di rilevare d'ufficio il vizio, prevista invece per le ipotesi di nullità. Le società per azioni e le società a responsabilità limitata sono due tipi sociali ben diversi tra loro. È nel dettato degli articoli atti a disciplinare la fattispecie in esame che si possono individuare alcune delle differenze. Per le S.p.a. l'art. 2377 c.c., 2° comma, prevede l'annullabilità della delibera in caso di "non conformità [...] allo statuto" mentre, per le S.r.l., l'art. 2477 *ter* c.c. fa riferimento a decisioni prese "non in conformità dell'atto costitutivo". Il legislatore ha, volutamente, messo in rilievo come le norme per il funzionamento e lo svolgimento dell'attività societaria siano contenute nello statuto, se si tratta di S.p.a., mentre per le S.r.l. sono da ricercarsi nell'atto costitutivo. Anche le diverse modalità di assunzione delle decisioni trovano riflesso in quanto disposto dagli articoli sopracitati ed hanno effetto sui soggetti legittimati all'impugnazione. Quanto previsto dal legislatore per le S.r.l. si

distingue per la generica natura delle relative disposizioni. Spetterà dunque alla discrezionalità dell'interprete non solo qualificare i vizi e stabilire quindi se siano causa di nullità o di semplice annullabilità, ma, in assenza di tratti distintivi del vizio in questione, stabilire anche se la fattispecie che si trova ad esaminare sia riconducibile ad una delle ipotesi previste dal legislatore. Come già sottolineato, tra i vizi considerati invalidanti rientrano quelli inerenti alla fase procedimentale di formazione della delibera. Le norme eventualmente violate sono poste a tutela di interessi caratterizzati da un diverso grado di importanza. Qualora si ricorresse alla violazione di norme imperative, essendo queste a tutela di interessi "superiori", si avrebbe una risposta da parte del nostro ordinamento, in termini di tutela, sicuramente maggiore di quella prevista in caso di interessi consideranti meno rilevanti. È questa la fattispecie da cui scaturisce l'annullabilità della deliberazione. Nel caso in cui la violazione fosse in riferimento ad una prescrizione di carattere procedimentale posta a tutela di interessi considerati minori, si avrà infatti una minor tutela anche per quanto riguarda l'impugnazione, il cui termine sarà quindi di soli 90 giorni. Tra i vizi procedimentali rientra la mancata redazione da parte del notaio del verbale della delibera. A favore di tale tesi si è espressa la Giurisprudenza di legittimità¹⁸ che, in occasione di una delibera di competenza dell'assemblea straordinaria in merito all'azzeramento e ricostituzione del capitale, non ha riconosciuto nella fattispecie in questione una causa di inesistenza ma, piuttosto, un vizio determinate la mera annullabilità dell'atto. Anche il ritardo nel comunicare l'avviso di convocazione si configura come vizio procedimentale. Il Tribunale di Roma¹⁹ si è pronunciato a sostegno di tali ipotesi ritenendola idonea ad inficiare la corretta formazione della volontà assembleare. Nonostante non si tratti di "mancata convocazione", vizio sanzionato con la nullità secondo il dettato dell'art. 2379 c.c., il ritardo dell'avviso di convocazione lede comunque il diritto all'informazione del socio ed è dunque causa di annullabilità. Altra fattispecie analizzata dalla Suprema Corte è rappresentata dall'eventualità in cui si sia avviata una votazione in cui i soggetti aventi diritto di voto possano esser stati precedentemente influenzati nell'espressione della propria volontà. Il metodo assembleare con votazione a maggioranza è uno strumento di tutela delle minoranze voluto espressamente dal legislatore. La Giurisprudenza di legittimità²⁰ ha affermato infatti che ciò che rileva non è l'effettiva capacità di

¹⁸ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 02 aprile 2007, n.8222

¹⁹ Tribunale di Roma Sezione III civile, sentenza 21 gennaio 2008, n.1449

²⁰ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 30 maggio 2008, n.14554

condizionare il voto ma, per configurarsi la fattispecie dell'annullabilità, è sufficiente che ci sia stata anche solo la possibilità di esercitare la propria influenza sull'orientamento dell'assemblea. I soci di minoranza sono tra i soggetti maggiormente tutelati all'interno del nostro ordinamento. Sebbene il grado di tutela previsto dal legislatore sia dei più alti, la Giurisprudenza si è pronunciata più volte in merito a fattispecie in cui, dovendo garantire la stabilità dell'atto, l'annullamento della delibera non è stato possibile. A dimostrazione di quanto appena esposto rientra la circostanza in cui, a causa del comportamento dei soci di maggioranza, non è stata data la possibilità alla minoranza di avere un'ampia informazione sugli argomenti oggetto di discussione in assemblea. Fatto salvo il caso in cui il comportamento perseguito sia stato intenzionale e, perseguendo interessi propri della maggioranza, sia stato in contrasto con l'interesse sociale, la fattispecie in questione non si configura tra le ipotesi previste dall'art. 2377 c.c. A sostegno di tale tesi si è espressa la Suprema Corte²¹ che ha affermato come l'ipotesi in esame sia una mera questione di etica e dunque non sia soggetta alla sindacabilità del giudice. Anche il contenuto dell'avviso di convocazione potrebbe inficiare la validità della delibera. Le materie all'ordine del giorno dovranno esser inserite nell'avviso sia, per far sì che i soci che decidano di partecipare all'assemblea si informino adeguatamente, sia per circoscrivere l'oggetto della discussione. I soci che decidessero di esser assenti dovranno comunque avere con certezza cognizione di quale sia l'ambito di decisione dell'assemblea. Secondo la Giurisprudenza di legittimità²² ai fini di una corretta informazione è sufficiente un elenco delle materie che sia facile da comprendere, dettagliato e non vago e dal quale si possa desumere ogni eventuale decisione complementare. Un avviso di convocazione non particolarmente analitico non è dunque un vizio determinante l'annullabilità dell'atto. In merito alla contrarietà allo statuto e alle sue eventuali modifiche rientra la massima ufficiale della Suprema Corte secondo cui: “ [...] la delibera dell'assemblea straordinaria di S.p.a. che sostituisca, a livello statutario, allo scopo di lucro soggettivo uno mutualistico benché illegittima [...] comporta l'utilizzazione della società per uno scopo diverso da quello inerente alla sua forma giuridica, sicché la successiva delibera che modifica la precedente ripristinando lo scopo di lucro, [...] avendo ad oggetto una modificazione dello statuto, può validamente esser adottata con le maggioranze stabilite a questo fine”²³. La trattazione delle ipotesi di

²¹ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 12 dicembre 2005, n.27387

²² Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 27 giugno 2006, n.14814

²³ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 12 aprile 2005, n.7536

annullabilità, disciplinate all'art 2377 c.c., si conclude con l'enunciazione degli effetti di un'applicazione positiva delle norme contenute del sopracitato articolo: "L'annullamento delle deliberazioni ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione" (art 2377 c.c., 7° comma). Le medesime conclusioni vanno fatte anche per la fattispecie della nullità per la quale l'art 2379 c.c. rimanda " in quanto compatibili" al settimo e ottavo comma dell'art 2377 c.c. Anche per limitare i casi di impugnazioni volte solamente ad ostacolare il regolare svolgimento dell'attività sociale, il legislatore ha introdotto la possibilità di sostituire la delibera viziata, per cui : " l'annullamento non può aver luogo se la delibera è sostituita con altra presa in conformità della legge o dell'atto costitutivo o è stata revocata dall'assemblea"(art 2377 c.c., 8° comma).

3.2 Legittimazione ad impugnare, limiti e risarcimento

I soggetti legittimati ad esperire l'azione di annullamento, a differenza di quanto previsto per l'azione di nullità, sono specificatamente previsti dal legislatore tanto per le S.p.a. quanto per le S.r.l. Per le prime, l'art 2377c.c., 2° comma, recita: "le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale". Per le società a responsabilità limitata invece, al 1° comma dell'art. 2479 *ter* il diritto all'impugnazione è previsto per i soci che non hanno consentito alla decisione, per ciascun amministratore e per il collegio sindacale. Sebbene i soggetti legittimati siano gli stessi, per le S.r.l. il legislatore ha disciplinato più sinteticamente la fattispecie mettendo nuovamente in evidenza la possibilità, per questo tipo sociale, che le decisioni non vengano assunte con il metodo assembleare. Anche all'interno del Testo unico della finanza si trovano indicazioni su fattispecie particolari che legittimano all'impugnazione soggetti non previsti all'interno del codice civile. È il caso del rappresentante degli azionisti di risparmio. Tale categoria di azionisti, essendo priva del diritto di voto, è di conseguenza esclusa dalla partecipazione all'assemblea e dall'impugnazione delle delibere. Tale consequenzialità discende da quanto disposto in

materia dalla riforma del 2003 la quale ha riservato tali diritti solo ai soci titolari del diritto di voto. Nonostante ciò, per tutela dei comuni interessi di tale categoria di azionisti, agli artt. 146-147 del TUF è prevista l'istituzione di un rappresentante comune che gode, tra l'altro, del diritto di impugnazione delle delibere dell'assemblea. Altra fattispecie prevista dal TUF riguarda la presenza all'interno dell'assetto societario di partecipazioni rilevanti. Con tale termine si intende "Coloro che partecipano in un'emittente azioni quotate avente l'Italia come Stato membro d'origine in misura superiore al tre per cento del capitale" (art. 120 TUF, 2° comma). In questa circostanza, vista la maggiore tutela prevista dal nostro ordinamento il diritto all'impugnativa è riservato, in casi tassativamente previsti, alla Consob, alla Banca d'Italia e all'IVASS. La prima categoria di soggetti legittimati ad esercitare l'azione di annullamento sono dunque i soci "assenti, dissenzienti o astenuti" ai quali spetterà il diritto d'impugnazione, non più perché soci in quanto tali, ma perché in possesso di azioni dotate del diritto di voto in quella particolare delibera e rappresentanti una percentuale qualificata dell'intero capitale sociale. Per assenti devono intendersi tutti i soci che non sono stati presenti all'assemblea non potendo così esercitare il loro diritto di voto. Tale assenza viene considerata indipendentemente dalla motivazione in quanto, ai fini dell'applicazione dell'art. 2377 c.c., la motivazione alla base di tale scelta, esattamente come nel caso di soci dissenzienti, non rileva. Come sancito dalla Suprema Corte²⁴ per soci dissenzienti si intendono coloro che "[...] abbiano negato, in qualsiasi forma manifestata in assemblea, il proprio contributo all'approvazione della delibera". In caso di deliberazione di S.p.a., tutte e tre le tipologie di soci legittimate a far valere l'invalidità della delibera, per poter esercitare tale diritto dovranno possedere individualmente, o congiuntamente, una percentuale qualificata. In caso di società che fanno ricorso al mercato dei capitali tale percentuale dovrà rappresentare almeno l'uno per mille del capitale sociale mentre per le altre società la soglia minima è del 5%, salvo eventuali modifiche apportate dallo statuto. Nelle società a responsabilità limitata, al contrario, il legislatore non ha previsto alcun possesso minimo. Per quanto riguarda i soci che decidano di impugnare la delibera, ai sensi dell'art. 2378 c.c., 2° comma, il possesso dell'aliquota minima di partecipazione dovrà essere oggetto di verifica, non solo in riferimento a quando l'assemblea ha assunto la delibera, ma anche al momento dell'impugnazione e dovrà essere mantenuta per tutta la durata del processo. In riferimento a l'ultima fattispecie il difetto di legittimazione sarà rilevante

