



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra: Diritto Commerciale I

**Abuso della maggioranza: il danno derivante
dall'aumento del capitale sociale secondo la
sentenza della Corte di Cassazione n. 18770 del
2 luglio 2021**

Relatore: Prof. Antonio Nuzzo

Correlatore: Prof. Gian Domenico Mosco

Candidato: Emiddio Mainente

Matricola: 156103

Anno accademico: 2021/2022

Indice:

Introduzione.

Capitolo I: Aumento del capitale sociale.

1. Il capitale sociale.
2. Le operazioni sul capitale sociale.
3. L'aumento del capitale sociale reale.
 - 3.1 La disciplina generale.
 - 3.2 La sottoscrizione.
 - 3.3 La possibile scindibilità dell'aumento del capitale sociale.
 - 3.4 La modifica statutaria.
 - 3.5 La motivazione della delibera e l'abuso.
 - 3.6 La responsabilità derivante dalla violazione dell'art. 2438 c.c.
4. I conferimenti di beni in natura, crediti e servizi.
5. Il diritto di opzione ed il diritto del socio di sottoscrivere il capitale in proporzione alla partecipazione posseduta.
6. L'aumento di capitale con utilizzo di riserve e fondi.
7. La delega agli amministratori per l'aumento di capitale sociale.
8. L'iscrizione nel registro delle imprese.

Capitolo II: Abuso della maggioranza.

1. L'abuso della maggioranza.
2. L'assemblea quale organo di formazione della volontà sociale: le delibere assembleari.
3. Il metodo collegiale ed il principio di maggioranza.
4. L'esigenza di limitare i poteri attribuiti ai soci.
5. L'abuso della maggioranza ed il conflitto di interesse di cui all'art. 2373 c.c.
6. L'abuso della regola di maggioranza come eccesso di potere.
7. La concezione "neutrale" dell'interesse sociale e l'applicazione al fenomeno dell'abuso della maggioranza
8. L'applicazione delle clausole di correttezza e buona fede oggettiva
9. L'attuale impostazione giurisprudenziale italiana.
10. Le caratteristiche dell'abuso della maggioranza.

- 11. La prova dell'abuso.
- 12. La casistica.
 - 12.1 L'aumento di capitale sociale.
 - 12.2 Lo scioglimento anticipato della società.
 - 12.3 La distribuzione dei dividendi.
 - 12.4 Gli altri casi di abuso della maggioranza.
- 13. Abuso di minoranza.
 - 13.1 La richiesta di convocazione per mero spirito di "chicane" quale comportamento abusivo esterno al momento deliberativo.
 - 13.2 I comportamenti abusivi interni alla delibera assembleare. L'abbandono dell'assemblea in sede deliberante.
 - 13.3 L'abuso del diritto di intervento e l'eccesso del diritto di discussione.
 - 13.4 L'esercizio abusivo del diritto al rinvio.
 - 13.5 L'abuso del diritto di voto della minoranza di blocco.
 - 13.6 L'abuso del "blocco di fatto".
 - 13.7 Le ipotesi residuali di esercizio abusivo: abuso degli strumenti di tutela attribuiti al socio.

Capitolo III: La sentenza n. 18770/2021 della Corte di Cassazione.

- 1. I fatti in causa.
- 2. Le ragioni della decisione.
 - 2.1 Il primo motivo di ricorso.
 - 2.2 Il secondo motivo di ricorso.
 - 2.3 Il terzo ed il quarto motivo di ricorso.
 - 2.4 Il quinto ed il sesto motivo di ricorso.
 - 2.5 Il settimo motivo di ricorso.
 - 2.6 L'ottavo motivo di ricorso.
- 3. Il principio di diritto.

Conclusioni.

Bibliografia.

Sitografia.

Introduzione.

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di analizzare la tematica affrontata dalla sentenza n. 18770 del 2 luglio 2021, con cui la Suprema Corte di Cassazione ha individuato il *dies a quo* per la configurazione del danno derivante da una delibera di aumento del capitale sociale viziata da abuso della maggioranza.

Si tratta di una questione di particolare rilevanza, in quanto dalla sua risoluzione ne derivano una serie di conseguenze che saranno meglio esposte nel corso della successiva narrativa.

Per poter passare all'analisi della pronuncia degli Ermellini, è, però, necessario chiarire, in via preliminare, cosa si intenda per abuso di maggioranza e quando una delibera di aumento del capitale sociale possa risultare abusiva.

Orbene, l'abuso della maggioranza costituisce una fattispecie di elaborazione dottrinale che ha suscitato un grande interesse da parte della giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, giacché si è cercato di individuare un modo che fosse in grado di tutelare tutti quei soggetti che, nell'ambito del rapporto sociale, siano definibili "*deboli*", ossia i soci di minoranza.

Sussiste, infatti, il rischio che, qualora sprovvisti di tutela, questi ultimi siano in balia della volontà che la maggioranza è in grado di imporre in sede assembleare.

È notorio, invero, che l'assemblea delle società di capitali è governata dal metodo maggioritario, per cui ai fini dell'assunzione di una delibera non si richiede il consenso dell'unanimità dei soci, bensì risulta sufficiente il voto favorevole della maggioranza degli stessi.

E così, come immaginabile, un simile meccanismo offre ai soci di maggioranza uno strumento che consente loro di perpetrare abusi a danno della minoranza che, in quanto tale, non sia in grado di evitare l'adozione della delibera.

Più in particolare, si assiste ad un abuso ogniqualvolta la delibera assembleare, seppur apparentemente valida perchè adottata nel rispetto formale della legge e dello statuto, venga assunta con il voto determinante della maggioranza con il precipuo scopo di ledere l'interesse della minoranza, non essendoci nella sostanza, alcun interesse sociale all'adozione della deliberazione stessa.

A tal riguardo, ai fini dell'inquadramento della fattispecie dell'abuso della maggioranza, non si può prescindere dall'analisi del concetto di "interesse sociale" illustrando,

all'occorrenza, le caratteristiche necessarie per qualificare come "abusiva" la condotta dei soci.

Nel corso del tempo, dottrina e giurisprudenza hanno qualificato il c.d. "interesse sociale" attraverso tre distinte concezioni: istituzionalistica, neutrale ed infine contrattualistica.

La concezione che ha prevalso è stata quella contrattualistica in base alla quale l'interesse sociale deve essere individuato nell'insieme degli interessi comuni dei soci, in quanto parti del contratto di società, concretatesi, ad esempio, nell'interesse alla produzione del lucro o alla massimizzazione del profitto sociale.¹

Chiarito il perimetro significativo dell'interesse sociale, si è ritenuto essenziale concentrare l'attenzione sui limiti entro i quali la condotta tenuta dai soci di maggioranza possa considerarsi abusiva in ragione dell'intento e delle conseguenze da essa derivanti.

In estrema sintesi, come si avrà modo di affrontare nel corso della presente trattazione, da un punto di vista soggettivo, è necessario che la condotta tenuta dalla maggioranza sia caratterizzata dalla consapevolezza e dall'intenzionalità di poter far pesare in modo inderogabile la propria posizione, mentre, da un punto di vista oggettivo, rileva il danno che potrebbe derivarne rispetto agli interessi della minoranza.

Una delle ipotesi in cui può verificarsi un abuso della maggioranza è rappresentata dalla delibera di aumento del capitale sociale.

Al riguardo, bisogna rammentare che la scelta di procedere ad una ricapitalizzazione della società non può essere sindacata in merito ai profili dell'opportunità e della convenienza.

Pertanto, occorre definire entro che limiti la delibera in questione possa costituire un abuso della maggioranza e quali siano le conseguenze derivanti da tale qualificazione.

Solo all'esito delle considerazioni svolte sui temi delineati, sarà possibile comprendere la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione con la pronuncia del 2021 alla questione che si pone come nodo centrale del presente elaborato.

Tanto premesso, la successiva trattazione sarà strutturata come segue.

Nel primo capitolo si procederà all'analisi della fattispecie positivamente regolamentata dell'aumento del capitale sociale, delineandone le caratteristiche, condizioni e formalità.

Il secondo capitolo avrà ad oggetto lo studio della fattispecie di origine dottrinale e giurisprudenziale dell'abuso della maggioranza e delle diverse ipotesi in cui essa possa venire in rilievo.

¹Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Il Foro it.*, 2006, 129, XII, p. 345

Nell'ultimo capitolo sarà esaminata la sentenza n. 18770 del 2 luglio 2021 della Corte di Cassazione con cui è stato trattato in maniera specifica il tema oggetto di discussione.

Capitolo I: Aumento del capitale sociale.

1. Il capitale sociale.

Il capitale sociale rappresenta il valore delle somme e dei beni conferiti dai soci, a titolo di capitale di rischio, all'atto di costituzione della società.²

Le funzioni da esso svolte sono molteplici e nel corso dell'evoluzione storica hanno assunto una diversa importanza.

In primo luogo, occorre esaminare la funzione produttiva: in passato, il capitale sociale rappresentava il principale metodo di finanziamento dell'impresa e, talvolta, la sua consistenza consentiva alla società di non ricorrere a finanziamenti esterni.

Nel corso del tempo, tale visione ha subito un progressivo mutamento: in primo luogo, è stata affermata la necessaria adeguatezza del capitale rispetto all'attività economica svolta³; successivamente, sono state criticate situazioni di esiguità del capitale e della conseguente limitata esposizione dei soci rispetto ai terzi finanziatori; infine, è dilagato l'orientamento che sostiene la scissione del rapporto proporzionale tra capitale e attività svolta e privilegia il finanziamento esterno.⁴

Tale orientamento trova evidente riscontro nella disciplina introdotta dapprima in merito alla società a responsabilità limitata semplificata e successivamente con riferimento alla società a responsabilità limitata tradizionale: entrambe possono essere costituite con capitale sociale pari ad almeno un euro.⁵

Nonostante la mutata visione in merito alla centralità del capitale sociale come fonte di finanziamento, le risorse per avviare la società restano comunque necessarie e difficilmente i terzi concedono finanziamenti a progetti che appaiono non meritevoli e redditizi; pertanto, il capitale sociale resta uno degli indici per soppesare la produttività dell'impresa.

² FTA Online News, *Capitale Sociale*, (2008, 27 giugno). *Borsa italiana*, <https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/capitale-sociale.htm>.

³ A. LA ROSA, *La teoria dell'imprenditore occulto nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 674;

G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1970, 33;

Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata, in *Tratt. delle soc. per az.* diretto da COLOMBO-PORTALE, I, II, Torino, 2004, 3, ss.

⁴G. MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l. : s.r.l. semplificate , s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la l. n. 99/2013 di conversione del d.l. n. 76/2013*, in *Società*, 2013, p. 1095

⁵ Ci si riferisce alla L. 9 agosto 2013, n. 99, di conversione del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, che ha aggiunto due commi all'art. 2463 c.c. ed alla L. 24 marzo 2012, n. 27 che ha introdotto l'art. 2463-bis, c.c. sulla società a responsabilità limitata semplificata.

Seppur manca ancora un rapporto prestabilito tra capitale proprio e capitale di terzi, nell'ipotesi in cui l'ammontare di capitale sia al di sotto di una certa soglia, tale dato, certamente, non induce i terzi ad elargire o estendere il credito.

Da tale angolazione vanno lette le disposizioni regolanti le operazioni sul capitale che restano legate alla tutela dell'entità della partecipazione del socio e della fiducia che i terzi hanno riposto nell'attività economica e nell'organizzazione sociale.⁶

In secondo luogo, il capitale sociale svolge una funzione di garanzia: i creditori della società sono consapevoli che nel patrimonio sociale sono presenti beni dal valore minimo almeno corrispondente al capitale su cui potranno soddisfarsi in caso di insolvenza.

Nell'ambito delle società di capitali, i soci godono della responsabilità limitata, pertanto rispondono patrimonialmente delle obbligazioni sociali nei limiti dei loro conferimenti.

Il beneficio della responsabilità limitata ha reso necessario il riconoscimento di particolari tutele a favore dei creditori sociali, poiché nell'ipotesi di insolvenza della società, non essendo aggredibili i patrimoni personali dei soci, sussiste un enorme rischio per la solvibilità delle obbligazioni.

Per tale ragione sono state introdotte regole sempre più stringenti ai fini della tutela del capitale che, dunque, ha iniziato a svolgere una funzione di garanzia dei crediti sociali.

Tuttavia, nel tempo, anche tale funzione è divenuta puramente simbolica: la diffusa sottocapitalizzazione delle società italiane nonché la possibilità di costituire enti dal capitale minimo irrisorio inducono i creditori a chiedere garanzie ulteriori per la concessione dei loro crediti o a sobbarcarsi il rischio di una pressoché certa insolvenza di una società sottocapitalizzata.⁷

In terzo luogo, il capitale svolge una funzione di organizzazione della società e di regolazione dei rapporti reciproci fra i soci.⁸

In ogni società, esso è ripartito in quote o azioni che sono assegnate ai soci in proporzione alla parte di capitale da essi sottoscritta e versata.

Le quote o le azioni identificano i diritti sociali (ad esempio, diritto di voto, diritto agli utili) spettanti a ciascun socio.

⁶ G. MEO, *Costituzione, modificazioni dell'atto costitutivo e operazioni sul capitale sociale*, Milano, 2018.

⁷ F. MONTAGNA, (2021, 3 dicembre), *Le 5 funzioni del capitale sociale*, *Altalex*, <https://www.altalex.com/documents/news/2021/12/03/5-funzioni-capitale-sociale>

⁸ E. GINEVRA, *La formazione del capitale sociale nella costituzione e nell'aumento di capitale sociale nelle s.p.a., I, Lezioni, casi, Materiali*, Bergamo, 2011, 35.

La ripartizione del capitale ha fondamentale importanza anche per altri aspetti organizzativi che ineriscono lo svolgimento della vita sociale.

Basti pensare che ai fini dell'impugnazione di determinate delibere sociali è necessario che l'iniziativa sia assunta da soci detentori di una determinata percentuale minima di capitale sociale.

In quarto luogo, occorre esaminare la funzione informativa che trova il suo fondamento nell'art 2250 c.c.

Questo articolo stabilisce che negli atti e nella corrispondenza deve essere indicato l'ammontare del capitale sociale sottoscritto e di quello effettivamente versato.

Tale indicazione consente a chiunque entri in contatto con la società di comprendere le plausibili dimensioni e la presunta capacità economica della stessa.

Tuttavia, la crescente sottocapitalizzazione delle società italiane ha ridimensionato la portata anche di tale funzione: nel panorama italiano si riscontrano molteplici esempi di imprese che maturano fatturati anche di decine di milioni di Euro con capitali del tutto irrisori.

Infine, il capitale sociale svolge una funzione di "meritevolezza": talvolta, in base alla sua consistenza è consentito o meno l'accesso a determinate attività riservate o a specifici bandi o progetti.

Basti pensare all'attività bancaria o a quella assicurativa, per il cui esercizio è richiesto il possesso di un ammontare minimo di capitale molto più elevato rispetto a quello di una società per azioni ordinaria.

La *ratio legis* sottostante a previsioni di tale genere è data dalla presunzione che un ammontare minimo del capitale sociale garantisca una determinata capacità organizzativa e reddituale al fine del corretto svolgimento dell'attività o del progetto assunti.

2. Le operazioni sul capitale sociale.

Il capitale sociale rappresenta un'entità numerica rigida e stabile in contrapposizione al patrimonio, che rappresenta invece un'entità in costante variazione durante la vita della società e che dipende dai risultati conseguiti, dall'andamento, dal mercato, dalle iniziative, dalle strategie.⁹

⁹ G. RACUGNO, *Il capitale sociale della s.r.l.*, in *Il diritto degli affari.it*, 2014, 1.

La variazione del patrimonio sociale non comporta automaticamente la modificazione del capitale: quest'ultima è un'operazione straordinaria che trova il suo fondamento in una delibera dell'assemblea dei soci.

Le operazioni sul capitale sociale possono essere distinte in due macrocategorie: quelle di aumento (gratuito o a pagamento) e quelle di riduzione (volontaria o per perdita).

Per quanto attiene l'aumento reale o a pagamento del capitale sociale, esso deriva dall'ingresso di nuovi soci oppure dalla raccolta di nuovi conferimenti dai soci preesistenti.

Tale operazione comporta una modifica dell'atto costitutivo, pertanto deve essere deliberato dall'assemblea straordinaria e redatto da un notaio.

È concessa la possibilità di delegare l'aumento di capitale agli amministratori, ma in questo caso sarà necessario che nell'atto costitutivo siano determinati i limiti e le modalità di esercizio.

Ai fini dell'attuazione della deliberazione di aumento occorre che tutti i conferimenti siano stati integralmente eseguiti.

Il notaio redige il verbale e a seguito della verifica sul rispetto delle condizioni previste dalla legge, ne richiede l'iscrizione nel registro delle imprese.

La delibera è iscritta nel Registro a seguito di una verifica sulla regolarità formale della documentazione da parte dell'Ufficio del Registro delle Imprese.

La delibera di aumento diviene produttiva di effetti a partire dal momento della sua iscrizione nel Registro.

L'aumento reale del capitale sociale comporta il diritto di opzione ossia il diritto di sottoscrizione in capo ad ogni socio in proporzione alle partecipazioni possedute.

Mediante la delibera di aumento è possibile consentire che la parte dell'aumento di capitale non sottoscritta da uno o più soci sia sottoscritta dagli altri soci o da terzi.

Regola generale è quella dell'inscindibilità dell'aumento reale, pertanto esso non avrà luogo nell'ipotesi in cui non sia integralmente sottoscritto nel termine stabilito dalla decisione.

Tuttavia, la deliberazione di aumento può stabilire espressamente il carattere scindibile dello stesso, con la conseguenza che il capitale sarà aumentato di un importo pari alle sottoscrizioni raccolte.

Per quanto attiene, invece, l'aumento gratuito, questo si sostanzia nell'imputazione a capitale della parte disponibile delle riserve e degli altri fondi iscritti in bilancio.

Tale operazione comporta un aumento nominale delle quote, lasciando però immutata la partecipazione di ciascun socio.

La riduzione del capitale sociale può essere volontaria oppure può essere determinata dalla sussistenza di perdite.

Nell'ipotesi in cui le perdite siano inferiori ad un terzo del capitale sociale non sussiste un obbligo legale di adottare provvedimenti per il riassorbimento delle stesse.

Se la perdita è superiore ad un terzo del capitale sociale, ma non lo riduce al di sotto del minimo legale, gli amministratori o il consiglio di gestione, o in caso di inerzia il collegio sindacale, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti.

All'assemblea deve essere sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione.

La relazione e le osservazioni devono restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione.

Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione.

L'assemblea può decidere di ridurre immediatamente il capitale sociale oppure rinviare la decisione all'esercizio successivo.

Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate.

In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al Tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio.

Il Tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori

Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al di sotto del minimo stabilito legale, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.

Occorre, infine, esaminare l'ipotesi della riduzione volontaria che può essere deliberata dall'assemblea straordinaria.

Tale operazione può aver luogo sia mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti, sia mediante rimborso del capitale ai soci, nei limiti ammessi dagli artt. 2327 e 2413 del c.c.

La deliberazione può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dal giorno dell'iscrizione nel registro delle imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.

Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione.¹⁰

3. L'aumento del capitale sociale reale.

3.1 La disciplina generale.

L'aumento di capitale è reale o a pagamento nell'ipotesi in cui ad esso corrisponda un aumento del patrimonio sociale derivante da nuovi conferimenti da parte dei soci.

La maggiore disponibilità della società derivante dall'aumento reale può essere finanziaria o operativa: nel primo caso l'aumento avviene mediante versamenti in denaro o crediti che vengono trasformati in denaro, nel secondo esso è effettuato sulla base di apporti in natura o anche prestazioni d'opera.

Il momento in cui avviene la modifica statutaria non corrisponde alla mera adozione della delibera di aumento, bensì è da riferirsi alla sottoscrizione del capitale, ossia quando i soci manifestano la loro volontà di partecipare con nuovi apporti e procedere alla sottoscrizione del nuovo capitale; prima di tale momento l'aumento è solo deliberato e non effettivo.¹¹

Il procedimento di aumento è scandito da diverse fasi, a connotazione interna ed esterna, in particolare: l'adozione della delibera programmatica, l'iscrizione della delibera, la sottoscrizione, l'attestazione dell'aumento.

¹⁰ *GLOSSARIO FINANZIARIO - OPERAZIONE SUL CAPITALE*, (2008, 3 marzo), Borsa italiana, <https://www.borsaitaliana.it/borsa/glossario/operazione-sul-capitale.html>

¹¹ Cass., 19 ottobre 2007, n. 22016, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10 e in *Giust. civ.*, 2008, 3, 663.

La divisione in fasi rende l'operazione apparentemente frammentata, tuttavia essa è da considerarsi unitaria: infatti, gli atti che la compongono sono strettamente collegati tra loro ed alla determinazione dei soci di procedere all'aumento di capitale.

La delibera straordinaria dell'assemblea o del consiglio indica le caratteristiche dell'aumento, in particolare: l'importo, l'eventualità di emissione di azioni di categoria, di abolizione del diritto di opzione, di sovrapprezzo, i tempi necessari per l'esecuzione dell'operazione e la possibilità di aumento parziale.

Dal secondo comma dell'art. 2439 c.c. si desume che la delibera di aumento debba stabilire il termine entro il quale il capitale può essere sottoscritto.¹²

La ratio di tale previsione è rinvenibile nella tutela dei soci e dei terzi, nel loro diritto di prendere coscienza della loro posizione, nella necessità di evitare situazioni di incertezza.

Per tali ragioni, l'inutile decorrenza del termine determina la nullità della delibera.¹³

Occorre sottolineare che sussiste una sostanziale distinzione tra il termine previsto dall'art. 2439 c.c. e quello prescritto per l'esercizio del diritto di opzione e di prelazione: il primo indica l'arco temporale per la sottoscrizione ed attiene alla certezza della misura della capitalizzazione della società; il secondo è disposto a tutela dei soci e a garanzia del mantenimento dello stesso peso della partecipazione.

Seppur diversi, tali termini possono coincidere come accade nell'ipotesi in cui la proposta di aumento sia rivolta solo ai soci.¹⁴

In dottrina ed in giurisprudenza si discute in merito alla possibilità per l'assemblea di delegare agli amministratori l'individuazione del termine: nell'ipotesi in cui ciò fosse consentito, il termine sarebbe stabilito successivamente alla delibera e vi sarebbe la delega di una competenza che il legislatore sembra aver riservato all'assemblea.

In merito occorre rammentare che l'art. 2439 c.c. prescrive che la delibera assembleare indichi il termine di sottoscrizione e più volte la giurisprudenza ha dichiarato nulla la delibera assembleare che non indichi tale termine.

¹² Ai sensi dell'art. 2439, comma 2, «*Se l'aumento di capitale non è integralmente sottoscritto entro il termine che, nell'osservanza di quelli stabiliti dall'articolo 2441, secondo e terzo comma, deve risultare dalla deliberazione, il capitale è aumentato di un importo pari alle sottoscrizioni raccolte soltanto se la deliberazione medesima lo abbia espressamente previsto.*»

¹³ Trib. Udine, 22 settembre 1993, in *Gius* 1994, fasc. 4, 104;

App. Bologna, 18 luglio 1988, in *Le società*, 1989, 975; in dottrina, F. GUERRERA, *Commento* agli artt. 2438 e 2439, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 1159;

Tuttavia, in senso contrario, App. Milano, 27 gennaio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 2004; App. Milano, 27 gennaio 2004, in *Giur. merito*, 2004.

¹⁴ App. Milano, 27 gennaio 2004, in *Foro padano*, 2005, 674;

Tali osservazioni inducono a rispondere in senso negativo al quesito riguardante la conferibilità della delega all'amministratore per la fissazione del termine di sottoscrizione.

In sede di sottoscrizione, coloro che sottoscrivono le azioni di nuova emissione sono tenuti a versare alla società almeno il venticinque per cento del valore nominale delle azioni sottoscritte.

Nell'ipotesi in cui sia previsto un soprapprezzo, si prevede il suo integrale versamento all'atto della sottoscrizione.¹⁵

In merito a previsione è opportuno sottolineare che nel caso in cui la delibera non fosse iscritta nel registro, il pagamento deve essere restituito.

Per quanto attiene alla responsabilità del socio, essa non deriva dall'aver concorso con il proprio voto all'assunzione della delibera di aumento, bensì dal momento della sottoscrizione del nuovo capitale offerto in opzione.¹⁶

Successivamente alla delibera di aumento del capitale, potrebbe accadere che non tutti i soci decidano di sottoscriverlo e di conseguenza l'aumento non potrebbe avere luogo.

Infatti, secondo quanto disposto dall'art 2439 c.c. per la società per azioni e dall'art. 2481 bis c.c. per la società a responsabilità limitata, nell'ipotesi in cui non avvenga un'integrale sottoscrizione dell'aumento entro il termine prescritto, esso potrà avere luogo solo se la delibera assembleare conceda espressamente la possibilità di aumento parziale, in corrispondenza delle sottoscrizioni intervenute.

Non è possibile eseguire un aumento di capitale fino a che le azioni precedentemente emesse non siano state integralmente liberate.¹⁷

Da tale previsione si desume che prima di procedere alla esecuzione dell'aumento di capitale è necessario che vi sia stato integrale versamento di quanto previsto per la costituzione o per un successivo aumento.¹⁸

Tale disposizione è finalizzata ad assicurare il regolare compimento delle operazioni di partecipazione nell'interesse degli altri soci e dei terzi e ad evitare un'eccessiva

¹⁵ Ai sensi dell'art. 2439 comma 1 c.c.: *“Salvo quanto previsto nel quarto comma dell'articolo 2342, i sottoscrittori delle azioni di nuova emissione devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno il venticinque per cento del valore nominale delle azioni sottoscritte. Se è previsto un soprapprezzo, questo deve essere interamente versato all'atto della sottoscrizione.”*

¹⁶ Cass., 19 ottobre 2007, n. 22016, in *Giust. civ., Mass.* 2007, 10 e in *Giust. civ.*, 2008, 3, 663.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 2438, comma 1, c.c.: *“Un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano integralmente liberate”*

¹⁸ Secondo la Corte di Cassazione non è in sé la delibera di aumento di capitale, ma la sua esecuzione a dover essere subordinata alla liberazione delle azioni emesse in seguito ad un precedente aumento (Cass. n. 25731 dell'1 dicembre 2011, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2014, II, 10, con nota di *Presciani*)

esposizione dei soci di fronte ad impegni di sottoscrizione cui abbia fatto seguito il pagamento della percentuale iniziale ma non il versamento integrale.

Occorre sottolineare che la fattispecie presa in considerazione nella norma è quella in cui la sottoscrizione sia già avvenuta e il pagamento non sia stato eseguito per l'intera parte riferita al primo aumento.

Se, invece, vi fosse stata adozione della delibera di aumento, ma non vi fosse seguita alcuna sottoscrizione o manifestazione di esecuzione del conferimento, allora non vi sarebbero limiti al secondo aumento.

Nell'ipotesi in cui non sia rispettato il divieto di procedere ad aumento di capitale in mancanza di integrale liberazione delle azioni precedentemente emesse¹⁹, la delibera di aumento resta efficace in quanto sono fatti salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni, con esposizione degli amministratori a responsabilità solidale per eventuali danni ai soci e ai terzi.²⁰

La ratio di tale disposizione è rinvenibile nella tutela della effettività del capitale sociale, nella responsabilizzazione dei soci e nella tutela dei terzi.

Si ritiene che tale norma non sia estensibile all'aumento gratuito in ragione del fatto che in tal caso, al contrario dell'aumento a pagamento, non vi è alcuna esecuzione o attuazione successiva all'adesione all'aumento, ne tantomeno vi è l'esigenza di garantire l'effettività del capitale.

Per quanto riguarda, invece, la possibilità di procedere contestualmente all'aumento gratuito e a pagamento, il tema merita una riflessione in ragione del possibile pregiudizio che può essere arrecato al socio che non abbia partecipato all'aumento a pagamento.

In particolare, se l'aumento gratuito è deliberato immediatamente dopo quello a pagamento, allora il socio che non ha partecipato a quest'ultimo non potrebbe godere del beneficio dell'aumento gratuito.

Per tale ragione, nel caso considerato si rileva un profilo di illegittimità con riferimento alla delibera di aumento gratuito.

¹⁹ Ai sensi dell'art 2438, comma 2, c.c.: *“In caso di violazione del primo comma, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci ed ai terzi. Restano in ogni caso salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni emesse in violazione del precedente comma.”*

²⁰ M. ARATO, *Modificazioni dello statuto e operazioni sul capitale*, in *Le nuove s.p.a.*, diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010, 1310;
G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2015;
Associazione Disiano Preite, *Il diritto delle società*, Bologna, 2012, 239.

Si discute in merito alla possibilità di far derivare dalla prescrizione di cui all'art 2438 comma 1 c.c. il divieto di procedere all'aumento in presenza di perdite non ripianate.

La dottrina, conformandosi al disposto dell' art 2446 comma 1 c.c. che consente l'adozione di provvedimenti opportuni, tende ad ammettere l'aumento fino a quando la riduzione del capitale non si renda necessaria, mentre l'orientamento prevalente in giurisprudenza sostiene che in presenza di perdite non sia possibile procedere ad un aumento di capitale.

La giurisprudenza minoritaria ritiene, invece, che il divieto di procedere all'aumento vige quando le perdite non ripianate siano superiori ad un terzo del capitale in conformità con quanto stabilito dall'art 2446 c.c. che prevede in tale ipotesi la necessaria riduzione del capitale.

3.2 La sottoscrizione.

Per quanto attiene alla sottoscrizione, in primo luogo occorre sottolineare che essa è un negozio dalla natura consensuale, pertanto la qualità di socio discende dalla mera dichiarazione di voler esercitare il diritto e non da quello del materiale versamento.

La sottoscrizione può essere oggetto di rinuncia solo nell'ipotesi in cui le quote già sottoscritte vengano sottoscritte nuovamente da altri soci; in tutti gli altri casi la sottoscrizione resta vincolante, salvo il consenso unanime dei soci e nei limiti in cui non vi siano danni verso i soci e i terzi.²¹

In merito alla forma, non è prescritta alcuna modalità per effettuare la sottoscrizione, pertanto essa può risultare dal verbale assembleare, da una manifestazione successiva o ancora da un comportamento concludente.²²

Un esempio di implicita manifestazione di procedere alla sottoscrizione è rinvenibile nel versamento del 25% di capitale alla società.

Avendo la sottoscrizione natura consensuale, il versamento del 25 % non costituisce elemento essenziale ai fini del suo perfezionamento; tuttavia, in passato, la giurisprudenza riteneva il contrario, pertanto sosteneva che l'omissione del versamento conduceva alla negazione dell'omologazione della delibera.²³

²¹ Cass., 5 luglio 1984, in *Dir. fall.*, 1984, II, 976.

²² Trib. Roma, sez. spec. Impresa, 31 luglio 2015, 16930, in *Redazione Giuffrè e www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

²³ Trib. Trieste, 28 luglio 1981, in *Riv. notar*, 1981, 1117.

Tale posizione non è condivisibile in quanto la natura consensuale della sottoscrizione si traduce in un'accettazione della proposta della società già di per sé vincolante, a prescindere dal versamento.

L'unica conseguenza derivante dall'omissione del versamento del 25% è rappresentato dall'impossibilità di menzionare l'aumento nella corrispondenza della società.²⁴

Il disposto di cui all'art. 2439 c.c. induce a ritenere che la sottoscrizione si perfezioni solo con versamento.

