



La patologia delle deliberazioni assembleari nella S.p.a.



Inesistenza
Nullità
Irregolarità
Annullabilità

Studio legale D'Isa

Tel/fax
+390818774842

Avv. Renato D'Isa
17/05/2011



Sommario

A) Introduzione	Pag. 2
B) Il <i>tertium genus</i> delle deliberazioni inesistenti	Pag. 4
C) Le deliberazioni nulle	Pag. 10
<u>Casistica in merito alla esclusione della Nullità</u>	
<u>Pag. 12</u>	
<u>Casistica in merito alla previsione di Nullità</u>	
<u>Pag. 18</u>	
<u>Il termine per l'impugnativa</u>	
<u>Pag. 23</u>	
<u>La sanatoria</u>	
<u>Pag. 25</u>	
D) La deliberazioni irregolari	Pag. 28
E) La deliberazioni annullabili	Pag. 30
<u>L'abuso di potere</u>	
<u>Pag. 32</u>	
<u>Casistica in merito all'annullabilità</u>	
<u>Pag. 36</u>	
<u>Casistica in merito alla esclusione dell'annullabilità</u>	
<u>Pag. 39</u>	
<u>La sanatoria</u>	
<u>Pag. 43</u>	
F) Il procedimento di impugnazione	Pag. 44
<u>La competenza territoriale</u>	
<u>Pag. 48</u>	
<u>La legittimazione processuale</u>	
<u>Pag. 49</u>	
<u>La fase cautelare</u>	
<u>Pag. 56</u>	
<u>Impugnazione</u>	
<u>Pag. 58</u>	
<u>Ammissibilità dell'arbitrato e/o mediazione</u>	
<u>Pag. 59</u>	



A) Introduzione

1 – Inesistenza 2 – Nullità 3 – Irregolarità 4 – Annullabilità

Con uno sforzo non soltanto empirico nel presente saggio si è cercato di svolgere un'analisi sistematica/comparativa giurisprudenziale del tema dell'invalidità delle delibere assembleari, successiva alla riforma "epocale" del 2003.

Orbene, preliminarmente, è doveroso significare che la nullità e l'annullabilità delle deliberazioni assembleari sono disciplinate da disposizioni che si discostano notevolmente da quelle dettate, in generale, per i negozi giuridici invalidi (per questa disciplina vedi gli artt. 1418 ss., 1324 c.c.).

In particolare, la distinzione tra deliberazioni nulle e annullabili, dopo la riforma del 2003¹, non poggia più, in conformità della disciplina generale, sull'imprescrittibilità

¹ Corte Costituzionale **sentenza 24 luglio 2007, n. 321.**

Deve dichiararsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 comma 2, lettera a), del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366), nella parte in cui non prevede anche l'ipotesi che il convenuto abbia svolto difese dalle quali sorga l'esigenza dell'esercizio del diritto di replica dell'attore. La Corte accoglieva l'eccezione di incostituzionalità della norma impugnata secondo la prospettazione avanzata dal Tribunale di Monza per il quale, la disposizione - ed in particolare l'art. 8, comma 2, lettera a) - si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza (artt. 3 e 111 Cost.) in tema di disciplina dell'esercizio del diritto di difesa (art. 24 Cost.) "nella parte in cui non prevede che tra le ipotesi preclusive alla immediata fissazione di udienza da parte del convenuto (proposizione di domanda riconvenzionale ovvero sollevamento di eccezioni non rilevabili d'ufficio) vi siano anche le deduzioni di fatti modificativi, impeditivi o estintivi della domanda attrice". Secondo i giudici remittenti, dal combinato disposto dell'art. 8, comma 2, lettera c) - il quale dà facoltà al convenuto di presentare istanza di fissazione dell'udienza entro venti giorni dalla propria costituzione qualora non abbia proposto domande riconvenzionali, né sollevato eccezioni non rilevabili di ufficio, né chiesto di chiamare in causa un terzo - e dell'art. 10 comma 2, del d.lgs. n. 5 del 2003 - che, nella ipotesi suindicata, commina la decadenza dell'attore dal diritto di modificare la domanda o di proporre di nuove, di dedurre prove ed esibire documenti, quindi globalmente di replicare - deriverebbe una grave lesione del diritto di difesa dell'attore qualora il convenuto abbia dedotto fatti dall'attore stesso non allegati ed abbia formulato istanze istruttorie. In altre parole è costituzionalmente illegittimo l'art. 8, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 17/1/2003, n. 5 nella parte in cui non prevede anche l'ipotesi che il convenuto abbia svolto difese dalle quali sorga l'esigenza dell'esercizio del diritto di replica dell'attore. La norma disciplina invero il diritto di replica, assicurando lo svolgimento del contraddittorio in casi specifici di allargamento del *thema decidendum*: proprio la specificità delle ipotesi previste rende illegittima la disposizione, di guisa che ad esse va aggiunta, per identità di ratio e in conformità al sistema del D.Lgs. n. 5 del 2003 la prescrizione volta a garantire all'attore la possibilità di replicare, tutte le volte in cui la linea difensiva del convenuto ne faccia sorgere l'esigenza.



dell'azione di nullità (1422 c.c.) a fronte della prescrittibilità dell'azione di annullamento (1442 c.c.), e sull'impossibilità della successiva convalida della deliberazione nulla (1423 c.c.) a fronte della possibilità di convalida della deliberazione annullabile (1444 c.c.).

La disciplina generale dei negozi giuridici invalidi è, in realtà, ispirata all'idea che la nullità sia da collegare ad un vizio così grave da impedire al negozio di produrre, sin dall'origine e per sempre, un qualsiasi effetto, mentre l'annullabilità sia da collegare ad un vizio che di per sé non impedisce il produrre degli effetti del negozio, ma solo consente di rimuoverli nel caso che in tempi ragionevoli lo richieda il soggetto i cui interessi sono stati lesi dal vizio.

Il legislatore del 2003 abbandona, invece, questo rigore dommatico, e parla di annullabilità o nullità delle deliberazioni per sottolineare sì, anch'egli, che certi vizi delle deliberazioni sono trattati diversamente da altri, ma, a differenza di quanto avviene nella disciplina generale, secondo un criterio che appare ispirato soprattutto a ragioni di opportunità, empiricamente individuate.

Sul piano generale, comunque, si è assistito, con la riforma del 2003, ad alcune significative innovazioni, come ad esempio il requisito del possesso di una quota qualificata di capitale sociale per l'esercizio dell'azione di annullamento e la previsione, quale strumento di tutela diverso dall'invalidità, del diritto al risarcimento del danno riconosciuto ai soci non legittimati a proporre l'impugnazione, tali da evidenziare un diverso (e sbilanciato) contemperamento, a opera del legislatore, delle diverse e contrastanti esigenze che confliggono in materia: quella dei soci e quella, cui va la tendenziale preferenza della riforma, alla certezza e stabilità delle deliberazioni assembleari.