²⁴ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 11 ottobre 2006, n.21816

solo nel caso in cui il socio abbia deciso di alienare la partecipazione successivamente alla deliberazione. Un caso particolare è stato affrontato dal Tribunale di Roma²⁵ che ha esaminato la legittimità ad impugnare in caso delibera di azzeramento e ricostituzione del capitale tramite l'offerta in opzione ai soci delle nuove quote. Secondo il giudice, nella fattispecie in esame il socio, avendo deciso di non sottoscrivere le nuove quote del capitale, ha perso lo status di socio ed è dunque privo dei requisiti che lo legittimino ad impugnare la delibera. La decisione del giudice del Tribunale di Roma si pone in contrasto con l'orientamento prevalente in giurisprudenza. La Suprema Corte ha sostenuto infatti la legittimità del socio ad "impugnare la delibera assembleare adottata al tempo in cui egli era ancora socio, tutte le volte in cui un suo diritto astrattamente configurabile nei confronti della società in relazione alla sua passata partecipazione ad essa dipenda dall'accertamento della legittimità della delibera assembleare presa quando egli era ancora socio"²⁶. Essendo le deliberazioni dell'assemblea vincolanti per tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti, come previsto dall'art. 2377 c.c., la posizione della Corte di Cassazione è volta a tutelare gli interessi del socio che, privato del diritto di impugnazione, non ha altro modo per contestare la deliberazione lesiva nei suoi confronti. Le deliberazioni dell'assemblea con cui si apportano modifiche allo statuto producono effetti dal momento dell'iscrizione nel Registro delle imprese. Il socio dunque, per poter impugnare la delibera quando ancora gode dello status di socio, dovrebbe agire prima dell'iscrizione dell'atto. Tale circostanza non può trovare attuazione in quanto, ai sensi dell'art. 2377 c.c., l'impugnazione deve esser esercitata entro novanta giorni dall'iscrizione della delibera nel Registro delle imprese, se soggetta. Dunque, unica via percorribile dal ricorrente per contestare la legittimità della sua esclusione dalla compagine sociale, resta, per la Suprema Corte, l'impugnazione della delibera. Il combinato degli artt. 2377 c.c. e 2352 c.c. disciplina la circostanza in cui le azioni dei soci siano soggette a pegno, usufrutto o sequestro. In tali condizioni avviene una ripartizione dei diritti amministrativi legati al titolo, tra cui certamente rientra la legittimazione all'impugnazione. "Salvo che dal titolo o dal provvedimento del giudice risulti diversamente, i diritti amministrativi diversi da quelli previsti nel presente articolo spettano, nel caso di pegno o di usufrutto, sia al socio sia al creditore pignoratorio o all'usufruttuario; nel caso di sequestro sono esercitati dal custode" (art. 2352 c.c., 6° comma). Sebbene in genere si affermi la correlazione tra diritto di voto e diritto di

²⁵ Tribunale di Roma, Sezione III Impresa, 10 luglio 2015

²⁶ Corte di Cassazione sentenza 27 ottobre 2014, n.22784

impugnazione, tenendo in considerazione che gli unici diritti disciplinati espressamente all'art.2352 c.c. sono il diritto di voto e il diritto di opzione, si deve dunque ritenere che, oltre ai soggetti indicati, il socio, in caso di pegno o usufrutto, può continuare ad esercitare il diritto all'impugnazione. In caso di sequestro preventivo penale, la tutela degli interessi del socio viene garantita da numerosi strumenti normativi, tra cui, la possibilità di agire contro la "mala gestione" della partecipazione societaria da parte del custode giudiziario. La seconda categoria di soggetti legittimata a promuovere l'azione di annullamento è costituita, secondo quanto disposto dall'art.2377 c.c., dagli amministratori. Il testo dell'articolo non specifica espressamente se, tale diritto, debba esser esercitato dal consiglio di amministrazione, inteso come organo collegiale, o possa esser esercitato anche dal singolo amministratore. La controversa interpretazione della norma ha dato vita ad opinioni difformi. Per il consiglio di sorveglianza ed il collegio sindacale sono state appositamente apportate delle modifiche al testo previgente per evidenziare come la legittimità spetti all'organo collegiale e non al singolo membro. Per il consiglio di amministrazione, la situazione è differente. L'attività di gestione svolta dagli amministratori non è obbligatoriamente esercitata in forma collegiale, e ciò può giustificare la diversa formulazione dell'art. 2377 c.c. secondo cui quindi, ad eccezione di questa ipotesi, la legittimazione continua ad essere in capo all'organo collegiale²⁷. Anche la Giurisprudenza in un primo momento si è orientata a favore di questa interpretazione²⁸ ma ad oggi, la tendenza espressa sembra esser più flessibile. A differenza di quanto previsto per il collegio sindacale e il consiglio di sorveglianza, gli amministratori possono svolgere in via individuale le funzioni a loro attribuite, come nel caso dell'amministratore delegato. In conformità con quanto appena affermato sembra esser possibile l'impugnazione della delibera da parte del singolo amministratore esclusivamente nel caso in cui, in seguito alla delibera impugnata, venga leso un suo diritto²⁹. Un altro aspetto della fattispecie in esame è stato analizzato dalla sezione impresa del Tribunale di Torino³⁰ che si è pronunciato sulla legittimità dell'ex amministratore a promuovere l'azione di annullamento. L'amministratore in quanto tale può esercitare tale diritto solo qualora sussistano due condizioni; la prima si riferisce al rapporto con la società, in quanto l'amministratore dovrà essere ancora in carica al

²⁷ L.Iannicelli, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno,2008.

²⁸ Corte di Cassazione, 5 giugno 2003, sentenza n.8992

²⁹ Corte di Cassazione, 12 gennaio 2010, sentenza n. 259

³⁰ Tribunale di Torino, Sez. Impresa, 30 gennaio 2015

momento dell'impugnazione, salvo che la perdita della carica sia dovuta alla deliberazione in questione, mentre la seconda afferisce alla natura dell'interesse fatto valere. I soggetti legittimati dall'art 2377 c.c. dovranno difatti essere portatori di un interesse giuridicamente qualificato e non di un mero interesse di fatto in quanto l'annullamento della delibera può esser richiesto solo da "determinati soggetti posti in una determinata relazione giuridica con l'atto contestato"³¹. L'importanza della natura dell'interesse fatto valere dall'amministratore ha trovato spesso applicazione in Giurisprudenza. È il caso di una pronuncia della Suprema Corte³² in cui il vizio della mancata convocazione di un socio non venne ritenuto idoneo a legittimare all'impugnazione l'amministratore in quanto, l'interesse pregiudicato dalla delibera, non atteneva a lui in quanto tale ma al socio. Anche il consiglio di sorveglianza ed il collegio sindacale, a tutela degli interessi della società a cui sono legati, possono impugnare per annullamento le delibere dell'assemblea. Le funzioni di controllo da loro esercitate assumono rilevanza solo qualora vengano svolte congiuntamente e infatti, a differenza di quanto previsto dal consiglio di amministrazione, sono legittimati ad esercitare tale diritto solo congiuntamente. I sindaci, in virtù della funzione di controllo del rispetto della legge e dello statuto da loro svolta, secondo quanto previsto dall'art. 2403 c.c., non solo sono legittimati ma hanno inoltre l'obbligo di impugnazione della delibera qualora essa non rispetti i requisiti di legittimità. L'art. 2377 c.c. 6° comma prevede che l'unico termine previsto per l'impugnazione sia di "90 giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro 3 mesi dall'iscrizione o, se è soggetta solo al deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro 3 mesi dalla data di questo". La previsione del legislatore di individuare nel possesso azionario minimo un requisito essenziale per poter impugnare le delibere viziate sembra esser destinata a rafforzare il potere dei soci di maggioranza. Potere enfatizzato anche dal fatto che i soggetti incaricati di gestire ed amministrare la società sono espressione della loro stessa volontà. I soci di minoranza sembrano dunque essere danneggiati dalle scelte normative attuate. Bisogna considerare poi che la percentuale qualificata di capitale richiesta è quasi inaccessibile dall'azionista medio ed anche qualora la si riuscisse a raggiungere congiuntamente, è raro che si riesca a mantenere durante tutta la durata del procedimento. In virtù di tali considerazioni è prevista la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni ottenuti in attuazione della delibera, introducendo così all'interno

³¹ Corte di Cassazione, sezione I civile, 27 ottobre 2014, sentenza n.22784

³² Corte di Cassazione, sezione I civile, 30 maggio 2008, sentenza n.14554

del codice una forma di tutela patrimoniale che si va ad aggiungere a quella reale. La fattispecie in esame, disciplinata al 4° comma dell'art. 2377, nasce come strumento alternativo e di tutela delle minoranza da contrapporre ai limiti previsti per l'impugnazione dell'atto. Fin da subito ci si è però interrogati sull'effettiva capacità di tale strumento di essere una valida alternativa. L'obiettivo di ripristinare la situazione precedente alla deliberazione si scontra con la difficoltà di quantificare i danni subiti, intravedendo così nella tutela risarcitoria un'inadeguatezza a controbilanciare le conseguenze della delibera assunta. Si pensi al caso in cui si voglia contestare la decisione in cui sono stati scelti gli organi gestori della società; il risarcimento eventualmente ottenuto dai soci non è di certo adatto a rimediare ad una tale circostanza. Una difficoltà tipica della tutela risarcitoria è dunque la quantificazione del danno subito alla quale si aggiunge anche la complessità probatoria. I vizi di tipo procedurale non sempre hanno un risvolto patrimoniale nella sfera del socio ed è in questi casi che si tende a riferirsi alla “violazione di un diritto partecipativo”³³. A tale tesi che sembra quindi prevedere una tutela in ogni caso, si contrappone l'opinione secondo cui la sfera del socio sia meritevole di protezione solo qualora venga danneggiata economicamente³⁴. Prima di affrontare tali problematiche va considerato quale debba essere il nesso tra il danno e la deliberazione. Originariamente, il testo dell'art 2377 c.c., affermava che il danno dovesse essere diretta conseguenza della decisione, ad oggi tale prescrizione è stata eliminata ampliando così notevolmente l'ambito di applicazione della norma in esame. Se questo comporta di certo una maggiore tutela per i soci sono da considerare anche i rischi connessi ad una così ampia tutela; i soci non impugnanti per esempio, in caso in cui la richiesta di risarcimento vada a buon fine, vedrebbero ingiustamente ridotto il patrimonio della società a cui *pro quota* partecipano. Parte della dottrina³⁵ sostiene infatti come sia necessaria una compressione dell'area della risarcibilità. Queste considerazioni fanno poi riflettere sul nesso tra patrimonio della società e partecipazione sociale, portando ad intravedere nella tutela risarcitoria come un paradosso. Poiché ai sensi dell'art. 2497 c.c. il socio può ottenere il risarcimento “del pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale” sembra irrealizzabile un rimborso completo del danno. Il soggetto incaricato di indennizzare il socio danneggiato è la società e dunque, diminuendo il

³³ L.Enriques-A.Zorzi, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in Riv. Dir. Comm., 2006, I, 29.