Tuttavia, gli articoli che disciplinano le modalità di costituzione della società, confermano che la sottoscrizione ha natura meramente consensuale.

Infatti, l'art. 2332 c.c. non indica l'omissione del versamento tra le cause di nullità della società, anzi si stabilisce che nel caso di nullità i soci non sono liberati dall'effettuare i conferimenti sin tanto che i creditori non siano soddisfatti; inoltre, l'art. 2334 c.c. prevede che i promotori sono tenuti ad assegnare ai sottoscrittori un termine non superiore a trenta giorni per effettuare il versamento del venticinque per cento.

In merito agli apporti dei soci, occorre operare una distinzione tra i "versamenti in conto capitale" (o "versamenti in conto futuro aumento di capitale") e i finanziamenti: i primi sono finalizzati a mettere a disposizione della società nuovi mezzi a titolo di capitale di rischio, mentre i secondi entrano nello schema del mutuo.

Secondo la giurisprudenza, ai fini della distinzione summenzionata non è sufficiente considerare la qualificazione nominale attribuita dall'amministratore nel bilancio o nella relazione accompagnatoria, bensì occorre accertare la reale volontà delle parti che si evince dallo scopo, dalle modalità e dagli interessi sottesi all'operazione.²⁵

3.3 La possibile scindibilità dell'aumento del capitale sociale.

Per quanto riguarda la scindibilità dell'aumento di capitale, l'assemblea può consentire un aumento di importo pari alle sottoscrizioni raccolte, può prevedere che l'aumento parziale intervenga solo al superamento di una certa soglia e l'acquisto della qualità di socio avvenga alla scadenza del periodo di verifica o può accordare la scindibilità successivamente attribuendo efficacia alle sottoscrizioni eseguite fino a quel momento.

²⁴ G. RACUGNO, *Il capitale sociale della s.r.l.*, in *Rivista giuridica sarda*, 2014.

²⁵ Trib. Milano, 9 gennaio 2006, in *Corr. merito*, 2006, 6, 708;
Trib. Verona, 15 maggio 1998, in *Notariato*, 1999, 539, nota di Busi.

Affinché possa verificarsi un aumento di capitale scindibile con effetti progressivi e immediati è necessaria un'espressa previsione assembleare, altrimenti l'aumento di capitale è produttivo di effetti una volta che sia decorso il termine stabilito previsto per il suo perfezionamento.²⁶

Il disposto di cui all'art. 2439 c.c. sembra suggerire che la qualità di socio si acquisti solo una volta decorso termine per la raccolta delle sottoscrizioni; tuttavia, l'orientamento prevalente sostiene che la fattispecie vada assimilata a quella del prestito obbligazionario convertibile, cui consegue l'aumento progressivo del capitale alla approvazione della conversione da parte dei singoli obbligazionisti.

Il momento dell'assunzione della qualità di socio da parte del sottoscrittore dipende dalla scindibilità dell'aumento: nell'ipotesi di aumento inscindibile, il sottoscrittore diventa socio una volta decorso il termine per le sottoscrizioni in quanto vi è l'eventualità dell'annullamento di tutta l'operazione nel caso di sottoscrizione non integrale; nell'ipotesi di aumento scindibile, è possibile considerare le singole posizioni dei sottoscrittori.

3.4 La modifica statutaria.

L'effettiva sottoscrizione dell'aumento è propedeutica alla variazione e al deposito del nuovo statuto nella parte riferita all'ammontare del capitale in quanto la delibera assembleare di per sé non produce alcuna variazione sull'aumento.

Si ritiene che la delibera assembleare, contestualmente all'aumento di capitale, disponga la successiva modifica dello statuto.

In merito, però, è stata avanzata un'obiezione fondata sul disposto dell'art. 2444 c.c. secondo cui nei trenta giorni successivi alla sottoscrizione delle azioni, gli amministratori sono tenuti a depositare un'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese.

Fino al momento in cui non sia intervenuta l'iscrizione nel registro, non è possibile menzionare l'aumento del capitale negli atti della società.²⁷

²⁶ Trib. Torino, 4 settembre 2013, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2015, 604, nota di Felicetti

²⁷ Ai sensi dell'art. 2444 c.c.: *“Nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito. Fino a che l'iscrizione nel registro non sia avvenuta, l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società.”*

Al riguardo, la soluzione preferibile è quella in base alla quale nell'ambito della delibera di aumento si manifesti anche la volontà di procedere alla modifica statutaria con riferimento al nuovo ammontare e in proporzione alle sottoscrizioni che interverranno.

Dunque, non avviene il deposito del nuovo statuto contestualmente alla delibera programmatica, ma viene già adottata la delibera di modifica.²⁸

Il notaio che ha proceduto alla verbalizzazione della delibera di modifica dello statuto, entro trenta giorni, verifica il soddisfacimento delle condizioni stabilite dalla legge.

Nell'ipotesi in cui il controllo abbia esito positivo, il notaio richiede l'iscrizione nel registro delle imprese della delibera contestualmente al deposito ed allega le eventuali autorizzazioni richieste.

Fino al momento in cui non interviene l'iscrizione, la deliberazione di modifica dello statuto non produce effetti.

Si prevede, inoltre, che a seguito di ciascuna modifica dello statuto è necessario depositarne nel registro delle imprese il testo integrale nella sua redazione aggiornata²⁹

Dal combinato disposto delle disposizioni esaminate emerge che non potendo il nuovo statuto prevedere la mera deliberazione dell'aumento, in sede di iscrizione della delibera programmatica non deve essere allegato anche lo statuto: tale deposito sarebbe inutile in quanto successivamente andrebbe sostituito con il nuovo testo dello statuto recante l'ammontare del capitale all'esito delle sottoscrizioni.

Dunque, nel caso di una delibera programmatica, è compito degli amministratori, in seguito all'attestazione di cui all'art. 2444 c.c., procedere al deposito del nuovo statuto in proporzione alle sottoscrizioni intervenute.

3.5 La motivazione della delibera e l'abuso.

L'aumento di capitale, al contrario della riduzione, non necessita alcuna motivazione: quando convocano l'assemblea o adottano la propria deliberazione in caso di aumento

²⁸ P. MARCHETTI, *Problemi in tema di aumento di capitale*, in AA. VV., *Aumenti e riduzioni*, Milano, 1984, ha ritenuto che lo statuto non possa dare atto di un capitale solo deliberato.

²⁹ Ai sensi dell'art. 2436 c.c.: “ Il notaio che ha verbalizzato la deliberazione di modifica dello statuto, entro trenta giorni, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, ne richiede l'iscrizione nel registro delle imprese contestualmente al deposito e allega le eventuali autorizzazioni richieste. La deliberazione non produce effetti se non dopo l'iscrizione. Dopo ogni modifica dello statuto deve esserne depositato nel registro delle imprese il testo integrale nella sua redazione aggiornata”

rimesso all'organo gestorio, gli amministratori possono, ma devono necessariamente esplicitare le ragioni sottostanti all'aumento di capitale.

La ratio di tale circostanza è data dal fatto che nel caso dell'aumento di capitale non vi sono esigenze di tutela dei terzi e esso è demandato alla libera determinazione della maggioranza.

Una motivazione è richiesta, invece, in caso di soppressione del diritto di opzione.

L'assemblea dei soci gode di piena libertà nel decidere sull'opportunità o meno di procedere all'aumento e sul quantum dello stesso; tali determinazioni non sono sindacabili in sede giudiziaria.

L'aumento di capitale può costituire un abuso della maggioranza in danno della minoranza: infatti, tale operazione comporta la riduzione della partecipazione dei soci che non possano sottoscrivere l'aumento.

Si concretizza un abuso allorquando la delibera di aumento non persegua un interesse sociale ma sia esclusivamente volta a ridurre la percentuale di partecipazione della minoranza.

La prova di tale circostanza è particolarmente complessa: a tal fine è necessario svolgere una valutazione che tenga conto dell'interesse specifico della società a godere dell'aumento e di quello del socio incapace di partecipare all'aumento.

La prova diventa più semplice nell'ipotesi in cui sia evidente la mancanza di un'esigenza specifica di procedere all'aumento di capitale, mentre nel caso contrario non risulta agevole in quanto non è preclusa ai soci la possibilità di procedere all'aumento anche per ragioni di maggior lancio od opportunità.³⁰

In passato si consideravano indici di abuso la mancanza a verbale di una giustificazione e la presenza di riserve tali da non rendere necessario l'aumento.

Affinché possa essere rilevata l'invalidità per abuso della delibera di aumento di capitale, oltre all'assenza di una specifica esigenza sociale di procedere a tale operazione, è necessario che siano accertati un elemento soggettivo ed uno oggettivo: il primo si sostanzia nell'intenzionalità del pregiudizio, il secondo nella reale illiquidità del socio di minoranza.

Per quanto attiene la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in passato si affermava l'insindacabilità delle ragioni di opportunità dell'aumento, successivamente si è ritenuta possibile la rilevazione di un abuso quando l'aumento risulti arbitrariamente o

³⁰ Trib. Reggio Emilia, 27 aprile 1994, in *Giur. comm.*, 1994, II, 741.

fraudolentemente preordinato dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante. A tal riguardo i principi che si assumono violati sono quelli di buona fede contrattuale e di collaborazione che devono caratterizzare l'opera dei soci nell'organizzazione della società.

Secondo un ulteriore orientamento degli ermellini affinché possa essere rilevato un abuso di potere è necessario dimostrare in maniera univoca la finalità di diluizione della partecipazione di minoranza.

Infine, la Corte di Cassazione ha asserito che ai fini dell'annullamento della delibera di aumento, espressione di eccesso di potere o di un abuso del diritto di voto, è necessario che l'accertamento dell'invalidità non comporti un sindacato sulla convenienza e l'opportunità dell'operazione.

In definitiva, si può affermare che per la rilevazione dell'invalidità di una delibera di aumento è necessario operare una valutazione caso per caso che tenga conto dei divergenti interessi insiti nella società.

3.6 La responsabilità derivante dalla violazione dell'art. 2438 c.c.

L'art. 2438 c.c. stabilisce che non è possibile eseguire un aumento di capitale fino a che le azioni precedentemente emesse non siano state integralmente liberate.

Nell'ipotesi di violazione del divieto, la delibera di aumento resta efficace in quanto sono fatti salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni, con esposizione degli amministratori a responsabilità solidale per eventuali danni ai soci e ai terzi.³¹

La previsione afferente la responsabilità degli amministratori appare superflua in quanto si è in presenza di un obbligo di legge la cui inosservanza comporta la violazione dei principi di diligenza che regolano l'incarico gestorio.

Il danno verso i soci e i terzi è da individuarsi in quello arrecato direttamente alla loro sfera giuridica mediante il comportamento dell'amministratore, come accade nei casi di annacquamento del capitale sociale o di lesione dell'affidamento del terzo.³²

³¹ M. ARATO, *Modificazioni dello statuto e operazioni sul capitale*, in *Le nuove s.p.a.*, diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010, 1310;
G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2015;
Associazione Disiano Preite, *Il diritto delle società*, Bologna, 2012, 239.

³² G. MARCHETTI, *Gli aumenti di capitale*, in *AA.VV., Il nuovo ordinamento delle società*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Milano, 2003, 270.

Occorre sottolineare che nella disciplina delle società a responsabilità limitata manca una disposizione che sanzioni gli amministratori per la violazione del divieto di procedere ad un aumento prima che i conferimenti precedentemente dovuti non siano stati integralmente eseguiti.

Nonostante tale mancanza, una serie di ragioni inducono a ritenere possibile l'applicazione analogica del principio in commento anche alle società a responsabilità limitata.

In particolare, nonostante il capitale della società a responsabilità limitata non sia rappresentato dalle azioni, l'inosservanza del divieto può, comunque, determinare una responsabilità. Inoltre, sarebbe stata superflua una norma ad hoc in quanto, trattandosi di un obbligo di legge, la sua inosservanza comporta la violazione dei principi di diligenza che regolano l'incarico gestorio.

Secondo quanto disposto dall'art 2407 c.c. la responsabilità degli amministratori si estende al collegio dei sindaci, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.³³

Sindaci ed amministratori sono responsabili per la gestione dell'intera operazione di aumento di capitale, pertanto la norma di cui all'art 2438 c.c., che prevede responsabilità in caso di inosservanza del divieto contenuto nel medesimo articolo, risulta pleonastica.

Dal secondo comma dell'art 2438 c.c. si desume che, nonostante l'inosservanza del divieto, i sottoscrittori devono, comunque, procedere con il pagamento e a loro devono essere assegnate le azioni.

La dottrina maggioritaria sostiene che la ratio di tale disposizione è rinvenibile nella tutela dei soci sottoscrittori.

Manca una disposizione analoga per la società a responsabilità limitata, pertanto in merito si sono formati diversi orientamenti: secondo il primo le sottoscrizioni sono inefficaci³⁴; in base al secondo l'efficacia è sospesa fino alla esecuzione della precedente delibera di aumento; il terzo asserisce la nullità della delibera di aumento allorché eseguita prima della integrale esecuzione della precedente delibera.³⁵

³³ Ai sensi dell'art 2407 comma 2 c.c.: *“I sindaci sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.”*

³⁴ G. DE MARCHI, A. SANTUS, L. STUCCHI, *Commento all'art. 2481*, in *Commentario alla riforma delle società*, 1135.

³⁵ G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, III, 413.

4. I conferimenti di beni in natura, crediti e servizi.

Una delle metodologie attraverso cui è possibile procedere ad un aumento di capitale è rappresentata dal conferimento di beni in natura o di crediti.

Con riferimento a tale tipologia di aumento di capitale, il legislatore ha operato un rinvio alla disciplina del conferimento di beni in natura e crediti in sede di costituzione della società.³⁶

Dunque, oggetto di conferimento possono essere i beni suscettibili di valutazione economica: *ex plurimis* beni immobili, mobili, azienda, beni immateriali, diritti di brevetto, procedimento, diritti d'autore, diritti di godimento, azioni, crediti.

Mentre, non possono formare oggetto di conferimento: beni futuri, beni di altri o beni non ben individuati.³⁷

In forza del rinvio all'art. 2342, quinto comma, c.c. nelle società per azioni non possono formare oggetto di conferimento le prestazioni di opera o di servizi.

Per quanto attiene la società a responsabilità limitata, si prevede che il conferimento possa avere ad oggetto anche la prestazione di una polizza assicurativa o di una fideiussione bancaria con cui si presta garanzia per gli obblighi di prestazione d'opera o di servizi a favore della società da parte del socio.

Se previsto dall'atto costitutivo, il socio può sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in danaro presso la società.³⁸

Nell'ipotesi esaminata dalla disposizione in commento, oggetto del conferimento è una prestazione che arricchisce la società progressivamente e la cui erogazione viene garantita da polizza, fideiussione o cauzione.

In sede di aumento, tale tipologia di conferimento può essere effettuato aumentando le prestazioni già previste e garantendole con polizza, fideiussione o cauzione.

L'art. 2481 c.c. stabilisce che fino all'integrale esecuzione dei precedenti conferimenti, l'aumento deliberato non è produttivo di effetti.

Per quanto riguarda il socio d'opera (e ancor di più nel caso del servizio), l'integrale esecuzione del conferimento non risulta in maniera chiara, salvo che l'opera non sia

³⁶ Ai sensi dell'art 2440 c.c.: “*Se l'aumento di capitale avviene mediante conferimento di beni in natura o di crediti si applicano le disposizioni degli articoli 2342, terzo e quinto comma, e 2343.*”

³⁷ Trib. Roma, 18 aprile 2013, in *Le Società*, 2014, 1067.

³⁸ Ai sensi dell'art. 2464, quarto comma, c.c.: “*Il conferimento può anche avvenire mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con cui vengono garantiti, per l'intero valore ad essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società. In tal caso, se l'atto costitutivo lo prevede, la polizza o la fideiussione possono essere sostituite dal socio con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in danaro presso la società.*”

circoscritta nel corso del tempo. Per tale ragione, in merito viene dato risalto alla polizza, alla fideiussione o alla cauzione.

Analogo discorso va fatto con riferimento al sovrapprezzo che deve essere integralmente versato, a tutela dei soci già esistenti: anche in questo caso dovrebbe essere consentita la sostituzione dei versamenti con la stipula di una fideiussione bancaria o di una polizza assicurativa.

Tuttavia, alcuni esponenti della dottrina ritengono che la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa costituiscano garanzia del solo valore dell'opera o del servizio, mentre per il sovrapprezzo sia necessario un versamento a parte.

Per quanto riguarda la possibile partecipazione all'aumento di capitale da parte del terzo che voglia conferire la propria opera e i propri servizi, in dottrina e giurisprudenza sono presenti orientamenti discordanti, ma quello prevalente propende per una soluzione positiva.

La ratio sottostante la disciplina dell'aumento di capitale e dei conferimenti in sede di costituzione della società è rinvenibile nella tutela dei creditori e del loro interesse alla corrispondenza tra capitale effettivo e dichiarato e nella salvaguardia dei soci sotto il profilo della corrispondenza tra la misura della partecipazione e il bene conferito.

Tali interessi sono protetti dal principio sancito dagli artt. 2342, terzo comma e 2481 c.c. che prevedono l'integrale esecuzione dei conferimenti precedentemente dovuti.

Un orientamento risalente sosteneva l'impossibilità di procedere a compensazione con un credito vantato verso la società in ragione della mancanza di incremento del patrimonio che derivava dalla compensazione, in contrasto con l'attestazione dell'aumento.

Tale orientamento è stato abbandonato a partire dal momento in cui si è iniziato a considerare la compensazione quale liberazione della società da un peso economico.³⁹

Secondo la giurisprudenza, i versamenti in conto futuro aumento di capitale effettuati dai soci non determinano crediti esigibili a richiesta durante la vita della società.⁴⁰

Inoltre, dal momento che l'aumento di capitale da eseguirsi in denaro e a mezzo conferimento di beni in natura o di crediti sono considerate fattispecie diverse, la giurisprudenza ha ritenuto che non sia possibile la compensazione nell'ipotesi in cui l'aumento di capitale debba essere eseguito mediante versamento in denaro poiché la

³⁹ F. GUERRERA, *Commento all'art. 2440, in Società di capitali*, 1165.

⁴⁰ Cass., 3 dicembre 1980, n. 6315, in *Giur. comm.* 1981, II, 895.

compensazione è riferita esclusivamente all'operazione di aumento attraverso conferimento di beni e crediti.⁴¹

In virtù del rinvio agli artt. 2254 e 2255 c.c. attinenti alla garanzia e ai rischi di quanto conferito e all'art. 2343 c.c. inerente la stima, in capo socio che conferisce beni in natura incombe l'onere di garantire quanto previsto dalle norme sulla vendita: in particolare, il socio è tenuto a consegnare la cosa alla società destinataria del conferimento, consentirle l'acquisto della proprietà o del diritto se ciò non costituisce effetto immediato del contratto e offrire la garanzia per vizi ed evizione.

Nell'ipotesi in cui si verificasse l'evizione, il socio è tenuto a corrispondere alla società la somma equivalente al valore del bene.

Se oggetto dell'evizione è un bene essenziale per la società, ne può derivare anche lo scioglimento della società stessa.

Il conferimento di un socio può avere ad oggetto anche un credito che egli vanta verso terzi. Tuttavia, nel caso in cui il debitore ceduto sia insolvente, il socio risponderà *ex lege* nei confronti della società nei limiti del valore assegnato al suo conferimento.

Sarà, inoltre, tenuto al rimborso delle spese ed a corrispondere gli interessi.

In mancanza, potrà essere escluso della società.⁴²

Nell'ipotesi in cui il socio conferisca beni in natura o crediti, egli è tenuto a presentare una relazione giurata redatta da un esperto designato dal tribunale che dovrà essere allegata all'atto costitutivo.

Tale relazione deve contenere un'approfondita descrizione dei beni in natura e dei crediti oggetto del conferimento, la valutazione di ciascun elemento conferito, i criteri sulla base dei quali è stata compiuta la valutazione, l'attestazione che la valutazione è almeno pari al valore del capitale sottoscritto e dell'eventuale sovrapprezzo.⁴³

Il valore è costituito da quello corrente, quello di vendita, il valore di mercato, il costo di sostituzione per le immobilizzazioni tecniche, diminuito dal grado di obsolescenza, quello desumibile dalla comparazione con beni analoghi, il valore di listino, il valore della quotazione.

⁴¹ Cass., 22 febbraio 2005, n. 3577, in *Giur. comm.*, 2007, 3, 591;

⁴² Ai sensi dell'art. 2255 c.c. "Il socio che ha conferito un credito risponde della insolvenza del debitore, nei limiti indicati dall'articolo 1267 per il caso di assunzione convenzionale della garanzia".

⁴³ Ai sensi dell'art. 2343 c.c.: "Chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società, contenente la descrizione dei beni o dei crediti conferiti, l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo e i criteri di valutazione seguiti. La relazione deve essere allegata all'atto costitutivo."

Per quanto attiene l'azienda, la valutazione si svolge con metodo patrimoniale per i singoli beni e con metodo reddituale per il valore dell'avviamento.

La valutazione dei beni immateriali è effettuata prendendo come indici il costo sostenuto per l'acquisizione ed i ricavi che assicurano, anche sotto il profilo dell'eventuale licenza e dunque dello sfruttamento e dell'utilizzo anche da parte di altri.

I crediti sono valutati prendendo in considerazione il valore di realizzo, pertanto è necessario che si proceda ad una valutazione accurata e ad un'eventuale svalutazione.

Sul socio che conferisce il credito incombe la responsabilità per il mancato realizzo dello stesso o per la sua svalutazione, dunque la disciplina è divergente rispetto a quella dettata per il caso di cessione generale del credito ove il cedente risponde solo nell'ipotesi in cui abbia assunto espressamente la garanzia dell'adempimento.

Affinché sia rispettato il disposto dell'art. 2346 c.c., secondo cui *“In nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale”*, è necessario che il conferimento e conseguentemente la consistenza del credito conferito sia effettiva.

Nell'ipotesi di svalutazione o inadempimento del debitore ceduto, il socio è tenuto a versare l'equivalente del credito oppure deve essere escluso dalla società.

Se il socio non provvede al versamento dell'equivalente e gli altri soci non suppliscono a tale inadempimento, si procede alla liquidazione della società ove il capitale scende al di sotto del minimo legale.

Trattandosi di elementi che hanno già costituito oggetto di valutazione da parte della società, non sono ulteriormente valutati in sede di conferimento il versamento effettuato dal socio in conto futuro aumento di capitale ed il credito che il socio abbia verso la società e che risulti dal bilancio o da altra valutazione contabile e che possa essere opposto in compensazione.⁴⁴

La valutazione deve essere svolta da un esperto nominato dal Tribunale del luogo in cui la società ha la sede, pertanto non ha valore una perizia proveniente da un soggetto che non sia stato nominato dal Tribunale oppure che sia stato nominato da un Tribunale diverso da quello della circoscrizione in cui ha sede la società.

L'esperto risponde dei danni causati alla società, ai soci e ai terzi.

⁴⁴ Trib. Milano, 20 marzo 2013, sentenza integrale in www.giurisprudenza.delle.imprese.it

In merito il legislatore opera un rinvio all'art. 64 c.p.c. che determina l'assoggettamento dell'esperto alle responsabilità penali relative ai periti.⁴⁵

Entro centottanta giorni dall'iscrizione della società, gli amministratori sono tenuti a controllare le valutazioni contenute nella relazione dell'esperto e, in presenza di fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima.

Fino al momento in cui non sia stato effettuato il controllo sulle valutazioni, le azioni corrispondenti ai conferimenti non possono essere alienate e devono restare depositate presso la società.

Nell'ipotesi in cui si appuri che il valore dei beni o dei crediti conferiti sia inferiore di oltre un quinto a quello per cui è avvenuto il conferimento, la società è tenuta a ridurre proporzionalmente il capitale sociale, annullando le azioni che risultano scoperte.

Tuttavia, al socio conferente è riconosciuta la facoltà di versare la differenza in danaro o recedere dalla società.

Se il socio decide di percorrere la strada del recesso, ha diritto alla restituzione del conferimento, qualora sia possibile in tutto o in parte in natura.

L'atto costitutivo può prevedere che per effetto dell'annullamento delle azioni si determini una loro diversa ripartizione tra i soci.⁴⁶

Nell'ambito della previsione in commento non è fatta menzione di un controllo da svolgersi al momento stesso del conferimento, tuttavia, nonostante tale mancanza, non sussistono dubbi circa la necessità dello stesso; nello svolgere tale tipologia di controllo, gli amministratori sono tenuti a dare atto di inadeguatezze, errori o sproporzioni con il mercato compiuti da parte del consulente nominato dal Tribunale.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 2343, comma 2, c.c. *“L'esperto risponde dei danni causati alla società, ai soci e ai terzi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 64 del codice di procedura civile.”*

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 2343, comma 2, c.c. *“L'esperto risponde dei danni causati alla società, ai soci e ai terzi. Si applicano le disposizioni dell'articolo 64 del codice di procedura civile.”*

Il rinvio all'art. 64 c.p.c. determina l'assoggettamento dell'esperto alle responsabilità penali relative ai periti. Il terzo ed il quarto comma dell'art. 2343 stabiliscono che: “Gli amministratori devono, nel termine di centottanta giorni dalla iscrizione della società, controllare le valutazioni contenute nella relazione indicata nel primo comma e, se sussistano fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima. Fino a quando le valutazioni non sono state controllate, le azioni corrispondenti ai conferimenti sono inalienabili e devono restare depositate presso la società.

Se risulta che il valore dei beni o dei crediti conferiti era inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento, la società deve proporzionalmente ridurre il capitale sociale, annullando le azioni che risultano scoperte. Tuttavia il socio conferente può versare la differenza in danaro o recedere dalla società; il socio recedente ha diritto alla restituzione del conferimento, qualora sia possibile in tutto o in parte in natura. L'atto costitutivo può prevedere, salvo in ogni caso quanto disposto dal quinto comma dell'articolo 2346, che per effetto dell'annullamento delle azioni disposto nel presente comma si determini una loro diversa ripartizione tra i soci.”

In virtù del rilievo attribuito al controllo sulla valutazione da parte del legislatore, si ritiene preferibile che gli amministratori nominino un tecnico in base alla tipologia del bene conferito.

Tale considerazione è giustificata dalla ratio sottostante la previsione di un controllo sulla valutazione ossia quella di evitare un annacquamento e un difetto di consistenza del capitale.

Per la ragione appena esposta, non è necessario procedere alla designazione di un tecnico allorché sia possibile far riferimento a valori di listino o di mercato, come nel caso delle azioni quotate.

L'organo amministrativo e quello di controllo societario sono tenuti a redigere la propria relazione in maniera congiunta o disgiunta e a decidere se confermare o variare la valutazione del bene conferito e conseguentemente se confermare o ridurre la consistenza del capitale.

Nell'ipotesi in cui sia individuato un valore minore rispetto a quello indicato nella relazione dell'esperto del Tribunale, esso diviene rilevante solo se la sua consistenza rende necessaria una riduzione del capitale sociale.

Se la riduzione del capitale è considerata necessaria da parte dei sindaci, ma gli amministratori non concordano, allora l'organo di controllo ha la possibilità di tutelarsi dando formale constatazione del proprio orientamento, anche in aggiunta alla relazione già redatta.

La valutazione dei beni conferiti è una competenza specifica affidata agli amministratori, pertanto in merito ad essa non è previsto alcun intervento dell'assemblea dei soci.

Una volta che la valutazione sia stata conclusa, essa deve essere sottoposta all'assemblea che procede alla riduzione del capitale se la differenza di valutazione supera il quinto, a meno che il socio non integri il valore mancante. In tale eventualità, al socio è anche offerta la possibilità di recedere dalla società.

Nell'ipotesi in cui la nuova valutazione non sia inferiore ad un quinto, non si pone un obbligo di riduzione del capitale sociale.

Per quanto attiene la società a responsabilità limitata, la disciplina è semplificata in quanto si prevede che la relazione sui beni conferiti sia redatta da parte di un revisore legale o di una società di revisione, vengano descritti i beni conferiti, rappresentati i criteri di valutazione e che venga redatta l'attestazione che il loro valore è almeno pari a

quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo.⁴⁷

Per tale tipologia di società non è prevista una valutazione nei mesi successivi, pertanto, a maggior ragione rispetto alla società per azioni, si ritiene necessario che gli amministratori verifichino il valore sin dall'inizio, quantomeno se vi siano errori o vistose incongruenze.

Dal punto di vista normativo, l'art. 2481-bis c.c., contenente la disciplina sull'aumento di capitale mediante nuovi conferimenti, non richiama l'onere di accompagnare il conferimento con la relazione giurata.

Tuttavia, se tale onere è previsto per il conferimento di beni in natura e di crediti alla costituzione della società, non si comprende il motivo per cui non dovrebbe essere imposto anche in sede di aumento di capitale.

In merito, vengono in rilievo due interessi: da un lato, l'interesse del socio alla proporzionalità della partecipazione rispetto al sacrificio; dall'altro, quello del terzo alla corrispondenza tra il conferimento e il capitale.⁴⁸

La delibera di aumento di capitale deve prevedere l'eventuale sovrapprezzo e le modalità ed i termini entro i quali può essere esercitato il diritto di sottoscrizione.

Tali termini non possono essere inferiori a trenta giorni dal momento in cui viene comunicato ai soci che l'aumento di capitale può essere sottoscritto.

La delibera può anche consentire, disciplinandone le modalità, che la parte dell'aumento di capitale non sottoscritta da uno o più soci sia sottoscritta dagli altri soci o da terzi.

5. Il diritto di opzione ed il diritto del socio di sottoscrivere il capitale in proporzione alla partecipazione posseduta.

Il diritto di opzione è il diritto dei soci attuali di sottoscrivere, in proporzione al numero delle azioni possedute, le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili.

Se vi sono obbligazioni convertibili il diritto di opzione spetta anche ai possessori delle obbligazioni convertibili in concorso con i soci sulla base del rapporto di cambio.⁴⁹

⁴⁷ Artt. 2465, 2481 e 2481-bis, c.c.

⁴⁸ Cass., 2 marzo 2001, n. 3052, in *Società*, 2001, 802;
Cass., 4 febbraio 2000, n. 1240, in *Giur. it.*, 2000, 1662.

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 2441, comma 1, c.c.: *“Le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni devono essere offerte in opzione ai soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio.”*

Si tratta della medesima disciplina prevista per le società a responsabilità limitata dall'art. 2481-bis c.c., secondo cui in caso di decisione di aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti spetta ai soci il diritto di sottoscriverlo in proporzione delle partecipazioni da essi possedute.

Tale norma trova la sua ratio nella possibilità offerta al socio di mantenere lo stesso peso della partecipazione anche dopo l'aumento di capitale.

Per quanto riguarda, invece, i titolari delle obbligazioni convertibili, si intende tutelare il diritto di conservare lo stesso peso nella futura partecipazione sociale, nel caso di esercizio della conversione.

L'offerta di opzione deve essere depositata presso l'ufficio del registro delle imprese e contestualmente deve essere resa nota mediante un avviso pubblicato sul sito internet della società o, in mancanza, mediante deposito presso la sede della società.

Coloro che esercitano il diritto di opzione, se ne fanno contestuale richiesta, hanno il diritto di prelazione sulle azioni e le obbligazioni non optate.⁵⁰

Il diritto di prelazione non è, invece, riconosciuto per i titoli quotati nei mercati regolamentati per i quali è previsto che i diritti di opzione non esercitati devono essere offerti sul mercato dagli amministratori.