B) Il *tertium genus* dell'inesistenza

Ormai da anni, accanto ai due tipi di invalidità su menzionati, la giurisprudenza e taluna dottrina² hanno configurato un *tertium genus* di sanzione delle delibere dell'assemblea: l'inesistenza.

Essa consisterebbe in quelle situazioni in cui l'atto collegiale presenta vizi talmente gravi da privare l'atto medesimo dei requisiti minimi essenziali.

È il caso in cui, per esempio, si provveda a deliberare senza previa convocazione degli aventi diritto oppure senza le maggioranze prescritte dalla legge o dall'atto costitutivo dell'ente.

La S.C.³, infatti, ha affermato che la figura dell'inesistenza giuridica degli atti negoziali, ed in specie dei deliberati societari, quale figura di matrice giurisprudenziale e dottrina, è fatalmente soggetta ad alcuni margini di incertezza in sede di esatta individuazione e concreta applicazione. In via generale, può dirsi che la figura in esame ricorre in casi in cui lo scostamento della realtà dal modello legale risulti così marcato da impedire di ricondurre l'atto alla categoria stessa di deliberazione assembleare: in altri termini, in presenza di situazioni nelle quali l'evento storico al quale si vorrebbe attribuire la qualifica di deliberazione assembleare si è realizzato con modalità non semplicemente difformi da quelle imposte dalla legge o dallo statuto sociale, ma tali da far sì che la

² F. Galgano, Scialoja, Branca, Minervini – Belviso

³ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 31.03.2006, n. 7693**. Secondo la Corte, anche se con la recente riforma del diritto societario il legislatore ha voluto ridimensionare la portata applicativa della figura in esame, sottraendo spazio alla categoria dell'inesistenza giuridica e riconducendo le ipotesi nelle quali più di frequente la giurisprudenza l'aveva ravvisata a cause di annullabilità o di nullità della deliberazione, ciò non intacca la bontà delle ragioni cui si ispira l'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi prima dell'intervento riformatore ed applicabile alla fattispecie in esame "*ratione temporis*". Non mancano - sottolinea ancora la sentenza - voci discordi, inclini a ritenere che le novità introdotte dalla riforma societaria non abbiano comunque espunto dall'ordinamento la figura della deliberazione inesistente, quanto meno nei casi nei quali si debba parlare di inesistenza materiale - prima ancora che giuridica - di essa. In argomento, richiamata anche dalla pronuncia, vedi, Cassazione civile, Sez. I, sentenza 24 gennaio 1995, n. 835, secondo cui l'ipotesi di inesistenza della deliberazione assembleare di una società di capitali (non suscettibile di ratifica successiva) ricorre quando manchi alcuno dei requisiti procedurali indispensabili per la formazione di una delibera imputabile alla società, con il risultato di determinare una fattispecie apparente, non sussumibile nella categoria giuridica delle deliberazioni assembleari per inadeguatezza strutturale o funzionale rispetto al modello normativo (nella specie, trattavasi omessa convocazione e mancata adunanza dei soci).



carenza di elementi o fasi essenziali non permetta di scorgere in esso i lineamenti tipici dai quali una deliberazione siffatta dovrebbe esser connotata.

In precedenza secondo la medesima Corte⁴ ricorreva l'ipotesi di **inesistenza** della deliberazione assembleare di una società **quando mancava un elemento costitutivo della fattispecie procedimentale di formazione della deliberazione**, tale da non consentire l'inizio o da provocare l'interruzione dell'*iter* legale necessario alla formazione di una deliberazione assembleare imputabile alla società. Tale inesistenza si realizzava anche nella ipotesi di **mancata verbalizzazione delle operazioni assembleari** che rendeva impossibile l'individuazione di una deliberazione dei soci partecipanti all'assemblea, con la conseguenza che nel caso in cui la mancata verbalizzazione riguardava la riunione dell'assemblea in prima convocazione, anche se andata deserta, ne restava impedita la costituzione e formazione della relativa deliberazione della assemblea in seconda convocazione, avendo questa per presupposto inderogabile la riunione della stessa assemblea in prima convocazione (con un *quorum* insufficiente).

In realtà già ante riforma la descritta operazione interpretativa compiuta dalla giurisprudenza aveva dato uno sviluppo alla categoria dell'inesistenza ma il legislatore della riforma che è intervenuto, però, non ha modificato il regime sostanziale delle invalidità, ancora fondato sulla dicotomia annullabilità, quale regola generale, e nullità, quale categoria speciale, ma riconducendo espressamente all'una o all'altra categoria i numerosi vizi che erano stati oggetto di diversa interpretazione giurisprudenziale e inquadrati anche nel contestato *genus* della inesistenza.

Malgrado la Relazione al d.lgs. 17/1/2003 n. 6 manifesti la volontà del legislatore di "*escludere ipotesi d'invalidità atipiche, come l'inesistenza*" anche parte della dottrina è tornata dopo la riforma del 2003, a mostrarsi perplessa, ed alcuni autori hanno riproposta la categoria dell'inesistenza, in virtù anche dell'interpretazione della S.C., affermando:

⁴ Cass. Civile, sentenza n. 11601 del 4 dicembre 1990



- a) da un canto, che la categoria dell'inesistenza non può essere confusa con quella dell'invalidità (può essere invalido, si dice, solo ciò che materialmente può esistere);
- b) dall'altro canto, che l'utilità pratica della categoria dell'inesistenza non è venuta meno anche dopo la riforma del 2003: come si può, si dice, non utilizzare la categoria dell'inesistenza, p.e., di fronte al caso, non espressamente previsto dalla legge, di verbale relativo ad assemblea convocata ma mai tenutasi ?

In particolare la giurisprudenza fa rientrare tra le deliberazioni inesistenti:

- A)** appunto, le deliberazioni risultanti da verbale di assemblea mai tenuta,
- B)** le deliberazioni dell'assemblea non convocata previamente né totalitaria; difatti secondo il Tribunale Milanese⁵ è da qualificarsi giuridicamente inesistente la delibera assembleare assunta in un'assemblea "presunta" come totalitaria, con l'intervento di un socio unico privo in realtà di qualsiasi legittimazione in merito, nonché di un soggetto liquidatore, risultato di fatto del tutto carente di tale qualità, in quanto risulta così mancare gli elementi minimi indispensabili per poter considerare costituita un'assemblea sociale.
- C)** Le deliberazioni attribuite ad una maggioranza mai formatasi e erroneamente verbalizzata.
- D)** Lo svolgimento dell'assemblea in luogo diverso da quello indicato nell'avviso di convocazione o da quello fissato *jussu judicis*, la partecipazione alla votazione di persone prive del diritto di voto, sono tutte cause, secondo una recente sentenza di