³⁴ A.Vicari, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove S.p.a.*, Bologna, 2010, 681

³⁵ A.Vicari, *Invalidità*, cit. 680

patrimonio societario per poter pagare il risarcimento, diminuirà anche il valore della partecipazione *pro quota* al capitale del socio. Non è previsto alcun riferimento che individui nei soci che hanno assunto la delibera i soggetti incaricati a rimborsare i soci lesi. La maggioranza quindi, in virtù di tali previsione, dovrà applicare i principi di “buona fede e correttezza” che sono alla base di ogni rapporto giuridico tra più soggetti. Il testo dell’articolo che disciplina la fattispecie è di difficile interpretazione anche sotto il profilo della possibile azione di entrambe le tutele: reale e patrimoniale. Le opinioni in materia sono contrastanti. Si sostiene che dal dettato normativo evinca la volontà di riservare l’azione risarcitoria ai soci che non detengono una percentuale qualificata e a coloro privi del diritto di voto. A sostegno di ciò si pone la volontà primaria di esercitare l’azione di annullamento solo qualora non sia possibile ed esclusivamente in via sostitutiva attivare la tutela risarcitoria. È pur vero che nel codice tale tutela non è vietata espressamente a coloro legittimati ad impugnare la delibera. In accordo con tale previsione si pone l’art 2378 che autorizza il giudice a pronunciarsi sul risarcimento qualora l’annullamento non sia stato possibile. Ad oggi sembra preferibile la tesi secondo cui chi ne ha la possibilità debba limitarsi ad esercitare l’azione di annullamento, riservando la richiesta di risarcimento solo per coloro previsti all’art. 2377 c.c. La volontà del legislatore di dare stabilità alle delibere pone però il rischio di lasciar circolare nella società delibere “contrarie alla legge o allo statuto” solo perché nessuno è in grado di soddisfare i requisiti previsti per l’impugnazione. In caso di irregolarità particolarmente gravi però possono sempre essere sollecitati all’azione gli organi sociali. Il termine per richiedere il risarcimento è lo stesso previsto per l’annullamento: 90 giorni da quando la decisione è stata assunta. Per applicare tale fattispecie, tale termine a volte può non esser sufficiente per provare l’esistenza del danno, l’entità e il nesso con la deliberazione. Questa scelta temporale si giustifica con la necessità che le due azioni vadano trattate congiuntamente per non correre il rischio di avere giudizi difformi sulla medesima delibera.

3.3 Sostituzione

Anche in tema di annullabilità vi è la previsione di uno strumento che, legittimamente, eviti di alterare gli effetti generati dalla deliberazione assunta. Tale scelta si pone senz’altro in conformità con il generale obiettivo di garantire la stabilità delle decisioni.

Il legislatore ha così introdotto nel codice l'istituto della sostituzione, disciplinato all'8° e 9° comma dell'art. 2377 c.c. L'ambito di applicazione di tale istituto sembra non limitarsi al solo settore societario, la casistica ne annovera infatti diverse attuazioni in ogni ambito tra cui rientrano le delibere condominiali (Cass., 28 giugno 2004, sentenza n. 11961; Cass., 17 marzo 1993, sentenza n. 3159) ed anche le delibere di società di persone (Cass., 21 ottobre 1987 sentenza n.7754). La giurisprudenza si è trovata, difatti, più volte concorde nel far valere tale fattispecie ogni qual volta si realizzi un fenomeno associativo, in quanto, con la sostituzione delle delibere assunte, viene soddisfatta la necessità di ordine e continuità tipica di tale ambito. La norma in esame prevede che "l'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto". Gli ultimi commi dell'art.2377 c.c. intervengono poi su due ulteriori aspetti, il primo inerente alle spese processuali e al risarcimento, ed il secondo attinente alla sfera giuridica dei soggetti coinvolti, prevedendo che: "restano salvi i diritti acquisiti dai terzi sulla base della deliberazione sostituita". L'attuale testo dell'art.2377 c.c. ha lasciato invariato, in riferimento alla prima previsione, quando già previsto prima dell'entrata in vigore del D.Lgs 17 gennaio 2003 ma, per effetto dell'ondata di riforma attuata con tale intervento normativo, sono state apportate importanti modifiche. Prima della riforma si è sviluppato un lungo dibattito sulla possibilità di applicare l'istituto della sostituzione, non so alle delibere annullabili ma anche a quelle nulle. Se in precedenza, non vi erano delle chiare previsioni in materia, ad oggi, non è più così in quanto all'ultimo comma dell'art.2379 c.c. è prevista la possibilità di applicare "in quanto compatibili, il settimo e ottavo comma dell'articolo 2377 c.c.", sebbene restino dubbi in caso di illiceità o impossibilità dell'oggetto (Lener 2004-b,557). La sostituzione può dunque esser applicata tanto alle delibere annullabili quanto a quelle nulle. Anche per le S.r.l, l'art. 2479 *ter* c.c. include il richiamo agli ultimi commi dell'art. 2377 c.c., aggiungendo poi che "Il tribunale [...] può assegnare un termine non superiore a centottanta giorni per l'adozione di una nuova decisione idonea ad eliminare la causa di invalidità". A differenze di quanto previsto per l'invalidità delle decisioni di S.r.l., la disciplina della nullità nelle S.p.a. non ha richiamato per interno quanto previsto in tema di sostituzione dall'art.2377 c.c. lasciando così aperto il dibattito sulla posizione che i terzi debbano ricoprire per godere della tutela garantita da tale istituto. Ad oggi però si sostiene la tesi secondo cui non si ha alcuna motivazione per ritenere che i diritti dei terzi in buona fede non debbano esser salvaguardati in seguito alla sostituzione della delibera, considerando che tale possibilità viene concessa anche in

caso di nullità dell'atto. Tuttavia, il generico tenore linguistico utilizzato al 9° comma dell'art.2377, in cui “vengono fatti salvi i diritti dei terzi”, si contrappone alla puntuale previsione effettuata per l'annullamento in cui “vengono fatti salvi i diritti dei terzi, se in buona fede”. La questione in esame è correlata al complicato impegno nel bilanciare gli interessi in gioco. Qualora venissero fatti salvi i diritti dei terzi, anche se a conoscenza dei vizi della delibera, “non si saprebbe giustificare il sacrificio imposto al socio impugnante il quale [...] sarebbe costretto a subire le conseguenze del permanere degli eventuali effetti prodotti da detta deliberazione a vantaggio dei terzi di mala fede”³⁶. Tale interpretazione si contrappone però alla tesi secondo cui “nella fattispecie sostitutiva [...] sarebbe problematico consentire all'assemblea di determinare, a propria discrezione, l'estinzione di diritti sorti, a favore di terzi, per effetto di una propria precedente delibera”³⁷. Gli interessi coinvolti dall'istituto di sostituzione sono tra loro contrapposti; da un lato si ha la necessità di garantire la stabilità delle delibere, secondo parte della dottrina “indipendentemente dalle modalità con cui hanno avuto origine e dal tipo di deliberazione sulla quale si fondano”³⁸, dall'altro invece si pone l'interesse del socio ad annullare l'atto, rimuovendone i vizi e dunque anche gli eventuali effetti da essa scaturiti. Secondo quanto affermato da parte della dottrina però, in entrambi i casi il socio impugnante otterrà “ il medesimo risultato, ovvero l'eliminazione della causa dell'invalidità nei limiti in cui non sussistano posizioni giuridiche in buona fede da terzi soggetti”³⁹. Dall'attuale testo normativo sembra che il legislatore abbia posto su di un piano di maggiore tutela l'interesse alla stabilità delle decisioni, penalizzando i soci intenzionati ad esercitare l'azione di annullamento. È in virtù di tali considerazioni che, all'interno del codice civile, vi è la previsione secondo cui le spese siano a carico della società, ed è inoltre disciplinato che sia possibile il risarcimento del danno, assumendo quindi che continuino a sussistere i vizi lesivi della sfera giuridica del socio. Con la sostituzione della delibera viziata se ne introduce nell'ordinamento una nuova, ora conforme alla legge e allo statuto. Prima di affrontare quale sia il contenuto che tale delibera debba avere, è bene soffermarsi sui diversi effetti che la sostituzione può produrre in rapporto ai vizi che dovranno esser sanati. Qualora si incorra in un vizio di

³⁶ R.Rordorf, *Art 2377*, cit., 865

³⁷ G.Gurrieri, *Art 2377*, cit., 565

³⁸ P.Reviglione, *La sostituzione delle deliberazioni (e decisioni) invalide nelle società di capitali* in Riv. Dir. Comm., 2005, 920.

³⁹ P.Reviglione, *La sostituzione delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, Giuffrè editore, 1995, cit.921

carattere procedimentale, la sanatoria effettuata con la nuova delibera non troverà alcuna limitazione in ambito operativo, procedendo con l'eliminazione dell'irregolarità. Nel caso in cui l'invalidità della delibera originaria sia invece determinata da un vizio procedimentale, l'utilizzo dell'istituto della sostituzione non risulterà ugualmente lineare. In questa circostanza, l'efficacia retroattiva coinvolgerà sfere giuridiche di terzi, rendendo così ancor più rilevante la ricerca di un equilibrio tra la *ratio* della sostituzione e la tutela dei diritti di terzi. Nessuna previsione viene fatta per quanto riguarda il contenuto della nuova delibera. Ciò che difatti rileva, ai fini dell'efficacia di tale fattispecie, è che sia "idonea ad eliminare la causa di invalidità" (art. 2479 *ter* c.c.). Non dovrà quindi esser obbligatoriamente modificato il contenuto e né dovranno esser alterati i rapporti in essa disciplinati, dovrà però esser evidente il carattere novativo caratterizzante la delibera sostituiva. I due atti non dovranno esser dunque considerati entità distinte ed autonome; l'introduzione della nuova delibera ha senso solo qualora sia rivolta a correggere ed eliminare i vizi della precedente. Le possibili conseguenze sui diritti di terzi influenzano poi gli effetti che possono generarsi in capo alla sostituzione. Le problematiche da affrontare sono riconducibili alla circostanza in cui siano stati già prodotti effetti in applicazione di quanto deliberato invalidamente. Sarà il giudice in questo caso a ricoprire un ruolo di primo piano nel valutare l'adeguatezza della delibera sostituiva ad intervenire sui vizi della prima e a realizzare un efficace intervento innovativo. In ogni caso, bilanciati definitivamente gli interessi di tutti i soggetti coinvolti, resta salva la possibilità per il socio di ottenere il risarcimento in caso in cui la tutela demolitoria non sia stata possibile. Qualora si realizzi la sostituzione, il giudice potrà in ogni caso valutare l'ipotesi di risarcimento. In tali circostanze il risarcimento non sarà più una scelta subordinata all'annullamento ma costituirà un'opzione del tutto autonoma. L'art. 2377 c.c., introducendo l'istituto della sostituzione, non specifica in alcun modo quale sia il grado di giudizio in cui debba esser dichiarato l'annullamento della delibera per far sì che la sostituzione possa realizzarsi. L'interpretazione della norma attuata dalla giurisprudenza prevede che " stante il carattere costitutivo della sentenza di annullamento, la delibera di rinnovazione può intervenire in pendenza del giudizio di annullamento, purché prima della sentenza definitiva"⁴⁰. In conformità a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, la tesi ad oggi preferibile sostiene che l'unico impedimento che si possa validamente considerare idoneo a precludere la

⁴⁰ Corte di Cassazione, 7 febbraio 1979, n.818

sostituzione della delibera viziata sia che la sentenza di annullamento di quest' ultima sia passata in giudicato. La delibera sostitutiva, come detto sopra, dovrà esser quindi conforme alla legge o allo statuto. Ci si è a lungo interrogati se tale conformità dovesse esser oggetto di analisi durante il giudizio di annullamento o se possa esser discussa in via autonoma. La conclusione a cui infine si è giunti sostiene la tesi secondo cui, in caso si ricorra ad impugnazione della pronuncia di annullamento, è in tale sede di giudizio che si dovrà appurare l'effettiva legittimità della nuova delibera. Poiché l'effetto sanante è possibile, oltre che nella qui discussa materia, solo in caso di sanatoria disciplinata all'art. 2379 *bis*, altre forme di sostituzione diverse da quelle espressamente disciplinate sono da escludere.