Per quanto attiene la natura del diritto di opzione, in merito ad essa si sono formati orientamenti discordanti: una parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene che esso debba essere classificato come un diritto di prelazione in virtù della preferenza accordata ai soci e ai titolari delle obbligazioni convertibili rispetto ad altri⁵¹; la restante parte ritiene che esso rappresenti un'offerta unilaterale e irrevocabile della società ai sensi dell'art. 1329 e dell'art. 1331 c.c.⁵²

Per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a quattordici giorni dalla pubblicazione dell'offerta nel sito internet della società, o, in mancanza, dall'iscrizione dell'offerta nel registro delle imprese.

A differenza del termine per la sottoscrizione dell'aumento di capitale che viene fissato dall'assemblea con la deliberazione, il termine per l'esercizio del diritto di opzione e

⁵⁰ *Ai sensi dell'art. 2441, comma 2, c.c.: "L'offerta di opzione deve essere depositata presso l'ufficio del registro delle imprese e contestualmente resa nota mediante un avviso pubblicato sul sito internet della società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione, o, in mancanza, mediante deposito presso la sede della società."*

⁵¹ Trib. Nola, 14 febbraio 2005, in *Foro pad.*, 2006, I, 173.

⁵² Trib. Roma, 8 aprile 2000, in *Nuovo dir.*, 2000, 520.

quello per la successiva prelazione dell'inoptato sono fissati dagli amministratori che sono tenuti ad iscrivere l'avviso.⁵³

Affinché sia rispettato il principio della parità di trattamento, è necessario che il termine per l'esercizio del diritto di opzione sia identico per tutti i soci.

Tale regola generale trova eccezione in alcuni casi speciali, come quelli che afferiscono alla partecipazione pubblica, in cui il diritto di opzione debba essere riservato a particolari soci.

Secondo la giurisprudenza, i soci all'unanimità hanno la possibilità di rinunciare al deposito dell'offerta di opzione presso l'ufficio del registro, in quanto tale deposito è previsto esclusivamente nel loro interesse.⁵⁴

Il diritto di opzione può essere ceduto e circolare in maniera autonoma rispetto al titolo azionario cui afferisce mediante incorporazione in un'apposita cedola.

Per quanto attiene la richiesta di prelazione sulle azioni inoptate, l'assemblea può deliberare che la stessa sia assoggettata ad un termine ulteriore e successivo rispetto a quello previsto per l'esercizio del diritto di opzione.

Nell'ipotesi in cui si versi in una di quelle speciali fattispecie per cui il diritto di opzione debba essere riservato a particolari categorie di soci, come accade nel caso del socio pubblico, il diritto di prelazione sulle azioni non optate segue la stessa sorte.

La qualificazione del diritto di prelazione è oggetto di un'accesa discussione in sede dottrina e giurisprudenziale: un primo orientamento sostiene che tale diritto derivi da quello di opzione; un secondo filone di pensiero ritiene, invece, che esso costituisca un diritto autonomo derivante anch'esso dalla partecipazione.⁵⁵

L'accoglimento di uno o dell'altro orientamento comporta la possibilità o meno che la prelazione possa essere soggetta a condizioni diverse.

Tenendo conto di interessi di particolare rilevanza, il legislatore ha previsto la possibilità di esclusione del diritto di opzione in determinate fattispecie: in particolare, si tratta delle ipotesi in cui il conferimento deve essere effettuato in natura, la partecipazione è offerta ai dipendenti oppure le azioni sono collocate sul mercato.

In aggiunta a queste ipotesi tipizzate, è previsto che quando l'interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento di capitale.

⁵³ Trib. Catania 18 luglio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, I, 85.

⁵⁴ Trib. Milano, 22 febbraio 1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 262 e 752.

⁵⁵ G. MUCCIARELLI, *La prelazione nell'art. 2441, comma 3*, in *Riv. soc.*, 1992, 17;
R. WEIGMANN, *La prelazione sui titoli inoptati*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 608.

Con tale previsione si offre tutela all'interesse della società che costituisce un un interesse superiore a quello del socio a mantenere lo stesso peso della partecipazione.

Nell'ipotesi in cui il diritto di opzione sia escluso perchè il conferimento deve essere effettuato in natura o sussiste un interesse sociale divergente, gli amministratori sono tenuti a redigere un'apposita relazione in cui illustrano le ragioni dell'esclusione o della limitazione e, nel caso specifico del conferimento in natura, rappresentano i criteri per la determinazione del prezzo di esclusione.

Si ritiene che l'esclusione o la limitazione del diritto di opzione possano derivare non solo da un interesse la cui soddisfazione sia imprescindibile o necessaria, ma anche quando essa sia opportuna, purché siano indicate specifiche motivazioni e la situazione sia ben rappresentata.

Qualora l'esclusione derivi da un conferimento in natura, la relazione degli amministratori prima, e la delibera poi, devono individuare le ragioni di opportunità dell'acquisizione e della modifica sul diritto di opzione.

Inoltre, è previsto che la valutazione del bene deve sia accompagnata da perizia redatta da un esperto.

Altro elemento che deve essere illustrato nell'ambito della relazione degli amministratori è rappresentato dai criteri adottati per la determinazione del prezzo di emissione delle azioni.

La relazione deve essere comunicata dagli amministratori al collegio sindacale o al consiglio di sorveglianza e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti almeno trenta giorni prima di quello fissato per l'assemblea.

Entro quindici giorni il collegio sindacale deve esprimere il proprio parere sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni.

Relazione e parere devono essere depositati e costituire oggetto di esame per la delibera dell'assemblea e di eventuale contestazione.

Soprattutto nelle fattispecie non tipizzate, l'esclusione del diritto di opzione può costituire un abuso della maggioranza in danno della minoranza, cui la minoranza può opporsi.

Gli amministratori dovrebbero prevenire tale situazione indicando e rappresentando, nella propria relazione, l'interesse sociale tutelato in maniera specifica e dettagliata.

L'esclusione del diritto di opzione comporta la determinazione di un sovrapprezzo, ossia di un prezzo di emissione aumentato del valore corrispondente del patrimonio netto.

Tale previsione trova la propria ratio nella tutela dei soci, il cui diritto di opzione sia stato escluso o limitato: in particolare, il sovrapprezzo costituisce ristoro economico e compensazione del sacrificio ed evita che i nuovi soci si avvantaggino del patrimonio nel frattempo accumulato dalla società.

Il sovrapprezzo può essere previsto anche quando le azioni di nuova emissione vengano offerte ai soci in quanto esso assicura che le azioni siano collocate ad un prezzo corrispondente al valore effettivo.

Occorre sottolineare che la fissazione del sovrapprezzo potrebbe comportare una limitazione del diritto di opzione poiché rende più oneroso il suo esercizio.

Tuttavia, se il sovrapprezzo corrisponde al maggior valore della partecipazione rispetto al valore reale della società non più corrispondente a quello nominale, esso di per sé non può essere contrario all'interesse del socio e può anzi rendersi necessario dall'esigenza di garantire alla società i mezzi finanziari necessari al suo sviluppo.

Dalle ragioni appena esposte si evince che non è possibile stabilire a priori un'incompatibilità tra sovrapprezzo e diritto di opzione, pertanto è necessario condurre una verifica caso per caso.

In dottrina vi è stata una discussione in merito alla possibilità di rimettere agli amministratori la determinazione del sovrapprezzo se la delega dell'assemblea non lo abbia previsto espressamente.

La risposta a tale quesito dovrebbe essere affermativa per diverse ragioni: in particolare, le specifiche competenze rimesse all'organo gestorio, la più ampia delegabilità dell'aumento di capitale rispetto al passato, la possibilità per il socio di impugnare la delibera del consiglio se la fissazione del sovrapprezzo sia lesiva dei suoi interessi.⁵⁶

Nelle società con azioni quotate in mercati regolamentati o negoziate in sistemi multilaterali di negoziazione lo statuto può altresì escludere il diritto di opzione nei limiti del dieci per cento del capitale sociale preesistente, a condizione che il prezzo di emissione corrisponda al valore di mercato delle azioni e ciò sia confermato in apposita relazione da un revisore legale o da una società di revisione legale.

Le ragioni dell'esclusione o della limitazione nonché i criteri adottati per la determinazione del prezzo di emissione devono risultare da apposita relazione degli amministratori, depositata presso la sede sociale e pubblicata nel sito internet della società entro il termine della convocazione dell'assemblea.

⁵⁶ In tale senso, Cass., 28 marzo 1996, n. 2850, in Foro it., 1997, 1, 235.

In dottrina, in senso favorevole, F. GUERRERA, *Commento all'art. 2440 c.c.*, in *Società di capitali*, cit.

La fattispecie appena esposta costituisce un caso di esclusione parziale e statutaria del diritto di opzione per cui non è necessaria una particolare maggioranza assembleare, essendo l'ipotesi di compressione già regolata dal legislatore nella fattispecie e nei suoi termini, ed essendovi a monte una determinazione dei soci espressa in sede statutaria.

Il discostamento da quanto previsto dal legislatore in merito alla previa accettazione dei soci, espressa nello statuto, al limite del 10 % del capitale preesistente e alla circostanza che il prezzo di emissione delle azioni deve corrispondere al valore di mercato delle azioni ed essere confermato in apposita relazione, rende la delibera invalida.

Occorre considerare che il limite quantitativo prescritto può essere eluso mediante una serie di aumenti di capitale deliberati a distanza di brevi periodi che non superino il 10 % singolarmente, anche in ragione delle oscillazioni del prezzo delle azioni.⁵⁷

In un'ipotesi simile, le delibere costituirebbero un abuso, pertanto sarebbero soggette ad impugnazione con conseguente rischio di risarcimento del danno come previsto dall'art. 2379-ter c.c.

Non si considera escluso né limitato il diritto di opzione qualora la deliberazione di aumento di capitale preveda che le azioni di nuova emissione siano sottoscritte da banche, da enti o società finanziarie soggetti al controllo della Commissione nazionale per le società e la borsa ovvero da altri soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività di collocamento di strumenti finanziari, con obbligo di offrirle agli azionisti della società.

Nella fattispecie in commento non si concretizza alcuna esclusione o limitazione del diritto di opzione; semplicemente, per ragioni organizzative, i titoli vengono gestiti da banche, società finanziarie o altro intermediario che sottoscrive l'aumento con l'obbligo di offrirlo.

Nel periodo di detenzione delle azioni offerte agli azionisti e comunque fino a quando non sia stato esercitato il diritto di opzione, i medesimi soggetti non possono esercitare il diritto di voto in modo da non interferire con le determinazioni assembleari.

Con deliberazione dell'assemblea presa con la maggioranza richiesta per le assemblee straordinarie può essere escluso il diritto di opzione per le azioni di nuova emissione, se queste sono offerte in sottoscrizione ai dipendenti della società o di società che la controllano o che sono da essa controllate.

Lo scopo di tale previsione è quello di offrire una gratificazione al dipendente che possa rendersi utile all'interesse sociale e all'attività dell'impresa.

⁵⁷ F. GUERRERA, *Commento all'art. 2441, in Società di capitali*, cit., 1173 ss.

Occorre, però, sottolineare che in questo modo si determina la prevalenza di un interesse privato rispetto ad un altro interesse privato.

Secondo la dottrina, nell'ambito della fattispecie in commento non sarebbe necessaria una relazione che specifichi le motivazioni alla base della esclusione del diritto di opzione, in quanto questa sarebbe già manifesta.⁵⁸

Tuttavia, ragioni di cautela e trasparenza portano a ritenere opportuna la redazione di una relazione accompagnatoria.

In particolare, la relazione dovrebbe giustificare l'opportunità anche temporale della scelta e della riserva a favore dei dipendenti dell'emittente, della controllante o controllata ed eventualmente della fascia di dipendenti individuata.

Secondo la giurisprudenza, con riferimento alle azioni offerte ai dipendenti è possibile imporre particolari limiti di alienazione ed il diritto della società di procedere al loro acquisto al verificarsi di alcune condizioni.⁵⁹

Se le azioni sono quotate in mercati regolamentati o negoziate in sistemi multilaterali di negoziazione, i diritti di opzione non esercitati devono essere offerti nel mercato regolamentato o nel sistema multilaterale di negoziazione dagli amministratori, per conto della società, entro il mese successivo alla scadenza del termine previsto, per almeno due sedute, salvo che i diritti di opzione siano già stati integralmente venduti.

Da tale disposizione si desume che nell'ipotesi in cui il diritto di opzione non venga esercitato, esso andrà collocato direttamente sul mercato delle azioni e della vendita ne beneficia la società.

In giurisprudenza sono state prospettate tesi contrastanti in merito all'invalidità della delibera che esclude o limita il diritto di opzione: in particolare, secondo un primo orientamento essa sarebbe annullabile, in base ad altro filone di pensiero essa sarebbe nulla.⁶⁰

Secondo la tesi prevalente in dottrina la delibera può costituire un abuso della maggioranza in danno alla minoranza.⁶¹

⁵⁸ Ass. Desiano Preite, *Il diritto della società*, Bologna, 2012, 234.

⁵⁹ Trib. Torino, 8 maggio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 24.

⁶⁰ Nel senso dell'annullabilità, in quanto violazione di interessi individuali, Cass. civ., sez. VI, 16 ottobre 2014, n. 21942;

Nel senso della nullità per violazione di norme imperative e inderogabili e poste a tutela di un interesse generale, Cass., 7 novembre 2008, n. 26842.

⁶¹ F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, 181.

Occorre sottolineare che anche nell'ipotesi in cui le azioni siano state costituite in usufrutto, pegno o siano soggette a sequestro, il relativo diritto di opzione spetta al socio.⁶²

Si discute in merito al soggetto nei cui confronti il socio possa agire allorché le azioni siano state date a terzi in violazione del diritto dei soci: in particolare, secondo parte della dottrina il socio può agire direttamente nei confronti del terzo; altra parte sostiene che l'azione vada esercitata nei confronti della società.

Per quanto attiene la società a responsabilità limitata, la disciplina del diritto di opzione è modellata in termini leggermente diversi.

In particolare, si prevede che tale diritto possa essere escluso o limitato solo nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo disponga in tal senso.

Sia nell'ambito della disciplina della società per azioni, che in quella della società a responsabilità limitata il mancato esercizio del diritto di opzione può comportare la perdita della qualità di socio.

Infatti, può accadere che successivamente al verificarsi di perdite l'assemblea deliberi l'azzeramento del capitale e la sua ricostituzione immediata.

Vi è la possibilità di assicurare l'aumento di capitale mediante l'emissione di titoli di sottoscrizione a pagamento che prendono il nome di *warrants* di sottoscrizione.

Tali titoli consentono di diluire e differire nel tempo l'aumento di capitale.

Diversi sono stati gli orientamenti giurisprudenziali in merito alla natura dei *warrants*: in particolare, un primo filone di pensiero li ha identificati come diritto di credito⁶³, soggetti anche ad autonoma circolazione e rappresentanti altri diritti (come il diritto di esercitare l'opzione al prezzo prefissato oppure il rispetto del termine per l'esercizio stesso) di natura contrattuale, tutelabili in sede giudiziaria in caso di violazione da parte della società medesima; Altro orientamento li ha classificati come strumenti finanziari con cui viene cartolarizzato il diritto di acquisto o di sottoscrizione di azioni rappresentanti un diritto potestativo di accettare la proposta di acquisto di nuove azioni a prezzo concordato.

Secondo la dottrina i *warrants* si sostituiscono alla disciplina normativa, ma comunque restano vincolati allo scopo di tutelare i soci consentendogli il mantenimento della proporzione della loro partecipazione.⁶⁴

⁶² Trib. Milano, 25 novembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1885.

⁶³ Trib. Milano, 11 luglio 2011, in *Redazione Giuffrè*, 2011.

⁶⁴ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* 2, Torino, 2015.;
R. ROSAPEPE, *Dir. soc., Manuale breve*, Milano, 2008.

Bisogna prendere in esame l'ipotesi in cui la società emittente proceda ad un aumento di capitale nel corso del periodo di esercizio di un warrant azionario.

Se tale aumento determinasse il decremento del valore del titolo di compendio con pregiudizio del titolare del *warrant*, quest'ultimo potrebbe tutelarsi avvalendosi dell'eventuale clausola, prevista dal Regolamento di emissione dei *warrants*, di rettifica automatica al ribasso del prezzo di riscatto (c.d. *strike price*).⁶⁵

6. L'aumento di capitale con utilizzo di riserve e fondi.

Un'ulteriore metodologia attraverso la quale si può procedere ad un aumento di capitale sociale è rappresentata dalla modifica giuridica di disponibilità patrimoniali già presenti nella società.

In particolare, è possibile assoggettare le riserve e gli altri fondi al vincolo del capitale sociale determinandone una conversione del titolo, ma lasciando invariata la loro entità.

In ipotesi del genere il valore economico del patrimonio sociale resta invariato in quanto non sono apportate nuove ricchezze, ma si procede esclusivamente ad una riclassificazione delle ricchezze già presenti.

Ne deriva che non si verificano mutamenti della compagine sociale nell'ambito della quale permarranno gli stessi equilibri e diritti.

L'unica modifica derivante da un'operazione di tal genere è rappresentata da un rafforzamento del capitale sociale che corrisponderà in maniera più fedele alla situazione patrimoniale della società.

È necessario che la delibera assembleare di aumento indichi specificamente le riserve e i fondi speciali da utilizzare e l'importo.⁶⁶

Occorre sottolineare che le azioni di nuova emissione conseguenti all'aumento gratuito sono distribuite anche alla società che posseda azioni proprie.⁶⁷

Beneficiano dell'aumento gratuito del capitale anche i titolari delle obbligazioni convertibili e gli azionisti con azioni in usufrutto, pegno sequestro e riporto.⁶⁸

Nonostante non sia normativamente previsto, si ritiene opportuno che sia redatta una situazione patrimoniale aggiornata, salvo che il bilancio sia stato approvato

⁶⁵ Trib. Ivrea, 1 settembre 2005, in *Diritto e Giustizia online*, 2005 e in *Riv. dottori comm.*, 2006, 2, 337.

⁶⁶ Trib. Vicenza, 10 giugno 1986, in *Dir. fall.*, 1986, II, 673.

⁶⁷ Trib. Roma, 27 dicembre 1989, in *Riv. notar.*, 1990, II, 215.

⁶⁸ Trib. Milano, 5 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, 775.

recentemente poiché l'iscrizione a bilancio garantisce la sussistenza della voce patrimoniale.

Secondo il disposto dell'art. 2442 c.c. possono essere imputate a capitale solo le riserve e i fondi iscritti a bilancio in quanto disponibili.

In merito, occorre sottolineare che secondo taluni esponenti della dottrina il concetto di disponibilità non coincide con quello della distribuibilità in quanto non tutte le ricchezze disponibili possono essere distribuite.⁶⁹

Un esempio di quanto appena affermato è riscontrabile nella riserva da sovrapprezzo che non è distribuibile ma può essere convertita in aumento di capitale.⁷⁰

Secondo una tesi dilagante in dottrina e giurisprudenza deve considerarsi indisponibile la riserva legale che viene costituita con l'accantonamento della ventesima parte degli utili netti annuali e fino al raggiungimento del quinto del capitale sociale.

Tale riserva costituisce una fondamentale garanzia per la perdita del capitale, pertanto la sua funzione non può essere alterata.

In base a tale orientamento può essere imputata a capitale solo la parte di riserva eccedente il quinto del capitale sociale.⁷¹

Una tesi minoritaria sostiene, invece, che la riserva legale possa essere impiegata nell'operazione di aumento in quanto consentirebbe ai soci di disporre di nuovi mezzi per la gestione, nel rispetto dei terzi che troverebbero a capitale la riserva.⁷²

Secondo quanto disposto dall'art. 2357-ter c.c. è legata al vincolo di indisponibilità la riserva pari all'importo delle azioni proprie iscritte all'attivo del bilancio fino a quando le azioni non siano trasferite o annullate.

La funzione di tale riserva è quella di controbilanciare il valore delle azioni proprie che non rappresentano un plusvalore rispetto al patrimonio netto.

Dal momento che le azioni proprie non costituiscono una componente patrimoniale reale, mediante la riserva si procede ad una correzione dell'attivo riducendolo dello stesso importo.

In giurisprudenza sono presenti tesi contrastanti in merito alla possibilità di imputare a capitale le riserve destinate alla rivalutazione dei beni iscritti a bilancio.⁷³

⁶⁹ COLOMBO, *Trattato Colombo-Portale*, 712; S. FORTUNATO, in *Riv. soc.*, 91, 154.

⁷⁰ Trib. Bologna, 3 dicembre 1995, decr., in *Le società*, 1996, 688.

⁷¹ Trib. Cassino, decr., 7 febbraio 1992, in *Riv. notar.*, 1992, II, 1276.

⁷² G. BIANCHI, *Le operazioni sul capitale sociale*, Milano, 1998, 167.

⁷³ In senso negativo, Trib. Napoli, 29 luglio 1982, in *Riv. not.*, 1982, 517; Trib. Milano, 20 giugno 1983, in *Le Società*, 1984, 7.

Allo stesso modo, è controversa la disponibilità delle riserve costituite per compensare valori attivi destinati al fisco, che possono essere destinati a capitale a seconda dei casi specifici.⁷⁴

Si ritiene prevalentemente che non siano disponibili, salvo approvazione dei soci all'unanimità, le riserve di utili destinati a distribuzioni future poiché nel caso in commento l'accantonamento presuppone l'insorgenza di un diritto del socio alla futura percezione.

Inoltre, sono indisponibili i fondi costituiti per debiti o per trattamento di fine rapporto o per svalutazione crediti o ammortamenti.

Non sono legate da vincolo di indisponibilità le riserve previste statutariamente da parte dei soci: in particolare, affinché tali riserve siano destinate all'aumento di capitale è sufficiente una modifica statutaria che deve essere approvata secondo le maggioranze dell'assemblea straordinaria.

Ai soci è concessa la possibilità di prevedere nello statuto la creazione di una riserva per futuro aumento di capitale.

In questa ipotesi, ai fini dell'impiego della riserva per l'aumento non occorre una modifica statutaria della sua destinazione, ma è necessaria la delibera di concreta imputazione a capitale, ferma restando la modifica statutaria per l'aumento di capitale.

Nel caso in commento, è necessario condurre una verifica in merito alla natura delle erogazioni dei soci: in particolare, occorre distinguere le erogazioni a titolo di mutuo, per cui la società ha l'obbligo di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, e le erogazioni a titolo di versamento, destinato a confluire in apposita riserva in conto capitale.⁷⁵

La giurisprudenza ha specificato che occorre discernere ulteriormente tra i versamenti effettuati in conto capitale e quelli che si riferiscono ad un futuro aumento di capitale sociale: in particolare, i primi possono essere impiegati come qualsiasi altra riserva, mentre i secondi sono legati ad un futuro aumento di capitale, pertanto nell'ipotesi in cui l'aumento non si verifichi è necessario il rimborso.⁷⁶

Sono connotati da disponibilità anche gli accantonamenti disposti dai soci riportando gli utili a nuovo in sede di approvazione del bilancio e i fondi rischi stanziati a bilancio per

⁷⁴ A. PISANI MASSAMORMILE, *Aumento del capitale sociale, Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G. F. Campobasso, Milano, 2033, 685.

⁷⁵ Cass. civ., Sez. I, 9.12.2015, n. 24861, in www.studiocastellini-notai.it

⁷⁶ Trib. Roma, 12 marzo 2015, sentenza integrale in www.giurisprudenzadelle imprese.it

prevenire eventi sfavorevoli come l'insorgenza della responsabilità o di accertamenti fiscali o l'andamento dei cambi o dei costi.

Un esempio è riscontrabile nell'imputazione a capitale dell'accantonamento disposto in relazione ad un contenzioso che si sia concluso in modo favorevole.⁷⁷

Per quanto attiene la riserva sovrapprezzo disciplinata dall'art. 2431 c.c. , essa può essere imputata a capitale solo allorquando la riserva legale abbia raggiunto la consistenza prevista.

Si discute in merito all'applicazione all'aumento di capitale gratuito dell'art. 2438 c.c. secondo cui l'aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate.⁷⁸

Una parte della dottrina e della giurisprudenza propende per l'inapplicabilità in ragione della differenza sostanziale intercorrente tra l'operazione di aumento di capitale a pagamento e quella gratuita.⁷⁹

L'argomentazione posta a sostegno di tale tesi si fonda sulla ratio della previsione consistente nell'organizzare i conferimenti ed evitare la lievitazione del capitale cui non corrisponde patrimonio reale.

Con riferimento all'aumento gratuito la cautela in commento risulta superflua in quanto tale operazione si sostanzia in una riqualificazione giuridica di una parte del patrimonio già esistente.

Un secondo orientamento ritiene, invece, che l'estensione sia opportuna perchè se venissero emesse nuove azioni gratuite e i vecchi soci, che non hanno ancora eseguito integralmente i conferimenti dovuti, le cedessero a terzi, si perverrebbe ad una soluzione analoga a quella della delibera di aumento a pagamento in presenza di azioni non interamente liberate.

Un'ipotesi a sé stante è rappresentata dall'aumento di capitale gratuito che deriva dall'assegnazione di utili mediante emissione di speciali categorie di azioni ai dipendenti o dirigenti.

Nel caso in commento l'aumento è determinato dal conseguimento di utili che la società decide di impiegare per fidelizzare i lavoratori.

⁷⁷ Trib. Montepulciano, 22 dicembre 1994, in Foro it, 1995, I, 1961.

⁷⁸ M. CERA, *Il passaggio di riserve a capitale*, Milano, 1988.

⁷⁹ P. G. MARCHETTI, *Problemi in tema di aumento di capitale*, in AA.VV. *Aumenti e riduzioni di capitale. Problemi relativi all'attuazione della seconda direttiva CEE*, Milano, 1984, 71;
G. FERRI, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, Utet, 1985, 863.

Se la società ha emesso obbligazioni convertibili, vi è comunque la possibilità di procedere all'aumento gratuito, ma una parte di esso deve essere destinata agli obbligazionisti che possano decidere nei tempi previsti di esercitare il diritto di conversione.

Lo scopo perseguito è quello di mantenere inalterata nel caso di conversione la partecipazione degli obbligazionisti.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente la deliberazione assembleare con cui viene aumentato il capitale mediante utilizzo di riserve disponibili e disposta la distribuzione gratuita delle azioni agli azionisti ordinari e privilegiati in proporzione di quelle possedute non necessita dell'approvazione da parte dell'assemblea degli obbligazionisti privilegiati.⁸⁰

Per ragioni di chiarezza si ritiene che nell'ipotesi di delega agli amministratori per l'aumento di capitale, i soci siano tenuti a specificare la possibilità di estensione all'aumento gratuito, trattandosi di una fattispecie particolare.

A differenza dell'aumento del capitale a pagamento, quello gratuito non necessita della raccolta delle sottoscrizioni ai fini della propria realtà; infatti, tale operazione presuppone la copertura dell'aumento con il patrimonio già esistente.

Nonostante ciò, affinché la delibera di aumento gratuito diventi efficace è necessario che sia iscritta nel registro delle imprese.

Un orientamento dilagante in dottrina sostiene che i soci possano esser considerati proprietari dei titoli a prescindere dalla emissione delle azioni.⁸¹

Tale tesi non è coerente con il vincolo di efficacia in base al quale il patrimonio imputato a capitale accresce la misura della partecipazione del socio a partire dal momento in cui la relativa delibera diviene efficace, mentre nel periodo antecedente i soci sono titolari del patrimonio netto di cui fa parte la riserva distribuibile destinata a capitale.

⁸²L'aumento di capitale può avere natura mista se coperto in parte dai conferimenti e in parte dalla riqualificazione di fondi e riserve.

⁸⁰ Trib. Milano, 22 marzo 1984, in *Le società*, 1984, 889.

⁸¹ U. BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1985, 120;

B. VISENTINI, *Sul funzionamento e sul raggruppamento delle azioni*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1960, 1, 46;
F. CHIOMENTI, *È prescrivibile il diritto del socio alla distribuzione di azioni emesse mediante aumento gratuito del capitale?*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 269.

⁸² F. GRANDE STEVENS, *Prescrivibilità del diritto del socio alle azioni c.d. gratuite emesse in occasione di aumento di capitale*, in *Riv. soc.*, 1982, 1165.

Tale tipologia di aumento è illegittimo nell'ipotesi in cui sia condizionato alla sottoscrizione dell'aumento a pagamento poiché il socio che non si determinasse alla sottoscrizione perderebbe anche l'assegnazione gratuita delle nuove azioni.

Non possono essere sollevati rilievi di illegittimità se tutti i soci si determinano alla sottoscrizione.

7. La delega agli amministratori per l'aumento di capitale sociale.

Mediante lo statuto è possibile conferire agli amministratori la facoltà di aumentare in una o più volte il capitale fino ad certo un ammontare e per il periodo massimo di cinque anni dalla data dell'iscrizione della società nel registro delle imprese o della delibera, attribuendo anche il potere di escludere o limitare il diritto di opzione.⁸³

Qualora gli amministratori decidano di deliberare l'aumento di capitale con conferimenti di beni in natura o di crediti senza la relazione da parte dell'esperto, il conferimento non può avere efficacia, salvo che consti il consenso di tutti i soci, prima del decorso del termine di trenta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di aumento.

Entro detto termine uno o più soci che rappresentano, e che rappresentavano alla data della delibera di aumento del capitale, almeno il ventesimo del capitale sociale, nell'ammontare precedente l'aumento medesimo, possono richiedere che si proceda, su iniziativa degli amministratori, ad una nuova valutazione.

Innovativa rispetto alla disciplina previgente è l'attribuzione agli amministratori anche del potere di comprimere in tutto o in parte il diritto di opzione.

Si ritiene che la delega in commento sia assolutamente coerente con il generale ampliamento dei poteri di gestione degli amministratori.

Infatti, non merita accoglimento la tesi secondo la quale la valutazione sulla opportunità di aumentare il capitale, sull'entità dell'aumento e sulla eventuale compromissione del diritto di opzione estenda le competenze dell'organo amministrativo nel campo dell'organizzazione.⁸⁴

⁸³ Ai sensi dell'art. 2443, comma 1, c.c. *“Lo statuto può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare in una o più volte il capitale fino ad un ammontare determinato e per il periodo massimo di cinque anni dalla data dell'iscrizione della società nel registro delle imprese. Tale facoltà può prevedere anche l'adozione delle deliberazioni di cui al quarto e quinto comma dell'articolo 2441; in questo caso si applica in quanto compatibile il sesto comma dell'articolo 2441 e lo statuto determina i criteri cui gli amministratori devono attenersi.”*

⁸⁴ Così F. GUERRERA, *Commento all'art. 2442*, in *Società di capitali*, cit., 1187.

Tali competenze hanno natura prettamente gestoria e rientrano a pieno titolo nella valutazione sull'adeguatezza dell'organizzazione rimessa agli amministratori.⁸⁵

La delega presuppone il consenso dei soci che viene espresso in sede statutaria o in una successiva delibera assembleare.

La lettera del codice sembra suggerire che la delibera assembleare successiva possa conferire agli amministratori esclusivamente la facoltà di comprimere il diritto di opzione.

Tale interpretazione non merita accoglimento perchè è irragionevole consentire il conferimento della delega agli amministratori mediante lo statuto, ma non successivamente, tanto più se il legislatore ha previsto che l'assemblea possa introdurre anche la facoltà di regolare il diritto di opzione.

Per la ragione appena esposta, si deve concludere che, evidentemente, la delibera assembleare successiva introduce una modifica dello statuto.

Agli amministratori è rimessa la determinazione delle componenti maggiormente tecniche della delibera consistenti nella valutazione dei dati che rendono necessario od opportuno l'aumento, quali le spese, gli investimenti, i ricavi, la strategia, il business plan ed il mercato.