⁵ Tribunale di Milano Sezione VIII civile, sentenza 04 ottobre 2006, n. 10735. Ancora secondo lo stesso Tribunale è giuridicamente inesistente la delibera dell'assemblea di una società di capitali - il cui verbale dia atto che la medesima si sia ritualmente costituita in forma totalitaria - alla quale sia stato ommesso di convocare uno dei soci. Tribunale di Milano, Sezione VIII, civile **sentenza 08 ottobre 2003, n. 13745.**



merito⁶, che comportano l'inesistenza della delibera societaria, poiché implicanti uno scostamento dalla realtà del modello legale così marcato da non permettere di ricondurre l'atto alla categoria stessa di deliberazione assembleare. Sull'omessa convocazione bisogna però precisare, come affermato dalla stessa Corte⁷, che la medesima, comportando la mancanza, in concreto, di un elemento essenziale dello schema legale della deliberazione assembleare, determina l'inesistenza giuridica di quest'ultima; per contro, l'irregolarità che infici la convocazione non provoca lo stesso effetto radicale, bensì la mera annullabilità della deliberazione ai sensi dell'art. 2377 c.c., in quanto, per quanto viziato, quell'elemento essenziale comunque sussiste.

E) Ancora secondo la Corte di Legittimità⁸ nel caso in cui una società abbia posto in essere una pluralità di emissioni obbligazionarie, aventi caratteristiche diverse, non vi è alcun interesse comune che leghi tra loro i sottoscrittori dei singoli prestiti, ciascuno dei quali è dotato di un proprio specifico regolamento negoziale, al quale risultano estranei i sottoscrittori degli altri prestiti. Ciò determina la necessità di dar vita ad altrettante organizzazioni degli obbligazionisti, con distinte assemblee (ed eventualmente distinti rappresentanti comuni), ciascuna delle quali è chiamata a deliberare su materie di interesse comune dei sottoscrittori del prestito al quale afferisce l'organizzazione. L'eventuale modificazione delle condizioni di ogni prestito richiede, pertanto, unicamente il consenso dei sottoscrittori di quella particolare emissione, nella peculiare forma assembleare indicata dall'art. 2415 cod. civ.⁹, poiché

⁶ Tribunale di Potenza civile, **sentenza 13 agosto 2009, n. 563**

⁷ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 22 settembre 2008, n. 23950**, In senso conforme, vedi, Cassazione civile, Sez. I, sentenza 11 giugno 2003, n. 9364.

⁸ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 31 marzo 2006, n. 7693

⁹ **Art. 2415 c.c. Assemblea degli obbligazionisti:** *l'assemblea degli obbligazionisti delibera:*

1) sulla nomina e sulla revoca del rappresentante comune;

2) sulle modificazioni delle condizioni del prestito;

3) sulla proposta di amministrazione controllata e di concordato;

4) sulla costituzione di un fondo per le spese necessarie alla tutela dei comuni interessi e sul rendiconto relativo;

5) sugli altri oggetti d'interesse comune degli obbligazionisti.

soltanto ad essi fa capo il relativo rapporto obbligatorio con la società emittente; ne consegue che l'approvazione della modifica con il concorso determinante dei sottoscrittori di obbligazioni rivenienti da un'emissione diversa comporta non già la mera annullabilità, ma l'inesistenza della relativa delibera, la cui impugnazione è sottratta al termine di decadenza previsto dall'art. 2377, secondo comma, richiamato dall'art. 2416 secondo comma, cod. civ.¹⁰.

- F) Infine per la S.C.¹¹ può essere impugnata e conseguentemente dichiarata invalida la delibera societaria inesistente quando vi sia un atto scrutinabile, ovvero quando possa valutarsi la palese difformità dal modello legale o l'assenza di requisiti essenziali; diversamente, non può configurarsi alcun atto impugnabile nell'ipotesi in cui una richiesta del socio (nella specie, di proporre azione di responsabilità nei confronti degli amministratori) non venga presa in considerazione dal presidente dell'assemblea e conseguentemente né discussa né approvata.

L'assemblea è convocata dagli amministratori o dal rappresentante degli obbligazionisti, quando lo ritengono necessario, o quando ne è fatta richiesta da tanti obbligazionisti che rappresentino il ventesimo dei titoli emessi e non estinti.

Si applicano all'assemblea degli obbligazionisti le disposizioni relative all'assemblea straordinaria dei soci e le sue deliberazioni sono iscritte, a cura del notaio che ha redatto il verbale, nel registro delle imprese. Per la validità delle deliberazioni sull'oggetto indicato nel primo comma, numero 2, è necessario anche in seconda convocazione il voto favorevole degli obbligazionisti che rappresentino la metà delle obbligazioni emesse e non estinte.

La società, per le obbligazioni da essa eventualmente possedute, non può partecipare alle deliberazioni.

All'assemblea degli obbligazionisti possono assistere gli amministratori ed i sindaci.

¹⁰ **Art. 2416 c.c. Impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea:** *le deliberazioni prese dall'assemblea degli obbligazionisti sono impugnabili a norma degli articoli 2377 e 2379. Le percentuali previste dall'articolo 2377 sono calcolate con riferimento all'ammontare del prestito obbligazionario e alla circostanza che le obbligazioni siano quotate in mercati regolamentati.*

L'impugnazione è proposta innanzi al tribunale, nella cui giurisdizione la società ha sede, in contraddittorio del rappresentante degli obbligazionisti.

¹¹ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 24 luglio 2007, n. 16390**



Secondo dottrina autorevole¹² l'art. 2377 c.c. al 5 co prende specificamente in considerazione, riconducendole alla categoria dell'annullabilità, alcune ipotesi che la giurisprudenza in passato qualificava come casi d'inesistenza della deliberazione assembleare.

Mentre secondo ultima Cassazione¹³ in tema di azzeramento del capitale sociale e di ricostituzione del medesimo, la mancata redazione del verbale della delibera da parte di un notaio, come prescritto dall'art. 2375 secondo comma, cod. civ. per le delibere riservate alla competenza dell'assemblea straordinaria, non comporta inesistenza dell'atto, né impossibilità od illiceità dell'oggetto della delibera (che sono le sole ipotesi nelle quali la stessa è inficiata da nullità), ma dà luogo ad un vizio del procedimento integrante un'ipotesi di annullabilità della deliberazione.