3.4 Conflitto d'interesse e abuso di posizione dominante

Due cause particolari di annullabilità si ravvisano nella fattispecie di conflitto di interesse tra socio e società e nel caso in cui sussista il vizio di abuso di posizione dominante o eccesso di potere. In riferimento a quest'ultima fattispecie si è sviluppata una tendenza minoritaria secondo cui con il termine eccesso si identifica un comportamento lesivo nei confronti della società, mentre il termine abuso fa riferimento alla condotta tenuta ai danni della minoranza. Secondo quanto disposto all'art. 2373 c.c. "La deliberazione approvata con il voto determinante di coloro che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'articolo 2377 c.c. qualora possa recarle danno". Il vigente testo normativo ha sostituito la più ampia disciplina prevista in precedenza ove vi era un espresso divieto di voto per il socio che si trovasse in tale posizione. Ad oggi, il socio portatore di tale interesse può esercitare il diritto di voto in assemblea, purché lo faccia esclusivamente in compatibilità con l'interesse della società. Dottrina e giurisprudenza si trovano concordi nell'affermare che il socio portatore di tale interesse non dovrà quindi astenersi dall'esercitare il proprio diritto di voto, salvo che ciò non avvenga deliberatamente. Su tale questione vige poi quanto disposto dall'art. 2377 c.c., secondo cui, qualora l'approvazione della delibera si sia realizzata con il voto determinante del socio in conflitto d'interessi, tale circostanza rappresenterebbe un'ipotesi di annullabilità. Non essendo stata fatta dal legislatore alcuna previsione sull'obbligo di sospensione del diritto di voto del socio, in caso in cui ciò si

realizzi su richiesta del presidente dell'assemblea, quest'ultima è da ritenersi invalida. Vigè però l'obbligo di astenersi dal voto per l'amministratore socio in caso in cui si deliberi sull'azione di responsabilità nei suoi confronti e per i membri del consiglio di gestione qualora si debba decidere su nomina, responsabilità e revoca dei componenti del consiglio di sorveglianza. Tale divieto si giustifica nell'evidenza del danno che si possa arrecare alla società. Secondo la Giurisprudenza di merito infatti le disposizioni in materia "non comportano la previsione di tale divieto ma soltanto l'obbligo, per il socio stesso, di esercitarlo in modo non pregiudizievole all'interesse sociale"⁴¹. Ai fini dell'applicabilità dell'art. 2373 c.c., la conflittualità tra gli interessi dovrà coinvolgere esclusivamente il socio e la società e potrà realizzarsi anche nell'eventualità che l'interesse fatto valere dal socio rifletta interessi di terzi. In questa circostanza non saranno sufficienti dei deboli legami tra i soggetti coinvolti ma "occorre individuare in questi casi indici precisi ed univoci in base ai quali possa affermarsi che il socio ha votato in funzione dell'interesse altrui"⁴². Il conflitto di interessi, essendo potenzialmente un vizio invalidante la delibera, dovrà esser oggetto di valutazione, non essendo sufficiente che se ne ipotizzi un'eventuale realizzazione. Non potrà esser dunque individuato a priori, rendendo illegittima ogni mera considerazione di carattere generale. Solo nel caso in cui il voto del socio in conflitto di interessi sia stato determinante, dovrà allora esser sottoposto ad una attenta disamina circa la sua effettiva correttezza nei confronti della società. La fattispecie per cui il socio coinvolto nel conflitto di interessi appartenga alla compagine sociale di due società differenti e tra loro concorrenti non sarà sufficiente ad individuare tale vizio, esattamente come accadrà qualora le scelte societarie siano espressione della volontà della maggioranza. È proprio grazie al principio maggioritario infatti che si possono risolvere i conflitti che emergono in sede assembleare su quali interessi perseguire nell'esecuzione del contratto societario. Al termine del giudizio dovrà dunque risultare un effettivo conflitto di interesse idoneo a pregiudicare gli interessi sociali. Tale condizionale è di fondamentale importanza in quanto, senza questa, anche se il voto del socio in conflitto sia stato determinante, non potrà configurarsi il conflitto di interessi idoneo ad invalidare la delibera. È del tutto plausibile la circostanza in cui con l'approvazione di una determinata delibera assembleare si possa realizzare un interesse personale del socio. Anche in tale contesto non dovrà obbligatoriamente ravvisarsi una situazione di conflitto, salvo che nel realizzare tale interesse si sia sacrificato l'interesse

⁴¹ Tribunale civile, Milano, sentenza 07/10/2003,

⁴² Corte di Cassazione, 23 marzo 1996, sentenza n.2562

della società o quanto meno si sia approvata una decisione potenzialmente lesiva nei confronti della società. La casistica in materia rivela come l'applicazione dell'art. 2373 c.c. affronti principalmente due contesti; il primo viene individuato nella deliberazione sul compenso spettante agli amministratori e loro relativa nomina, mentre il secondo affronta la situazione in cui venga approvato il progetto di fusione. Riguardo la prima fattispecie enunciata, può esser citata la pronuncia della Suprema Corte⁴³ con cui è stato stabilito che "il vizio ricorre quando essa è diretta al soddisfacimento di interessi extrasociali, in danno della società, senza che risulti condizionante in sé [...] la decisività del voto da parte dell'amministratore (beneficiario dell'atto) che sia anche socio". L'amministratore di una società di cui è anche socio si troverà quindi a determinare sul compenso a lui spettante. Egli, secondo quanto previsto dall'art. 2389 c.c., ha diritto alla remunerazione e dunque il conflitto di interessi potrebbe configurarsi solo sull'entità di tale compenso. Qualora ci sia uno squilibrio tra questo e l'effettiva prestazione eseguita, l'onere della prova spetta al socio che decida di impugnare la delibera, ipotizzando un eccessivo esborso da parte della società con l'unico fine di avvantaggiare il socio amministratore e danneggiare di conseguenza il patrimonio societario. Tali conclusioni dovranno esser tratte solo nell'eventualità in cui il voto sia stato determinante per l'approvazione della delibera. Conflitto di interessi potrebbe realizzarsi anche in occasione della delibera di approvazione del progetto di fusione. In merito, la giurisprudenza si è pronunciata su due eventuali situazioni invalidanti affermando che, in caso di rapporto di cambio, il conflitto sarebbe eventualmente solo fra soci e dunque non idoneo ad annullare la delibera, mentre in caso in cui la fusione avvenga tra una società controllante ed una controllata si dovrà dimostrare l'eventuale pregiudizio arrecato. La condizione principale affinché si configuri un conflitto di interesse è quindi rappresentata dalla capacità della delibera di pregiudicare l'interesse sociale. Ad oggi, nonostante l'esistenza di un dibattito aperto in materia, non si individua una precisa definizione del concetto di interesse sociale. Ciò in cui invece si ravvisa un largo consenso è il mantenere distinto l'interesse individuale del socio da quello della società. Tale distinguo è di fondamentale importanza per stabilire se il vizio si configuri come conflitto di interesse o abuso di maggioranza, laddove ciò che rileva è la mancata tutela dei dritti della minoranza. Il dibattito in dottrina vede contrapporsi due diverse interpretazioni dell'interesse sociale: da un lato una visione istituzionalistica mentre dall'altro vi è una

⁴³ Corte di Cassazione, 3 dicembre 2008, sentenza n.28748

lettura del tema di tipo contrattualistico. Tra le tesi che si sono affermate in materia si individuano quelle che individuano nell'interesse sociale l'interesse dei soci intesi esclusivamente come gruppo, tesi che sostengono una visione della società come impresa e altre più recenti dove invece emerge il concetto di *shareholder value* ove l'interesse sociale consiste nell'apportare valore ai soci. Sul tema si è espressa anche la Suprema Corte⁴⁴ la cui interpretazione si pone a sostegno delle tesi contrattualistiche, dacché ha definito l'interesse sociale "l'insieme degli interessi riconducibili al contratto di società". Nella medesima pronuncia è stato poi specificato come tra questi non vi rientri né l'interesse a continuare l'attività della società, né a mantenere lo *status* di socio. L'eccesso o abuso di potere, vizio proprio del diritto amministrativo e trasmesso poi anche in ambito societario, a differenza di quanto chiaramente previsto in tema di conflitto d'interessi all'art. 2373 c.c., non trova un'esplicita disciplina all'interno del codice. Sebbene con l'utilizzo del termine "eccesso" ci si riferisca maggiormente ad un limite negativo da non dover oltrepassare, in questo caso con riferimento alla discrezionalità delle decisioni assembleari, qui tale termine assume una connotazione positiva. Secondo quanto affermato dalla Giurisprudenza di legittimità, tale fattispecie si identifica in una "delibera (che) risulti arbitrariamente e fraudolentemente preordinata dai soci di maggioranza a perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero a ledere i diritti del singolo socio"⁴⁵. L'abuso di potere dunque si configura quando vi è una strumentalizzazione della delibera assembleare per perseguire gli obiettivi della maggioranza. Non dovrà obbligatoriamente esser pregiudicato l'interesse sociale poiché è sufficiente che in conseguenza alla deliberazione assunta non vi sia alcun beneficio per la società e che dunque la maggioranza abbia deviato il voto per l'esclusivo raggiungimento di un interesse personale. Si è dunque davanti ad una limitazione del diritto di voto dei soci di maggioranza che al contempo costituisce uno strumento di tutela, previsto dal legislatore, per la minoranza societaria. Non dovendo sussistere un danno attuale o potenziale nei confronti della società, il conflitto di interessi non potrà configurarsi. A differenza di quanto previsto per quest'ultima fattispecie, in tale circostanza, ai fini della realizzazione di un abuso di potere, ciò che rileva è la lesione degli interessi della minoranza da parte della maggioranza. Tale condotta rappresenta un'insolita violazione dei requisiti di legittimità, vizio per cui, ai sensi dell'art. 2377 c.c., la delibera può esser annullata anche qualora sia legittima dal punto di vista formale. L'onere della prova spetta al socio che