Occorre sottolineare che la delega è attribuita all'organo amministrativo, piuttosto che ai singoli amministratori, in quanto essa è conferita per il periodo di cinque anni oltre l'ordinaria scadenza della carica.

La delega non determina l'esclusione della medesima competenza in capo all'assemblea, piuttosto essa è volta ad agevolare la valutazione e l'organizzazione dell'aumento soprattutto quando urge procedere speditamente.

Ferma restando la necessità di rispettare il tetto individuato dall'assemblea e l'arco temporale di 5 anni dalla costituzione della società o dalla delibera successiva, agli amministratori è concesso di procedere all'aumento mediante una o più determinazioni.

È necessario che la delega statutaria indichi le condizioni dell'aumento, l'eventuale facoltà degli amministratori di comprimere il diritto di opzione e se la delega possa riferirsi anche ad un aumento gratuito.

In merito, un orientamento giurisprudenziale risalente considerava illegittima la delibera assembleare di delega che rimettesse agli amministratori di decidere se l'aumento potesse essere a pagamento o gratuito.⁸⁶

⁸⁵ E. GINEVRA, *La formazione del capitale sociale*, Bergamo, 2011.

⁸⁶ Trib. Milano, 11 dicembre 1985, decr., in *Le società*, 1986, 534.

Occorre sottolineare che, di regola, la delibera assembleare di delega si limita ad autorizzare gli amministratori, mentre la delibera del consiglio specifica le caratteristiche dell'offerta, compresa la sua scindibilità o meno.

Si richiede una maggiore specificità quando la delega conferisce anche la facoltà di disporre del diritto di opzione in quanto, in questo caso, occorre che lo statuto o la delibera successiva prevedano anche i criteri cui gli amministratori devono attenersi.

In particolare, bisogna specificare in quali casi il diritto di opzione possa essere compresso ed entro quali limiti .

Per quanto attiene il contenuto della delibera degli amministratori, questa deve indicare ogni aspetto del futuro aumento, le caratteristiche dell'offerta, l'eventuale compressione del diritto di opzione con la relativa motivazione e gli interessi superiori che comportano il sacrificio del socio titolare del diritto dell'opzione .

Se la delibera arreca pregiudizio ai soci, questi ultimi hanno la possibilità di impugnarla. Nell'ipotesi in cui vi sia stato conferimento della delega, ma questa non sia stata esercitata, potrebbe essere accertata una responsabilità in capo agli amministratori se l'aumento fosse stato necessario.⁸⁷

In particolare, nel caso in cui il mancato esercizio della delega abbia comportato la sofferenza di danni per la società, questi potrebbero essere imputati alla negligenza, imprudenza o imperizia degli amministratori nella valutazione delle circostanze specifiche.

Occorre sottolineare che non vige un obbligo in capo agli amministratori di procedere all'aumento nel termine stabilito, infatti questi ultimi hanno la possibilità di vagliare l'opportunità di procedere all'aumento nel tempo stabilito e nel tetto individuato.

Se gli amministratori procedono ad una compressione del diritto di opzione, è necessario che sia redatta una relazione in cui venga dato atto delle ragioni dell'esclusione o della limitazione.

Allo stesso modo si procede nell'ipotesi in cui la compressione del diritto di opzione sia conseguenza della liberazione delle azioni con conferimenti in natura.

Occorre che la relazione redatta dall'organo gestorio sia condivisa con l'organo di controllo.

⁸⁷ Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Le società*, 1989, 1179.

In caso di delibera di aumento da parte dell'assemblea, si prevede che la relazione sia comunicata 30 giorni prima dell'assemblea e che l'organo di controllo esprima il proprio parere 15 giorni prima della stessa.

Se, invece, si è in presenza di delega agli amministratori i termini in commento si applicano con riferimento alla delibera del consiglio.

Mediante la delega è possibile rimettere all'organo gestorio anche la decisione di emettere azioni di categoria, pur in mancanza di un'espressa indicazione in tal senso.

Si ritiene che tale competenza rientri nell'ambito della valutazione della opportunità dell'aumento e delle sue caratteristiche, sempre che la delibera non arrechi pregiudizio ad alcuni soci, né tanto meno alteri l'equilibrio nell'ambito della compagine sociale.

Nell'ipotesi in cui si concretizzi il sacrificio o l'alterazione si rende opportuna una specifica previsione nella delibera di delega.⁸⁸

Nell'ipotesi in cui agli amministratori sia stata attribuita la facoltà di limitare o escludere il diritto di opzione, qualora essi decidano di deliberare l'aumento di capitale con conferimenti di beni in natura o di crediti senza la relazione dell'esperto designato dal tribunale, il conferimento non produce effetti, salvo consenso unanime dei soci, prima che siano decorsi trenta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di aumento, contenente anche le dichiarazioni previste nelle lettere a), b), c) ed e), di cui all'articolo 2343 quater, terzo comma.

Entro tale termine i soci che rappresentano, e che rappresentavano alla data della delibera di aumento del capitale, almeno il ventesimo del capitale sociale, nell'ammontare precedente l'aumento medesimo, hanno la possibilità di richiedere una nuova valutazione.

Se tale domanda non viene proposta, gli amministratori depositano per l'iscrizione nel registro delle imprese la dichiarazione che non sono intervenuti fatti eccezionali o rilevanti che incidono sulla valutazione e l'attestazione che l'aumento di capitale è stato eseguito.⁸⁹

⁸⁸ Così, in dottrina, G. D. MOSCO, *Le deleghe assembleari nella società per azioni*, Milano, 2000, 140; P. G. MARCHETTI, *Nuove Leggi civili commentate*, 1988, 203; F. GUERRERA, *Commento all'art. 2442, in Società di capitali*, 1191.

⁸⁹ Ai sensi dell'art 2443, comma 4, c.c. "Se agli amministratori è attribuita la facoltà di adottare le deliberazioni di cui all'articolo 2441, quarto comma, qualora essi decidano di deliberare l'aumento di capitale con conferimenti di beni in natura o di crediti senza la relazione dell'esperto di cui all'articolo 2343, avvalendosi delle disposizioni contenute nell'articolo 2343 ter, il conferimento non può avere efficacia, salvo che consti il consenso di tutti i soci, prima del decorso del termine di trenta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di aumento, contenente anche le dichiarazioni previste nelle lettere a), b), c) ed e), di cui all'articolo 2343 quater, terzo comma.

La ratio della norma è riscontrabile nella tutela dell'interesse dei soci alla consistenza dell'aumento.

Dalla disposizione si desume che se l'organo gestorio ha ricevuto la delega di sopprimere il diritto di opzione nel caso di conferimenti in natura, conseguentemente ha avuto anche la delega per accogliere i conferimenti in natura.

Ai fini della consistenza patrimoniale, si regola il caso in cui l'amministratore decida di avvalersi del disposto di cui all'art. 2343 - ter c.c. secondo cui non è richiesta la relazione del tecnico nominato dal Tribunale quando la stima dei beni oggetto del conferimento risulti dal mercato o dal bilancio o sia stata oggetto di una precedente relazione negli ultimi 6 mesi da parte di un esperto indipendente e di comprovata professionalità.

Si prevede che nel caso in commento la delibera debba indicare in maniera specifica i beni oggetto del conferimento, il valore ad essi attribuito e il metodo di valutazione prescelto, la dichiarazione della consistenza e adeguatezza della valutazione rispetto all'aumento sottoscritto e la dichiarazione di idoneità dei requisiti di professionalità e indipendenza dell'esperto che ha reso la perizia.

La delibera esplica i propri effetti una volta che siano decorsi 30 giorni, termine entro il quale i soci qualificati possono lamentare la mancata coerenza e inadeguatezza della valutazione proposta dall'organo gestorio.

La lettera del codice sembra suggerire che i soci qualificati possono procedere ad una mera richiesta endosocietaria e che l'amministratore a quel punto sia obbligato a richiedere la nomina dell'esperto da parte del Tribunale.

Per quanto attiene le società a responsabilità limitata, a seguito della riforma è stata estesa la possibilità di delega per l'aumento anche a tale tipo societario ai fini di una migliore e più efficiente organizzazione, soprattutto nei casi in cui tale tipologia di società venga preferito da una compagine sociale non prettamente ristretta e familiare .

La lettera dell'art. 2481 c.c. sembra suggerire che la delega debba essere prevista necessariamente nell'atto costitutivo.

Entro detto termine uno o più soci che rappresentano, e che rappresentavano alla data della delibera di aumento del capitale, almeno il ventesimo del capitale sociale, nell'ammontare precedente l'aumento medesimo, possono richiedere che si proceda, su iniziativa degli amministratori, ad una nuova valutazione ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 2343.

In mancanza di tale domanda, gli amministratori depositano per l'iscrizione nel registro delle imprese unitamente all'attestazione di cui all'articolo 2444 la dichiarazione prevista dall'articolo 2343 quater, terzo comma, lettera d)."

Tale interpretazione appare irragionevole per gli stessi motivi valevoli per la società per azioni, pertanto bisogna ammettere che lo statuto possa essere modificato successivamente con l'introduzione di una clausola che deleghi all'organo gestorio l'aumento del capitale.⁹⁰

Il tenore della disciplina dettata per la società a responsabilità è più ampio rispetto a quanto disposto con riferimento alla società per azioni.

A differenza di quanto previsto dall'art. 2443 c.c., l'art. 2481 c.c. rimette ai soci la fissazione dei limiti e delle modalità relative alla facoltà di aumento del capitale, lasciando aperta la possibilità di non imporre alcuna limitazione.

Tuttavia, è ragionevole ritenere che i soci non attribuiranno all'organo gestorio un potere assoluto che possa esporli ad esclusioni o abusi.

Infatti, nella prassi, la delibera di delega indica almeno l'importo dell'aumento, la durata della delega, se l'aumento possa essere gratuito, se i conferimenti possano essere effettuati in natura o con crediti e se l'aumento possa prevedere la compromissione del diritto di sottoscrizione dei soci in proporzione alla partecipazione già detenuta.

L'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza sostiene che nell'ipotesi in cui la gestione della società sia affidata ad un consiglio di amministrazione, non è lecito delegare l'aumento ad uno dei suoi membri .

⁹⁰ M. S. SPOLIDORO, *L'aumento del capitale sociale nelle s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 464.

8. L'iscrizione nel registro delle imprese.

Nei trenta giorni successivi alla sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori sono tenuti a depositare ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito.

Fino al momento in cui non interviene l'iscrizione nel registro, non è possibile menzionare l'aumento del capitale negli atti della società.⁹¹

Occorre ribadire che la delibera di aumento non determina una modifica del capitale poiché essa ha esclusivamente natura di offerta e di programma ossia di chiarimento del tempo e delle condizioni.

L'aumento deriva dall'effettiva sottoscrizione, cui non deve necessariamente corrispondere l'effettivo pagamento.

Salvo che l'aumento sia stato espressamente dichiarato scindibile, la sottoscrizione deve essere integrale.

Posto che il capitale può ritenersi aumentato a partire dal momento in cui intervengono le sottoscrizioni, il deposito del nuovo statuto, unitamente all'attestazione, deve essere effettuato successivamente a tale momento.

Nell'ipotesi in cui il nuovo statuto venga depositato prima della raccolta delle sottoscrizioni e dell'attestazione da parte degli amministratori delle medesime, il deposito deve considerarsi invalido.

Il deposito di uno statuto che prevede che il capitale sia stato solo deliberato sarebbe privo di rilievo pratico poiché esso non sarebbe in grado di sostituire il deposito successivo alla sottoscrizione.

Deve ritenersi ragionevole l'adozione di una delibera di aumento di capitale che contestualmente autorizzi l'organo gestorio a modificare lo statuto prevedendo l'aumento.

Infatti, nel caso in commento la delibera dichiara esclusivamente l'intento di procedere alla modifica statutaria evitando una nuova delibera, senza prevedere il deposito del nuovo statuto in mancanza di sottoscrizioni.

⁹¹ Ai sensi dell'art. 2444 c.c.: *“Nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito.*

Fino a che l'iscrizione nel registro non sia avvenuta, l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società.”

Nell'ipotesi in cui gli amministratori non procedano alla redazione dell'attestazione, questa deve essere fatta dall'organo di controllo.

Con riferimento all'aumento inscindibile il termine dei 30 giorni decorre dal momento in cui il capitale è integralmente sottoscritto, mentre nel caso di aumento scindibile esso decorre dagli intervalli regolari attestanti i progressivi aumenti che l'assemblea o il consiglio possano avere stabilito.

Nell'ipotesi in cui la sottoscrizione sia contestuale alla delibera non è più necessaria l'attestazione degli amministratori in quanto essa è sostituita dalla dichiarazione di intervenuta sottoscrizione riportata a verbale dell'aumento.⁹²

Ai fini di tutela dei terzi, l'aumento non può essere menzionato negli atti della società fino al momento dell'intervenuta iscrizione nel registro.

⁹² P. G. MARCHETTI, *La pubblicità dell'esecuzione dell'aumento di capitale*, in *Notariato*, 1995, 313.

Capitolo II: Abuso della maggioranza.

1. L'abuso della maggioranza.

L'abuso della maggioranza costituisce una materia per cui il legislatore non ha dettato una disciplina *ad hoc*.

Si tratta di una fattispecie di elaborazione dottrinale che ha trovato riscontro in numerose pronunce giurisprudenziali, anche di legittimità.

Nell'ambito della riforma del diritto societario del 2003, il legislatore ha preferito non dettare una disciplina in materia, probabilmente perchè in questo modo si è evitata l'insorgenza di problematiche di coordinamento ancor più contraddittorie di quanto gli eventuali obiettivi si ponessero di risolvere, demandando alle interpretazioni giurisprudenziali le soluzioni delle casistiche via via emergenti.

Si verifica un abuso di maggioranza allorquando le delibere assembleari, seppur apparentemente valide in quanto adottate nel rispetto formale della legge e dello statuto, sono assunte con il voto determinante della maggioranza con il solo scopo di ledere l'interesse della minoranza senza che vi sia alcun interesse sociale all'adozione della deliberazione.

In particolare, nell'ambito delle società di capitali, spesso vengono a crearsi dei giochi di potere tali per cui chi detiene la maggioranza è portato a compiere degli atti che, seppur formalmente legali, comportano un danno ingiusto agli interessi della minoranza assembleare.⁹³

2. L'assemblea quale organo di formazione della volontà sociale: le delibere assembleari.

Premessa essenziale al fine di passare all'esame delle fattispecie di abuso della maggioranza è un inquadramento dell'assemblea, unico organo al quale il socio, di regola, ha diritto di partecipare in quanto tale ed esercitare il proprio diritto di voto.

Tale affermazione necessita di talune specificazioni in quanto, mentre nelle società per azioni gli azionisti con diritto di voto hanno diritto di partecipare esclusivamente all'assemblea, nell'ambito delle società a responsabilità limitata il combinato disposto

⁹³*Abuso di maggioranza. (2018, 27 aprile). La Legge per Tutti.*
https://www.laleggepertutti.it/202111_abuso-di-maggioranza

degli artt. 2475⁹⁴ e 2479 c.c.⁹⁵ stabilisce che uno o più soci possono essere nominati nella gestione dell'amministrazione con decisione dei soci, ma chiaramente tutti i soci partecipano alle decisioni spettanti all'assemblea.

Per quanto riguarda, invece, la disciplina delle società di persone, si prevede che tutti i soci partecipano all'amministrazione della società, in modo disgiunto salvo diversa pattuizione ex art. 2257 c.c.⁹⁶

L'assemblea è l'organo in cui si forma la volontà della società, infatti in tale sede i soci esercitano i loro diritti ed assumono decisioni nelle materie loro riservate dalla legge.

La riforma del 2003 ha ridimensionato tali materie per le società di capitali, infatti per le società per azioni si prevede che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e l'assemblea non ha la possibilità di sostituirsi ad essi, mentre per le società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea può deliberare nelle sole materie previste dagli artt. 2364, 2364 bis e 2365 c.c.⁹⁷.

Di conseguenza, la maggior parte delle decisioni è rimessa alla discrezionalità limitata dell'organo amministrativo quale espressione della maggioranza.

In merito occorre sottolineare che tale questione è in parte superata per le società di persone nell'ipotesi in cui nello statuto sia prevista l'amministrazione congiunta.

Nonostante lo spossessamento dell'assemblea delle competenze gestorie, vi sono ancora taluni esponenti della dottrina che ricollegano a tale organo una duplice funzione: in primo luogo, quella di disclosure nei confronti dei soci derivante dalla pubblica assunzione delle decisioni; in secondo luogo, la funzione di confronto di interessi

⁹⁴ Ai sensi dell'art. 2475, comma 1, c.c.: "*L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479. Si applica l'articolo 2382.*"

⁹⁵ Ai sensi dell'art. 2479, commi 1 e 2, c.c.: "*I soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione.*

In ogni caso sono riservate alla competenza dei soci: 1) l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili; 2) la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori; 3) la nomina nei casi previsti dall'articolo 2477 dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti; 4) le modificazioni dell'atto costitutivo; 5) la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci."

⁹⁶ Ai sensi dell'art. 2257, comma 1, c.c.: "*L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri.*"

⁹⁷ N. ABRIANI, *L'assemblea.*, in *Le società per azioni*, in G. Cottino (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010, IV, I, p. 434 ss.

quando vi siano contrasti che necessitano di essere affrontati pubblicamente e con il coinvolgimento anche delle minoranze⁹⁸.

Per quanto riguarda l'efficacia delle deliberazioni assembleari, sia nelle società per azioni che nelle società a responsabilità limitata si prevede un effetto vincolante nei confronti di tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti, laddove le deliberazioni siano state assunte in conformità alla legge e all'atto costitutivo.

3. Il metodo collegiale ed il principio di maggioranza.

La collegialità e la maggioranza rappresentano i termini di riferimento che permettono di individuare metodo e regola di funzionamento dell'assemblea imposta per legge.

In particolare, la collegialità è il metodo mediante il quale i soci in assemblea esprimono le proprie determinazioni in ordine all'oggetto sottoposto al loro esame.

Il principio di maggioranza, in forza del quale la volontà della maggioranza si impone alla minoranza, consiste in un momento di autorità che consente di rendere funzionale un contesto in cui non può operare il criterio del consenso.

Nel periodo antecedente alla riforma del 2003, la ratio della collegialità era insita nella volontà di consentire ai soci una ponderata assunzione delle decisioni⁹⁹.

Nell'ambito delle società per azioni, il metodo collegiale era posto a tutela dell'interesse generale alla gestione ponderata dell'impresa sociale, nonché dell'interesse specifico della minoranza e per tale ragione tale metodo era considerato inderogabile¹⁰⁰.

Attualmente, si discute in merito alla permanenza del carattere dell'inderogabilità in quanto le innovazioni introdotte della riforma del 2003 hanno inciso significativamente sul tema della necessaria collegialità delle decisioni delle assemblee sociali¹⁰¹.

Per quanto attiene, invece, al principio di maggioranza, in base ad esso le decisioni assembleari si fondano su di un consenso meramente parziale, non totalitario, dei soci.

⁹⁸ G.D. MOSCO, *S.P.A: Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in Benazzo-Presti-Patriarca (a cura di), *Nuovo diritto societario fra società aperte e private*, Milano, 2003, p. 121 e seg.

⁹⁹ P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 103; T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 109 e segg.

¹⁰⁰ Cass. 13 dicembre 2002, n. 17848, *Gir. Comm.* 2004, II con nota di Rossi, nonché *Foro it.* 2003, I, p. 2120; App. Brescia 13 gennaio 2000, *Giur. it.* 2000, p. 1878;

Trib. Milano 13 gennaio 1988, *Soc.* 1988, p.384;

Cass. 14 dicembre 1995, 12820, *Mass. giust.civ.* 1995, p. 12.

¹⁰¹ F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della Spa*, Milano, 2007, p. 26 e seg.;

S. ROSSI, *Diritto di discussione del socio e derogabilità del metodo assembleare*, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 274

Nell'ambito delle società di persone vige il principio in forza del quale, salva diversa previsione, le decisioni devono essere assunte con il consenso di tutti i soci.¹⁰²

Nelle società di capitali, invece, l'unanimità ha un ruolo marginale ed assume centrale importanza il metodo maggioritario.

Nell'ambito della normativa civilistica delle società di capitali sono dettate regole precise affinché il procedimento che porta alla formazione della volontà sociale non risulti viziato.

A tal fine sono individuati dei quorum assembleari il cui rispetto è essenziale per la valida assunzione delle decisioni della società.

Tali quorum sono classificati in costitutivi o deliberativi a seconda che indichino il numero minimo di soci che devono essere presenti affinché l'assemblea possa dirsi regolarmente costituita oppure il numero di voti necessari per assumere una deliberazione.

Al fine di evitare che si crei uno stallo decisionale, sono previsti quorum più elevati in prima convocazione e meno elevati nella seconda e successive convocazioni.

La ratio di tale previsione è quella di evitare che un gruppo di minoranza possa impedire l'assunzione di determinate decisioni.

Tale evenienza può verificarsi nell'ipotesi in cui la minoranza, non presentandosi in assemblea o semplicemente votando contro o astenendosi, impedisca l'assunzione di decisioni.

Una ratio diversa è, invece, insita nella previsione di quorum rafforzati ai fini dell'assunzione delle deliberazioni considerate maggiormente rilevanti e delicate per la vita della società.

In tali ipotesi, sono previsti quorum più elevati anche in seconda convocazione al fine di evitare che decisioni particolarmente delicate (come, ad esempio, la delibera di trasformazione o lo scioglimento anticipato) possano essere assunte da minoranze qualificate.

Nella determinazione dei quorum assembleari assume centrale importanza anche l'oggetto della deliberazione ed a tale fine si distingue tra assemblea ordinaria ed assemblea straordinaria.

¹⁰² Ai sensi dell'art. 2252 c.c.: *“Il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente”*

L'assemblea ordinaria è quella chiamata a deliberare sugli argomenti indicati nell'art. 2364 c.c.¹⁰³ come ad esempio l'approvazione del bilancio d'esercizio.

L'assemblea straordinaria è, invece, quella chiamata a deliberare sulle materie indicate nell'art. 2365 c.c.¹⁰⁴ come ad esempio le modifiche dello statuto.

Pertanto, in base all'oggetto della deliberazione variano i quorum assembleari necessari ai fini della valida assunzione della decisione.

Infine, occorre precisare che nell'ambito della disciplina della società per azioni e della società a responsabilità limitata sono previsti quorum costitutivi e deliberativi, seppur la loro funzione resti la stessa.

Nelle seguenti tabelle sono riepilogati i quorum previsti dall'attuale normativa vigente.

ASSEMBLEA ORDINARIA DELLA SOCIETÀ PER AZIONI	
PRIMA CONVOCAZIONE	Quorum costitutivo: 50% del capitale Quorum deliberativo: 50% + 1 del capitale rappresentato in assemblea.* Innalzabile.
SECONDA CONVOCAZIONE	Quorum costitutivo: - Quorum deliberativo: 50% + 1 del capitale rappresentato in assemblea.* Innalzabile, tranne che per l'approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali

¹⁰³ Ai sensi dell'art. 2364, comma 1, c.c.: "Nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria: 1) approva il bilancio; 2) nomina e revoca gli amministratori; nomina i sindaci e il presidente del collegio sindacale e, quando previsto, il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti; 3) determina il compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito dallo statuto; 4) delibera sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci; 5) delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti; 6) approva l'eventuale regolamento dei lavori assembleari."

¹⁰⁴ Ai sensi dell'art. 2365 c.c.: "L'assemblea straordinaria delibera sulle modificazioni dello statuto, sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori e su ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza. Fermo quanto disposto dagli articoli 2420 ter, 2443, lo statuto può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo o del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione le deliberazioni concernenti la fusione nei casi previsti dagli articoli 2505 e 2505 bis, l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, l'indicazione di quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società, la riduzione del capitale in caso di recesso del socio, gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative, il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale. Si applica in ogni caso l'articolo 2436."

CONVOCAZIONI SUCCESSIVE	Si applicano le regole della seconda convocazione
*Non si tiene conto delle azioni a voto sospeso e del capitale rappresentato da chi si è astenuto per conflitto di interessi.	

ASSEMBLEA STRAORDINARIA DELLA SOCIETÀ PER AZIONI		
	Società chiuse	Società che fanno ricorso al mercato (opzionale)
PRIMA CONVOCAZIONE	Quorum costitutivo: - Quorum deliberativo: 50% + 1 del capitale.* Innalzabile.	Quorum costitutivo: 50% del capitale Quorum deliberativo: 2/3 del capitale rappresentato in assemblea.* Innalzabile.
SECONDA CONVOCAZIONE	Quorum costitutivo: 1/3 + 1 del capitale Quorum deliberativo: 2/3 del capitale rappresentato in assemblea.* Innalzabile. Quorum speciali: - oltre 1/3 del capitale (solo per società chiuse): modificazione dell'oggetto sociale, trasformazione, scioglimento anticipato, proroga, revoca della liquidazione, trasferimento della sede all'estero, emissione di azioni a voto limitato; - 2/3 del capitale: introduzione o soppressione della clausola compromissoria - 2/3 degli aventi diritto + consenso dei soci che acquistano la responsabilità illimitata per la trasformazione eterogenea	
CONVOCAZIONI SUCCESSIVE	Si applicano le regole della seconda convocazione	Quorum costitutivo: 20% del capitale

		Quorum deliberativo: 2/3 del capitale rappresentato in assemblea.* Innalzabile.
*Non si tiene conto delle azioni a voto sospeso e del capitale rappresentato da chi si è astenuto per conflitto di interessi.		

Per quanto riguarda specificamente le società a responsabilità limitata, in esse occorre distinguere tra decisioni assunte o meno in esito a un procedimento assembleare.

Secondo quanto stabilito dall'art. 2479 c.c.¹⁰⁵ ai fini delle decisioni non collegiali è necessario il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale.

Nell'ipotesi in cui, invece, la decisione sia assunta in assemblea, l'art. 2479-bis c.c.¹⁰⁶, senza distinguere tra assemblea ordinaria e straordinaria, né tra prima, seconda e successive convocazioni, stabilisce i seguenti quorum assembleari.

ASSEMBLEA DELLA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA	
QUORUM COSTITUTIVO	Presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale
QUORUM DELIBERATIVO	Maggioranza assoluta degli intervenuti*
* Ai sensi dell'art. 2479 n. 4 e 5, c.c. si richiede il voto favorevole dei soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale per le modificazioni dell'atto costitutivo	

¹⁰⁵ Ai sensi dell'art. 2479, comma 6, c.c.: “Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale.”

¹⁰⁶ Ai sensi dell'art 2479-bis, comma 3 c.c.: “Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta e, nei casi previsti dai numeri 4) e 5) del secondo comma dell'articolo 2479, con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale.”

e la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

La dottrina e la giurisprudenza concordano in merito all'inderogabilità del principio maggioritario ed esemplare è la conseguenza fatta discendere dalla sua violazione.

Infatti, in più occasioni la Corte di Cassazione ha dichiarato l'invalidità della clausola dello statuto di una società per azioni che prevedeva l'unanimità dei consensi dei soci, presenti in assemblea o titolari dell'intero capitale sociale, per ogni modificazione dello statuto stesso¹⁰⁷.

Una scelta legislativa orientata verso l'unanimità avrebbe determinato una paralisi del funzionamento della società e sarebbe stata incoerente con le altre scelte del legislatore volte a garantire la celerità dei processi decisionali¹⁰⁸.

Diretta conseguenza di tale scelta normativa è l'imposizione della volontà maggioritaria su quella della minoranza.

Secondo un orientamento dottrinario tale imposizione trova la sua giustificazione nel concetto di rischio in base al quale il voto favorevole della maggioranza rappresenta il voto di quanti, avendo un interesse economico prevalente, corrono un maggior rischio¹⁰⁹. Tuttavia, se da un lato il metodo maggioritario è uno strumento tecnico che permette di garantire l'efficienza e la speditezza dell'azione sociale, dall'altro comporta che la minoranza rimanga esposta al pericolo di vedere sacrificati i propri diritti per l'esclusivo vantaggio del gruppo di controllo, giacché soggetta a subire l'esercizio abusivo del potere della maggioranza¹¹⁰.

Da tale constatazione nasce la fattispecie dell'abuso di maggioranza che sostituisce un'ipotesi di invalidità delle deliberazioni assembleari.

¹⁰⁷ Cass. 15 aprile 1980, n. 2450, in *Foro it.* 1980, I, p. 1914;

¹⁰⁸ C. RUGGIERO, *La tutela delle minoranze nella S.r.l.*, Milano, 2014, p. 38.

¹⁰⁹ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 150.

¹¹⁰ C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 131.

4. L'esigenza di limitare i poteri attribuiti ai soci.

La giurisprudenza e la dottrina hanno sempre posto al centro dei propri studi la ricerca di una tutela effettiva per i soci di minoranza, consistente in rimedi volti a delimitare il potere della maggioranza¹¹¹.

Tuttavia, nell'ambito del contratto sociale non solo la minoranza può risultare pregiudicata dall'agire della maggioranza, ma potrebbe verificarsi anche la situazione opposta.

Un esempio di esercizio abusivo dei poteri attribuiti alla minoranza è rappresentato dal cd. abuso delle minoranze di blocco o delle azioni di «*chicane*».

Bisogna anche rammentare che a causa del fenomeno dell'assenteismo in sede assembleare potrebbe accadere che la maggioranza si venga a trovare in una posizione di minoranza.

Si tratta di una situazione non così rara nell'ambito delle società per azioni quotate nei mercati regolamentati ove spesso il controllo non è costituito dalla maggioranza della partecipazione azionaria, ma dalla minoranza azionaria a causa delle numerose azioni vendute in percentuali inferiori al 50%.

Nella maggior parte dei casi i possessori di queste azioni, considerando la partecipazione ininfluente in ragione della bassa percentuale posseduta, non partecipano all'assemblea.

Di conseguenza, sorge l'esigenza di tutela della maggioranza il cui interesse potrebbe essere leso da quella parte di minoranza azionaria che è l'unica a partecipare attivamente in sede assembleare¹¹².

Dunque, nell'individuare e reprimere il fenomeno dell'esercizio abusivo del potere, bisogna garantire tutela alla parte considerata “debole” così come individuata sulla base della situazione di fatto che concretamente viene a realizzarsi.

Tale teoria è stata avallata dalla riforma del 2003 la quale ha posto come oggetto di tutela non più solo i diritti dei terzi, ma anche quelli degli acquirenti di titoli azionari con finalità di investimento e rendita che possono insieme costituire la maggioranza o la minoranza azionaria¹¹³.

¹¹¹ P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 20.;

L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria del conflitto d'interessi nelle deliberazioni di assemblea di una società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434 e seg., p. 453 e 454;

M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991, p. 1 e seg.

¹¹² T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 139 e 149

¹¹³ G. MERUZZI, *L'informativa endosocietaria nella società per azioni*, in *Contratto e Impr.*, 2010, III, p. 737.;

G. ALPA, *La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 217 e seg.

In merito viene in rilievo la questione attinente l'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge compiuto attraverso comportamenti formalmente conformi alla normativa vigente, ma sostanzialmente pregiudizievoli per gli interessi di coloro che sono fuori dal governo dell'impresa¹¹⁴.

Nell'ordinamento italiano non è ancora presente una disciplina di contrasto al fenomeno dell'abuso del diritto, pertanto sorge l'esigenza di poter procedere ad un sindacato giudiziale degli abusi posti in essere nell'esecuzione del rapporto sociale¹¹⁵.