Infine bisognerà chiedersi se l'azione per far valere l'inesistenza della deliberazione possa considerarsi assolta dalle rigide regole processuali previste per far valere gli altri tipi di vizi della deliberazione stessa (ad es. termini di decadenza, restrizioni soggettive all'esercizio dell'azione, regola del cd. "cumulo necessario" con le altre azioni reali e risarcitorie previste dagli artt.2377 e ss. ecc. che successivamente saranno analizzate)

¹² Capozzi

¹³ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 02 aprile 2007, n. 8222

C) Le deliberazioni Nulle

Preliminarmente è opportuno dare rilievo al presupposto che in tema di invalidità delle deliberazioni dell'assemblea delle società per azioni, **si ha un'inversione dei criteri regolatori del diritto negoziale**, in quanto per esse vige il principio in virtù del quale la regola generale è quella dell'annullabilità (art. 2377 c.c.), mentre la previsione della nullità è limitata ai soli casi, disciplinati dall'art. 2379 c.c., di impossibilità o illiceità dell'oggetto, che ricorrono quando il contenuto della deliberazione contrasta con norme dettate a tutela degli interessi generali, che trascendono l'interesse del singolo socio, dirette ad impedire deviazioni dallo scopo economico-pratico del rapporto di società¹⁴.

¹⁴ **Corte di Cassazione Sezione 1 civile, sentenza 02 aprile 2007, n. 8221, Corte di Cassazione Sezione 1 civile sentenza 27 ottobre 2006, n. 23174** In materia di disciplina dell'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea delle società di capitali, vige, con inversione dei principi comuni (artt. 1418, 1441 c.c.), la regola generale dell'annullabilità (art. 2377 c.c.), mentre la previsione della nullità è limitata ai soli casi, disciplinati dall'art. 2379 c.c. di impossibilità o illiceità dell'oggetto. Pertanto con riferimento all'ipotesi di concessione di garanzia rilasciata dall'amministratore in conflitto di interessi e ratificata dall'assemblea, non vertendosi nei casi di cui all'art. 2379, qualora il socio dissenziente non abbia proposto impugnazione ex art. 2377 c.c., la delibera resta esecutiva e vincolante per la società, per ciascuno dei soci e nei confronti dei terzi. **Corte di Cassazione Sezione 1 civile Sentenza 27 luglio 2005, n. 15721.**

Nell'ambito dell'autonoma disciplina dell'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea delle società per azioni - nella quale, con inversione dei principi comuni (artt. 1418, 1441 c.c.), la regola generale è quella dell'annullabilità (art. 2377 c.c.) - la previsione della nullità è limitata ai soli casi, disciplinati dall'art. 2379 c.c., di impossibilità o illiceità dell'oggetto, che ricorrono quando il contenuto della deliberazione contrasta con norme dettate a tutela degli interessi generali, che trascendono l'interesse del singolo socio, risultando dirette ad impedire deviazioni dallo scopo economico-pratico del rapporto di società. Deve pertanto escludersi che - operando una scissione tra "oggetto" e "contenuto" della delibera (il primo sottoposto alla disciplina di cui all'art. 2379 c.c., il secondo alle regole generali in tema di invalidità dei negozi giuridici) - possa dichiararsi la nullità di una deliberazione assembleare ai sensi degli artt. 1324 e 1345 c.c., in quanto determinata da motivo illecito: rientrando tale ipotesi nella categoria dell'annullabilità di cui all'art. 2377 c.c. (con conseguente applicabilità del relativo regime in tema di legittimazione attiva e del termine di decadenza per l'esperimento dell'azione), la quale comprende qualunque altra inosservanza di norme inderogabili attinenti al procedimento di formazione della volontà dell'assemblea. (Sulla base dell'enunciato principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto nulla la deliberazione assembleare con la quale una società per azioni aveva rinunciato a tutte le autorizzazioni rilasciate ai fini dell'esercizio dell'attività assicurativa, in quanto determinata esclusivamente da un motivo illecito "ex" art. 1345 c.c., costituito dall'intento dei soci di sottrarsi, in presenza di una grave situazione di insolvenza e di irregolarità nella gestione, al provvedimento di revoca delle predette autorizzazioni ed alla già preannunciata procedura di liquidazione coatta amministrativa).

art. 2379 c.c. nullità delle deliberazioni: nei casi

- 1) di mancata convocazione dell'assemblea (assemblee non totalitarie),
- 2) di mancanza del verbale e
- 3) di impossibilità o illiceità dell'oggetto (es. la nomina di amministratore di una persona defunta)

la deliberazione può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se la deliberazione non è soggetta né a iscrizione né a deposito. Possono essere impugnate senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili¹⁵.

Nei casi e nei termini previsti dal precedente comma l'invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice¹⁶.

I PRESUPPOSTI - *Ai fini di quanto previsto dal primo comma (RIGUARDO AL 1° PUNTO) la convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo di amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere tempestivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea. (RIGUARDO*

¹⁵ Corte di Cass., sentenza n. 2513 del 13 agosto 1951. Il diritto di far valere la nullità è **imprescrittibile** nei confronti delle deliberazioni nulle per impossibilità o illiceità dell'oggetto. **Cass. Civile, I sezione, sent. n. 2637 del 21 febbraio 2003.** Le domande volte a far valere la nullità di una deliberazione assembleare per illiceità o impossibilità dell'oggetto («ex» art. 2379 cod. civ.), a differenza di quelle con cui se ne chieda l'annullamento per contrarietà alla legge o all'atto costitutivo («ex» art. 2377 cod. civ.), non sono soggette a un termine di decadenza; sicché, proposte che esse siano, in qualunque tempo, da parte di chi vi abbia interesse, debbono essere in ogni caso esaminate nel merito, senza che dalla valutazione circa l'esistenza o l'inesistenza in concreto di tali vizi possa farsi discendere la qualificazione del tipo di domanda proposta, né quindi il regime di decadenza che, a seconda del tipo di domanda, risulta applicabile, dovendosi distinguere i requisiti di ammissibilità della domanda dalla fondatezza di essa nel merito.

¹⁶ Corte di Cassazione Sezione 1 civile **sentenza 22 agosto 2006, n. 18218.** L'azione di nullità di una deliberazione dell'assemblea di una società è svincolata dai presupposti e dalle condizioni temporali di legittimazione stabilite dall'art. 2377 c.c. In particolare, detta nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1422 c.c., richiamato dall'art. 2379 c.c. nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 applicabile "ratione temporis") ed anche in grado di appello, purché le censure formulate con l'impugnazione mettano in discussione, direttamente o indirettamente, la validità di quell'atto, nel rispetto del principio dispositivo che presiede al processo civile, ed anche, nella fase del gravame, del principio secondo cui il giudice di secondo grado è investito del potere-dovere di riesaminare le statuizioni impugnate entro i confini segnati dai motivi dell'appello.



AL 2° PUNTO) *Il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il suo oggetto ed è sottoscritto dal presidente dell'assemblea, o dal presidente del consiglio d'amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio.*

Si applicano, in quanto compatibili, il settimo ed ottavo comma – 2377 c.c.¹⁷

Ai fini dell'interesse all'azione prevista ex art. 2379 c.c. è consentito, non senza contrasti in Giurisprudenza, al socio di poter agire in giudizio anche nei casi in cui abbia perduto illegittimamente lo status di socio¹⁸. Inoltre sempre per la medesima pronuncia per consentire all'organo giurisdizionale il sindacato in merito ai motivi che hanno determinato la maggioranza dei soci ad adottare le deliberazioni impugnate, è onere di colui che propone impugnazione dimostrare la sussistenza dell'abuso o dell'eccesso di potere lamentato, con la produzione di idonei mezzi di prova.