⁴⁴ Corte di Cassazione, 12 dicembre 2005, sentenza n.27387

⁴⁵ Corte di Cassazione, 12 dicembre 2005, sentenza n.27387

decida di impugnare la delibera. Essendo l'eccesso di potere una fattispecie di difficile dimostrazione, il soggetto ricorrente potrà addurre come prova anche dei gravi e rilevanti segnali della sussistenza dell'unico obiettivo di pregiudicare i diritti della minoranza. È in tale circostanza che il giudice, dopo una valutazione comparativa degli interessi coinvolti, potrà pronunciarsi sulla possibile sospensione cautelativa della delibera. Altra tesi si pone invece su una visione contrattualistica della fattispecie in cui si sostiene che, essendo il contratto di società incentrato al raggiungimento di un obiettivo comune, il diritto di voto rientra tra gli obblighi a cui adempiere per l'attuazione dell'oggetto sociale. Ad oggi, la tendenza maggiormente diffusa intravede nell'eccesso di potere una violazione dei principi di buona fede e correttezza, previsti agli art. 1175 c.c. e 1375 c.c. per ogni generico rapporto obbligatorio e dunque applicabili anche al contratto di società, in esecuzione del quale si viene a creare una comunione di interessi a cui tutti i soci dovranno subordinare gli interessi individuali. Vengono quindi richiamate delle clausole tipiche del diritto privato volte a disciplinare l'adempimento del rapporto contrattuale. Su tale interpretazione un ruolo di primo piano è stato ricoperto dalla sentenza n. 11151 del 26 ottobre 1995 della Suprema Corte in cui le motivazioni esposte sono state il riferimento principale per le successive pronunce sul medesimo tema. Con la pronuncia sopracitata è stata dichiarata “ l'appartenenza all'area contrattuale dell'atto costitutivo delle società, quando sia stato stipulato da più soggetti”. Il contratto di società istituisce una collettività i cui membri, deliberando in assemblea sulle scelte da attuare, compiono dei validi atti di esecuzione del rapporto contrattuale. Dalle conclusioni a cui è giunta la Suprema Corte non vi è più alcun dubbio sulla possibilità di applicare le clausole di buona fede e correttezza anche in ambito societario. Nelle medesima sentenza si è poi evidenziato come la lealtà e la solidarietà debbano essere principi guida non solo nei rapporti contrattuali, ma in ogni rapporto giuridico obbligatorio. La casistica in materia annovera tra le più ricorrenti fattispecie lesive della minoranza le delibere di esclusione del diritto di opzione e quelle di aumento del capitale sociale con l'unico obiettivo di escludere tutti quei soci che, non potendo sottoscrivere l'aumento, non saranno più in grado di conservare la propria partecipazione. Nelle applicazioni di tale vizio attestate dalla giurisprudenza è emerso il parere concorde di individuare la ricorrenza della fattispecie ogni qual volta vengano danneggiati strumentalmente gli interessi degli altri soci. Difatti secondo la Suprema Corte “ la tutela in esame è richiamabile solo qualora [...] la finalità

fraudolenta in danno della minoranza costituisca l'unica ragione della delibera⁴⁶. La difficile applicazione del vizio in esame è poi da ricondurre al ruolo che il giudice svolge in materia. Secondo la Suprema Corte infatti “ il giudice non controlla l'opportunità o lo convenienza della soluzione adottata dalla delibera impugnata, ma deve stabilire solo che essa sia o meno il risultato del legittimo esercizio del potere discrezionale dell'organo deliberante⁴⁷. Il giudice chiamato in causa quindi, non avrà il dovere di esprimersi sul merito della decisione o sull'effettiva convenienza di questa ma, ai limiti delle funzioni di controllo che a lui spettano, si esprimerà sulla sola legittimità della decisione. La mancata razionalità della decisione assunta non potrà esser sindacabile dal giudice in quanto non vi è un diretto legame con la fattispecie dell'annullabilità. A sostegno di tale tesi è stato affermato che “l'individuazione del modo migliore per perseguire l'interesse sociale è rimesso, infatti, all'insindacabile apprezzamento degli organi sociali a ciò deputati⁴⁸. Dottrina e giurisprudenza sono quindi giunte alla conclusione secondo cui la comunione di interessi a cui dà vita il contratto di società dovrà condurre ogni scelta dell'assemblea, escludendo così ogni possibile decisione volta a realizzare interessi particolari non afferenti alla sfera societaria.

⁴⁶ Corte di Cassazione, 19 aprile 2003, n.6361

⁴⁷ Cassazione, 19 aprile, 2003, n. 6361

⁴⁸ Corte di Cassazione, 11 giugno 2003, n.9353

Capitolo IV

Impugnazione

4.1 Requisiti e procedimento

Il procedimento di impugnazione viene disciplinato all'art. 2378 c.c. ove, al 1° comma, è previsto che tale azione venga “proposta con atto di citazione davanti al tribunale del luogo dove la società ha sede”. L'atto di citazione, che dovrà poi esser notificato alla società, chiama in causa per il principio di competenza territoriale solamente il tribunale ove ha sede la società con “ esclusivo riferimento alla sede legale”⁴⁹. Con tale precisazione, la Suprema Corte ha sancito l'impossibilità di applicare quanto invece previsto all'art. 46 c.c. ai sensi del quale, qualora vi sia discrepanza tra la sede legale e la sede effettiva di una stessa società, i terzi sono legittimati a considerare rilevante ai fini giuridici anche quest'ultima. La sede legale della società dovrà risultare dall'atto costitutivo e, ai fini dell'applicazione dell'art. 2378 c.c., rileverà quella indicata come tale al momento dell'avvio del giudizio. Sarà giuridicamente irrilevante dunque che, con la delibera oggetto di impugnazione, la società abbia modificato quanto indicato in precedenza come sede legale. I soggetti legittimati ad esercitare tale azione sono disciplinati all'art. 2377 c.c. ai quali poi, per la fattispecie della nullità, si aggiungono i terzi portatori di interessi, previsti invece all'art. 2379 c.c. I soci che vogliano impugnare la delibera, nonostante non sia più necessario il deposito di un'azione presso la cancelleria del tribunale, dovranno dimostrare, al momento dell'avvio dell'azione, il possesso della percentuale qualificata prevista, da mantenere poi anche durante tutta la durata del procedimento. La dimostrazione del possesso adeguato di azioni sarà esercitabile in qualsiasi forma, essendo stata abolita la norma in cui si richiedeva il preventivo deposito presso il deposito della cancelleria. Tale abrogazione risulta esser coerente con l'introduzione, come requisito di legittimazione, della percentuale minima di possesso azionario. Sebbene in passato sia stata discussa la necessità dello status di socio

⁴⁹ Corte di Cassazione, 25 giugno 2003, sentenza n. 10054

qualificato anche al momento della deliberazione, ad oggi, si è giunti alla ormai consolidata interpretazione della fattispecie secondo cui tale requisito dovrà perdurare per tutto il procedimento di impugnazione e, dunque, fino alla pronuncia del giudice. Anche i diritti spettanti all'eventuale nuovo socio sono stati disciplinati in conformità con quanto appena affermato. All'interno del codice civile non vi è un chiaro riferimento normativo con cui venga regolamentata la posizione di tale socio. La tesi maggiormente affermata in materia prevede che, con l'acquisto della partecipazione azionaria, il nuovo socio possa vantare tutti i diritti che da questa derivano. Qualora sussistano anche gli ulteriori requisiti, egli potrà quindi impugnare la delibera, non essendo rilevante la posizione che il dante causa abbia ricoperto durante la deliberazione. Il procedimento qui in esame si caratterizza diversamente a seconda che il soggetto legittimato all'impugnazione abbia esercitato l'azione per far valere la nullità o l'annullabilità. L'aspetto su cui le due fattispecie si distinguono è rappresentato dalla necessità di dimostrare un effettivo interesse affinché la delibera impugnata sia dunque invalidata. Nell'eventualità in cui i vizi riscontrati configurino un'ipotesi di annullabilità, la tesi maggiormente diffusa in giurisprudenza non prevede alcuna necessità per il socio di addurre, come motivazione dell'impugnazione, un effettivo interesse a dimostrare l'irregolarità dell'atto. Anche il Tribunale di Roma ha avallato tale tesi ed ha difatti affermato che “ il socio non debba allegare di avere un concreto ed attuale interesse alla invalidazione dell'atto societario”⁵⁰. Tale interpretazione si basa sull'ipotesi secondo cui, avendo il legislatore previsto appositamente una norma atta a legittimare il socio ad esercitare tale azione, l'interesse ad esercitarla è dunque implicito nella specifica previsione. In virtù di tali considerazioni, non vi è dunque bisogno di un'ulteriore dimostrazione. Del tutto diverse, invece, sono le previsioni del legislatore in tema di nullità dell'atto e di dimostrazione dell'interesse ad agire del socio. La disciplina della nullità prevista all'art.2379 c.c. legittima ad esercitare l'impugnazione anche “i terzi portatori di interesse”. È dunque chiaro che, essendo i terzi autorizzati ad esercitare l'azione solo in virtù del proprio interesse, in queste circostanze si dovrà sottoporre a valutazione del giudice l'effettiva sussistenza o di un vantaggio derivante dall'invalidamento dell'atto o “ di rimozione di un pregiudizio”⁵¹. Dalla casistica in materia emerge come una delle circostanze in cui tale fattispecie trova maggiore applicazione sia l'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio. Qualora un soggetto estraneo alla compagine sociale eserciti tale azione, egli dovrà dar

⁵⁰ Tribunale di Roma, 24 settembre 2010, n.18932

⁵¹ Tribunale di Varese, 12 dicembre 2006, n.1256

prova dell'impatto negativo che l'eventuale violazione delle clausole previste per la redazione dell'atto ha avuto nella propria sfera giuridica. È importante poi sottolineare quale sia, in questa specifica ipotesi, l'effettivo oggetto della valutazione del giudice. Il giudizio non verterà inizialmente sul merito della questione, e dunque se le invalidità riscontrate siano effettivamente tali, ma concernerà l'analisi dell'effettivo pregiudizio arrecato al soggetto impugnante. Oltre a quanto espressamente previsto dal codice in termini di requisiti per la legittimazione ad agire (art. 2377 c.c.) e, in caso di nullità, oltre alla necessità dell' "allegazione di una incidenza negativa"⁵², nessun'altra condizione dovrà esser dunque soddisfatta per poter impugnare la delibera. Il soggetto di diritto incaricato di valutare e giudicare in materia è il giudice. A tale ipotesi, tuttavia, i soci possono decidere di derogare, incaricando gli arbitri di decidere sull'impugnazione delle delibere della società. Tale deroga dovrà esser contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto ove la clausola compromissoria la prevedrà genericamente anche "per le controversie che dovessero insorgere tra le società e ciascun socio, ovvero tra i soci medesimi in dipendenza dell'attività sociale". La formulazione della clausola ricalca quanto disposto all'art.34, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n.5 ai sensi del quale "Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, [...] possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale". Le difficoltà interpretative sono molteplici e difatti, non essendoci ancora una soluzione univoca, sia in giurisprudenza che in dottrina si sono alternate teorie tra loro contrastanti. Il dibattito in materia è ancora aperto e si è più volte auspicato "un intervento del legislatore in favore dell'arbitrato societario"⁵³. Quanto previsto dal sopracitato decreto legislativo accoglie la possibilità per i soci di affidare al giudizio degli arbitri, nominati qualora si concretizzi l'impugnazione, la decisione di alcune o di tutte le controversie insorte. La clausola compromissoria dovrà avere il contenuto tipico dell'accordo compromissorio e dunque non potrà semplicemente prevedere che in un momento futuro tale accordo potrà esser eventualmente attuato. Sul tema si è pronunciato anche il Tribunale di Milano secondo cui, la semplice riproduzione nell'atto costitutivo di quanto disposto dall'art. 806 c.p.c. in tema di risoluzione delle controversie, fa sì che la clausola in esame non