In merito bisogna rammentare che il divieto dell'abuso del diritto in materia societaria trova condizione di ammissibilità e limite operativo nella *business judgement rule*¹¹⁶ ossia il principio in forza del quale in sede giudiziale non sono sindacabili le scelte gestorie e la dialettica tra interesse sociale ed individuale dei soci¹¹⁷.

5. L'abuso della maggioranza ed il conflitto di interesse di cui all'art. 2373 c.c.

Secondo quanto dispone il primo comma dell'art. 2373 c.c.¹¹⁸ la deliberazione approvata con il voto determinante di coloro che abbiano, per loro conto o per terzi, un interesse in conflitto con quello della società è suscettibile di impugnazione ex art. 2377 c.c.¹¹⁹ nell'ipotesi in cui possa cagionare un danno alla società.

Prima della riforma del 2003 la disposizione in esame conteneva un inciso che poneva in capo al socio in conflitto di interessi il divieto di esercitare il proprio diritto di voto.

Attualmente l'inciso è stato eliminato¹²⁰, pertanto il socio in conflitto di interessi può intervenire in assemblea e votare senza che ciò incida sulla validità della deliberazione

¹¹⁴ V. BUONOCORE, *L'impresa*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato diritto commerciale*, 2002, p. 603

¹¹⁵ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176; G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 723

¹¹⁶ C. ANGELICI, *Principi e Problemi*, cit., p. 401 e seg.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.: a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013

¹¹⁷ P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1972;

D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 30;

C. ANGELICI, *Principi e problemi*, cit., p. 90 e seg.; ID., *Note minime sull'« interesse sociale »*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, III, 2014, pag. 255 e seg

¹¹⁸ Ai sensi dell'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 qualora possa recarle danno. Gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità. I componenti del consiglio di gestione non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza.”

¹¹⁹ Ai sensi dell'art. 2377, comma 2, c.c.: “Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale.”

¹²⁰ M.T. CIRENEI, *Conflitti di interessi*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, F. d'Alessandro, I, I, Padova, 759, nota 14.

ed il presidente dell'assemblea non può escluderlo assumendo un suo difetto di legittimazione.

Di conseguenza, non esiste un obbligo di rivelare la propria condizione agli altri soci o agli amministratori, pur non escludendosi una dichiarazione di astensione da parte del socio stesso.

In merito alla fattispecie del conflitto di interesse di cui all'art. 2373 c.c., è necessario delinearne i presupposti.

Dal punto di vista soggettivo, affinché il voto possa essere dichiarato nullo per conflitto di interessi, non è necessario che sia stato esercitato dal socio.

Il d.lgs. 27/2010 ha sostituito la dicitura «soci» con quella più generica di «coloro», pertanto, a seguito di tale modifica, il voto può essere dichiarato nullo anche se è stato esercitato da chi non riveste la qualifica di socio, come nel caso di usufrutto, pegno o sequestro di azioni¹²¹.

Da un punto di vista oggettivo, affinché il voto possa essere annullato per conflitto di interessi, è necessario che esso sia stato determinante ai fini della deliberazione ossia occorre che il voto abbia consentito di raggiungere la maggioranza idonea ad approvare la delibera.

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui la delibera fosse stata comunque approvata anche senza di esso, il voto non sarebbe annullabile in quanto non determinante.

L'accertamento di tale caratteristica avviene mediante prova di resistenza prevista dall'art. 2377 cod. civ.¹²².

Ulteriore caratteristica della fattispecie di cui all'art. 2373 c.c. è la preesistenza del conflitto di interesse rispetto al momento in cui il voto viene esercitato, infatti non è possibile annullare una deliberazione per sopravvenienza di un conflitto di interessi.

L'interesse in conflitto può avere anche carattere non patrimoniale o identificarsi in un movente psicologico del soggetto agente purchè esso sia rilevabile ai fini dell'accertamento della contrapposizione con l'interesse della società¹²³.

Infine, bisogna sottolineare che l'annullabilità della delibera assembleare assunta con voto determinante del socio in conflitto di interessi è subordinata all'ulteriore requisito della potenziale dannosità della stessa rispetto all'interesse della società.

¹²¹ E. CIVERRA, *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, Milano, 2011, p. 161

¹²² E. CIVERRA, *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, Milano, 2011, p. 161

¹²³ D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni. Assemblea*, cit., p. 138-141

La dottrina discute in merito alla essenzialità o meno di tale requisito: un primo orientamento ne afferma l'essenzialità poiché il legislatore subordina l'annullabilità della deliberazione all'attitudine pregiudizievole dell'operazione programmata, pertanto si rende necessario l'accertamento di un interesse extrasociale della maggioranza rispetto allo specifico contenuto della delibera¹²⁴; un secondo orientamento sostiene, invece, che carattere decisivo è rivestito dalla corrispondenza della deliberazione all'interesse in conflitto dell'azionista, piuttosto che dalla sua contrarietà ad un interesse sociale⁴⁵.

Di conseguenza, il giudice non sarebbe tenuto a compiere una prognosi circa la probabilità di un pregiudizio attuale o potenziale.

Per quanto riguarda il meccanismo di impugnazione della delibera assunta con voto determinante del socio in conflitto di interessi, si prevede che la legittimazione spetta a chi detenga una percentuale minima di azioni che sia pari al 5% del capitale sociale per le società che non fanno ricorso al mercato regolamentato e all'1% per le società che ne fanno ricorso.

Di conseguenza, il socio di minoranza resta privo di tutela se non raggiunge la soglia minima di partecipazione ai fini dell'impugnazione e se non è in grado di provare l'esistenza del danno potenziale che potrebbe subire la società.

Tale prova è particolarmente complessa anche in ragione del ristretto termine previsto per l'impugnazione stessa.

In definitiva, la fattispecie descritta dall'art 2373 c.c. consiste nel conflitto tra un interesse extrasociale e quello sociale, nell'ipotesi in cui il voto, con il quale si è cercato di realizzare un vantaggio personale diverso e contrario da quello della società, sia risultato determinante e, secondo alcuni, sia *idoneo* ad arrecare un danno alla società.

Da tale definizione può essere colta la differenza sostanziale rispetto alla fattispecie dell'abuso della maggioranza.

Infatti, l'art. 2373 c.c. si occupa esclusivamente del conflitto tra l'interesse del socio il cui voto è stato determinante ai fini dell'assunzione della delibera e quello della società.

¹²⁴ F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 180;
C. PASQUARIELLO, *Il nuovo diritto delle società*, A. Maffei Alberti, I, (a cura di) Padova, 2005, p. 498;
C. MONTAGNANI, *Società di capitali, Commentario*, G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2004, p. 513.

Dunque, non rientra nel campo di applicazione dell'articolo in commento il conflitto tra interessi interni alla società come può essere quello esistente tra l'interesse della maggioranza e quello della minoranza.

6. L'abuso della regola di maggioranza come eccesso di potere.

Fino agli anni novanta la giurisprudenza faceva riferimento al concetto dell'eccesso di potere al fine di giustificare la repressione degli abusi delle maggioranze sociali¹²⁵.

L'eccesso di potere è un concetto che ha trovato origine nella giurisprudenza amministrativa e si sostanzia nell'esercizio del potere fuori dallo scopo per cui era stato attribuito.

L'applicazione di tale concetto nell'ambito del diritto societario determinava che il limite della discrezionalità del potere assembleare era rappresentato dalla tutela dell'interesse per cui il potere stesso era stato attribuito, nonché dell'interesse sociale¹²⁶.

Pertanto, la delibera assembleare veniva dichiarata invalida solo nell'ipotesi in cui vi fosse stata dimostrazione che la maggioranza avesse violato l'interesse sociale stesso¹²⁷.

La teoria dell'eccesso di potere è stata applicata nell'ambito del diritto societario già in vigenza del codice di commercio, quando la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sostenevano la concezione istituzionalista dell'interesse sociale¹²⁸.

In base alla concezione istituzionalista¹²⁹ la società è titolare di un interesse proprio, autonomo e diverso da quello dei soci, pertanto per questi ultimi l'interesse della società è indisponibile.

¹²⁵ Cass., 7 marzo 1992, n. 2764, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 588 con nota C. GANDINI, *Assemblea di prima convocazione andata deserta e redazione del verbale*;

Cass. 11 marzo 1993, n. 2958, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 311 e seg.;

Trib. Bologna, 20 dicembre 1993, in *Giur. merito*, 1995, p. 260;

Cass. 4 maggio 1994, n. 4323, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2219 e seg.;

Trib. Milano, 9 giugno 1994, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 273 e seg., con nota M. RUBINO DE RITIS, *Legittimazione dei soci ex art. 2409 c.c. e squeezeouts of minority*;

Cass. 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 e seg., con nota di R. PAPETTI, *Alcuni rilievi in termini di perdita del capitale sociale, obblighi informativi degli amministratori ed annullabilità della delibera assembleare di scioglimento e messa in liquidazione*;

Trib. Milano, 11 gennaio 2002 (ord.), in *Giur. it.*, 2002, p. 1897 e seg., con nota di A. DENTAMARO, *Clausole di prelazione tra interesse della società e diritti individuali dei soci*;

Cass. sez. lav., 19 aprile 2003, n. 6361, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1219 e seg.

¹²⁶A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, cit, p. 17

¹²⁷Trib. Termini Imerese, 17 marzo 1961, *Russo c. Soc. Russo*, in *Giur. sic.*, 1962, p. 75, con nota di PIAZZA

¹²⁸T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 737; ARCANGELI – ASCARELLI, *Il regime delle società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 166, F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, cit., p. 176; G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, cit., p. 723.

¹²⁹D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p.8 e seg.

La ratio di tale concezione è ravvisabile nel fatto che la società di capitali, in virtù della personalità giuridica ad essa attribuita, ha l'interesse a che il suo patrimonio non venga danneggiato dalla deliberazione¹³⁰.

In base a tale concezione si verificava un eccesso di potere in caso di sviamento del potere preconstituito nell'interesse sociale ed esercitato al fine di perseguire uno scopo extrasociale.

In caso di accertamento della circostanza summenzionata, l'autorità giudiziaria aveva la possibilità di entrare nel merito delle scelte discrezionali dell'assemblea e sindacare se la deliberazione fosse finalizzata al perseguimento dell'interesse della società¹³¹.

Secondo un altro orientamento dottrinario, la concezione istituzionalistica si fondava non tanto sulla personalità giuridica riconosciuta alla società, quanto sulla previsione normativa dedicata all'annullamento della delibera assembleare del codice di commercio: dato che tale disposizione legittimava anche l'azionista assenziente a proporre l'annullamento, si riteneva che il voto espresso avesse una propria funzione, separata e differente dalla volontà individuale del singolo socio¹³².

In particolare, in base a tale impostazione, il socio era tenuto ad esercitare il proprio diritto in modo funzionale al perseguimento dell'interesse sociale quale interesse superiore ed autonomo¹³³.

A seguito di mutamenti politico-economici, è stata introdotta la concezione contrattualistica in virtù della quale l'interesse sociale è identificato nell'interesse comune dei soci.

La definizione dell'interesse sociale come interesse comune ai soci è equivoca in quanto la società per azioni, per sua natura, si caratterizza per l'interna contrapposizione tra opposte serie di interessi, delle quali sono rispettivi portatori i soci di maggioranza e quelli di minoranza¹³⁴.

Nel corso del tempo sono state sviluppate una serie di teorie sulla concezione della comunione di interessi che si giustificano sulla base di diverse argomentazioni¹³⁵.

¹³⁰ T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1951, p. 1154; H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2000, 4, p. 20479 e seg.

¹³¹ M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere della maggioranza a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 37

¹³² T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 162

¹³³ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in Riv. Dir. Comm., 1926, p. 180

¹³⁴ F. GALGANO, *Le società per azioni, Principi generali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 64.

¹³⁵ F. GALGANO, *Le società per azioni, Principi generali*, cit., p. 94

In base alla teoria che ha avuto più largo successo «*il voto viene concesso al socio nel suo interesse individuale (e non per un superiore interesse sociale) ma in quanto socio e cioè per la tutela di quel suo interesse che è tuttavia comune agli altri nonché come strumento nel funzionamento della società*¹³⁶».

Pertanto, l'interesse del socio trova nella comunione di interessi il suo limite e la sua giustificazione, escludendo anche la rilevanza di un interesse del gruppo distinto da quello individuale.

Da tale constatazione deriva l'insindacabilità nel merito degli interessi in quanto determinabili solo grazie all'incontro degli interessi individuali in forza del principio maggioritario¹³⁷.

Un ulteriore orientamento ha sostenuto la teoria in virtù della quale l'interesse comune dei soci è rappresentato dall'interesse non solo dei soci attuali ma anche dei soci eventuali e futuri¹³⁸.

Tuttavia, è stato obiettato che tale concezione produce gli stessi risultati della concezione istituzionalista¹³⁹ e che l'interesse non può essere riferito ad altri se non al gruppo dei soci attuali¹⁴⁰.

La concezione contrattualistica trova il proprio fondamento nella comunione di interessi, così come descritta nell'art. 2247 c.c.¹⁴¹ che definisce il contratto di società e che trova riscontro nell'art. 2373, primo comma, e nell'art. 2441, quinto comma, c.c.

Secondo quanto disposto dall'art. 2247 c.c., l'interesse sociale è l'interesse comune dei soci a svolgere l'attività economica individuata nell'oggetto statutario al fine di ripartirne gli utili¹⁴².

Da tale disposizione si desume che gli organi della società non possono vincolare i soci dissenzienti ad una decisione che diverge dalla comunione di interessi.

Come affermato dalla dottrina maggioritaria, l'articolo 2247 c.c. sostituisce la concezione dell'unicità dell'interesse sociale con quella in base alla quale all'interno della società è possibile individuare una pluralità di interessi tutti ugualmente sociali.

¹³⁶ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit., p. 163.

¹³⁷ T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 165.

¹³⁸ ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 618 e seg.

¹³⁹ P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 89 e seg.

¹⁴⁰ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni in assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 445; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725;

¹⁴¹ Ai sensi dell'art. 2247 c.c.: "Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili."

¹⁴² M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 39 e seg.

In base alla teoria contrattualistica, l'accertamento dell'eccesso di potere non consiste nella verifica della sussistenza effettiva di un concreto interesse sociale ma deve riscontrare se le finalità sottostanti possono essere ricondotte all'interesse astratto rilevante sotto il profilo causale¹⁴³ e desumibile dalla definizione dell'art. 2247 c.c.¹⁴⁴

Di conseguenza, l'interesse diviene un limite rispetto all'azione della maggioranza e la deliberazione sarà impugnabile nell'ipotesi in cui la maggioranza abbia perseguito con essa finalità contrastanti con quelle proprie di tutti i soci, così come definite nel contratto.

Pertanto, allo scopo di verificare se la delibera sia frutto di un eccesso di potere occorre identificare gli interessi comuni discendenti dal contratto.

Nell'espletare tale ricerca bisogna tenere in considerazione le peculiarità del tipo di società dal momento che la causa tipica del contratto, ossia l'esercizio in comune dell'attività economica al fine della distribuzione agli utili, deve essere individuata a seconda del tipo legale in esame.

Gli interessi sociali che secondo la dottrina sono desumibili dalla causa del contratto di società sono:

1. l'interesse a massimizzare il profitto sociale;
2. l'interesse a percepire i dividendi nel corso dell'attività sociale;
3. l'interesse a influenzare e controllare la gestione della società;
4. l'interesse a conservare senza mutazioni la propria partecipazione nella società sia nel caso di variazione del capitale, quanto in quello di ingresso di nuovi soci;
5. l'interesse a determinare il grado di rischio dell'attività sociale;
6. l'interesse a contribuire alla determinazione della durata del proprio investimento, considerate le proprie esigenze economiche personali;
7. l'interesse all'alienazione della propria partecipazione sociale¹⁴⁵.

Gli interessi summenzionati sono interessi di origine contrattuale liberamente disponibili dalla maggioranza nel rispetto dell'art. 2373 cod. civ. e del principio del divieto di abuso.

¹⁴³ A. DE GREGORIO, *Impugnativa di deliberazioni assembleari di società per azioni contrarie all'interesse sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 229.

¹⁴⁴ M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit. p. 39 e seg.

¹⁴⁵ D. PREITE, *L'abuso di maggioranza e conflitto di interessi nelle società per azioni*, in *Tratt. società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, II, 1993, p. 24 e seg.; H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2000, p. 20479 e seg.

Tali interessi, individuati sulla base delle disposizioni dettate in materia di società per azioni, mal si adattano alle società di persone per cui sono dettate delle disposizioni peculiari che le differenziano dalla disciplina propria delle società di capitali.

Volendo esemplificare, l'art. 2262 c.c.¹⁴⁶ stabilisce il diritto alla divisione annuale degli utili ed il diritto alla loro integrale divisione.

La differenza degli interessi discendenti dal contratto di società è stata più volte oggetto di pronuncia da parte della Corte di Cassazione che ha affermato che tale divergenza è diretta conseguenza della qualificazione del contratto di società come contratto a scopo comune. Si tratta di un contratto stipulato in previsione di un'attività da svolgere, pertanto esso prevede una serie indefinita di nuovi atti giuridici da porre in essere ai fini della sua attuazione.

Di conseguenza, gli interessi delle parti coinvolte non sono suscettibili di essere regolati in maniera esaustiva, avendo piuttosto bisogno di costituire un'organizzazione al fine di disciplinare lo svolgimento dell'attività programmata¹⁴⁷.

7. La concezione “neutrale” dell’interesse sociale e l’applicazione al fenomeno dell’abuso della maggioranza.

Sulla base del concetto di spersonalizzazione della società per azioni¹⁴⁸, un orientamento dottrinale ha sostenuto che non sia possibile rinvenire nella stessa un punto di riferimento da cui desumere un interesse vero e proprio.

In particolare, è stato evidenziato che diretta conseguenza della spersonalizzazione è l'eventualità che gli interessi degli azionisti siano eterogenei¹⁴⁹ non solo per quanto riguarda i riflessi soggettivi della singola operazione, ma anche con riferimento alle ragioni alla base della loro partecipazione alla società.

In merito, occorre rammentare la risalente distinzione, nell'ambito delle società per azioni, tra azionisti-imprenditori e azionisti-risparmiatori, portatori di interessi divergenti.

¹⁴⁶ Ai sensi dell'art. 2262 c.c.: “*Salvo patto contrario ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto.*”.

¹⁴⁷ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Nuova giur. comm.*, 1997, I, p. 449 e seg.; in nota alla sentenza, P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, III, 1996, p. 329

¹⁴⁸ C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu-F. Messineo- L. Mengoni (già diretto da), P. Shlesinger (continuato da), Milano, 2012, p. 90 e seg.

¹⁴⁹ C. ANGELICI, *Note minime sull'interesse sociale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2017, p. 256.

Tali classi trovano punto di comunanza nella circostanza che gli azionisti considerano la società come uno strumento funzionale alla soddisfazioni dei diversi interessi che si presentano in essa.

Di conseguenza, la società per azioni diviene mezzo per il perseguimento di una pluralità di interessi considerati ugualmente sociali¹⁵⁰.

In tale ottica, l'esercizio del diritto di voto costituisce strumento attraverso il quale l'azionista afferma il proprio interesse nell'ambito della società e contribuisce, in virtù della regola maggioritaria, alla definizione dell'azione sociale.

Dal momento che il pluralismo consente il perseguimento dell'interesse proprio di colui che esercita il voto, ne deriva la costituzione di conflitti endosocietari.

Tali conflitti non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 2373 c.c. poiché essi non rappresentano una contrapposizione tra interesse extrasociale e quello sociale e, soprattutto, in quanto neppure si pone un problema di compatibilità dell'interesse individuale con l'interesse sociale, giacché non ne esiste uno predeterminabile.

Pertanto, in virtù di tale concezione la risoluzione delle fattispecie di conflitto tra azionisti deve prescindere dalla ricerca di un interesse sociale¹⁵¹.

Sulla base delle considerazioni finora svolte, la dottrina ha ritenuto che dal conflitto tra due interessi individuali, ma ugualmente sociali non derivi l'abusività della delibera assembleare.

Un esempio è riscontrabile nel caso in cui la maggioranza sia portatrice dell'interesse al disinvestimento e la minoranza di quello alla continuazione dell'impresa o viceversa: un simile conflitto può essere risolto unicamente attraverso il metodo maggioritario.

Altro esempio si rinviene nell'opportunità di procedere o meno ad un aumento di capitale: anche in questo caso si tratta di un momento di dialettica tra diversi possibili interessi sociali, pertanto la risoluzione del conflitto dovrebbe essere demandata alla regola maggioritaria.

Tuttavia, la regola maggioritaria non costituisce risoluzione nelle ipotesi in cui essa stessa rappresenta uno strumento di abuso¹⁵².

Da ciò deriva la necessità di individuare le circostanze che determinano un abuso della regola di maggioranza a prescindere dalla concezione adottata di interesse sociale.

¹⁵⁰ C. ANGELICI, *Le società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu-F. Messineo- L. Mengoni (già diretto da), P. Schlesinger (continuato da), Milano, 2012, p. 93.

¹⁵¹ M.T. CIRENELI, *Art. 2373, Conflitto di interessi*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società diretto da F. d'Alessandro*, vol. II, tomo I, Padova, 2010, p. 804.

¹⁵² C. ANGELICI, *Principi e problemi*, Milano, 2012, p. 120 e seg.

8. L'applicazione delle clausole di correttezza e buona fede oggettiva.

Per quanto riguarda l'applicazione delle clausole di correttezza e buona fede oggettiva come limiti alla regola maggioritaria, la dottrina prevalente ne afferma la generale operatività, tuttavia la stessa si divide ed assume opinioni divergenti in merito alla rilevanza e portata pratica dei dati normativi in commento.

Un primo orientamento sostiene che sia sufficiente l'applicazione mediante interpretazione estensiva del canone della correttezza enunciato dall'art. 1175 c.c.¹⁵³.

In particolare, a tale clausola viene affidato il compito di realizzare un equo contemperamento fra l'interesse del socio e quello della società¹⁵⁴.

Tuttavia, è stato contestato che il canone della correttezza non è idoneo a fornire una tale composizione in ragione del fatto che esso è volto alla determinazione delle modalità concrete dei comportamenti reciproci con le quali il rapporto deve trovare esecuzione.

Tale determinazione è rimessa al canone dell'equità, che, però, nella fattispecie in commento non è suscettibile di applicazione.

Un secondo orientamento¹⁵⁵, invece, ritiene decisiva l'applicazione del canone di buona fede contrattuale sancito dall'art. 1375 c.c.¹⁵⁶.

La buona fede contrattuale viene assunta come criterio che impone un costante adeguamento del rapporto, nel suo concreto divenire, alla funzione negoziale.

Con riferimento al rapporto sociale, tale canone risulterebbe violato nelle ipotesi di perseguimento di una finalità extra-sociale o di deliberazione presa nell'assoluta mancanza di un interesse sociale.

Ai fini del rispetto della clausola in commento è necessario che vi sia collegamento teleologico dell'atto concreto rispetto alle finalità contrattuali, di conseguenza vi è un'incidenza diretta sull'esercizio del diritto di voto¹⁵⁷.

¹⁵³ Ai sensi dell'art. 1175 c.c.: “*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.*”

¹⁵⁴ A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 628 e seg.;

Con diversa argomentazione, ma nello stesso senso, G. OPPO, *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1240

¹⁵⁵ G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 412 e seg.

¹⁵⁶ Ai sensi dell'art. 1375 c.c.: “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”

¹⁵⁷ F. FERRARA JR. - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 486- 487.

Infine, un ultimo orientamento sostiene che i due canoni operino sia come limite al diritto di informazione dell'azionista¹⁰⁴ e all'esercizio di voto, sia come criteri a cui deve ispirarsi l'attività dei soci ovvero le modalità di esercizio del voto¹⁵⁸.

In particolare, secondo questo filone di pensiero, le due clausole integrano il contratto sociale, imponendo il rispetto di quegli equilibri di interessi che le parti avrebbero pattuito nell'ipotesi in cui avessero previsto gli sviluppi futuri dei loro rapporti e li avessero disciplinati con un accordo ispirato al modello di comportamento etico recepito dall'ordinamento societario¹⁵⁹.

I modelli etici ai quali ricorrere al fine di individuare gli interessi sociali da porre in equilibrio sono il contrattualismo reale, ideale e l'utilitarismo¹⁶⁰.

Partendo da tale impostazione sono state individuate delle regole applicabili nell'ipotesi di emersione di indici sintomatici dello sviamento dall'interesse sociale o in caso di disparità di trattamento degli interessi sociali dei soci.

In particolare, le regole sono:

1. *«la massimizzazione del valore globale delle azioni;*
2. *la distribuzione del profitto sociale in proporzione al conferimento di capitale;*
3. *l'obbligo di pagamento collaterale da parte della maggioranza alla minoranza qualora il primo obiettivo non consenta il rispetto della seconda regola;*
4. *divieto di modificare la quota di potere delle minoranze o di bloccare scalate societarie, salvo che ciò sia giustificato dal rispetto del primo obiettivo e sempre, allora, con un pagamento collaterale, che risarcisca la minoranza del valore corrispondente al potere perduto»¹⁶¹.*

L'impostazione accolta e adottata dalla giurisprudenza maggioritaria dagli anni '90 in poi è quella fondata sulla concezione contrattualista dell'interesse sociale in base alla quale il voto del socio costituisce una prestazione contrattuale¹⁶².

Di conseguenza, il voto rappresenta un comportamento dovuto soggetto al canone della buona fede contrattuale che impone il divieto di perseguire interessi particolari estranei al contratto sociale suscettibili di danneggiare gli interessi della minoranza.

¹⁵⁸ P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 188; G.C.M. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, p. 246.

¹⁵⁹ D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni. Assemblea*, G. E. Colombo e Portale (diretto da), Torino, 1993, p. 27.

¹⁶⁰ D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992,

¹⁶¹ D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni*, cit., p. 93 e seg.

¹⁶² P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 188 e seg.

In questo modo, viene individuato il principio di collaborazione che deriva dalla causa del contratto e trova in essa stessa il suo limite.

Gli interessi individuati sulla scorta del principio di collaborazione sono l'interesse finale dei soci a conseguire un lucro attraverso la ripartizione degli utili e l'esercizio di un'attività economica da parte della società che è lo strumento per raggiungere questo risultato.

Un ultimo orientamento dottrinale contesta *in toto* l'applicabilità dei canoni generali della correttezza nell'adempimento dei rapporti obbligatori o della buona fede nell'esecuzione dei contratti¹⁶³ argomentando che i problemi abusivi dei soci richiedono strumenti più adeguati e specifici.

La questione trae origine dalla difficoltà di individuare nell'assetto tipico delle società per azioni un rapporto giuridico risultante da un contratto sociale¹⁶⁴.

In base a tale impostazione, una volta operato il richiamo alle due clausole generali, occorre indicare gli obblighi derivanti da esse così da poter valutare se ci si sta allontanando da valori e modelli di comportamento mercantili, se ne sta limitando l'operatività o se si stanno introducendo valori e modelli addirittura incompatibili¹⁶⁵.

Nonostante questo orientamento discordante, comunque la giurisprudenza ha adottato l'impostazione contrattualistica che prevede l'applicazione dell'art. 1375 c.c.

In particolare, con una sentenza del 1995 la Corte di Cassazione ha dichiarato la natura contrattuale dell'atto costitutivo delle società, in quanto contratto "*con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune*".¹⁶⁶

Di conseguenza, le determinazioni assunte dai soci nell'ambito del rapporto associativo sono considerate atti di esecuzione.

Sulla scorta delle argomentazioni svolte, gli Ermellini hanno affermato l'applicabilità dell'art. 1375 c.c. in quanto esso costituisce species del più generale principio di solidarietà a cui devono conformarsi tutti i rapporti giuridici obbligatori anche di origine non contrattuale vincolando le parti al dovere di lealtà e rispetto della sfera altrui.

In definitiva, la sentenza in commento ha sancito la sussistenza di un dovere di lealtà e di correttezza a carico dei soci, nei loro reciproci rapporti¹⁶⁷.

¹⁶³ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, p. 287.

¹⁶⁴ C. ANGELICI, *Principi e problemi*, p. 115 e seg.

¹⁶⁵ F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"*, Milano, 2009.

¹⁶⁶ Cass. civ., Sez.I, 26.10.1995, n. 11151, in www.online.scuola.zanichelli.it, p. 449 e ss.

¹⁶⁷ P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 329.

9. L'attuale impostazione giurisprudenziale italiana.

L'attuale orientamento giurisprudenziale in merito alla tematica dell'abuso della maggioranza trova sintesi nella sentenza della Corte di Cassazione n. 27387/2005.

In tale sentenza la Corte, oltre a esprimere la propria adesione alla concezione contrattualistica dell'interesse sociale, ha effettuato delle precisazioni fondamentali.

In particolare, nel provvedimento si legge che: *«l'interesse sociale si configura come l'insieme degli interessi comuni dei soci, in quanto parti del contratto di società, concretatesi nell'interesse alla produzione del lucro, alla massimizzazione del profitto sociale, inteso come massimizzazione del valore globale delle azioni o delle quote, al controllo della gestione dell'attività sociale, alla distribuzione dell'utile, alla alienabilità della propria partecipazione sociale, alla determinazione della durata del proprio investimento e, quindi, allo scioglimento della società»*¹⁶⁸.

Per quanto attiene l'abuso della maggioranza, in primo luogo gli Ermellini hanno ribadito il principio di diritto espresso nella sentenza n. 11151/1995¹⁶⁹ in forza del quale si concretizza un abuso del potere in presenza di violazione dei canoni della buona fede e della correttezza.

Tali principi trovano applicazione nell'ambito del diritto societario in quanto, a seguito della stipula del contratto di società, i soci diventano membri di una struttura organizzativa di matrice contrattuale, pertanto sono tenuti ad eseguire il contratto nel rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.¹⁷⁰.

Rispetto alla pronuncia del 1995, nella sentenza n. 27387/2005 la Corte espone due puntualizzazioni.

In primo luogo, sottolinea che *«il canone di buona fede in senso oggettivo non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al temperamento degli opposti interessi i quali, nel dinamismo proprio dell'ordinamento societario, sono destinati a trovare adeguata composizione nell'ambito del procedimento deliberativo»*.

In secondo luogo, afferma che ai fini della configurazione dell'abuso di potere della maggioranza è necessaria *«la dimostrazione di un esercizio "fraudolento" ovvero*

¹⁶⁸ Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Il Foro it.*, 2006, 129, XII, p. 345

¹⁶⁹ Cass. civ., Sez.I, 26.10.1995, n. 11151, in www.online.scuola.zanichelli.it, p. 449

¹⁷⁰ G. FRISOLI, *La clausola generale della buona fede in ambito societario*, in *Giur. comm.*, I, 2007, p. 85; L. ROVELLI, *Autonomia statutaria, contrattualizzazione e ruolo delle clausole generali*, in *Riv. dir. imp.*, 2004, I, p. 5

"ingiustificato" del potere di voto, l'abuso non potendo consistere nella mera valutazione discrezionale del socio dei propri interessi, ma dovendo concretarsi nella intenzionalità specificatamente dannosa del voto, ovvero nella compressione degli altrui diritti in assenza di apprezzabile interesse del votante».

Di conseguenza, nell'ipotesi in cui lo scopo perseguito con la delibera risponda esclusivamente ad un interesse proprio della maggioranza, la subordinazione dei soci di minoranza al volere della maggioranza non trova più giustificazione nella comunione di interessi e pertanto si fuoriesce dall'ambito in cui il procedimento può operare¹⁷¹.