Casistica in merito alla esclusione della Nullità

A tal uopo è conveniente andare ad analizzare alcuni casi di esclusione di nullità affrontati dalla Giurisprudenza di merito e di legittimità.

Secondo una pronuncia di merito¹⁹ nella società per azioni, avente un consiglio di amministrazione o comunque una pluralità di amministratori, la convocazione

¹⁷ Il mancato richiamo al comma 9 da parte del medesimo art. 2377 c.c. comporta la non applicazione del medesimo con la conseguenza che, in caso di sostituzione della delibera contestata con altra presa in conformità della legge e dello statuto, i terzi non vedono tutelati i diritti acquisiti sulla base della deliberazione sostituita. Tale disparità di trattamento parrebbe una svista del legislatore anche se né la relazione né il decreto correttivo ne prevedono la possibilità di applicazione seppure in via analogica.

¹⁸ Corte di Cassazione Sezione 1 civile, **sentenza 16 novembre 2007, n. 23823. Contra** Cass. Civile, I sezione, sent. 4372 del 25 marzo 2003. L'azione di nullità delle delibere di una società, disciplinata dall'art. 2379 c.c., postula che la qualità di socio dell'attore, oltre a sussistere al momento della proposizione della domanda, permanga per tutto il corso del giudizio, sino alla decisione della controversia, atteso che la perdita di tale qualità determina «*ipso facto*» la conseguente perdita dell'interesse ad agire dell'istante

¹⁹ Tribunale di Bologna Sezione 4 civile, **sentenza 16 febbraio 2007, n. 322**. Il giudice felsineo, a conforto del principio espresso nella massima, richiama una risalente pronuncia del giudice di legittimità: vedi, Cassazione civile, sez. I, sentenza 2 agosto 1977, n. 3422. Sul punto lo stesso giudice richiama anche Cassazione civile, Sez. I, sentenza 26



dell'assemblea dei soci deve essere deliberata collegialmente; tuttavia, la irregolare convocazione dell'assemblea da parte di uno solo degli amministratori non determina la nullità delle conseguenti deliberazioni, a norma dell'art. 2379 c.c., bensì dà luogo alla semplice annullabilità di esse, con la conseguenza che alla relativa azione di annullamento a termini dell'art. 2377 c.c., non essendo questa proponibile da qualsiasi generico interessato, bensì soltanto "dagli amministratori, dai sindaci e dai soci assenti o dissenzienti", è legittimato solo l'organo amministrativo unitariamente considerato, cioè il consiglio di amministrazione ovvero, nel caso di mera pluralità, gli amministratori congiuntamente e non uno solo degli amministratori.

Per la Cassazione²⁰, l'omessa verbalizzazione dell'identificazione dei soci partecipanti ad un'assemblea di società per azioni non determina automaticamente la nullità assoluta della deliberazione, essendo necessario dimostrare e non soltanto supporre il difetto di costituzione dell'organo deliberante, in quanto l'identificazione può avvenire anche in modo informale ed implicito mediante l'attestazione presidenziale della valida costituzione dell'assemblea.

Allo stesso modo, con altra pronuncia la Cassazione²¹ ha previsto l'annullabilità della deliberazione che sacrifici il diritto di opzione. Difatti la nullità delle deliberazioni

novembre 1998, n. 12012, la quale ha affermato che il vizio della deliberazione di convocazione dell'assemblea (tale da non comportare inesistenza o nullità della stessa deliberazione e consistente nella violazione di una regola interna alla collegialità nella amministrazione pluripersonale, posta nell'interesse sociale) non può essere fatto valere dal singolo socio che, non essendo stato lesa in un proprio diritto, non è legittimato al riguardo, né quel vizio può riflettersi sulla validità delle deliberazioni adottate dall'assemblea dei soci. Sotto diverso profilo, la pronuncia contiene anche un altro principio, mutuato sempre dalla giurisprudenza del Supremo Collegio, secondo cui il bilancio di esercizio di una società per azioni, in forza del principio della cosiddetta continuità, deve partire dai dati di chiusura del bilancio dell'anno precedente, anche nel caso in cui l'esattezza e la legittimità di questi ultimi siano state poste in discussione in sede contenziosa, e siano state negate con sentenza non passata in giudicato (nella specie, per distribuzione di utili "*contra legem*"). Infatti, solo il passaggio in giudicato di quella sentenza fa sorgere il dovere degli amministratori di apporre al bilancio contestato le variazioni imposte dal comando giudiziale, e, quindi, di modificare conseguenzialmente i dati di partenza del bilancio successivo. In tal senso, vedi, Cassazione civile, sez. I, sentenza 9 giugno 1977, n. 2379.

²⁰ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 24 luglio 2007, n. 16393**

²¹ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 07 novembre 2008, n. 26842**. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto di non poter configurare in termini di nullità per illiceità dell'oggetto una deliberazione assembleare che aveva sacrificato il diritto di opzione al solo scopo di azzerare fraudolentemente la partecipazione del socio alla società. Sotto tale aspetto, infatti, osserva la Corte, l'intento di piegare la deliberazione a finalità di prevaricazione della minoranza è da tempo ricondotto dalla giurisprudenza alla figura dell'eccesso o abuso di potere (**vedi pag. 16**), inteso come violazione del canone di buona fede nell'esecuzione dei rapporti contrattuali, facendosene derivare appunto l'annullabilità (non già la nullità) della relativa deliberazione. In tal senso, confronta, Cassazione civile, Sezione I, sentenza 16 novembre 2007,

dell'assemblea delle società per azioni per illiceità dell'oggetto, ai sensi dell'art. 2379 c.c. - nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs n. 6 del 2003 - ricorre solo in caso di contrasto con norme dettate a tutela dell'interesse generale, tale da trascendere quello del singolo socio, mentre il contrasto con norme, anche cogenti, rivolte alla tutela dell'interesse dei singoli soci o di gruppi di essi determina un'ipotesi di semplice annullabilità della delibera. Pertanto, dato che il diritto di opzione è tutelato dalla legge solo in funzione dell'interesse individuale dei soci (a mantenere inalterata la propria partecipazione percentuale nella società), è annullabile - e non affetta da nullità - la deliberazione che sacrifichi il diritto di opzione, anche se al solo scopo di azzerare fraudolentemente la partecipazione del socio alla società, dovendosi ritenere che in quest'ultimo caso sia configurabile un eccesso di potere (che successivamente sarà analizzato²²), inteso come violazione del canone di buona fede nell'esecuzione dei rapporti contrattuali, al quale consegue l'annullabilità dell'atto. In merito all'esclusione del diritto di opzione, secondo altra pronuncia di merito²³, «quando l'interesse della società lo esige» (art. 2441 comma 5, del c.c.²⁴) postula una adeguata allegazione e dimostrazione

n. 23823, Cassazione civile, Sezione I, sentenza 17 luglio 2007, n. 15942, Cassazione civile, Sezione I, sentenza 12 dicembre 2005, n. 27387.