⁵² Corte di Cassazione, 2 maggio 2007, n. 10139

⁵³ Gennari, *Superato il doppio binario l'arbitrato societario rimane vincolato al vago confine della disponibilità dei diritti*, in *Giur. Comm.*, 2015, I, 566

abbia “contenuto normativo autonomo” e dunque “non adempie alcuna specifica funzione”⁵⁴. Un ulteriore aspetto su cui si è a lungo dibattuto affronta quale debba esser il contenuto della clausola inserita nello statuto e se questo debba avere uno specifico riferimento all’impugnazione delle delibere o se sia sufficiente una prescrizione di carattere generale. La Suprema Corte⁵⁵, chiamata in causa su un conflitto di competenza, ha fatto definitivamente luce su tale aspetto interpretativo. Il caso affrontato vedeva coinvolto il socio di minoranza di una società che, nel giudizio di impugnazione della delibera adottata in assemblea, sosteneva l’incompetenza del giudice a pronunciarsi in materia. A tale questione si oppose il socio di minoranza secondo il quale, invece, la competenza sarebbe spettata al giudice ordinario in quanto non vi era, nella clausola dello statuto, un preciso riferimento alle controversie in tema di invalidità delle delibere assembleari. La Corte di Cassazione ha respinto quanto sostenuto dal ricorrente ed ha motivato la propria decisione fornendo una significativa interpretazione dell’art.34 del D.Lgs. 5/2003. Tra le controversie sociali a cui fa riferimento il disposto del predetto articolo sono senza alcun dubbio incluse le dispute sull’invalidità delle delibere assembleari. Sempre secondo la Suprema Corte la deroga alla giurisdizione ordinaria è realizzabile anche in tali circostanze, essendo dunque in conformità allo scopo del legislatore di garantire una tempestiva risoluzione delle controversie che possono insorgere tra i soci e la società. Solo qualora la delibera impugnata abbia ad oggetto un diritto disponibile e non sia previsto, per legge, l’intervento del pubblico ministero allora il giudizio potrà esser di competenza degli arbitri. L’ambito di applicazione di tale competenza è dunque circoscritto ed è ragione per cui vi è un ampio dibattito sull’eventualità che anche l’invalidità delle deliberazioni in tema di bilancio possa esser valutata dagli arbitri. Gli orientamenti interpretativi sono spesso contrastanti e vertono principalmente sulla disponibilità del diritto derivante da tale tipologia di delibere. Il legislatore, con il disposto dell’art. 34 D.Lgs. 5/2003, ha certamente voluto stimolare un più frequente ricorso agli arbitri ma è da tener conto che “le situazione soggettive individuali, in linea di massima disponibili e quindi arbitrabili, sono affiancate da posizioni riconducibili a tutti i soci, alla società, alla minoranza, ai creditori, difficilmente conciliabili dagli arbitri”⁵⁶. In relazione al bilancio d’esercizio, sia i soci che i soggetti terzi hanno diritto ad un bilancio che sia redatto nel rispetto delle clausole di chiarezza e

⁵⁴ Tribunale di Milano, accoglimento del 22 gennaio 2015, RG n.45749/2014

⁵⁵ Corte di Cassazione, 28 agosto 2015, ordinanza n. 17283

⁵⁶ Cerrato, *La compromettibilità in arbitri dell’impugnativa di bilancio*, in *Riv.arb.*, 2008,199

veridicità. Tali principi non possono esser né violati né modificati e non vi si può rinunciare. La disciplina in tema di bilancio tende a tutelare i soggetti a cui l'atto è rivolto. In accordo con quanto affermato sopra, i diritti ad esso sottostanti rientrano nella definizione dei diritti indisponibili data dalla Suprema Corte ove è stato ribadito che vengono garantiti “mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte”⁵⁷. La disciplina dell'impugnazione è regolata all'art. 2378 c.c. ove il legislatore prescrive infine che “tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione, anche se separatamente proposte ed ivi comprese le domande proposte ai sensi del quarto comma dell'art. 2377, devono esser istruite congiuntamente e decise con unica sentenza”. Gli effetti del giudizio, come già visto in precedenza per l'ipotesi di annullabilità sempre all'art. 2377 c.c., ricadono su tutti i soci e vengono fatti salvi i diritti dei terzi acquistati in buona fede. L'impugnazione è dunque un'azione esercitata per impedire che gli effetti delle delibere, gravate da vizi di varia entità, vincolino tutti i componenti della compagine sociale. Un ultimo aspetto da trattare, infine, attiene alla possibile impugnazione di quanto disposto dal giudice. Il ricorrente può rivolgersi dunque alla Suprema Corte, dimostrando l'erronea qualifica, da parte del giudice, del vizio invalidante la delibera. L'elemento fondamentale in tale azione è la prova, a carico del ricorrente, di un concreto interesse derivante dall'eventuale correzione della pronuncia del giudice. Non è infatti sufficiente che, in tale circostanza, ci si appelli al generico diritto di avere una sentenza corretta sotto ogni profilo.

4.2 Sospensione

Iniziato il procedimento di impugnazione, la delibera oggetto dell'azione non perde efficacia. Gli effetti da questa prodotti continueranno a realizzarsi, esattamente come accadeva prima che la deliberazione venisse impugnata, fino a quando non si arrivi alla pronuncia del giudice. In virtù di tali considerazioni, il legislatore ha previsto un ulteriore strumento di tutela che possa aiutare i ricorrenti a non veder pregiudicati i propri diritti a causa di una delibera che poi possa esser dichiarata invalida. All'art. 2378 c.c. è quindi prevista la sospensione cautelare della delibera impugnata. Lo scopo principale di tale

⁵⁷ Corte di Cassazione, 23 febbraio 2005, n. 3772

azione consiste nel prevenire ed evitare che la pronuncia del giudice sul merito della illegittimità della delibera possa essere inefficace in virtù della già iniziata esecuzione dell'atto. I due presupposti affinché possa essere istituito il provvedimento cautelare sono: *fumus boni iuris e periculum in mora*. Con il primo, si fa riferimento alla verosimile sussistenza, nella delibera impugnata, del vizio che il ricorrente identifica come lesivo della propria sfera di diritti. Non essendone stati specificati i tratti essenziali, si sostiene anche che, con tale requisito, si intenda la parvenza di fondatezza della domanda. Il secondo presupposto, invece, attiene all'attività comparativa che il giudice dovrà svolgere prima di accordare la sospensione della delibera. Da un lato, vi sono i pregiudizi che il ricorrente potrebbe subire in seguito alla permanenza dei vizi che gravano sulla delibera, mentre dall'altro vi è il danno che la sospensione della delibera creerebbe alla società e ai rapporti da questa messi in essere. “Con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione, l'impugnante può chiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione” (art. 2378 c.c., 3° comma). Dal dettato normativo previsto dal legislatore in materia, emerge subito un primo problema interpretativo che attiene a quale effettivo valore si possa dare al termine “esecuzione”. Sebbene non esistano dei veri e propri impedimenti, sembra evidente che tale forma di tutela possa essere esercitata solo qualora la delibera oggetto di impugnazione non sia stata ancora eseguita o, quanto meno, non lo sia stata integralmente. Il giudice, infatti, non ha alcuna facoltà di vanificare gli effetti già prodotti in esecuzione della delibera che dunque continueranno ad incidere nelle sfere giuridiche dei terzi. La disciplina della sostituzione prosegue, illustrando specifiche previsioni per i soggetti a cui spetta la competenza del giudizio. “In caso di eccezionale e motivata urgenza, il presidente del tribunale [...] provvede sull'istanza con decreto motivato, che deve altresì contenere la designazione del giudice per la trattazione della causa di merito” (art. 2378 c.c., 3° comma). Anche su questo aspetto le opinioni in dottrina non sono del tutto concordi. Il dibattito sul tema è poi accentuato dalla circostanza per cui, essendo sia l'azione di impugnazione che quella di sospensione proposte contestualmente, nonostante continuino a sussistere dei tratti di autonomia si assiste ad un forte legame tra il procedimento cautelare ed il giudizio di merito. Il presidente del tribunale, dunque, delega al giudice designato il giudizio sulla sospensione cautelativa. A differenza del procedimento atto a constatare il merito della causa, ove il tribunale in forma collegiale è l'organo competente, in caso di procedimento cautelare non è richiesta la riserva collegiale e l'organo competente è dunque monocratico. Tale conclusione è coerente con quanto previsto all'art. 24 del D.Lgs. 5/2003 ove vi è uno

specifico richiamo alla competenza del magistrato in ambito cautelativo. Da non tralasciare poi è la disciplina della sospensione prevista all'art. 669 *quater* c.p.c. Anche in tal caso, per ottemperare alle necessità di una semplice risoluzione della causa in questione, con il richiamo all'art. 669 *ter* c.p.c. il soggetto competente designato è il magistrato e dunque un giudice monocratico. In dottrina si dibatte però se tali considerazioni siano valide solo nel caso di “eccezionale e motivata urgenza”, ai sensi dell'art. 2378 c.c., o se comunque non siano sufficienti a contravvenire al generale principio di monocraticità⁵⁸. I compiti spettanti al giudice competente sulla fase cautelativa del procedimento sono specificati all'art. 2378 c.c., 2° comma e consistono nella “conferma, modifica o revoca dei provvedimenti emanati con il decreto”. L'articolo continua poi al 3° comma prevedendo che “sentiti gli amministratori e sindaci, provvede valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione [...] e, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di riconciliazione”. La valutazione comparativa degli interessi in gioco in alcune circostanze può esser di facile attuazione. Nella fattispecie dell'eccesso di potere, difatti, una volta accertatane la reale sussistenza, il giudice può facilmente accordare la sospensione della delibera in quanto, con essa, si realizzerebbe solamente il ripristino della situazione antecedente la delibera e gli unici che risulterebbero danneggiati sono i soci che hanno compiuto un abuso di potere. L'ambito di competenza è dunque ben circoscritto e non vi è alcuna previsione per la circostanza in cui, nell'esercizio delle sue funzioni, il giudice possa identificare un errore nel rito. Sembra opinione condivisibile quella secondo cui l'unica facoltà a lui spettante sia dunque quella di modifica del rito e cancellazione della causa dal ruolo⁵⁹. Sui tempi entro cui l'attore lo debba riassumere non si ha ancora chiarezza, in quanto la disciplina del diritto societario non ha assunto alcuna esplicita previsione sul tema. Secondo quanto previsto al 3° comma dell'art.2378 c.c., la richiesta di sospensione della delibera va effettuata tramite “deposito della citazione”. Bisogna dunque riflettere se vi siano connessioni tra il provvedimento cautelare e l'atto di citazione e, qualora sussistano, se i vizi di quest'ultimo possano inficiare una corretta attuazione della sospensione della delibera impugnata. A vizi diversi corrispondono conseguenze differenti, esattamente come accade per l'invalidità delle delibere societarie. Qualora il difetto di legittimità dell'atto di citazione sia considerato “grave” e ne determini quindi la nullità, le