In merito alla seconda puntualizzazione, occorre rammentare che fin dagli anni cinquanta ai fini della dichiarazione di invalidità della delibera assembleare per eccesso o abuso di potere era richiesta la dimostrazione dell'elemento soggettivo¹⁷².

In particolare, la giurisprudenza di merito e la stessa Corte di Cassazione avevano ritenuto indispensabile la dimostrazione che la deliberazione fosse stata il risultato di una intenzionale attività fraudolenta della maggioranza, volta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e dei connessi diritti patrimoniali dei soci¹⁷³.

Con la pronuncia del 2005, gli Ermellini hanno sostenuto che l'abuso di potere costituisce causa di invalidità alternativamente quando la deliberazione:

«a) non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società; deve pertanto trattarsi di una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico rispetto a quello sociale;

b) sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli poiché è rivolta al conseguimento di interessi extrasociali»¹⁷⁴.

Di conseguenza, al fine di ottenere la tutela summenzionata è onere del socio di minoranza dimostrare che il socio di maggioranza abbia abusato del proprio diritto¹³³.

¹⁷¹ P. FERRO- LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993, p. 174.

¹⁷² Cass. 12 maggio 1951, n. 1177, *Stella c. Soc. Cementerie del Transimento*, in *Giur. it.* 1951, I, 1, p. 535.

M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere della maggioranza a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991, p. 28 e 29.

¹⁷³ App. Milano, 27 settembre 1983, *SISAS Spa c. SIO Spa*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 570 e seg.

¹⁷⁴ D. PREITE, *L'abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit, p. 93 e seg.

La prova dell'intento fraudolento della maggioranza può consistere anche nella dimostrazione induttiva che lo scopo apparentemente perseguito dalla società è in concreto inesistente.

Inoltre, tale prova può poggiare anche su comportamenti o indizi successivi che disvelino *ex post l'abusività dell'azione della* maggioranza.

Infine, bisogna rammentare che l'abuso può essere riscontrato solo nell'ipotesi in cui esso non comporti un controllo del giudice sulle libere determinazioni dell'autonomia privata provenienti dagli organi della società in quanto con riferimento ad esse è preclusa qualsiasi valutazione di opportunità.

10. Le caratteristiche dell'abuso della maggioranza.

All'esito del percorso dottrinario e giurisprudenziale fin qui delineato, sono stati individuati in maniera specifica i connotati caratterizzanti la fattispecie dell'abuso della maggioranza.

In primo luogo, essa si connota per la sussistenza di una condotta fraudolenta dei soci maggioritari in sede di adozione della delibera presuntivamente viziata.

Dal punto di vista soggettivo, tale condotta si caratterizza per la consapevolezza ed intenzionalità della maggioranza di poter far pesare in modo inderogabile la propria posizione.

Dal punto di vista oggettivo, invece, assume rilevanza il danno che tale condotta produrrebbe rispetto agli interessi della minoranza;

In secondo luogo, la fattispecie dell'abuso di maggioranza si connota per il mancato o scarso perseguimento di un interesse sociale per il tramite della delibera presuntivamente viziata.

In particolare, essa ha come obiettivo principale il conseguimento di un'utilità della maggioranza e solo in subordine ed in maniera velata il perseguimento di un interesse sociale.

Ai fini dell'accertamento della fattispecie di abuso di maggioranza, si richiede la sussistenza degli elementi summenzionati in maniera alternativa, senza necessaria correlazione causa-effetto.

11. La prova dell'abuso.

Per quanto attiene l'onere della prova in merito alla sussistenza di una fattispecie di abuso di maggioranza, esso grava sul socio di minoranza.

In particolare, il socio di minoranza che assume l'illegittimità della deliberazione deve dimostrare che il socio di maggioranza abbia abusato del proprio diritto di voto.¹⁷⁵

La prova che deve essere fornita è particolarmente complessa in quanto si tratta di dimostrare che la maggioranza abbia perseguito interessi extrasociali, ovvero che questi interessi erano finalizzati a danneggiare la minoranza.

Al fine di rendere meno gravoso tale onere, la giurisprudenza ha concesso al danneggiato la possibilità di provare questi elementi anche per presunzioni, sulla scorta di indizi gravi e manifesti delle reali intenzioni della maggioranza.¹⁷⁶

Nell'ipotesi in cui il socio di minoranza sia riuscito a fornire prova dell'abuso, il Giudice sarà tenuto a dichiarare l'illegittimità della delibera impugnata, ripristinando la situazione precedente a quella di intervento della delibera viziata da abuso.

L'efficacia della sentenza si esplica non solo nei confronti delle parti del processo, ma anche in quelli dei soci che non sono intervenuti nella controversia e verso i terzi, ferma restando la validità dei diritti acquistati in buona fede da questi ultimi.

In aggiunta, se ne è stata fatta richiesta, ai soci di minoranza potrà essere riconosciuto un risarcimento per i danni patiti a causa della condotta abusiva posta in essere dalla maggioranza.

La dottrina e la giurisprudenza hanno precisato che il risarcimento può essere anche svincolato dall'impugnativa della delibera, infatti è possibile richiederlo anche a seguito della stessa, una volta ottenuto l'accertamento positivo degli abusi lamentati.

¹⁷⁵ Cass. civ. n. 27387/2005, sentenza integrale in www.giurisprudenzadelleimprese.it

¹⁷⁶ App. Roma n. 4031/1998, sentenza integrale in www.jstor.org

12. La casistica.

La dottrina e la giurisprudenza hanno individuato diversi casi in cui si verifica una fattispecie di abuso della maggioranza e ne hanno descritto connotati e caratteri.

12.1 L'aumento di capitale sociale.

Un primo caso di abuso della maggioranza può verificarsi nell'ambito delle operazioni di aumento di capitale a pagamento.

In particolare, si realizza un abuso nell'ipotesi in cui la necessità di ricapitalizzazione della società sia stata avallata dalla maggioranza nella consapevolezza e con l'intento principale di diluire la quota della minoranza, impossibilitata a sottoscrivere alle condizioni e nelle tempistiche deliberate.

Pertanto, se l'aumento di capitale rappresenti uno strumento fraudolento attraverso il quale la maggioranza realizza interessi propri a danno della minoranza, la relativa delibera può essere annullata in quanto espressione di eccesso di potere, di abuso del diritto di voto o di violazione delle regole della buona fede o della correttezza contrattuale.

Occorre sottolineare che tale evenienza non può configurarsi nell'ipotesi in cui il relativo accertamento comporti un sindacato da parte del giudice in merito alla convenienza ed opportunità dell'atto.

Dunque, la delibera è annullabile solo nel caso in cui, per le modalità, le proporzioni o i tempi dell'operazione, risulti una volontà fraudolenta della maggioranza di mettere in difficoltà la minoranza, impedendole di conservare la propria posizione di partecipazione, influenza e controllo all'interno della società.

Ai fini dell'annullamento occorre dar prova dell'esclusiva finalità di ledere il socio di minoranza e dell'assenza di qualsiasi altro obiettivo perseguito mediante l'atto.

Tale prova non è agevole, soprattutto dopo l'affermarsi dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la delibera di aumento di capitale non è invalida se risulti che il conferimento di quel bene è funzionale ad un più ampio disegno di riduzione dei costi di funzionamento della società e non è, dunque, connotato da finalità divergenti con gli interessi di questa.

12.2 Lo scioglimento anticipato della società.

Un secondo caso di abuso della maggioranza può essere realizzato mediante lo scioglimento anticipato della società.

In particolare, si realizza un abuso nell'ipotesi in cui la delibera sia stata adottata con il solo intento di concludere il rapporto sociale al fine di privilegiare indirettamente altre realtà economiche riconducibili alla maggioranza o liquidazione di beni ed altre attività patrimoniali successivamente dirottabili nel perimetro della medesima.

Anche con riferimento alla delibera di scioglimento anticipato della società, la condotta può considerarsi abusiva solo se priva di giustificazione riconducibile all'interesse della società.

Non sarà sollevabile alcuna eccezione di invalidità nell'ipotesi in cui la condotta risulti essere proficua alla luce dei risultati conseguiti e conseguibili.

Secondo un orientamento sostenuto dalla Corte di Cassazione, si è in presenza di un abuso allorquando, a seguito di scioglimento, si ricostituisce una società con esclusione di alcuni soci malvisti dalla maggioranza.¹⁷⁷

12.3 La distribuzione dei dividendi.

Un terzo caso di abuso può essere realizzato qualora la maggioranza delibere sistematicamente l'accantonamento degli utili di esercizio oppure la distribuzione degli stessi sia oggettivamente irrisoria rispetto alle capacità patrimoniali e finanziarie della società.

Nell'ambito delle società di persone, si prevede che, salvo patto contrario, ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto.

Per quanto attiene le società di capitali, la Corte di Cassazione si è espressa al riguardo con due pronunce che hanno assunto un valore essenziale in materia.

In primo luogo, è stato affermato che il diritto agli utili sorge se e nella misura in cui la maggioranza assembleare ne disponga l'erogazione ai soci, mentre prima di tale momento vi è una semplice aspettativa, potendo l'assemblea impiegare diversamente gli utili o anche rinviarne la distribuzione nell'interesse della società.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Cass. Civ. n. 3628/1986, sentenza integrale in www.giurisprudenzadelleimprese.it

¹⁷⁸ Cass. Sez. I n. 2959/1993, sentenza integrale in www.giurisprudenzadelleimprese.it

In secondo luogo, la Corte ha evidenziato che non vi è alcun diritto del socio agli utili senza una preventiva deliberazione assembleare in tal senso.¹⁷⁹

Con il passare del tempo, tali pronunce hanno assunto una connotazione più procedurale che sostanziale, interpretandosi come un richiamo indiretto al rispetto del percorso tecnicamente previsto dalle disposizioni in materia.

Il fenomeno dell'abuso di maggioranza in materia di distribuzione di dividendi emerge nell'ipotesi in cui sia possibile provare che l'aspettativa al dividendo sia sistematicamente disattesa dalla maggioranza al fine di compromettere il valore della partecipazione stessa.

L'onere della prova è a carico della minoranza, la quale ha la possibilità di dimostrare la sussistenza del comportamento abusivo anche attraverso mere presunzioni, che, unitamente a necessari ed ulteriori elementi probatori, inducano a ritenere evidente l'uso distorto di quel potere discrezionale insito nel principio maggioritario.

La giurisprudenza ha sostenuto che gli ulteriori elementi probatori devono essere ricercati nell'ambito di dimostrazioni che spesso trovano attiguità con le analisi del bilancio e materie aziendalistiche in generale come ad esempio accordi bancari che rendano inopportuno il prelievo di risorse finanziarie dai soci e presenza di investimenti immobiliari a debito.

Pertanto, al fine di sostenere la tesi dell'abuso nella mancata distribuzione di dividendi, occorre spostare l'analisi su di un piano di merito.

In conclusione, si può affermare che l'abuso del diritto in materia di distribuzione dei dividendi è connotato da elementi comuni alle diverse fattispecie di abuso della maggioranza, quali la condotta caratterizzata da uno spiccato elemento soggettivo portatore di interessi personali particolari ed antitetici a quelli sociali, e da elementi specifici, principalmente di merito, portatori di evidenti interessi di detrimento nei diritti patrimoniali della minoranza.

Il fulcro giuridico della violazione deve essere ricercato nell'esecuzione del contratto sociale secondo i canoni di correttezza e buona fede come stabilito dall'articolo 2247 c.c.

In particolare, si prevede che con il contratto di società due o più persone eseguono conferimenti per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili.

¹⁷⁹ Cass. Sez. I n.10271/2004, sentenza integrale in www.jstor.org

Tale causa contrattuale è estensibile anche alle società di capitali con riferimento alle quali, seppur non è enunciato un diritto specifico alla percezione di dividendi, la sua reiterata negazione sulla base di elementi, anche di bilancio, che non giustificano la delibera impugnata, determina l'insorgenza dell'abuso.¹⁸⁰

12.4 Gli altri casi di abuso della maggioranza.

La giurisprudenza e la dottrina hanno individuato ulteriori casi di abuso di maggioranza. In primo luogo, si è ritenuto che si verifica un abuso qualora la delibera di fusione sia stata adottata principalmente al fine di modificare i rapporti di forza con le minoranze piuttosto che per effettive utilità economiche ritraibili dall'operazione di accorpamento nel suo complesso.

In secondo luogo, è stata presa in considerazione la fattispecie della trasformazione societaria progressiva ed è stato sostenuto che si verifica un abuso allorché l'operazione viene posta in essere per far transitare la società in un ambito giuridico caratterizzato da minori tutele per i soci di minoranza (in particolare da s.r.l. a s.p.a.).

In terzo luogo, si è ritenuto che con riguardo all'operazione di acquisto di azioni proprie, si verifica un abuso qualora la delibera sia adottata con l'intento di alterare i quorum costitutivi e deliberativi avvalendosi delle disposizioni del codice che regolano i diritti di voto e partecipazione spettanti alle azioni proprie.

Infine, secondo una parte della giurisprudenza, costituisce un abuso anche la delibera di eliminazione della clausola statutaria di prelazione nel caso in cui dovesse essere assunta dalla maggioranza quando, nell'imminenza, quel diritto potrebbe essere esercitato dai soci di minoranza.¹⁸¹

Infatti, l'eliminazione dallo statuto del diritto di prelazione è possibile solo nell'ipotesi in cui essa non determini anche l'eliminazione del diritto di prelazione esercitabile dal socio al momento della deliberazione o in un momento immediatamente successivo.

13. Abuso di minoranza.

Un comportamento abusivo può essere tenuto anche da parte della minoranza o del singolo socio: ciò accade nelle ipotesi in cui l'unico scopo perseguito mediante il

¹⁸⁰ Commissione consultiva di diritto societario. *Abuso della maggioranza con riferimento alla distribuzione dei dividendi*. Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Brescia.

¹⁸¹ Trib. Roma, sez. III, n. 19708/2017, sentenza integrale in www.gazzettanotarile.com

comportamento posto in essere è quello di intralciare lo svolgimento dell'attività sociale.

Tale questione assume centrale rilevanza in ragione dei potenziali effetti dannosi che ne possono derivare per la vita della società¹⁸².

Le fattispecie di abuso della minoranza sono ricomprese nell'ambito del fenomeno dell'ostruzionismo¹⁸³ che raggruppa tutti quei meccanismi che mediante l'esercizio anomalo di un diritto siano in grado di ritardare, ostacolare e impedire la formazione della volontà sociale¹⁸⁴.

Si tratta di comportamenti che, come osservato in relazione all'abuso della maggioranza, si verificano in occasione dell'adunanza assembleare poiché l'assemblea è l'organo in cui si esercitano i diritti del socio e si forma la volontà sociale.

13.1 La richiesta di convocazione per mero spirito di “chicane” quale comportamento abusivo esterno al momento deliberativo.

I comportamenti abusivi della minoranza possono essere distinti a seconda che si realizzino esternamente od internamente all'adunanza assembleare.

Nella prima categoria rientra la fattispecie dell'abuso del diritto di richiedere la convocazione dell'assemblea da parte del socio che superi lo sbarramento previsto all'art. 2367 c.c.¹⁸⁵.

¹⁸² M.P. MARTINES, *L'abuso di minoranza nelle società di capitali* in *Contratto e impresa*, 1997, p. 1190

¹⁸³ A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000, p. 131 e seg.;

P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953, p. 129 e seg.;

V. BUONOCORE, *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 294;

Id., *Legittimazione all'intervento, discussione, e disciplina pattizia del funzionamento dell'assemblea della società per azioni: a proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 1041 e seg.;

P.G. JAEGER, *Il regolamento assembleare della Banca Popolare di Novara*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 191 e seg.;

L. BUTTARO, *Diritto commerciale – Lezioni introduttive*, Bari, 1995, p. 87 e seg.; S. ZUNARELLI, *L'organizzazione dell'assemblea nella prassi statutaria delle piccole e medie società di capitali*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1981, p. 202 e seg.

¹⁸⁴ A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000, p. 141 e seg.

¹⁸⁵ Ai sensi dell'art. 2367 c.c.: “Gli amministratori o il consiglio di gestione devono convocare senza ritardo l'assemblea, quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno il ventesimo del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il decimo del capitale sociale nelle altre o la minore percentuale prevista nello statuto, e nella domanda sono indicati gli argomenti da trattare. Se gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, non provvedono, il tribunale, sentiti i componenti degli organi amministrativi e di controllo, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea, designando la persona che deve presiederla. La convocazione su richiesta di soci non è ammessa per argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta.”

A seguito della richiesta gli amministratori o il consiglio di gestione sono tenuti a convocare immediatamente l'assemblea.

Nell'ipotesi in cui gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, non provvedono a tale convocazione, il tribunale sentiti i componenti "inadempienti", ove il rifiuto di provvedere sia stato ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea individuando il soggetto che assumerà la carica di presidente.

Di conseguenza, non esiste un automatismo della convocazione che può essere rifiutata in caso di sussistenza di fattori impeditivi.

Costituiscono fattori impeditivi le seguenti ipotesi:

1. la richiesta di convocazione da parte del socio non qualificato;
2. la richiesta di convocazione per la trattazione di argomenti che non rientrano nella competenza dell'assemblea da convocarsi¹⁸⁶, delle modifiche dello statuto, della fusione, scissione e trasformazione della società, del bilancio e dell'autorizzazione per gli amministratori per il compimento di atti di gestione e degli altri temi che presuppongono la predisposizione di una relazione *ab initio* da chi è responsabile dell'atto gestorio;
3. la richiesta di convocazione per la trattazione di temi riguardanti atti di gestione;
4. la prevedibilità che la delibera conclusiva dell'assemblea di cui si chiede la convocazione possa essere viziata da nullità per illiceità o impossibilità dell'oggetto;
5. il fondato sospetto che il rimedio prescelto sia volto a danneggiare la società oppure persegua finalità contrastanti con quelle garantite dalla legge¹⁸⁷.

Al fine di evitare di dare seguito a iniziative abusive o atteggiamenti dilatori, si è consolidato il principio in forza del quale gli amministratori sono tenuti a non accogliere richieste di convocazione contrarie alla legge o allo statuto, immotivate, inutili o ripetitive¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Trib. Napoli, 24 gennaio 1996, in *Società*, 1996, p. 817, con nota di A. GAGLIOTI.

¹⁸⁷ Trib. Milano 21 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, con nota di A. PEROTTO, *Convocazione di assemblea «su richiesta della maggioranza», poteri degli amministratori e abuso del diritto*.

¹⁸⁸ App. Palermo, 15 ottobre 1998, in *Società*, 1999, p. 80.

In questo senso, Trib. Milano, 21 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 586; Trib. Aosta in *Società*, 1995, p. 70 con nota adesiva di S. STRANEO.

Ancora più risalente è la pronuncia del Trib. Milano, 7 maggio 1987, in *Giur. comm.*, 1987, p. 81, con nota di E. RIMINI; commentata altresì da L. CAROTA, *Società per azioni e convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in *Contratto e impresa*, III, 1989, p. 849.

Ad oggi è riscontrabile un'unica pronuncia di rigetto della richiesta di convocazione per abuso del diritto: in particolare, nel caso in esame il giudice si è orientato nel senso del rigetto dopo aver rilevato che diritto era stato esercitato al solo fine di perseguire intenti dilatori o di mero disturbo, per realizzare una funzione disgregatrice all'interno della compagine sociale.

Da ciò si desume l'onere degli amministratori di dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo in quanto in mancanza il rifiuto deve considerarsi ingiustificato.

13.2 I comportamenti abusivi interni alla delibera assembleare. L'abbandono dell'assemblea in sede deliberante.

Nella categoria dei comportamenti abusivi posti internamente all'adunanza assembleare rientrano:

1. l'abbandono dell'assemblea in sede deliberante
2. l'abuso del diritto di intervento
3. l'eccesso del diritto di discussione»
4. il rinvio dell'assemblea ex art. 2374 c.c.¹⁸⁹
5. l'abuso del diritto di voto della minoranza di blocco

Per quanto riguarda l'abbandono dell'assemblea in sede deliberativa, si tratta di una questione che è stata oggetto di analisi da parte della giurisprudenza più risalente.

In particolare, tale fattispecie derivava da una lacuna normativa desumibile dagli artt. 158¹⁹⁰ e 210 cod. comm.¹⁹¹.

¹⁸⁹ Ai sensi dell'art. 2374 c.c.: *“I soci intervenuti che riuniscono un terzo del capitale rappresentato nell'assemblea, se dichiarano di non essere sufficientemente informati sugli oggetti posti in deliberazione, possono chiedere che l'assemblea sia rinviata a non oltre cinque giorni. Questo diritto non può esercitarsi che una sola volta per lo stesso oggetto.”*

¹⁹⁰ Ai sensi dell'art. 158 cod. comm.: *“Qualora l'atto costitutivo o lo statuto non disponga altrimenti, è sempre necessaria la presenza di tanti soci che rappresentino i tre quarti del capitale sociale, ed il voto favorevole di tanti soci intervenuti che rappresentino almeno la metà del capitale medesimo, per deliberare: 1) lo scioglimento anticipato della società; 2) la proroga della sua durata; 3) la fusione con altre società; 4) la riduzione del capitale sociale; 5) la reintegrazione o l'aumento del capitale stesso; 6) il cambiamento dell'oggetto della società; 7) ogni altra modificazione dell'atto costitutivo. La maggioranza stessa è inoltre richiesta in tutti i casi specialmente designati dalla legge. I soci dissenzienti alle deliberazioni indicate nei numeri 3, 5 e 6 ed alla proroga della durata della società, se non è consentita nell'atto costitutivo, hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle loro quote o azioni in proporzione all'attivo sociale secondo l'ultimo bilancio approvato. Il recesso deve essere dichiarato dagli intervenuti all'assemblea entro 24 ore della chiusura di essa, e dagli altri soci entro un mese della pubblicazione della deliberazione nel giornale degli annunci giudiziari, sotto pena di decadenza.”*

¹⁹¹ Ai sensi dell'art. 210 cod. comm.: *“La nomina dei liquidatori nelle società in accomandita per azioni ed anonime dev'essere fatta nell'assemblea generale che ordina la liquidazione, salve le disposizioni dell'atto costitutivo o dello statuto. Per la nomina dei liquidatori e per la surrogazione in caso di morte, di fallimento, d'interdizione, d'inabilitazione, di rinuncia o di revocazione, è necessaria la presenza di tanti soci che*

In vigenza del codice di commercio, ai fini della valida assunzione delle deliberazioni era richiesta la presenza di tre quarti del capitale sociale ed il voto favorevole della metà del capitale sociale.

La giurisprudenza dell'epoca interpretava la disciplina in commento in maniera particolarmente restrittiva, dichiarando la nullità della deliberazione per il semplice allontanamento dei soci di minoranza dal luogo dell'assemblea al momento della votazione¹⁹².

Tale prassi non è mutata anche a seguito dell'introduzione dell'art. 2368 c.c.¹⁹³, pertanto la dottrina ha elaborato una soluzione al problema considerando sufficiente l'accertamento del *quorum* costitutivo effettuato in apertura dell'assemblea¹⁹⁴.

In particolare, il problema dell'ostruzionismo si ripropone con riferimento al quorum deliberativo dell'assemblea di prima convocazione.

Ai fini della validità di tale delibera è necessaria la presenza di tanti soci che rappresentano la metà del capitale sociale ed il voto della maggioranza assoluta degli intervenuti.

Il centro della questione è rappresentato dal modo in cui bisogna configurare l'astensione del socio non votante la cui quota partecipativa sia stata calcolata nel *quorum* costitutivo.

rappresentino i tre quarti del capitale sociale, e il consenso di tanti di essi che rappresentino la metà del capitale medesimo. In caso diverso la nomina o la surrogazione è fatta dall'autorità giudiziaria ad istanza degli interessati."

¹⁹² Trib. Verona, 23 novembre 1905, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 84

¹⁹³ Ai sensi dell'art. 2368 c.c.: "*L'assemblea ordinaria è regolarmente costituita quanto è rappresentata almeno la metà del capitale sociale, escluse dal computo le azioni prive del diritto di voto nell'assemblea medesima. Essa delibera a maggioranza assoluta, salvo che lo statuto richieda una maggioranza più elevata. Per la nomina alle cariche sociali lo statuto può stabilire norme particolari. 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 è regolarmente costituita quando è rappresentata almeno la metà del capitale sociale o la maggiore percentuale prevista dallo statuto e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea. Salvo diversa disposizione di legge le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione dell'assemblea. Le medesime azioni e quelle per le quali il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del soggetto al quale spetta il diritto di voto di astenersi per conflitto di interessi non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazione.*"

¹⁹⁴ G. CAVALLI - M. MARULLI - C. SILVETTI, *Le società per azioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, II, 1996, p. 154. G. FRÉ, *Società per azioni*, art. 2325-2451, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, sub. Art. 2368, p. 320, F. FERRARA JR- F. COSTI, *Imprenditori e società*, Milano, 1987, p. 468; G. GRIPPO, *L'assemblea*, in *Tratt. Rescigno*, XVI, Torino, 1985, p. 375. In senso contrario, A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000, p. 88; G. ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, p. 287 e seg.

In merito la giurisprudenza ha considerato ininfluenza l'astensione agli effetti del *quorum* deliberativo: la maggioranza deve essere calcolata sulla base dei soli voti dei soci votanti e escludendo gli astenuti¹⁹⁵.

13.3 L'abuso del diritto di intervento e l'eccesso del diritto di discussione.

Per quanto attiene al diritto di intervento del socio, l'abuso di tale diritto è ravvisabile nel caso in cui esso sia esercitato al fine di perseguire scopi sostanzialmente diversi rispetto a quelli per cui il diritto è stato attribuito.

Dal momento che il diritto di intervento è attribuito al socio al fine di consentirgli l'esercizio del diritto di discussione e di voto, risulta complesso individuarsi una sua autonoma abusività.

Secondo un risalente orientamento dottrinale i soci esclusi dal voto avrebbero la possibilità di intervenire in assemblea al solo fine di fornire assistenza passiva.

Tale intervento avrebbe una funzione meramente informativo-conoscitiva e dunque non consentirebbe di prendere parte alla discussione¹⁹⁶.

Tuttavia, anche sulla scorta di questa impostazione non si risolve la questione in quanto non si comprende in che modo possa realizzarsi un abuso del diritto di intervento esercitato a meri fini conoscitivi.

Particolarmente controverso è un caso preso in esame della dottrina ossia quello in cui *«l'ex socio, o comunque, in generale, il soggetto non legittimato a partecipare ai lavori assembleari, vi intervenga ugualmente e, addirittura, talvolta concorra con il suo voto determinante alla formazione della volontà sociale»*¹⁹⁷.

In merito si rammenta che ai sensi dell'art. 2370 c.c. possono intervenire in assemblea coloro ai quali spetta il diritto di voto, pertanto il diritto di intervento spetta anche a coloro che non sono soci, ma sono titolari del diritto di voto, come ad esempio i creditori pignoranti o gli usufruttuari.

La fattispecie analizzata dalla dottrina deve essere inquadrata nell'eventualità che un soggetto non legittimato (o un ex socio) abbia partecipato all'assemblea e abbia votato.

¹⁹⁵ Trib. Milano, 26 febbraio 1973, n. 274, in *Foro it.*, I, c. 2202.

Trib. Milano, 9 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, c. 967;

Trib. Milano, 15 gennaio 1987, inedita; Trib. Milano, 11 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, c. 305;

Trib. Livorno, 1 febbraio 1957, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 986;

Trib. Brindisi, 31 luglio 1953 in *Corti.Bari, Lecce, Potenza*, 1955, p. 52.

¹⁹⁶ Di diverso avviso, A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1955, p. 172; FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, pag. 30, spec. nt. 46.

¹⁹⁷ A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea della società per azioni*, Milano, 2000, p. 90

In sede di impugnazione potrebbe accadere che, nonostante il voto del soggetto non legittimato sia dichiarato invalido, non possa essere dichiarata l'invalidità della delibera stessa.

Tale circostanza si verifica nell'ipotesi in cui, nonostante l'eliminazione del voto illegittimo, non venga meno la maggioranza richiesta ai fini dell'adozione della delibera.

Pertanto, la fattispecie in esame potrebbe verificarsi nel solo caso in cui, nonostante vi sia stata dichiarazione di invalidità del voto del soggetto non legittimato, ma non della delibera, quest'ultima risulta comunque viziata da abuso del diritto di intervento in quanto questo è stato esercitato al di fuori della sua funzione ed ha influenzato la volontà sociale.

Tale ipotesi va comunque esclusa in quanto non può considerarsi abusivo l'esercizio di un diritto che non è stato attribuito.

Fattispecie a sé stante è rappresentata dalla partecipazione all'adunanza assembleare di soggetti estranei, come avvocati, consulenti e giornalisti, che seppur ammissibile, resta irrilevante.

A seguito delle considerazioni fin qui svolte, si può concludere che l'abuso del diritto di intervento può sostanziarsi esclusivamente nell'eccesso del diritto di discussione.

In forza di tale diritto, il socio deve poter esprimere liberamente la propria opinione, anche se non ha possibilità di votare¹⁹⁸.

L'esercizio di tale diritto può risultare abusivo nell'ipotesi in cui il socio discuta ininterrottamente al solo fine di prolungare la riunione oppure nel caso in cui incentri la discussione su operazioni per cui abbia un interesse personale.

In tali circostanze si fuoriesce dalla funzione per cui il diritto è stato attribuito e di conseguenza l'esercizio dello stesso viene qualificato come abusivo¹⁹⁹.

¹⁹⁸ V. BUONOCORE, *Legittimazione all'intervento, discussione e disciplina pattizia dell'assemblea delle società per azioni: a proposito di una recente sentenza della cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 1049

¹⁹⁹ A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea della società per azioni*, Milano, 2000, p. 100

13.4 L'esercizio abusivo del diritto al rinvio.

Un ulteriore diritto che potrebbe prestarsi ad un esercizio abusivo è quello al rinvio sancito dall'art. 2374 c.c.²⁰⁰.

In forza di tale diritto, i soci intervenuti che detengano una partecipazione almeno pari ad un terzo del capitale rappresentato dall'assemblea, se ritengono di non avere sufficienti informazioni sulle materie oggetto di deliberazione, possono chiedere che l'assemblea venga rinviata a non oltre cinque giorni.

Tale diritto può essere esercitato solo una volta per ciascun oggetto di deliberazione.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza tale diritto costituisce un diritto potestativo²⁰¹ a cui la maggioranza deve sottostare in quanto soggetto passivo.

Nell'ipotesi in cui ricorrano i requisiti minimi richiesti dall'art 2374 c.c., il presidente è tenuto a rinviare l'udienza a pena dell'invalidità della delibera comunque adottata.

Il secondo comma dell'articolo in commento evidenzia l'attenzione posta dal legislatore al fine di evitare un esercizio abusivo del diritto al rinvio.

Secondo un orientamento minoritario della giurisprudenza il rifiuto da parte del presidente dell'assemblea di avallare la richiesta di rinvio non determina l'invalidità della deliberazione nell'ipotesi in cui la richiesta non sia conforme al canone di buona fede di cui all'art. 1375 c.c.²⁰².

Con riferimento al limite sancito dal secondo comma dell'art 2374 c.c., occorre sottolineare che lo stesso non appare sufficiente a eliminare il possibile esercizio abusivo del diritto.

Infatti, lo stesso non preclude un esercizio sistematico del diritto di rinvio motivato, e quindi insindacabile secondo l'orientamento maggioritario, di ogni singola assemblea indetta avente ognuna un diverso oggetto.