²² **Vedi pag. 33**

²³ **Tribunale di Milano Sezione VIII civile, sentenza 07 febbraio 2006, n. 1372.** Sul punto, vedi Trib. Saluzzo, 14 aprile 2001, il quale ha affermato che la legittimità dell'esclusione del diritto di opzione nell'interesse della società non può basarsi su una motivazione generica, dovendo la delibera spiegare concretamente quale sia tale interesse, al fine di consentire al giudice di valutarne la consistenza e la reale sussistenza; Trib. Verona, 22 luglio 1993, per il quale l'indicazione ad opera degli amministratori e dell'assemblea di ragioni assolutamente generiche, al fine di escludere il diritto di opzione rende la delibera carente di motivazione e si traduce, in definitiva, nella sostanziale inesistenza dell'interesse sociale cui l'art. 2441 comma 5, c.c., subordina la possibilità di escludere il diritto di opzione degli azionisti.

²⁴ **Art. 2441 c.c. Diritto di opzione:** *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.*

L'offerta di opzione deve essere depositata presso l'ufficio del registro delle imprese. Salvo quanto previsto dalle leggi speciali per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dalla pubblicazione dell'offerta.

Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni e delle obbligazioni convertibili in azioni che siano rimaste non optate. Se le azioni sono quotate in mercati regolamentati, i diritti di opzione non esercitati devono essere offerti nel mercato regolamentato dagli amministratori, per conto della società, per almeno cinque riunioni, entro il mese successivo alla scadenza del termine stabilito a norma del secondo comma.

Il diritto di opzione non spetta per le azioni di nuova emissione che, secondo la deliberazione di aumento del capitale, devono essere liberate mediante conferimenti in natura. Nelle società con azioni quotate in mercati regolamentati lo statuto può altresì escludere il diritto di opzione nei limiti del dieci per cento del capitale sociale preesistente, a



dell'interesse sociale prevalente e dunque impone un requisito motivazionale-informativo non solo formale e tautologico, ma anche dotato di sufficiente concretezza, onde compete al Giudice non soltanto prendere atto che è stato adottato un interesse sociale, ma anche valutarne la sussistenza e la reale consistenza, per modo che si riscontri non già un qualunque interesse sociale, bensì un interesse sociale qualificato, pur nell'ambito di sovrana discrezionalità e di insindacabile scelta preferenziale fra i molteplici interessi sociali sottesi ad operazioni economico-finanziarie (così ragionevolmente temperato il dato testuale - «lo esige» - altrimenti evocativo di un'assoluta necessità di rinvenire l'unica scelta possibile, implicante un sindacato giurisdizionale inammissibilmente sovrapposto al merito gestorio. In definitiva, tramite la motivazione, l'interesse sociale deve dimostrarsi effettivo e riconoscibile.

condizione che il prezzo di emissione corrisponda al valore di mercato delle azioni e ciò sia confermato in apposita relazione dal revisore legale o dalla società di revisione legale.

Quando l'interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento di capitale, approvata da tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale, anche se la deliberazione è presa in assemblea di convocazione successiva alla prima.

Le proposte di aumento di capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, ai sensi del primo periodo del quarto comma o del quinto comma del presente articolo, devono essere illustrate dagli amministratori con apposita relazione, dalla quale devono risultare le ragioni dell'esclusione o della limitazione, ovvero, qualora l'esclusione derivi da un conferimento in natura, le ragioni di questo e in ogni caso i criteri adottati per la determinazione del prezzo di emissione. 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. Il parere del collegio sindacale e, nell'ipotesi prevista dal quarto comma, la relazione giurata dell'esperto designato dal Tribunale ovvero la documentazione indicata dall'articolo 2343-ter, terzo comma, devono restare depositati nella sede della società durante i quindici giorni che precedono l'assemblea e finché questa non abbia deliberato; i soci possono prenderne visione. La deliberazione determina il prezzo di emissione delle azioni in base al valore del patrimonio netto, tenendo conto, per le azioni quotate in mercati regolamentati, anche dell'andamento delle quotazioni nell'ultimo semestre.

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, con operazioni di qualsiasi tipo, in conformità con i primi tre commi del presente articolo. 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. Le spese dell'operazione sono a carico della società e la deliberazione di aumento del capitale deve indicarne l'ammontare.

Con deliberazione dell'assemblea presa con la maggioranza richiesta per le assemblee straordinarie può essere escluso il diritto di opzione limitatamente a un quarto delle 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. L'esclusione dell'opzione in misura superiore al quarto deve essere approvata con la maggioranza prescritta nel quinto comma.



È parimenti esclusa la nullità e non rientra nella previsione di mancata convocazione dell'assemblea, ex art. 2379 c.c., la fattispecie in cui nell'avviso di convocazione viene indicato, per l'adunanza in seconda convocazione, un giorno diverso da quello indicato nella delibera del consiglio di amministrazione²⁵.

Sempre riguardo alla mancata convocazione secondo il Tribunale di Bologna²⁶ nella società per azioni, avente un consiglio di amministrazione o comunque una pluralità di amministratori, la convocazione dell'assemblea dei soci deve essere deliberata collegialmente; tuttavia, la irregolare convocazione dell'assemblea da parte di uno solo degli amministratori non determina la nullità delle conseguenti deliberazioni, a norma dell'art. 2379 c.c., bensì dà luogo alla semplice annullabilità di esse, con la conseguenza che alla relativa azione di annullamento a termini dell'art. 2377 c.c., non essendo questa proponibile da qualsiasi generico interessato, bensì soltanto "dagli amministratori, dai sindaci e dai soci assenti o dissenzienti", è legittimato solo l'organo amministrativo unitariamente considerato, cioè il consiglio di amministrazione ovvero, nel caso di mera pluralità, gli amministratori congiuntamente e non uno solo degli amministratori.