⁵⁸ Buoncristiani, *Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato*, su www.judicium.it

⁵⁹ Trib. L'Aquila ordinanza 16 aprile 2004

conseguenze sulla sospensione possono essere di varia entità. Tali considerazioni vengono svolte in quanto, non essendo un tema affrontato dal legislatore, l'eventuale applicabilità dell'art. 164 c.p.c. in tema di nullità della citazione, risulta ancora incerta. Applicando la norma per analogia, sanando l'atto di citazione viene sanata anche la sospensione. Qualora invece non si attui il dettato dell'art. 164 c.p.c. l'efficacia del provvedimento cautelativo verrebbe meno. L'orientamento prevalente in dottrina⁶⁰ sostiene l'applicazione per analogia della norma sopra citata in virtù della quale, entro un termine stabilito dal giudice, si dovrà agire sul vizio invalidante; "la sanatoria *ope iudicis* dei vizi sostanziali assume in concreto carattere residuale ma necessario al fine di evitare comunque la definizione del processo"⁶¹. In giurisprudenza non si è riscontrato sempre lo stesso tipo di orientamento prevalente invece in dottrina. La fattispecie in esame è stata interpretata del tutto diversamente dal tribunale di Ivrea secondo cui, sostenendo che il legislatore non ha in alcun modo previsto che sia il giudice a intervenire sulla nullità dell'atto, viene sancita l'inapplicabilità dell'art. 164 c.p.c. in quanto "incompatibile con la *ratio* del D.lgs. 5/2003"⁶². I vizi in cui l'atto di citazione può incorrere sono principalmente di tre tipi: difetto nella convocazione in giudizio, irregolarità nella stesura dell'atto ed invalidità della notifica di citazione. Tra le prime due fattispecie di vizi vi sono importanti differenze circa le conseguenze sull'efficacia della sospensione cautelativa. Qualora il vizio sia riconducibile alla convocazione, verranno fissati i termini entro cui proporre una nuova domanda i cui effetti, in tal mondo, verranno salvati *ex tunc*. Lo stesso tipo di procedimento viene attuato in caso di invalidità dell'atto di citazione, circostanza in cui, entro i nuovi termini prefissati, dovrà essere rinnovata la citazione. Quando invece l'irregolarità attiene all'atto, la sanatoria non pregiudicherà i diritti acquisiti nel periodo di tempo già maturato. Si è giunti dunque alla conclusione secondo cui un atto di citazione invalido non ostacola irrimediabilmente il corretto svolgimento del procedimento cautelare. Dal dettato normativo dell'art. 2378 c.c. emerge con chiarezza l'intento del legislatore di contestualizzare lo svolgimento della causa di merito e del procedimento cautelare. È stato previsto infatti, in via del tutto generica, che per poter richiedere la sospensione della delibera il ricorrente debba allegare anche la citazione. Essendo una prescrizione ben poco specifica, colmando le lacune presenti nel codice civile in tema di invalidità dell'atto di citazione, in dottrina si è cercato di chiarire

⁶⁰ Carratta, *Art. 2 in Il nuovo processo societario*, commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2004

⁶¹ Arieta- De Santis *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 158 ss.

⁶² Trib. Ivrea, 1 dicembre 2004

il concetto di “citazione” inteso⁶³ come effettiva costituzione del giudizio, in seguito alla quale l’azione non può più esser esercitata. Quanto disposto dal legislatore ha senza dubbio carattere strumentale. L’orientamento prevalente in dottrina, difatti, sostiene l’impossibilità di ottenere la sospensione cautelare *ante causam*, escludendo così che venga attuata la sospensione della delibera prima ancora che vi sia un giudizio di merito sulla legittimità della stessa⁶⁴. Nonostante su quest’ultima interpretazione si registri il più ampio consenso, vi è tuttavia, in dottrina, chi legittimi la sospensione della delibera prima ancora che si instauri il giudizio di merito, da cui viene dunque considerata del tutto indipendente⁶⁵.

4.3 Impugnazione della delibera negativa

Il tema dell’invalidità delle delibere assembleari e della relativa impugnazione viene affrontato dal legislatore attraverso la previsione di numerosi strumenti di tutela atti a tutelare i soggetti legittimati in diverse misure, tra cui si ravvisano la tutela cautelare sostitutiva e la tutela demolitoria. È bene notare, però, che i diversi strumenti di tutela previsti dal codice sono stati disciplinati assumendo una concezione “positiva” della delibera viziata. Difatti, non vi è alcuna previsione nel codice con cui si conviene sulla validità delle stesse conclusioni esaminate fino ad ora anche in caso di “delibera negativa”. L’assenza di specifici richiami del legislatore ha fatto sì che le pronunce giurisprudenziali abbiano avuto un ruolo chiave nella determinazione dell’ambito di applicabilità degli strumenti di tutela reale anche nell’ipotesi di delibera negativa. Prima di affrontare il procedimento di impugnazione in tale circostanza, è necessario identificare che cosa, dottrina e giurisprudenza, intendano con il termine delibera negativa. L’assemblea societaria, chiamata a deliberare sull’argomento del giorno oggetto di discussione ed eseguendo la votazione secondo il principio maggioritario, potrà raggiungere o meno il necessario *quorum deliberativo* affinché la delibera possa esser adottata correttamente. Qualora il quorum non venga raggiunto e la delibera quindi non venga approvata, si tende ad identificare in tale fattispecie la così detta delibera negativa. Uno dei primi interrogativi a cui gli interpreti hanno posto particolare attenzione è se, con

⁶³ Arieta- De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004,433

⁶⁴ Ferri, *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. civ.*; supplemento 2005, 62 ss.

⁶⁵ Saletti, *Commento all’art.23 e Commento all’art.24*, in *La riforma delle società*, 223, Torino, 2003

tale atto, potesse effettivamente identificarsi un'espressione della volontà societaria. L'interpretazione più diffusa sostiene che "esiste come deliberazione assembleare, in quanto manifestazione di volontà dei soci assunta all'esito del procedimento all'uopo previsto dalla legge, come tale imputabile alla società, e dunque suscettibile di essere impugnata come quelle positive nelle forme, nei termini e nei limiti di cui all'art. 2377 c.c."⁶⁶. A sostegno di tale tesi vi è poi l'impossibilità di proporre una seconda volta in assemblea la medesima proposta su cui si è già formato un parere negativo, enfatizzando dunque come una manifestazione di volontà si sia già compiuta. Nonostante le conclusioni appena illustrate, a cui dottrina e giurisprudenza sono entrambe giunte, vi è chi sostiene una lettura secondo cui è "coessenziale alla fattispecie "delibera" una volontà negoziale dei partecipanti diretta alla produzione di effetti sulla sfera giuridica della società"⁶⁷. Le ragioni per cui tale interpretazione non sembra più esser condivisibile riconducono alla recente, ed ormai consolidata, concezione procedimentale della delibera assembleare. Secondo tali considerazioni l'effettiva esistenza dell'atto è riconducibile sia al "profilo dell'attività (idonea a condurre ad un risultato, in quanto conforme alle norme che la disciplinano), sia a quello dell'effetto o "valore" sia pure [...] nella versione del c.d. valore organizzativo della delibera negativa"⁶⁸. In tema di delibere negative, numerosi spunti di riflessione sono stati offerti dalla sezione impresa del Tribunale di Milano⁶⁹ che, affrontando diversi aspetti della fattispecie, è giunta ad interessanti conclusioni circa l'impugnazione della delibera negativa (e le relative conseguenze), soffermandosi poi sulla possibilità di accordare una tutela cautelare d'urgenza anche in tale ipotesi. Le argomentazioni del giudice milanese sono seguite ad un'attenta disamina della fattispecie da cui è emerso un orientamento del tutto favorevole all'interpretazione della delibera negativa come manifestazione di volontà dei soci. Le difficoltà riscontrate nella trattazione della materia sono dovute però all'incapacità di tale delibera di realizzare effetti giuridico-patrimoniali nelle sfere giuridiche dei soggetti coinvolti. Di conseguenza, una tutela attuata mediante il procedimento d'impugnazione non sembra esser efficace in tali circostanze come lo è invece in caso di delibera approvata con il voto favorevole (della maggioranza) dell'assemblea. Tutelando il ricorrente attraverso la tutela

⁶⁶ A. De Pra, *Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio – amministratore*, in *Giur. Comm.*, 2010, II,934.

⁶⁷ G.Zanarone, *La deliberazione annullabile come fattispecie*, in G.E. Colombo – G.B. Portale, *Trattato delle società per azioni. Assemblea*, 3**, Torino, 1993, 201

⁶⁸ M.C.Corradi, *Conflitto d'interessi, azione sociale di responsabilità e impugnazione di deliberazioni negative*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, 859

⁶⁹ Tribunale di Milano, sezione Impresa, 28 novembre 2014, ordinanza n.9846

demolitoria non vengono prodotti degli effettivi benefici nella sua sfera giuridica; difatti vorrebbe dire “sottrarre efficacia giuridica ad un atto assembleare che, in ragione del suo stesso contenuto, non è idoneo a produrre alcun tipo di effetto, se non quello puramente conservativo dello *status quo ante*”⁷⁰. Da tale affermazione si dedurrebbe un’incapacità totale di produrre effetti sotto ogni profilo della sfera giuridica degli interessi. In realtà, la dottrina è ormai giunta alla conclusione secondo cui gli effetti, seppur solo alcuni, vengono prodotti in virtù della sola costituzione dell’assemblea. In conformità con tale valutazione, l’ordinanza in commento è stata interpretata sotto il solo profilo dei diritti patrimoniali. Si è quindi affermato che, nonostante l’impossibilità di apportare modifiche nella sfera giuridico patrimoniale, in seguito ad una delibera negativa vengono prodotti effetti amministrativi idonei ad influenzare gli aspetti procedurali inerenti alle deliberazioni assembleari. In tal caso, la legittimità ad impugnare spetta ai soci dissenzienti da intendersi coloro i quali, volendo dare attuazione alla delibera in esame, hanno composto quella parte di minoranza che ha espresso voto favorevole, divenendo parte, in tali circostanze, dei soci “dissenzienti”. Particolare rilevanza è ricoperta dalle posizioni assunte durante il procedimento di impugnazione dalla società e dal socio responsabile del vizio invalidante. La società non è direttamente legittimata ad impugnare la delibera in quanto, tale azione, viene esercitata per suo conto dagli organi amministrativi o di controllo. Nel caso trattato dal Tribunale di Milano, per esempio, la società è intervenuta con alcune argomentazioni che nell’ordinanza in esame, in accordo con quanto appena affermato, sono state definite “ un mero accidente di fatto”⁷¹. Per quanto riguarda invece la posizione in giudizio del socio, la cui condotta ha inficiato la validità della delibera, si conviene sulla necessità della sua presenza durante il processo. Le motivazioni di tale interpretazione sostengono che, oltre ad evitare giudizi contrastanti sulla medesima questione, con la presenza in giudizio del ricorrente viene garantita una più approfondita analisi della fattispecie e viene data, inoltre, la possibilità al socio di replicare alle illegittimità a lui imputate. Il giudice milanese ha in seguito affrontato un ulteriore aspetto inerente l’impugnazione della delibera negativa, ovvero l’eventuale dichiarazione del risultato assembleare che si sarebbe realizzato se la delibera non fosse stata viziata. Si parla dunque di *pars destruens* e *pars construens* come componenti essenziali, in tali circostanze, del giudizio in merito all’impugnazione. Concordando