²⁰⁰ Ai sensi dell'art. 2374 c.c.: *“I soci intervenuti che riuniscono un terzo del capitale rappresentato nell'assemblea, se dichiarano di non essere sufficientemente informati sugli oggetti posti in deliberazione, possono chiedere che l'assemblea sia rinviata a non oltre cinque giorni. Questo diritto non può esercitarsi che una sola volta per lo stesso oggetto.”*

²⁰¹ Corte App. Roma, sez. II, 3 luglio 2013, n. 3813, in *Riv. dir. soc.*, 2015, I, p. 160

²⁰² Trib. Roma, 14 giugno 2005, in *Riv. not.*, 2006, VI, p. 1584, con nota di Ungari Trasatti.

In termini analoghi, Trib. Venezia, 16 novembre 1987, in *Soc.*, 1988, p. 482.

13.5 L'abuso del diritto di voto della minoranza di blocco.

Un'altra fattispecie rientrante nell'ambito dell'ostruzionismo esercitato internamente all'adunanza assembleare è costituita dall'abuso di voto da parte della "minoranza di blocco"²⁰³.

Il potere di blocco²⁰⁴ si esplica nella possibilità per il socio di minoranza (o una coalizione di soci) di impedire l'approvazione di una delibera assembleare in forza dell'entità della propria partecipazione, come accade per la partecipazione paritetica oppure in ragione dei quorum rafforzati richiesti dalla legge²⁰⁵.

L'abuso di minoranza ha iniziato ad essere centro di analisi da parte di dottrina e giurisprudenza a partire dagli anni novanta, periodo in cui è stato ampliato lo spettro di strumenti di tutela offerti ad essa.

In particolare, l'interesse alla fattispecie si è ampliato a seguito dell'emanazione del d.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) con il quale si è provveduto ad un'estensione della tutela degli azionisti di minoranza nelle società quotate.

Uno dei poteri di autotutela che erano stati conferiti alla minoranza era rappresentato dalla possibilità di condizionare le deliberazioni dell'assemblea straordinaria della società, che non poteva assumere decisioni, nelle diverse convocazioni, senza il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato nella stessa assemblea.

Tale disposizione è stata abrogata, pertanto attualmente trova applicazione il disposto degli artt. 2368 e 2369 c.c.²⁰⁶.

²⁰³ A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003, p. 24 e seg.; R. RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di S.p.A.*, in *Corriere Giur.*, 2007, X, p. 1443, ID., *L'abuso di potere della minoranza*, in *Le società*, 1999, p. 809 e seg.; G.B. PORTALE, «*Minoranze di blocco*» e *abuso del diritto del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 153 e seg.; PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze, abusi e rimedi*, Torino, 2004, p. 28 e 143; S. RUSSO, *Mancata approvazione del bilancio e abuso del diritto di voto nelle società paritetiche*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 200.

²⁰⁴ G.B. PORTALE, «*Minoranze di blocco*» e *abuso del diritto del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 155.

²⁰⁵ Così come avviene nell'ambito delle assemblee straordinarie in cui si richiede il voto favorevole dei due terzi del capitale rappresentato in assemblea ex artt. 2368, comma 2, e 2369, comma 3, c.c.

²⁰⁶ Ai sensi dell'art. 2369 c.c.: «*Se all'assemblea non è complessivamente rappresentata la parte di capitale richiesta dall'articolo precedente, l'assemblea deve essere nuovamente convocata. Salvo che lo statuto disponga diversamente, le assemblee delle società, diverse dalle società cooperative, che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, si tengono in unica convocazione alla quale si applicano, per l'assemblea ordinaria, le maggioranze indicate dal terzo e quarto comma, nonché dall'articolo 2368, primo comma, secondo periodo, e per l'assemblea straordinaria, le maggioranze previste dal settimo comma del presente articolo. Restano salve le disposizioni di legge o dello statuto che richiedono maggioranze più elevate per l'approvazione di talune deliberazioni. Nell'avviso di convocazione dell'assemblea può essere fissato il giorno per la seconda convocazione. Questa non può aver luogo nello stesso giorno fissato per la prima. Se il giorno per la seconda*

Tuttavia, continuano a permanere situazioni in cui possono verificarsi minoranze di blocco e dunque l'abuso di voto delle stesse.

Si tratta principalmente delle delibere di approvazione del bilancio consolidato e delle modifiche statutarie oppure dei casi in cui lo statuto stabilisca delle maggioranze più elevate rispetto a quelle previste dalla legge.

Pertanto, seppur il socio di minoranza non abbia il potere di imporre ad altri una deliberazione a lui gradita, ha la possibilità di impedire che sia adottata una delibera dove la propria partecipazione azionaria costituisca condizione di approvazione della deliberazione stessa.

L'esercizio abusivo del diritto in commento impedisce il funzionamento dell'attività assembleare e potrebbe comportare lo scioglimento della società ex art. 2484, comma primo, n. 3), c.c.

La gravità della conseguenza prospettata ha determinato l'immediato interessamento alla fattispecie da parte di dottrina e giurisprudenza che ne hanno delineato i presupposti:

1. una situazione di conflitto con l'interesse sociale;
2. la trasparenza dell'operazione sottoposta all'assemblea;
3. un voto negativo o l'astensione da parte della minoranza al solo fine di avvantaggiarsi o di ledere gli interessi della maggioranza²⁰⁷.

convocazione non è indicato nell'avviso, l'assemblea deve essere riconvocata entro trenta giorni dalla data della prima, e il termine stabilito dal secondo comma dell'articolo 2366 è ridotto ad otto giorni. In seconda convocazione l'assemblea ordinaria delibera sugli oggetti che avrebbero dovuto essere trattati nella prima, qualunque sia la parte di capitale rappresentata, e l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea. Lo statuto può richiedere maggioranze più elevate, tranne che per l'approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali. Nelle società che non fanno ricorso al 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, lo scioglimento anticipato, la proroga 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'articolo 2351. Lo statuto può prevedere eventuali ulteriori convocazioni dell'assemblea, alle quali si applicano le disposizioni del terzo, quarto e quinto comma. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'assemblea straordinaria è costituita, nelle convocazioni successive alla seconda, quando è rappresentato almeno un quinto del capitale sociale, salvo che lo statuto richieda una quota di capitale più elevata, e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea."

²⁰⁷ G.B. PORTALE, «Minoranze di blocco» e abuso del diritto del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»? , in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 174.

La ricorrenza di tali presupposti determina il venire meno dell'eguaglianza tra i soci²⁰⁸ ed impedisce la sopravvivenza della società²⁰⁹.

Nel nostro ordinamento, il fondamento per riconoscere l'abuso di voto della minoranza di blocco è stato il medesimo adottato ai fini della configurazione della fattispecie dell'abuso della regola di maggioranza²¹⁰.

In particolare, essendo venuta meno la tutela assoluta del diritto soggettivo nella sua dimensione di garanzia della illimitata libertà di autodeterminazione del titolare, la regola della sindacabilità riferita alla repressione dell'abuso deve applicarsi anche all'esercizio dei poteri spettanti alla minoranza²¹¹.

Sulla base di tale impostazione, nell'esercitare il diritto di voto, il socio deve conformarsi al principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti, in quanto in capo allo stesso incombe un obbligo di collaborazione.

Tuttavia, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha più volte affermato che resta necessaria la prova di un esercizio fraudolento o ingiustificato del potere di voto in quanto l'abuso deve sostanziarsi nell'intenzionalità dannosa del voto oppure nella compressione degli altrui diritti in assenza di un apprezzabile interesse del votante la cui manifestazione di volontà risulta arbitrariamente dannosa²¹².

Tale assunto deriva dalla considerazione che il contratto di società costituisce un contratto plurilaterale con comunione di scopo e l'assemblea è l'organo a cui è demandata l'attuazione di tale scopo²¹³.

Di conseguenza, il voto del socio è volto alla realizzazione dell'attività societaria che, a sua volta, è finalizzata ad attuare il contratto di società.

Da tali considerazioni ne deriva che il diritto di voto del socio è limitato dal dovere di solidarietà e di protezione dell'altro contraente, pertanto tale diritto non può essere

²⁰⁸ In D. SCHMIDT, *Les de la minorité dans la société anonyme* (Paris 1970), p. 155 si afferma che non è possibile identificare abuso di minoranza se non si è in presenza di una rottura di uguaglianza tra gli azionisti. In senso contrario, L. SIMONT, *Réflexion sur l'abus de minorité*, in *Liber amicorum Jan Ronse*, p. 322.

²⁰⁹ G.B. PORTALE, *Dell'opposizione alla proroga di "impresa comune": abus d'égalité o libertà di iniziativa economica?*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 550.

²¹⁰ Cass. civ., 26 ottobre 1995, n. 11151, cit. p. 449 e ss.; P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Riv. giur. comm.*, 1996, II, p. 329.

²¹¹ D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 293; A. CERRAI – A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 70 e seg. e p. 32 e se. R. RORDOF, *I poteri degli azionisti di minoranza nel testo unico sui mercati finanziari*, in *Scritti di diritto societario in onore di V. Salafta*, Milano, 1998, p. 169 e seg. Cfr. F.D. BUSNELLI- E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, Padova, 1997, nt. 72, p. 188.

²¹² Trib. Milano, 18 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 98.

²¹³ R. RORDOF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di Spa*, in *Corr. giur.*, 2007, X, p. 1443

esercitato in pregiudizio degli altri soci se non entro l'area segnata dall'interesse sociale che li accomuna.

Nell'ipotesi in cui manchi un'adeguata motivazione al sacrificio imposto all'altrui interesse, risultano violati i canoni di correttezza e buona fede e dunque l'esercizio del voto da parte della minoranza si qualifica come abusivo²¹⁴.

13.6 L'abuso del "blocco di fatto".

Un'ultima fattispecie di abuso di minoranza da analizzare è costituita dall'abuso di una situazione di blocco di fatto.

Tale fattispecie si realizza, nell'ambito delle società per azioni quotate e di OPA obbligatoria, allorquando la partecipazione del socio di minoranza sia particolarmente rilevante.

Volendo esemplificare, è sufficiente prospettare la situazione in cui il socio di minoranza possieda una partecipazione pari al 29,98% del capitale e, di conseguenza, abbia la possibilità di esercitare un blocco di fatto sfruttando la fisiologica carenza di partecipazione dei soci polverizzati²¹⁵.

Una recente pronuncia di merito ha statuito che, nell'ambito delle società per azioni quotate, i soci che detengono posizioni di minoranza, ma comunque particolarmente significative, sono tenuti all'osservanza del principio di agire in buona fede in misura maggiore rispetto a quella dei soci polverizzati, in ragione della circostanza che le loro decisioni recano effetti sul patrimonio di questi ultimi.

I soci polverizzati costituiscono soggetti deboli del rapporto in esame dal momento che sono solo formalmente titolari di poteri societari, ma di fatto non hanno la possibilità di esercitarli²¹⁶.

Pertanto, la responsabilizzazione dei soci titolari di partecipazioni significative costituisce lo strumento attraverso il quale il nostro ordinamento intende tutelare la posizione dei soci polverizzati in quanto soggetti deboli.

²¹⁴ R. RORDOF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, in *Corriere Giur.*, 2007, p. 1443 e seg.

²¹⁵ Trib. Milano, sez. spec. impr., 28 novembre 2014, sentenza integrale in www.giurisprudenzadelleimprese.it

²¹⁶ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, in *Consumatori Oggi*, M. Bessone – P.Perlingieri, Napoli, 2002.

Dunque, nella situazione prospettata, al fine di individuare la situazione di blocco, rileva non tanto la titolarità di diritti in via astratta da parte del socio di minoranza, quanto la concreta possibilità da parte dello stesso di esercitarli in maniera abusiva.

13.7 Le ipotesi residuali di esercizio abusivo: abuso degli strumenti di tutela attribuiti al socio.

In conclusione della trattazione, occorre sottolineare che, in generale, sono suscettibili di un esercizio abusivo tutti i diritti, le prerogative (atti di autonomia privata), nonché gli strumenti di tutela attribuiti al socio dalla legge.

Pertanto, ai fini di completezza è necessario menzionare anche le fattispecie di:

1. abuso del diritto di controllo ex art. 2476²¹⁷, comma secondo, c.c.
2. abuso del diritto di recesso se impiegato come strumento minacciatore per far valere i propri diritti
3. abuso del diritto di impugnazione sistematica delle delibere societarie

²¹⁷ Ai sensi dell'art. 2476 c.c.: “Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso. I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione. L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione. In caso di accoglimento della domanda la società, salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori, rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti (...).”

Capitolo III: La sentenza n. 18770/2021 della Corte di Cassazione.

1. I fatti in causa.

In data 31 maggio 2000, la Sig.ra G.M, socia di minoranza delle due società familiari Fincorus s.p.a. e Fineos s.p.a., si era vista costretta a cedere alla banca UBS Capital, ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato (180 miliardi di Lire), le proprie quote sociali che al tempo della cessione avevano un valore di mercato di circa 420 miliardi di Lire.

Secondo quanto sostenuto dalla Sig.ra G.M, la cessione sarebbe stata diretta conseguenza degli aumenti di capitale compiuti nelle due società in questione.

Tale operazione avrebbe costituito un abuso posto in essere dai soci di maggioranza in quanto questi avrebbero approfittato della precaria situazione finanziaria della socia minoritaria per costringerla a cedere le proprie partecipazioni.

Di conseguenza, la signora decide di agire in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano che con la sentenza n. 10550/2006 accoglie la sua pretesa e condanna i convenuti al pagamento, in favore dell'attrice di Lire 190 miliardi.

Occorre sottolineare che il giudice di primo grado non ha ammesso il giuramento decisorio, né tantomeno l'ordine di esibizione richiesti dai convenuti, allo scopo di provare il sospettato trasferimento, da parte di G.M. in favore del suo convivente more uxorio, Gr.Cl., avvenuto prima della relativa cessione alla UBS, di parte delle partecipazioni societarie detenute dall'attrice.

Nonostante la proposizione di appello da parte dei soccombenti in primo grado, il 25 ottobre 2006 le parti hanno concluso una transazione con cui si è stabilito la rinuncia al gravame e la corresponsione a G.M. dell'intero importo liquidato nella sentenza del Tribunale di Milano.

Con lo stesso atto transattivo, la signora M., madre dei fratelli G., si impegnava a tenere indenne la figlia M. da pretese fiscali volte alla contestazione dell'effettiva misura degli importi ricevuti in esecuzione alla transazione, a condizione che, nel caso di contestazione fiscale, nel collegio difensivo fosse presente un fiscalista di fiducia della stessa signora M.

Successivamente, si instaura un contenzioso tributario inerente alla plusvalenza da cessione di partecipazione contestata a G.M., nell'ambito del quale si scopre un atto

notarile di donazione mobiliare di una parte delle partecipazioni nelle società di famiglia detenute da quest'ultima a favore del suo convivente more uxorio, Gr.Cl.

A seguito di tale scoperta, Alicros s.p.a., anche quale incorporante di Fincorus s.p.a. e Fineos s.p.a., M.R.A., vedova G., G.L., G.A. e la LDR S.A. agiscono in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano nei confronti di G.M., al fine di ottenere il risarcimento dei danni, in misura pari a quanto corrisposto alla medesima in esecuzione della transazione, in relazione a tutte le partecipazioni sociali, nonché la decadenza o inefficacia dell'impegno di manleva assunto dalla madre nei confronti della figlia nell'atto di transazione a causa del rifiuto da parte della convenuta di inserire, nel collegio difensivo chiamato a gestire la controversia fiscale, il legale individuato da parte della signora M.R.A.

Con la sentenza n. 5945/2015, il Tribunale ha concluso per il rigetto delle domande proposte dagli attori ritenendo presumibile la conoscenza, o almeno conoscibilità, della donazione avvenuta il 31 maggio 2000, da parte dei familiari prima della transazione del 2006.

I soccombenti hanno proposto appello dinanzi la Corte di Milano, il quale, però, è stato rigettato con la sentenza n. 1958/2016.

La Corte è giunta a tale conclusione argomentando che il danno derivante dall'abusivo aumento di capitale ha avuto origine dalla delibera delle due società del 9 marzo 2000.

Pertanto, gli accordi intercorsi con la banca UBS e la cessione alla stessa delle quote da parte di G.M. hanno avuto come unico effetto quello di ridurre il danno subito dall'appellata.

Ciò trova conferma nel fatto che, con la sentenza n. 10550/2006, il Tribunale di Milano aveva liquidato il danno in una somma corrispondente alla differenza tra il valore delle quote ed il prezzo di vendita alla banca.

In aggiunta, la Corte di secondo grado ha sostenuto che non solo l'illecito e le sue conseguenze dannose risalgono ad un momento antecedente alla donazione del 31 maggio 2000, ma che parimenti precedenti sono stati anche tutti gli atti in cui è stata coinvolta la banca UBS in quanto gli accordi tra quest'ultima e G.M. sono stati formalizzati il 6 marzo 2000, l'acquisto della prima tranche di partecipazione è avvenuto il 21 marzo 2000 e l'esercizio dell'opzione di acquisto delle rimanenti quote previste dagli accordi si è verificato il 22 maggio 2000.

Infine, la Corte d'appello ha rigettato anche la domanda di decadenza o inefficacia della manleva prestata della signora M.R.A. a favore della figlia, affermando che la decisione

di G.M. di non includere nel collegio difensivo il legale designato della madre non fosse sindacabile.

Alicros s.p.a., anche quale incorporante di Fincorus s.p.a. e Fineos s.p.a., M.R.A., vedova G., G.L., G.A. e la LDR S.A. hanno, dunque, deciso di proporre ricorso per cassazione, a cui la Sig.ra G.M. ha replicato con controricorso.

2. Le ragioni della decisione.

In primo luogo, la Corte si è pronunciata, in via pregiudiziale, con riferimento all'eccezione di improcedibilità del ricorso che è stata proposta da parte del Procuratore Generale.

In particolare, è stata contestata la mancata allegazione da parte dei ricorrenti della copia autentica della sentenza impugnata, corredata dalla relativa relata di notifica.

Gli Ermellini hanno statuito che tale eccezione risulta superata dall'avvenuto deposito, con nota ex art. 372 c.p.c.²¹⁸, dei documenti summenzionati.

Ciò ha indotto il rappresentante della Procura Generale a rinunciare all'eccezione proposta con conseguente possibilità per la Corte di passare all'analisi dei motivi di ricorso.

2.1 Il primo motivo di ricorso.

Per quanto riguarda il primo motivo, con esso è stata denunciata la violazione dell'art. 2909 c.c.²¹⁹ e art. 324 c.p.c.²²⁰, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3²²¹.

²¹⁸ Ai sensi dell'art. 372 c.p.c.: *“Non è ammesso il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo, tranne di quelli che riguardano la nullità della sentenza impugnata e l'ammissibilità del ricorso e del controricorso. Il deposito dei documenti relativi all'ammissibilità può avvenire indipendentemente da quello del ricorso e del controricorso, fino a quindici giorni prima dell'udienza o dell'adunanza in camera di consiglio.”*

²¹⁹ Ai sensi dell'art. 2909 c.c.: *“L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.”*

²²⁰ Ai sensi dell'art. 324 c.p.c.: *“Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395.”*

²²¹ Ai sensi dell'art. 360, comma 1, c.p.c.: *“Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 5) per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.”*

In particolare, i ricorrenti hanno contestato che la Corte d'appello, sebbene abbia dichiarato di non pronunciarsi sull'eccezione di giudicato riproposta da G.M., l'abbia, implicitamente accolta, menzionando più volte in motivazione l'efficacia di giudicato della sentenza di primo grado.

Nei confronti di tale pronuncia, i ricorrenti avevano rinunciato all'appello in virtù della transazione conclusa con la controparte.

Viene, dunque, contestato che il giudice di secondo grado non avrebbe preso in considerazione il fatto che le parti avevano inteso far passare in giudicato tale sentenza, non affinché la stessa facesse stato tra loro, bensì perché alla regolamentazione dei loro rapporti risultante dall'accertamento giudiziale, esse avevano sostituito quella risultante dalla transazione del 2006.

Di conseguenza, il giudicato in questione non avrebbe potuto precludere l'impugnazione della summenzionata transazione per la successiva scoperta di un documento occultato da una delle parti.

Gli Ermellini hanno dichiarato tale mezzo inammissibile in ragione del fatto che il ricorso per cassazione deve essere corredato da un'esposizione, specifica, completa e riferita alla decisione impugnata, dei motivi per i quali si richiede la cassazione di tale sentenza.

Segnatamente, si richiede una specifica contestazione della *ratio decidendi* su cui è stata fondata la pronuncia oggetto di impugnazione.²²²

Nel caso in discussione, la censura sollevata dai ricorrenti non incide sulla *ratio decidendi* della decisione di appello: infatti, la Corte di secondo grado non ha accolto implicitamente l'eccezione di giudicato con lo scopo di paralizzare l'azione proposta in giudizio dagli attori in primo grado, bensì ha ritenuto di non doversi pronunciare su tale eccezione dal momento che la sentenza del Tribunale di Milano offriva un dato essenziale ai fini della risoluzione della controversia, ossia la circostanza che l'illecito ai danni della parte appellata era stato compiuto ed aveva prodotto conseguenze prima della donazione avvenuta il 31 maggio 2000 .

Da tale considerazione si desume che la Corte di appello non ha operato alcun accoglimento dell'eccezione di giudicato che paralizzasse la domanda proposta in giudizio dagli attori di primo grado in quanto si è limitata a desumere dal giudicato esclusivamente un dato temporale accertato in quella sede.

²²² Cass. civ., Sez. III, 10.08.2017, in www.italgiure.giustizia.it, 2017.

In particolare, il giudice di secondo grado ha proceduto alla mera ricostruzione della data in cui si è verificato l'illecito e si è prodotto il danno sulla scorta di un accertamento autonomo, fondato sugli altri elementi individuabili negli atti di causa.

Pertanto, seppur la Corte d'appello abbia menzionato in motivazione il passaggio in giudicato della sentenza, comunque essa non ha fondato la decisione della causa sul valore di giudicato di tale pronuncia.

Infatti, da un lato, la Corte ha affermato che la questione attinente alla responsabilità degli attori per abuso di maggioranza non costituiva oggetto di discussione nella causa pendente dinanzi al giudice di secondo grado.

Dall'altro, essa ha autonomamente ripetuto l'accertamento che la perdita di valore della quota era direttamente derivante dall'aumento di capitale.

Ciò è evidente dal passaggio della sentenza in cui si legge che: *“Si ricordi che, se l'operazione di aumento di capitale delle società Fineos e Fincorus approvata dalle assemblee delle due società tenutesi il 9 marzo 2000 fosse stata realizzata così come era stata concepita, sarebbe scesa fino a percentuali trascurabili (da oltre il 40% allo 0,31% per Fineos, da oltre il 20% allo 0,16% (per Fincorus: n.d.r.)) la quota di partecipazione di MG al capitale delle due società attraverso le quali la famiglia G. controllava il 100% del capitale della società Alicros, che, a sua volta, deteneva il 60% del capitale delle holding che assicurava il controllo del gruppo Campari”*²²³.

In sostanza, la Corte d'Appello si è limitata a far uso dei fatti risultanti dalla sentenza del Tribunale di Milano per confermare in maniera autonoma la conclusione della svalutazione della quota come conseguenza dell'aumento di capitale.

Il giudice di secondo grado ha concluso per l'irrelevanza e dunque il non necessario esame della questione del rapporto fra il giudicato formatosi sulla sentenza n. 10550/2006 e l'iniziativa risarcitoria degli appellanti, che non hanno chiesto la revocazione.

A tale conclusione, si è giunti argomentando che *“il fatto illecito produttivo del danno si perfezionò alla data del 9 marzo 2000, giorno in cui, quale conseguenza immediata e diretta dell'abuso di maggioranza compiuto con l'approvazione delle delibere di aumento del capitale da parte delle assemblee delle società Fineos e Fincorus, si realizzò l'effetto dannoso del quasi completo azzeramento del valore dell'importante partecipazione di MG nel capitale di controllo del gruppo Campari”*, e che *“Quel che*

²²³ App. Milano, 19.05.2016, in www.sentenze.laleggepertutti.it, 2016

accadde successivamente non rileva, se non, paradossalmente, a beneficio degli stessi autori dell'illecito, perchè il tentativo di MG, coronato da parziale successo, di attenuare le conseguenze dannose dell'illecito di cui era stata vittima attraverso il coinvolgimento del gruppo bancario UBS, aveva prodotto indirettamente anche l'effetto di rendere meno gravosa la responsabilità risarcitoria degli attuali appellanti, i quali avrebbero dovuto ristorare MG dell'intero pregiudizio subito per effetto dell'azzeramento del valore delle quote di partecipazione di costei al capitale del gruppo Campari dovuto agli aumenti di capitale illecitamente deliberati il 9 marzo 2000 (...)"²²⁴

Per le ragioni fin qui esposte, gli Ermellini hanno ritenuto il mezzo non meritevole di accoglimento.

2.2 Il secondo motivo di ricorso.

Per quanto attiene al secondo motivo di ricorso, con esso è stata denunciata la violazione degli artt. 2043²²⁵, 1218²²⁶, 1175²²⁷, 1375²²⁸ e 1223²²⁹ c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

In particolare, i ricorrenti hanno sostenuto che il giudice di appello avrebbe commesso un errore nell'individuare la delibera di aumento del capitale sociale del 9 marzo 2000 come fatto illecito da cui sia derivato il danno e come momento produttivo del pregiudizio risarcibile.

Al riguardo è stata addotta l'argomentazione secondo cui la Corte di secondo grado avrebbe confuso il momento di consumazione dell'illecito con il momento di verifica del danno, in quanto la delibera di aumento del capitale non avrebbe l'effetto di produrre direttamente un azzeramento delle partecipazioni sociali.

²²⁴ App. Milano, 19.05.2016, in www.sentenze.laleggepertutti.it, 2016

²²⁵ Ai sensi dell'art. 2043 c.c.: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*"

²²⁶ Ai sensi dell'art. 1218 c.c.: "*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.*"

²²⁷ Ai sensi dell'art. 1175 c.c.: "*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*"

²²⁸ Ai sensi dell'art. 1375 c.c.: "*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*"

²²⁹ Ai sensi dell'art. 1223 c.c.: "*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.*"

Secondo quanto asserito dai ricorrenti, nell'ipotesi in cui si proceda ad un aumento di capitale deciso della maggioranza, il danno per il socio si concretizzerebbe solo a seguito del verificarsi di due eventi alternativi:

1. la mancata sottoscrizione dell'aumento di capitale che comporta la diluizione della partecipazione della minoranza che non riesca a reperire i mezzi finanziari necessari per la sottoscrizione;
2. la "cattiva monetizzazione" delle partecipazioni sociali e dei connessi diritti di opzione, che si realizza nell'ipotesi in cui socio si veda costretto a cedere la propria partecipazione ad un prezzo inferiore a quello di mercato.

Di conseguenza, nel caso di specie, il danno risarcibile si sarebbe creato solo nel momento in cui G.M abbia venduto alla banca UBS le proprie quote sociali ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato.

Inoltre, è stato aggiunto che il giorno 31 maggio 2000, qualche ora prima della vendita, sia avvenuta la donazione di parte delle quote di G.M. a favore del convivente.

Pertanto, a detta dei ricorrenti, il danno subito da parte della signora sarebbe limitato alle sole quote rimaste nella sua detenzione al momento della cessione alla banca.

La Corte di Cassazione, dopo aver svolto un percorso argomentativo, ha ritenuto tale censura infondata.

In particolare, è stato sottolineato che, in base all'orientamento prevalente in dottrina, l'art. 1223 c.c., che rappresenta norma centrale in materia di quantificazione del danno risarcibile, si applica anche all'illecito aquiliano, in virtù del rinvio operato dall'art 2056 c.c.

Di conseguenza, il danno da risarcire deve essere calcolato sulla base della differenza tra l'ammontare che avrebbe raggiunto il patrimonio complessivo del danneggiato se l'atto illecito non fosse stato compiuto ed il suo effettivo ammontare a seguito della verifica dell'illecito stesso (cd. teoria della differenza).

Tale interpretazione è stata accolta anche dalla stessa Corte di Cassazione che, con la sentenza 11629/1999, ha sostenuto che, mentre l'accertamento della responsabilità si incentra sull'individuazione del nesso di causalità, quello dell'estensione della responsabilità trova fondamento su un giudizio in termini ipotetici.

Pertanto, il danno risarcibile ex art. 1223 c.c. viene identificato nella perdita e nel mancato guadagno, derivanti dall'inadempimento, che in base al giudizio ipotetico sono delimitati dalla differenza tra la situazione dannosa e la situazione che sarebbe esistita se il fatto dannoso non si fosse verificato.

Con la sentenza 9740/2002, gli Ermellini sono giunti alla medesima conclusione anche in tema di responsabilità extracontrattuale.

In tale pronuncia, è stato asserito che la patrimonialità afferente al danno, risarcibile sulla base del combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 c.c., si riferisce non solo all'accertamento di un saldo negativo nell'ambito dello stato patrimoniale del danneggiato, ma anche all'incidenza in concreto di una diminuzione dei valori e delle utilità (suscettibili di misurazione monetaria) di cui lo stesso può disporre, in quanto il patrimonio costituisce l'insieme di beni, valori e utilità tra loro collegati da un punto di vista funzionale.

Di conseguenza, il danno patrimoniale non sempre coincide con un esborso di denaro o con una perdita di reddito in quanto può manifestarsi anche sottoforma di diminuzione dei valori o delle utilità economiche del danneggiato.

Rimanendo in questa ottica, con la sentenza 16585/2019, la Corte di Cassazione ha rilevato che il danno da deprezzamento di un bene si realizza anche nell'ipotesi in cui questo resti, nello stato in cui si trova, in proprietà ed in godimento dello stesso soggetto.

Ciò è dovuto al fatto che il deterioramento della consistenza fisica o giuridica del bene rappresenta un danno emergente in quanto la diminuzione di valore venale da esso derivante non può consistere in un decremento patrimoniale, a prescindere dalla sua diretta ed immediata monetizzazione.

In particolare, con riferimento alla prestazione del servizio di negoziazione di titoli, è stato statuito che nell'ipotesi in cui l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di prodotti finanziari ad alto rischio, senza procedere all'adempimento dei propri obblighi informativi nei confronti del cliente, il danno risarcibile è insito nell'aver posto a carico di quest'ultimo un rischio che probabilmente non si sarebbe accollato.

Pertanto, in questo caso il danno è rappresentato dalla riduzione del valore dei titoli a prescindere dalla successiva rivendita degli stessi che rilevarebbe ai soli fini dell'adempimento dell'onere del danneggiato di ridurre il danno ex art. 1227 c.c.²³⁰.

Applicando i principi fin qui delineati al caso di specie, emerge che il danno subito dalla Sig.ra G.M. consiste nella riduzione del valore delle sue partecipazioni societarie che si è verificata a causa della delibera che aveva disposto un significativo aumento del

²³⁰ Ai sensi dell'art. 1227 c.c.: *“Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento e' diminuito secondo la gravita' della colpa e l'entita' delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non e' dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.”*

capitale sociale delle due holding familiari, nonostante fosse conosciuta la condizione di impotenza finanziaria nella quale versava la socia di minoranza.

La delibera summenzionata costituisce sia il momento consumativo dell'illecito, sia quello di produzione del danno in quanto la stessa ha determinato la diminuzione di valore delle quote sociali di G.M. per effetto della loro sostanziale svalutazione derivante dall'elevato aumento di capitale sociale deliberato dalla maggioranza.