Principio già espresso in una sentenza del Tribunale di Milano²⁷ con la quale è stato stabilito che la delibera adottata dall'assemblea convocata in seconda convocazione da un

²⁵ Tribunale Sezione I civile, sentenza 29 dicembre 2006, n. 4100

²⁶ Tribunale di Bologna Sezione IV civile, **Sentenza 16 febbraio 2007, n. 322**. Il giudice felsineo, a conforto del principio espresso nella massima, richiama una risalente pronuncia del giudice di legittimità: vedi, Cassazione civile, sez. I, sentenza 2 agosto 1977, n. 3422. Sul punto lo stesso giudice richiama anche Cassazione civile, Sez. I, sentenza 26 novembre 1998, n. 12012, la quale ha affermato che il vizio della deliberazione di convocazione dell'assemblea (tale da non comportare inesistenza o nullità della stessa deliberazione e consistente nella violazione di una regola interna alla collegialità nella amministrazione pluripersonale, posta nell'interesse sociale) non può essere fatto valere dal singolo socio che, non essendo stato leso in un proprio diritto, non è legittimato al riguardo, né quel vizio può riflettersi sulla validità delle deliberazioni adottate dall'assemblea dei soci. Sotto diverso profilo, la pronuncia contiene anche un altro principio, mutuato sempre dalla giurisprudenza del Supremo Collegio, secondo cui il bilancio di esercizio di una società per azioni, in forza del principio della cosiddetta continuità, deve partire dai dati di chiusura del bilancio dell'anno precedente, anche nel caso in cui l'esattezza e la legittimità di questi ultimi siano state poste in discussione in sede contenziosa, e siano state negate con sentenza non passata in giudicato (nella specie, per distribuzione di utili "contra legem"). Infatti, solo il passaggio in giudicato di quella sentenza fa sorgere il dovere degli amministratori di apporre al bilancio contestato le variazioni imposte dal comando giudiziale, e, quindi, di modificare consequenzialmente i dati di partenza del bilancio successivo. In tal senso, vedi, Cassazione civile, sez. I, sentenza 9 giugno 1977, n. 2379.

²⁷ Tribunale di Milano Sezione VIII civile **sentenza 05 febbraio 2004, n. 1654**. In tema di invalidità delle delibere assembleari delle società di capitali, cfr. Cass., sentenza 11 giugno 2003, n. 9364, secondo cui: "la omessa convocazione (di tutti o di alcuni) dei soci, comportando la mancanza, in concreto, di un elemento essenziale dello schema legale della deliberazione assembleare, determina l'inesistenza giuridica di quest'ultima; invece la irregolarità, o il vizio, che infici la



solo consigliere anziché dal consiglio di gestione collegialmente, non può ritenersi nulla ma, caso mai, annullabile

Ancora l'VIII sezione del Tribunale appena menzionato²⁸ ha previsto la validità della delibera assembleare quando l'approvazione del bilancio accompagnato da documenti idonei a consentire una adeguata informazione del socio impugnante in modo tale che il socio non possa essere indotto in errore sulla consistenza patrimoniale e sull'efficienza economica della società.

Degna di nota risulta essere questa sentenza, abbastanza datata, della S.C.²⁹ secondo la quale la deliberazione di assemblea di società, avente ad oggetto il promuovimento dell'azione di responsabilità contro l'amministratore, ai sensi dell'art. 2393 c.c., non può essere invocata, come ragione di nullità, la circostanza che attraverso la deliberazione medesima un socio persegua lo scopo di liberarsi da una propria obbligazione, tenuto conto che tale situazione non è riconducibile fra le ipotesi di nullità contemplate dall'art. 2379 c.c., e che inoltre il motivo illecito, per spiegare effetti invalidanti, deve essere comune a tutti i soci e determinativo della loro volontà.

Infine secondo la Corte di Piazza Cavour³⁰, l'eccedenza dell'atto rispetto ai limiti dell'oggetto sociale, ovvero il suo compimento al di fuori dei poteri conferiti, non integra un'ipotesi di nullità dell'atto, ma, al più, di inefficacia e di opponibilità nei rapporti con i terzi; e posto che è rimesso alla società, e solo ad essa, di respingere gli effetti dell'atto,

convocazione non determina la stessa conseguenza, ma la mera annullabilità della deliberazione ai sensi dell'art. 2377 c. c., giacché, per quanto viziato, quell'elemento essenziale comunque sussiste. Né comporta inesistenza della convocazione (e della conseguente deliberazione, che sarà quindi solo annullabile) l'assoluta carenza di legittimazione dell'autore di essa (nella specie il curatore del fallimento del socio amministratore di S.r.l., decaduto dalla carica), essendo in tal caso configurabile una convocazione nel suo essenziale schema giuridico (atto recettizio con cui il socio è avvisato della data e del luogo della riunione) e dovendosi, d'altro canto, considerare che, mentre è giustificabile una reazione radicale (quale l'inesistenza giuridica) dell'ordinamento avverso una delibera assembleare in cui ai soci (che "sono" l'assemblea) non sia stata data neppure l'opportunità di partecipare alla deliberazione, sì che quest'ultima non può essere in alcun modo ricondotta alla loro volontà, diversamente deve, invece, argomentarsi allorché tale opportunità sia stata in concreto offerta, giacché in tale ultimo caso appare certamente più adeguata una reazione più misurata, in equilibrio con le contrapposte esigenze di certezza e stabilità dei deliberati societari, sottostanti alla particolare disciplina delle loro patologie prevista dagli artt. 2377 e 2378 c. c. ".

²⁸ Tribunale di Milano Sezione VIII civile, sentenza 25 ottobre 2006, n. 11635

²⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 8337 del 12 novembre 1987

³⁰ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 02 settembre 2004, n. 17678



deve correlativamente essere riconosciuto alla società il potere di assumere *ex tunc* quegli effetti, attraverso la ratifica, ovvero di farli preventivamente propri, attraverso una delibera autorizzativa, capace di rimuovere i limiti del potere rappresentativo dell'amministratore. Ne deriva che ogni questione relativa all'estraneità dell'atto compiuto dall'amministratore rispetto all'oggetto sociale è da ritenersi irrilevante a seguito e per effetto dell'adozione di una delibera di autorizzazione preventiva adottata dalla società, posto che tale delibera impegna la società medesima alla condotta di essa esecutiva e a essa conforme posta in essere dall'organo di gestione, idonea o meno che sia rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale.

Casistica in merito alla previsione della Nullità

Invece, ulteriori casi di nullità si possono desumere (oltre che previsti) dagli artt. 2357, 2446, 2447 e 2379 *ter c.c.*

art. 2357 c.c. Acquisto delle proprie azioni: *la società non può acquistare azioni proprie se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato. Possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate.*

L'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea, la quale ne fissa le modalità, indicando in particolare il numero massimo di azioni da acquistare, la durata, non superiore ai diciotto mesi, per la quale l'autorizzazione è accordata, il corrispettivo minimo ed il corrispettivo massimo.

Il valore nominale delle azioni acquistate a norma del primo e secondo comma dalle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio non può eccedere la quinta parte del capitale sociale, tenendosi conto a tal fine anche delle azioni possedute da società controllate.