⁷⁰ Tribunale di Milano, sezione Impresa, 28 novembre 2014, ordinanza n.9846

sull'inadeguatezza, come forma di tutela, dell'annullamento della delibera negativa viziata, a tale tutela demolitoria si è affiancata una tutela aggiuntiva ravvisata nella proclamazione della delibera "positiva". Tale soluzione, tuttavia, si scontra con quanto prescritto all'art 2908 c.c. ove al giudice viene precluso il poter costitutivo. L'ordinanza sopra citata risolve tale incompatibilità individuando, in riferimento al giudizio di annullamento, "quell'altra sua faccia – inscindibilmente connessa – data dalla proclamazione del risultato deliberativo *secundum legem*"⁷². Tale ricostruzione effettuata dal tribunale di Milano, secondo alcuni interpreti, sembra esser troppo semplicistica in quanto, per poter superare adeguatamente i limiti imposti al giudice all'art. 2908 c.c., è necessaria una trattazione maggiormente approfondita della questione in esame. Sebbene vi è largo consenso sulla necessità di estendere la tutela del ricorrente oltre l'inefficace pronuncia dell'annullamento, consentire al giudice di costituire una nuova deliberazione sembra esser un potere che, seppur complementare, debba comunque trovare riscontro nelle disposizioni del legislatore. Non essendoci nel codice alcuna previsione in merito, gran parte della dottrina concorda nell'affermare che " la proclamazione del legittimo risultato assembleare potrebbe legittimamente conseguire all'annullamento della delibera negativa mediante un preliminare accertamento dei voti (non viziati ma) validamente espressi in assemblea e risultati altresì numericamente sufficienti per formare il necessario *quorum* deliberativo"⁷³. Sembra dunque delinearsi una fattispecie in cui, per poter legittimare il giudice a proclamare la nuova delibera *secundum legem*, sia comunque necessaria la maggioranza dei voti espressi in assemblea, eliminando dal computo i voti viziati. Si è quindi giunti alla conclusione secondo cui, non è sufficiente annullare e quindi rimuovere l'atto viziato, ma è necessaria un'ulteriore tutela costituiva esercitabile tramite la modifica del rapporto giuridico sotteso alla delibera. La discussione condotta dal giudice milanese si conclude poi con la trattazione di un ultimo aspetto tipicamente connesso all'impugnazione: la sospensione cautelare della delibera. La delibera negativa, non avendo efficacia nella sfera giuridico patrimoniale dei soggetti coinvolti, non è riconducibile alla tutela prevista all'art. 2378 c.c. In virtù di tali considerazioni, ci si è avvalsi della tutela " atipica e residuale" disciplinata all' art. 700 c.p.c., tramite la quale vengono anticipati gli effetti di quella volontà assembleare che sarà proclamata successivamente dal giudice. Vi è però l'impossibilità di applicare tale forma di tutela ogni qual volta viene invece prevista dalla legge una specifica e diversa

⁷² Tribunale di Milano, sezione Impresa, 28 novembre 2014, ordinanza n.9846

⁷³ B.Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit.179 ss., in part. 265 ss.

salvaguardia dei diritti eventualmente lesi in esecuzione dell'atto. Nonostante ciò, il giudice milanese ha dato applicazione a quanto prescritto all'art. 700 c.p.c. in quanto, visti i numerosi limiti riconducibili alla tradizionale sospensione della delibera, tale forma di tutela è l'unica in grado di operare sul rapporto che verrà posto in essere con la futura proclamazione del risultato legittimo.

Conclusione

Il lavoro svolto mi ha permesso di analizzare in dettaglio come dottrina e giurisprudenza svolgano un ruolo interpretativo di fondamentale importanza nell'attuare le previsioni del legislatore in tema di invalidità. La riforma del diritto societario del 2003, sebbene abbia innovato e risolto alcune fattispecie problematiche, ha tuttavia lasciato delle lacune normative per cui l'attività interpretativa risulta essere cruciale e, motivo per cui, alcune problematiche sono state risolte con l'intervento del giudice. La certezza e la stabilità che si volevano apportare con gli interventi normativi di riforma sembrano, dunque, ancora di difficile applicazione. Dallo studio dei vizi attinenti all'attività deliberativa della società è emerso come, ad essi, siano stati affiancati numerosi strumenti di tutela nei confronti dei soggetti danneggiati dall'invalidità di tali atti. Alcune disposizioni del legislatore, tuttavia, sembrano privilegiare la continuità dell'attività sociale anche qualora vada a danno dei soci; si pensi, ad esempio, alla possibilità di impugnare le delibere illegittime solo se si è in possesso di una partecipazione azionaria rilevante. È anche per tali ragioni che vi è ancora in dottrina un acceso dibattito su i diversi aspetti dell'invalidità. Dopo le diverse letture che ho svolto per approfondire tale tematica sono giunta a conclusioni differenti per le diverse prospettive di lettura su cui ho articolato il mio lavoro. Per quanto riguarda le due casistiche nullità e annullabilità sono pochi gli aspetti su cui si possono avere ancora alcuni dubbi. Sancito il principio di tassatività delle cause di nullità e applicando come regola generale l'annullabilità, se si segue con precisione quanto disposto in materia dal legislatore l'interpretazione dei diversi vizi sembra scorrere in maniera lineare. Per quanto attiene agli strumenti di tutela invece, ritengo che essi non siano sempre idonei a garantire un'adeguata salvaguardia dei diritti, o per lo meno, che alcuni di essi, come la tutela risarcitoria, non lo siano in ugual modo della tutela demolitoria, che resta ingiustamente un diritto per soli pochi. Ciò che a mio parere, infine, merita una maggior attenzione da parte del legislatore è la lettura del tema dell'invalidità dal punto di vista delle delibere negative. Difatti, sebbene le previsioni presenti nel codice possano esser applicate anche in tal caso, spesso questo tipo di interpretazione non è di facile attuazione ed inoltre non è sempre idonea a garantire lo stesso grado di tutela che viene garantita invece in caso di impugnazione di delibera "positiva".

Bibliografia

ADORNO M., *L'invalidità delle delibere assembleari di S.p.a. e la legittimazione ad agire dell'ex amministratore*, in *Le Società*, IPSOA, 3/2016

ANGELICI C., *Società per azioni e in accomandita per azioni*, estratto dal XLII volume della *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992

ARIETA-DE SANTIS *Diritto processuale societario*, Padova, 2004

ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, il Mulino, Bologna, 2012

BALZARINI P., *Funzione informativa del bilancio, invalidità della delibera di approvazione, compromettibilità delle controversie in tema di bilancio*, in *Le Società*, IPSOA, 12/2015

BONAVERA E.E., *L'invalidità delle delibere di società personale*, in *Le Società*, IPSOA, 7/2015

BUONCRISTIANI D., *Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato*, su www.judicium.it

BUSANI A., *Delibere, spazio agli arbitri*, in *Sole 24ore*, 29 Agosto 2015

CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Utet giuridica, 2015

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, 2010

CARRATTA A., *Art. 2 in Il nuovo processo societario*, commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2004

CERRATO S.A., *La compromettibilità in arbitri dell'impugnativa di bilancio*, in *Rivista dell'arbitrato*, Giuffrè, 2008

CIVERRA E., *L'assemblea dei soci nelle società di capitali: delibere e invalidità*, Milano, Giuffrè 2011.

COLOMBO G.E., *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, in *Rivista delle Società*, 2006

CORRADI M.C., *Conflitto d'interessi, azione sociale di responsabilità e impugnazione di deliberazioni negative*, in *Giur. Comm.*, 2001

COTTINO G., *Diritto societario*, Padova, 2011

DE PRA A., *Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio – amministratore*, in *Giur. Comm.*, 2010

DI BITONTO C., *Abuso del diritto di voto a carattere ostruzionistico (c.d. "delibere negative")*: *profili sostanziali*, in *Le Società*, IPSOA, 6/2015

- D'ISA R., *La patologia delle deliberazioni assembleari di S.p.a.*, disponibile su www.iussit.eu
- ENRIQUES L.-ZORZI A., *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Rivista. Dir. Comm.*, I, 2006
- FERRARI M.P., *Invalidità delle delibere assembleari: difetto di convocazione e abuso di potere*, in *Le Società*, 3/2008
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 1980
- FERRI G., *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. civ.*; supplemento 2005
- GABOARDI M., *Delibera assembleare negativa e tutela cautelare d'urgenza (profili processuali)*, in *Le Società*, IPSOA, 6/2015
- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di Dir. Commerciale e di Dir. Pubblico dell'economia*. Diretto da Galgano XXIX Padova, 2003
- GENNARI F., *Superato il doppio binario l'arbitrato societario rimane vincolato al vago confine della disponibilità dei diritti*, in *Giur. Comm.*, parte I, 2015
- IANNICELLI L., *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno, 2008.
- MACRI' U., *La verbalizzazione delle assemblee ed i vizi di validità delle delibere*, in *Le Società*, IPSOA, 1/2015
- MAGLIULO F., *La riforma delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2004
- PISANI MASSAMORMILE A., *Statuti speciali di nullità ed "illegalità" delle delibere assembleari di S.p.a.*, in *Giur.it*, 2003
- PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. Comm.*, 2004
- PRESTI G.- RESCIGNO M., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci nella riforma delle società di capitali*, Milano, 2003
- RENNA L., *Note in tema di invalidità delle delibere assembleari e di recesso nella società per azioni nella disciplina societaria riformata*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007
- REVIGLIONO P., *La sostituzione delle deliberazioni (e decisioni) invalide nelle società di capitali* in *Rivista di Dir. Commerciale*, 2005
- REVIGLIONO P., *La sostituzione delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, 1995
- SALAFIA V., *L'eccesso di potere nell'approvazione delle delibere assembleari*, in *Le Società*, IPSOA, 7/2015
- SALAFIA V., *Limiti della legittimazione dei soci all'impugnazione delle delibere assembleari*, in *Le Società*, IPSOA, 12/2015

SALETTI A., *Commento all'art.23 e Commento all'art.24*, in *La riforma delle società*, Torino, 2003

SANZO S., Artt. 2379-2379 bis, in *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004

SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989

TERRUSI F., *Invalidità delle delibere assembleari delle S.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2007

VICARI A., *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove S.p.a.*, Bologna 2010

ZAMMITTI M.V., *Il principio di correttezza e buona fede come limite all'abuso di maggioranza*, in *Le Società*, IPSOA, 7/2016

ZAMPAGIONE L., *Su alcuni aspetti delle invalidità delle delibere assembleari*, in *Notariato*, 2005

ZANARONE G., *La deliberazione annullabile come fattispecie*, in G.E. Colombo – G.B. Portale, *Trattato delle società per azioni. Assemblea*, 3**, Torino, 1993