La diminuzione di valore di un bene, che si realizza già prima rispetto alla sua monetizzazione, rappresenta un danno emergente ex art. 1223 c.c.

Nel caso di specie, tale circostanza trova conferma nel fatto che a seguito dell'aumento di capitale sociale la socia di minoranza si è vista costretta a cedere alla banca UBS delle quote e/o dei diritti di opzione alla sottoscrizione degli aumenti di capitale in questione.

Di conseguenza, gli atti che successivamente sono stati compiuti dalla signora G.M. al fine di vendere al meglio le proprie partecipazioni, seppur ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato, non rappresentano il momento produttivo del danno, bensì costituiscono adempimento all'onere del danneggiato di ridurre le conseguenze dannose dell'illecito, ex art. 1227 c.c., che nel caso di specie è stato concretato attraverso l'abuso di maggioranza posto in essere con gli aumenti di capitale deliberati.

Infatti, l'alienazione delle quote e dei diritti di opzione ad un terzo ha evitato l'aggravamento del danno risarcibile in quanto in assenza della stessa i ricorrenti avrebbero dovuto ristorare G.M. dell'intero pregiudizio subito per effetto dell'azzeramento delle sue partecipazioni alle società familiari.

All'esito del percorso argomentativo fin qui delineato, Gli Ermellini hanno concluso per il rigetto del motivo di ricorso in esame, ritenendo che al caso di specie debbano essere applicati i seguenti principi di diritto: *“il carattere patrimoniale del danno, risarcibile ai sensi del combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 c.c., riguarda non solo l'accertamento di un saldo negativo nello stato patrimoniale del danneggiato, ma anche l'incidenza in concreto di una diminuzione dei valori e delle utilità di cui il medesimo può disporre, con la conseguenza che il carattere della patrimonialità non implica sempre e necessariamente un esborso monetario, né una perdita di reddito o prezzo, ben potendo configurarsi anche come diminuzione dei valori o delle utilità economiche del danneggiato”*,²³¹

²³¹Cass. civ., Sez. I, n. 18770, 02.07.2021, in www.sentenze.laleggepertutti.it, 2021

“in materia societaria, in caso di illecito consistente nell’abuso di maggioranza, concretatosi in un aumento del capitale sociale non sottoscrivibile dal socio di minoranza per il suo preesistente stato di impotenza finanziaria, il danno risarcibile si produce, prima dell’alienazione dei titoli ad un terzo a prezzo inferiore al loro valore reale, nel momento e per effetto della Delib. di aumento del capitale sociale, in conseguenza della sostanziale svalutazione del valore delle partecipazioni societarie dal medesimo detenute, derivante dall’aumento di capitale sociale deliberato dalla maggioranza”.²³²

2.3 Il terzo ed il quarto motivo di ricorso.

Per quanto riguarda il terzo ed il quarto motivo di ricorso, con essi è stata denunciata la violazione dell’art. 12 preleggi²³³ e degli artt. 1362²³⁴ c.c. e segg., nonché l’omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4.

In particolare, i ricorrenti hanno contestato il fatto che la Corte di secondo grado non abbia valutato ed interpretato nella sua interezza la sentenza n. 10550/2006 del Tribunale di Milano. A detta degli istanti, da tale pronuncia si desumerebbe che il danno subito da G.M. si sarebbe realizzato solo a seguito della vendita alla banca UBS, a prezzo inferiore rispetto a quello di mercato, delle sue partecipazioni.

La Corte di Cassazione ha ritenuto tali motivi inammissibili, e dunque non meritevoli di accoglimento, in quanto le eccezioni sollevate non colgono la *ratio decidendi* della sentenza impugnata.

Infatti, come già sottolineato con riferimento al primo motivo di ricorso, il giudice di secondo grado non ha fondato la propria pronuncia sul valore di giudicato della sentenza del Tribunale di Milano.

²³² Cass. civ., Sez. I, n. 18770, 02.07.2021, in www.sentenze.laleggepertutti.it, 2021

²³³ Ai sensi dell’art. 12 delle preleggi: *“Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato.”*

²³⁴ Ai sensi dell’art. 1362 c.c.: *“Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto.”*

Piuttosto, la Corte si è limitata a trarre dalla pronuncia summenzionata solo un dato temporale e poi ha proceduto ad accertamento autonomo in merito all'esistenza ed alla data di produzione del danno.

2.4 Il quinto ed il sesto motivo di ricorso.

Con il quinto motivo di ricorso è stato eccepito l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

In particolare, i ricorrenti hanno contestato la *ratio decidendi* subordinata della pronuncia impugnata, in base alla quale il pregiudizio per la signora G.M. si sarebbe comunque realizzato nel momento in cui è avvenuta la stipula dell'accordo di cessione alla banca ossia il 6 marzo 2000 o, al massimo, con l'esercizio del diritto di opzione di acquisto da parte di quest'ultima, avvenuto il 22 maggio 2000.

Secondo gli Ermellini, tale contestazione risulta assorbita dal rigetto del secondo motivo di ricorso con cui è stata riconosciuta la fondatezza della ratio principale, in base alla quale il danno per la socia di minoranza si è realizzato nel momento in cui è stata approvata la delibera di aumento del capitale sociale delle holding familiari.

Anche il sesto motivo di ricorso è stato volto alla denuncia dell'omesso esame circa un fatto decisivo per la controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

In questo caso, i ricorrenti hanno eccepito che il giudice di secondo grado non abbia considerato il contenuto dell'art. 4 dell'atto di donazione delle quote sociali da parte di G.M. a favore del proprio convivente Gr.

Con tale articolo è stato previsto il trasferimento al donatario anche di "tutti gli utili e rischi, proventi ed oneri relativi alle quote cedute".

Pertanto, a detta degli istanti, per effetto della donazione del 31 maggio 2000, il diritto al risarcimento per l'eventuale pregiudizio derivato dall'aumento di capitale sociale sarebbe stato ceduto al Sig. Gr. che, dunque, sarebbe stato l'unico legittimato a agire in giudizio.

La Corte di Cassazione ha ritenuto tale mezzo inammissibile per una serie di assorbenti ragioni.

In base a delle precedenti sentenze della medesima Corte, il ricorso fondato su questioni che non sono trattate nella pronuncia impugnata deve essere accompagnato dall'allegazione dell'avvenuta deduzione della questione innanzi al giudice di merito e deve indicare gli scritti difensivi in cui ciò sia riscontrabile.

Di tali scritti deve essere riprodotto il contenuto essenziale nel ricorso in modo che gli Ermellini abbiano la possibilità di svolgere un controllo “*ex actis*” sulla veridicità di tale asserzione, prima di passare all’esame del merito della questione stessa;

Tali adempimenti non sono stati svolti dai ricorrenti che si sono limitati ad una generica indicazione contenuta in una nota, pertanto la censura non è stata ritenuta meritevole di accoglimento.

2.5 Il settimo motivo di ricorso.

Con il settimo motivo di ricorso è stata eccepita la violazione e falsa applicazione dell’art. 210 c.p.c.²³⁵ e dell’art. 94 disp. att. c.p.c.²³⁶, in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Tale motivo trae origine dal fatto che la donazione del 31 maggio 2000 menziona “atti donativi del 1997” e la sentenza di secondo grado afferma che, nell’ipotesi in cui tale circostanza sia effettivamente esistente, essa “*non permetterebbe più di ritenere che gli effetti dannosi dell’illecito compiuto mediante l’aumento di capitale deliberato il 9 marzo 2000 erano stati sopportati da MG quale unica proprietaria delle due partecipazioni*”²³⁷

Nonostante ciò, però, la Corte d’appello ha disatteso l’istanza di esibizione degli atti del 1997, in violazione dell’art. 210 c.p.c. e art. 94 disp. att. c.p.c.

Gli Ermellini hanno dichiarato l’inammissibilità di tale doglianza in ragione del fatto che, secondo un costante orientamento giurisprudenziale, la scelta dei mezzi istruttori, tra cui rientra anche l’ordine di esibizione, è rimessa all’apprezzamento discrezionale, ancorché motivato, del giudice di merito.

Pertanto, tale scelta è suscettibile di essere censurata in sede di legittimità solo con riferimento al vizio di motivazione e non a quello di violazione di legge.

²³⁵ Ai sensi dell’art. 210 c.p.c.: “*Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell’articolo 118, l’ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all’altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l’acquisizione al processo. Nell’ordinare l’esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell’esibizione. Se l’esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposto l’istanza di esibizione.*”

²³⁶ Ai sensi dell’art. 94 disp. att. c.p.c.: “*L’istanza di esibizione di un documento o di una cosa in possesso di una parte o di un terzo deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa e, quando è necessario, l’offerta della prova che la parte o il terzo li possiede.*”

²³⁷ App. Milano, 19.05.2016, in www.sentenze.laleggepertutti.it, 2016

Analizzando il caso in esame risulta evidente che la censura è stata proposta esclusivamente con riferimento al vizio di violazione di legge e che, in realtà, la sentenza impugnata ha ampiamente argomentato la questione oggetto di contestazione in quanto ha rilevato che dalla donazione del 21 maggio 2000 emerge la piena titolarità delle quote sociali da parte di G.M. al momento dell'atto e che il riferimento agli atti del 1997, essendo generico, non era idoneo a supportare l'emissione di un ordine di esibizione.

2.6 L'ottavo motivo di ricorso.

L'ultimo motivo di ricorso è stato volto a denunciare la violazione e falsa applicazione degli artt. 1418²³⁸, 1419²³⁹, 1362 c.c. e segg., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Secondo i ricorrenti, il giudice di secondo grado avrebbe interpretato in maniera erronea il patto di manleva contenuto nella transazione del 25 ottobre 2006, nella parte in cui la Sig.ra M.R.A subordinava il proprio impegno di manleva all'inclusione di un legale da lei designato nel collegio difensivo nominato in caso di controversie fiscali dipendenti dalla cessione delle quote.

In particolare, l'errore sarebbe insito nel fatto che la Corte d'appello abbia dichiarato insindacabile la revoca, da parte di G.M., del difensore scelto dalla madre, dando rilievo al principio secondo cui tra l'assistito e l'avvocato che ne assume la difesa deve sussistere un rapporto fiduciario.

Sul punto, la Corte d'appello ha affermato che nell'ipotesi in cui il patto di manleva fosse stato considerato un vincolo per il garantito, allora lo stesso sarebbe stato nullo.

Pertanto, applicando il principio generale di conservazione del contratto ex art. 1367 c.c., occorre interpretare il patto in esame nel senso che, fermo il diritto per la garante di nominare un legale di sua fiducia, il professionista avrebbe dovuto comunque riscuotere la fiducia anche della garantita, a pena di nullità.

²³⁸ Ai sensi dell'art. 1418 c.c.: *“Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.”*

²³⁹ Ai sensi dell'art. 1419 c.c.: *“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.”*

Ad avviso del giudice di secondo grado, tale interpretazione sarebbe *“l’unica in grado di rendere la controversa clausola dell’accordo transattivo compatibile con il principio generale della disciplina dei rapporti tra professionisti intellettuali ed i clienti che individua nel carattere fiduciario una caratteristica essenziale del rapporto d’opera intellettuale, tale da non ammettere deroga alcuna alla facoltà del cliente di recedere dal contratto con il professionista e (...) al diritto di non subire l’imposizione da parte di un terzo della scelta di un professionista che per qualsiasi, insindacabile, ragione non goda della fiducia dell’assistito”*²⁴⁰.

Secondo i ricorrenti, invece, la lettera della clausola in questione porterebbe ad escludere l’interpretazione fornita dalla Corte d’appello in quanto l’indicazione del difensore da parte del garante è generalmente inclusa in tutti i patti di gestione della lite. A ciò si aggiunge che, nel caso in esame, la garantita non sarebbe stata completamente estromessa dalla propria difesa dal momento che le è stata lasciata la possibilità di nominare liberamente uno o più difensori di sua fiducia.

Inoltre, ad avviso degli istanti, nell’ipotesi in cui si desse seguito all’interpretazione del giudice di secondo grado, ne discenderebbe la decadenza, inefficacia, risoluzione o nullità dell’intero patto di manleva in quanto la gestione della lite da parte della garante rappresenta una parte essenziale di esso.

Di conseguenza, se la nullità della clausola travolge l’intero patto, la madre di G.M. sarebbe comunque liberata dall’obbligo di manleva

Gli Ermellini hanno ritenuto tale motivo limitatamente fondato per le seguenti ragioni.

In primo luogo, è stato sottolineato che l’interpretazione fornita dalla Corte d’appello determinerebbe la costituzione di un limite all’ammissibilità nell’ordinamento del patto di gestione della lite in quanto consentirebbe al garantito di sottrarsi a tale patto adducendo come giustificazione un qualsiasi motivo per cui ritenga essere venuta meno la sua fiducia nei confronti del difensore nominato dal garante.

Seguendo tale impostazione, ne deriverebbe uno svuotamento del significato della pattuizione in esame dal momento che sarebbe possibile svincolarsi da essa adducendo anche ragioni meramente pretestuose.

Da altra angolazione, si rammenta che non ci sono dubbi in merito alla possibilità per il garantito di revocare il mandato professionale al difensore nominato dal garante poiché

²⁴⁰App. Milano, 19.05.2016, in www.sentenze.laleggepertutti.it, 2016

il rapporto intercorrente tra di essi non può prescindere dalla fiducia che l'assistito deve poter riporre nel proprio legale.

La questione si incentra sulle conseguenze della revoca sui rapporti con la controparte del patto di gestione della lite.

Tale patto determina la creazione di un vincolo tra le parti che non può essere risolto sulla base di una decisione unilaterale ed immotivata di uno dei contraenti.

Allo stesso tempo, però, il mandato professionale del difensore deve essere espletato in modo da aderire all'interesse del patrocinato e da garantirne la piena tutela.

Il punto di equilibrio tra queste due situazioni opposte si individua nell'effettivo perseguimento dell'interesse del garantito da parte del legale nominato dal garante, altrimenti ne deriverebbe la lesione del diritto fondamentale di difesa in giudizio.

Pertanto, ai fini della revoca del mandato non è sufficiente la mera allegazione dell'essere venuta meno la fiducia nei confronti del difensore, ma è, altresì, necessario accertare che lo svolgimento dell'attività difensiva non stia avvenendo nell'interesse del patrocinato.

Nel caso di specie, la Corte d'appello non ha svolto l'accertamento summenzionato in quanto si è limitata ad affermare che la revoca da parte della Sig.ra G.M del difensore nominato dalla Sig.ra M.R.A. fosse in ogni caso legittima.

In ragione dell'accoglimento dell'ultimo motivo di ricorso, la sentenza impugnata è stata cassata con rinvio alla Corte d'appello di Milano che dovrà procedere a nuovo esame del merito della controversia, facendo applicazione dei principi di diritto sanciti dalla Corte di Cassazione.

3. Il principio di diritto.

Con la sentenza n. 18770/2021, la Corte di Cassazione ha chiarito una questione di fondamentale importanza, dettando in merito un principio di diritto.

In particolare, è stato statuito che il carattere patrimoniale del danno, suscettibile di risarcimento in forza del combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 c.c., ha ad oggetto non solo l'accertamento di un saldo negativo nello stato patrimoniale del danneggiato, ma anche l'incidenza in concreto di una diminuzione dei valori e delle utilità di cui il medesimo può disporre.

Pertanto, ai fini della patrimonialità del danno non sempre è necessario un esborso monetario o una perdita di reddito o di prezzo, in quanto essa può essere insita anche in una diminuzione dei valori o delle utilità economiche del danneggiato.

Applicando tale principio all'ambito societario, ne deriva che nell'ipotesi in cui la maggioranza abbia deliberato un aumento di capitale sociale non sottoscrivibile dal socio di minoranza, a causa del suo preesistente stato di impotenza finanziaria, il momento produttivo del danno risarcibile è da individuarsi nella deliberazione stessa e non nel successivo atto di vendita dei titoli ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato.

Infatti, per effetto della delibera di aumento del capitale sociale si determina una sostanziale svalutazione del valore delle quote detenute dal socio di minoranza che non abbia potuto sottoscrivere l'ingente aumento di capitale deliberato dalla maggioranza.

Gli Ermellini sono giunti a tali conclusioni dopo avere svolto un percorso argomentativo fondato sulla c.d. "teoria della differenza".

In base a tale teoria, il danno risarcibile ex art. 1223 c.c.²⁴¹ deve essere individuato nella differenza tra l'ammontare del patrimonio complessivo del danneggiato nell'ipotesi in cui non fosse stato compiuto l'atto illecito e il suo effettivo ammontare a seguito dell'illecito stesso.

Nel corso del tempo, tale impostazione ha trovato accoglimento in molteplici pronunce della giurisprudenza di legittimità²⁴², anche con riferimento alla responsabilità extracontrattuale²⁴³.

²⁴¹ L'art. 1223 c.c. costituisce norma centrale in materia di quantificazione del danno risarcibile ed, in forza del rinvio operato dall'art. 2056 c.c., esso trova applicazione anche con riferimento all'illecito aquiliano.

²⁴² Cass. n. 11629/1999, sentenza integrale in www.eutekne.it

²⁴³ Cass. n. 9740/2002, sentenza integrale in www.eutekne.it

In particolare, è stato affermato che, essendo il patrimonio quell'insieme di beni, valori e utilità funzionalmente connessi, la patrimonialità del danno può essere riscontrata anche nell'incidenza in concreto di una diminuzione dei valori e delle utilità di cui il danneggiato possa disporre.

Di conseguenza, il carattere patrimoniale, afferente al danno e non al bene leso dal fatto dannoso, può sostanziarsi anche in una diminuzione dei valori o delle utilità economiche del danneggiato, piuttosto che in un esborso monetario.

Ciò emerge in maniera chiara ed evidente da due pronunce della Corte di Cassazione²⁴⁴ con cui è stato analizzato il caso di un intermediario che abbia dato corso all'acquisto di prodotti finanziari ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, pertanto, presumibilmente, quest'ultimo, se fosse stato informato, non si sarebbe accollato il rischio.

In merito, gli Ermellini hanno individuato il danno suscettibile di risarcimento nella diminuzione del valore dei titoli, anche in mancanza di una successiva rivendita degli stessi che costituirebbe condotta rilevante al solo fine dell'adempimento dell'onere del danneggiato di ridurre il danno ex art. 1227 comma 2 c.c.

Applicando tali argomentazioni al caso di specie, la Corte di Cassazione ha rilevato che la delibera di aumento del capitale sociale, adottata dalla maggioranza al solo fine di ledere gli interessi della minoranza finanziariamente impossibilitata alla sottoscrizione, costituisce sia il momento consumativo dell'illecito, sia quello di produzione del danno. In particolare, tale delibera comporta la diminuzione di valore della partecipazione, e, conseguentemente, del patrimonio del socio di minoranza, a causa della sostanziale svalutazione che viene a crearsi per effetto dell'ingente aumento di capitale sociale deliberato dalla maggioranza.

La diminuzione di valore di un bene, ancor prima della sua monetizzazione, comporta un decremento patrimoniale che non si sarebbe verificato in mancanza dell'illecito, pertanto essa stessa costituisce il danno emergente di cui all'art. 1223 c.c.

Nel caso di specie, quanto finora affermato trova conferma nella circostanza che, a seguito della delibera di aumento del capitale sociale, la socia di minoranza si è vista costretta a vendere le proprie partecipazioni e i diritti di opzione alla sottoscrizione dell'aumento.

²⁴⁴ Cass. n. 16585/2019, sentenza integrale in www.eutekne.it; Cass. n. 29864/2011, sentenza integrale in www.eutekne.it

L'attività svolta al fine di alienare al meglio le proprie partecipazioni, seppur ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato, non rappresenta il momento produttivo del danno, bensì costituisce adempimento all'onere, previsto in capo al danneggiato, di ridurre le conseguenze dannose dell'illecito che, nel caso in esame, è stato concretato dall'abuso di maggioranza perpetrato tramite la delibera di aumento del capitale sociale.

Conclusioni.

L'analisi condotta ha consentito allo scrivente di individuare gli elementi necessari per dare risposta al quesito posto in apertura del presente elaborato.

Con riferimento alla delibera di aumento del capitale sociale, si realizza un abuso nell'ipotesi in cui la necessità di ricapitalizzazione della società sia stata avallata dalla maggioranza nella consapevolezza e con l'intento principale di diluire la quota della minoranza, impossibilitata a sottoscrivere alle condizioni e nelle tempistiche deliberate.

Pertanto, se l'aumento di capitale rappresenti uno strumento fraudolento attraverso il quale la maggioranza realizza interessi propri a danno della minoranza, la relativa delibera può essere annullata in quanto espressione di eccesso di potere, di abuso del diritto di voto o di violazione delle regole della buona fede o della correttezza contrattuale.

Occorre sottolineare che tale evenienza non può configurarsi nell'ipotesi in cui il relativo accertamento comporti un sindacato da parte del giudice in merito alla convenienza ed opportunità dell'atto.

Dunque, la delibera è annullabile solo nel caso in cui, per le modalità, le proporzioni o i tempi dell'operazione, risulti una volontà fraudolenta della maggioranza di mettere in difficoltà la minoranza, impedendole di conservare la propria posizione di partecipazione, influenza e controllo all'interno della società.

Ai fini dell'annullamento occorre dar prova dell'esclusiva finalità di ledere il socio di minoranza e dell'assenza di qualsiasi altro obiettivo perseguito mediante l'atto.

Tale prova non è agevole, soprattutto dopo l'affermarsi dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la delibera di aumento di capitale non è invalida se risulti che il conferimento di quel bene è funzionale ad un più ampio disegno di riduzione dei costi di funzionamento della società e non è, dunque, connotato da finalità divergenti con gli interessi di questa.

Nell'ipotesi in cui il socio di minoranza sia riuscito a fornire prova dell'abuso, il Giudice sarà tenuto a dichiarare l'illegittimità della delibera impugnata, ripristinando la situazione precedente a quella di intervento della delibera viziata da abuso.

L'efficacia della sentenza si esplica non solo nei confronti delle parti del processo, ma anche in quelli dei soci che non sono intervenuti nella controversia e verso i terzi, ferma restando la validità dei diritti acquistati in buona fede da questi ultimi.

In aggiunta, se ne è stata fatta richiesta, al socio di minoranza potrà essere riconosciuto un risarcimento per i danni patiti a causa della condotta abusiva posta in essere dalla maggioranza.

La dottrina e la giurisprudenza hanno precisato che il risarcimento può essere anche svincolato dall'impugnativa della delibera, infatti è possibile richiederlo anche a seguito della stessa, una volta ottenuto l'accertamento positivo degli abusi lamentati.

In tale contesto si innesta la sentenza n. 18770 del 2 luglio 2021, con cui la Corte di Cassazione ha dato risposta al quesito oggetto di discussione nel presente elaborato.

In merito, gli Ermellini hanno affermato che *“la Delibera – che costituisce, ad un tempo il momento consumativo dell’illecito e quello di produzione del danno – ha prodotto di per sé, ben prima dell’alienazione dei titoli ad un terzo, a prezzo inferiore al loro valore reale, una più che rilevante diminuzione di valore delle predette quote societarie, e quindi del patrimonio della depauperata, per effetto della loro sostanziale svalutazione, conseguente all’elevatissimo aumento di capitale sociale deliberato dalla maggioranza. E, come dianzi detto, la diminuzione di valore di un bene – che si produce già nel patrimonio di un soggetto, prima ancora della sua monetizzazione, comportandone un decremento che non si sarebbe prodotto in assenza dell’illecito – concreta, di per sé, un danno emergente, ai sensi dell’art. 1223 c.c.”*²⁴⁵

Orbene, da tale massima si desume che la delibera di aumento del capitale sociale, adottata dalla maggioranza al solo fine di ledere gli interessi della minoranza, finanziariamente impossibilitata alla sottoscrizione, costituisce sia il momento consumativo dell’illecito, sia quello di produzione del danno.

In particolare, tale delibera comporta la diminuzione di valore della partecipazione, e, conseguentemente, del patrimonio del socio di minoranza, a causa della sostanziale svalutazione che viene a crearsi per effetto dell’ingente aumento di capitale sociale deliberato dalla maggioranza.

Difatti, la diminuzione di valore di un bene, ancor prima della sua monetizzazione, comporta un decremento patrimoniale che non si sarebbe verificato in mancanza dell’illecito, pertanto essa stessa costituisce il danno emergente di cui all’art. 1223 c.c.

Per quanto attiene, invece, all’attività successivamente svolta da parte del socio di minoranza al fine di alienare al meglio le proprie partecipazioni, seppur ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato, essa non rappresenta il momento produttivo del

²⁴⁵ Cass. civ., Sez. I, n. 18770, 02.07.2021, in www.sentenze.laleggepertutti.it, 2021

danno, bensì costituisce adempimento all'onere, previsto in capo al danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c., di ridurre le conseguenze dannose dell'illecito che è stato concretato dall'abuso di maggioranza perpetrato tramite la delibera di aumento del capitale sociale.

Bibliografia.

A. LA ROSA, *La teoria dell'imprenditore occulto nell'opera di Walter Bigiavi*, in Riv. dir. civ., 1967.

G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in Riv. Soc., 1970.

G. MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l. : s.r.l. semplificate , s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la l. n. 99/2013 di conversione del d.l. n. 76/2013*, in Società, 2013.

G. MEO, *Costituzione, modificazioni dell'atto costitutivo e operazioni sul capitale sociale*, Milano, Giuffrè, 2018.

E. GINEVRA, *La formazione del capitale sociale nella costituzione e nell'aumento di capitale sociale nelle s.p.a., I, Lezioni, casi, Materiali*, Bergamo, 2011.

G. RACUGNO, *Il capitale sociale della s.r.l.*, in Il diritto degli affari.it, 2014.

GUERRERA, *Commento agli artt. 2438 e 2439, in Società di capitali*, Commentario, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli.

M. ARATO, *Modificazioni dello statuto e operazioni sul capitale*, in Le nuove s.p.a., diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010.

G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2015.

P. MARCHETTI, *Problemi in tema di aumento di capitale*, in AA. VV., Aumenti e riduzioni, Milano, 1984.

G. MARCHETTI, *Gli aumenti di capitale*, in AA.VV., Il nuovo ordinamento delle società, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Milano, 2003.

G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, III, 1995.

G. MUCCIARELLI, *La prelazione nell'art. 2441, comma 3*, in Riv. soc., 1992.

R. WEIGMANN, *La prelazione sui titoli inoptati*, in Giur. comm., 1982.

F. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare*, in Riv. soc., 2002.

- R. ROSAPEPE, *Dir. soc., Manuale breve*, Milano, 2008.
- G. BIANCHI, *Le operazioni sul capitale sociale*, Milano, 1998.
- A. PISANI MASSAMORMILE, *Aumento del capitale sociale, Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G. F. Campobasso, Milano, 2013.
- M. CERA, *Il passaggio di riserve a capitale*, Milano, 1988
- G. FERRI, *Le società*, in Trattato Vassalli, Milano 1985.
- U. BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, 1985;
- B. VISENTINI, *Sul funzionamento e sul raggruppamento delle azioni*, in Banca, borsa, tit. credito, 1960.
- F. CHIOMENTI, *È prescrivibile il diritto del socio alla distribuzione di azioni emesse mediante aumento gratuito del capitale?*, in Riv. dir. comm., 1984.
- N. ABRIANI, *L'assemblea.*, in *Le società per azioni*, in G. Cottino (a cura di), Trattato di diritto commerciale, Padova, 2010.
- G.D. MOSCO, *S.P.A: Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in Benazzi-Presti-Patriarca (a cura di), Nuovo diritto societario fra società aperte e private, Milano, 2003.
- S. ROSSI, *Diritto di discussione del socio e derogabilità del metodo assembleare*, in Giur. comm., 2004.
- T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952.
- C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in Giur. comm., 2002.
- V. BUONOCORE, *L'impresa*, in V. Buonocore (diretto da), Trattato diritto commerciale, 2002.
- F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.: a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013.
- P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1972.

M.T. CIRENEI, *Conflitti di interessi*, in Commentario romano al nuovo diritto delle società, F. d'Alessandro, Padova, 2010.

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

T. ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in Riv. dir. comm., 1930.

ARCANGELI – ASCARELLI, *Il regime delle società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze*, in Riv. dir. comm., 1932.

F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004.

C. PASQUARIELLO, *Il nuovo diritto delle società*, A. Maffei Alberti, I, (a cura di) Padova, 2005.

C. MONTAGNANI, *Società di capitali*, Commentario, G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2004.

H. SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in Nuova Giur. Civ., 2000.

G. OPPO, *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in Riv. soc., 1966.

G. FRISOLI, *La clausola generale della buona fede in ambito societario*, in Giur. comm., I, 2007.

L. ROVELLI, *Autonomia statutaria, contrattualizzazione e ruolo delle clausole generali*, in Riv. dir. imp., 2004.

P. FERRO- LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993.

A. CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000.

P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in Il Ponte, 1953.

V. BUONOCORE, *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, in Riv. soc., 1970.

P.G. JAEGER, *Il regolamento assembleare della Banca Popolare di Novara*, in Giur. comm., 1989.

- L. BUTTARO, *Diritto commerciale – Lezioni introduttive*, Bari, 1995.
- S. ZUNARELLI, *L'organizzazione dell'assemblea nella prassi statutaria delle piccole e medie società di capitali*, in Riv. trim. proc. civ., 1981.
- L. CAROTA, *Società per azioni e convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in Contratto e impresa, III, 1989.
- A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1955.
- FIorentino, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950.
- V. BUONOCORE, *Legittimazione all'intervento, discussione e disciplina pattizia dell'assemblea delle società per azioni: a proposito di una recente sentenza della cassazione*, in Contratto e Impresa, 1995.
- A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003.
- R. RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di S.p.A.*, in Corriere Giur., 2007.
- G.B. PORTALE, *«Minoranze di blocco» e abuso del diritto del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?* , in Eur. dir. priv., 1999.
- PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze, abusi e rimedi*, Torino, 2004.
- S. RUSSO, *Mancata approvazione del bilancio e abuso del diritto di voto nelle società paritetiche*, in Giur. comm., 2009.
- D. SCHMIDT, *Les de la minorité dans la société anonyme*, Parigi, 1970.
- G.B. PORTALE, *Dell'opposizione alla proroga di "impresa comune": abus d'égalité o libertà di iniziativa economica?*, in Riv. dir. priv., 1997.
- P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in Riv. giur. comm., 1996.
- A. CERRAI – A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in Riv. soc., 1993.
- R. RORDOF, *I poteri degli azionisti di minoranza nel testo unico sui mercati finanziari*, in Scritti di diritto societario in onore di V. Salafia, Milano, 1998.

F.D. BUSNELLI- E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, Padova, 1997.

F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, in *Consumatori Oggi*, M. Bessone – P.Perlingieri, Napoli, 2002.

R. RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di Spa*, in *Corr. giur.*, 2007.

Sitografia.

Abuso di maggioranza, 2018, 27 aprile, La Legge per Tutti, https://www.laleggepertutti.it/202111_abuso-di-maggioranza

FTA Online News, Capitale Sociale, 2008, 27 giugno, Borsa italiana, <https://www.borsaitaliana.it/notizie/sotto-la-lente/capitale-sociale.htm>.

F. MONTAGNA, 2021, 3 dicembre, Le 5 funzioni del capitale sociale, Altalex, <https://www.altalex.com/documents/news/2021/12/03/5-funzioni-capitale-sociale>.

GLOSSARIO FINANZIARIO - OPERAZIONE SUL CAPITALE, 2008, 3 marzo, Borsa italiana, <https://www.borsaitaliana.it/borsa/glossario/operazione-sul-capitale.html>.