Le azioni acquistate in violazione dei commi precedenti debbono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea, entro un anno dal loro acquisto. In mancanza, deve procedersi senza indugio al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale. Qualora l'assemblea non provveda, gli amministratori e i sindaci devono chiedere che la riduzione sia disposta dal tribunale secondo il procedimento previsto dall'articolo 2446, secondo comma.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli acquisti fatti per tramite di società fiduciaria o per interposta persona.

Per la Cassazione³¹ l'art. 2357 c.c., nel porre il divieto, sia pure non assoluto, di acquistare o di detenere azioni proprie oltre il limite della decima parte del capitale sociale, a tal fine considerando anche le azioni possedute da società controllate, si riferisce non solo al controllo diretto, ma anche alle ipotesi di controllo di secondo grado o indiretto, realizzato per il tramite della partecipazione a catena di più società. (Sulla base del principio di cui in massima, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva dichiarato la nullità della delibera dell'assemblea di una società per azioni volta ad acquisire una posizione di controllo su una società che, per il tramite di una partecipata totalitaria, già deteneva azioni, oltre il limite consentito, della prima).

art. 2446 c.c. Riduzione del capitale per perdite: *quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, 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*

³¹ Cass. Civile, I sezione, sent. n. 3722 del 13marzo 2003.



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.

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.

Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal consiglio di amministrazione. Si applica in tal caso l'articolo 2436.

art. 2447 c.c. Riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale: *se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, 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.*

Difatti secondo la S.C.³² le regole dettate dagli artt. 2446 e 2447 c.c., prevedenti, ai fini della riduzione del capitale sociale, le modalità con cui le disponibilità della società possono essere intaccate e la necessità del previo deposito della situazione patrimoniale

³² Corte di Cassazione Sezione 1 civile, **sentenza 02 aprile 2007, n. 8221**

aggiornata, sono strumentali alla tutela, non solo dell'interesse dei soci, ma anche dei terzi; **è pertanto nulla la delibera di azzeramento e di reintegrazione del capitale sociale che sia stata adottata in base ad una situazione patrimoniale della società non aggiornata, e assunta sulla base di una determinazione delle perdite al lordo delle riserve.** (Enunciando il principio di cui in massima, in un caso nel quale la delibera era stata adottata in base all'ultimo bilancio, redatto un anno prima, senza che risultasse se fosse stata o meno depositata la relazione sulla situazione patrimoniale, la Corte, cassando con rinvio la sentenza impugnata, ha precisato che il grado di aggiornamento della situazione va valutato in relazione a ciascun caso concreto, e che detta situazione patrimoniale può, eventualmente, essere anche surrogata dall'ultimo bilancio di esercizio, purché questo sia riferibile ad una data recente rispetto a quella di convocazione dell'assemblea, sempre che "medio tempore" non siano sopravvenuti fatti significativi).

art. 2379 ter c.c. Invalidità delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e della emissione di obbligazioni: *nei casi previsti dall'articolo 2379 l'impugnativa dell'aumento di capitale, della riduzione del capitale ai sensi dell'articolo 2445 o della emissione di obbligazioni non può essere proposta dopo che siano trascorsi centottanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese o, nel caso di mancata convocazione, novanta giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione è stata anche parzialmente eseguita.*

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'invalidità della deliberazione di aumento del capitale non può essere pronunciata dopo che a norma dell'articolo 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito; l'invalidità della deliberazione di riduzione del capitale ai sensi dell'articolo 2445 o della deliberazione di emissione delle obbligazioni non può essere pronunciata dopo che la deliberazione sia stata anche parzialmente eseguita.

Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci e ai terzi.



Tale articolo è stato introdotto con la riforma del 2003, ma già la Giurisprudenza di legittimità aveva desunto ipotesi di nullità in merito all'aumento di capitale, ovvero con una pronuncia del 2001³³ aveva stabilito che *"la delibera di aumento del capitale sociale fondata sulla consapevole falsità dei presupposti di fatto realizza un insanabile contrasto con la norma di ordine pubblico diretta a conservare, anche a tutela dei terzi, la veridicità dei presupposti dell'agire sociale ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 2379 c.c.; in tali ipotesi non è utilizzabile lo strumento di correzione di cui all'articolo 2343 ultimo comma c.c. che ha la funzione di rimedio interno ai meri errori della stima effettuata ai sensi dell'articolo 64 c.p.c."* Nella specie la S.C. confermava la sentenza dichiarativa della nullità della delibera con cui era stato aumentato il capitale sociale da lire 900 milioni a lire 1.8 miliardi mediante conferimento di un'azienda comprendente un immobile nella cui stima non era stata valutata l'incidenza di un'ipoteca per lire 1 miliardo.

Infine, nel corso degli anni non pochi problemi sono sorti riguardo alla validità della delibera del bilancio; ma secondo ultima sentenza della S.C.³⁴ – essendo il principio di chiarezza non affatto subordinato a quello di correttezza e veridicità del bilancio medesimo, ma dotato di autonoma valenza ed essendo obiettivo fondamentale del legislatore quello di garantire non solo la veridicità e correttezza dei risultati contabili, ma anche la più ampia trasparenza dei dati di bilancio che a quei risultati conducono – conseguentemente, il bilancio d'esercizio di una società di capitali che violi i precetti di chiarezza e precisione dettati dall'art. 2423 comma secondo, c.c.³⁵ (anche nel testo

³³ Cass. I, sent. 3052 del 2 marzo 2001.

³⁴ Corte di Cassazione Sezione 1 civile, **sentenza 07 marzo 2006, n. 4874**

³⁵ **art. 2423 c.c. Redazione del bilancio.** *Gli amministratori devono redigere il bilancio di esercizio, costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa.*

Il bilancio deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio.

Se le informazioni richieste da specifiche disposizioni di legge non sono sufficienti a dare una rappresentazione veritiera e corretta, si devono fornire le informazioni complementari necessarie allo scopo.

Se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la disposizione non deve essere applicata. La nota integrativa deve motivare la deroga e deve



anteriore alle modificazioni apportate dal d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127), è illecito, ed è quindi nulla la deliberazione assembleare con cui esso è stato approvato, non soltanto quando la violazione determini una divaricazione tra il risultato effettivo dell'esercizio, o la rappresentazione complessiva del valore patrimoniale della società, e quello del quale il bilancio dà invece contezza, ma anche in tutti i casi in cui dal bilancio stesso non sia possibile desumere l'intera gamma delle informazioni che la legge vuole siano fornite per ciascuna delle singole poste iscritte.

Il termine per l'impugnativa

In merito **al termine dei 3 anni**, il legislatore in tal caso ha voluto di certo differenziare tale azione di nullità dalla regola generale, secondo la quale non è previsto alcun termine, ovvero l'imprescrittibilità a norma dell'art. 1422 c.c.

art. 1422 c.c. imprescrittibilità dell'azione di nullità: *l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione.*

A parere di chi scrive (conforme alla dottrina unanime), le motivazioni sono soprattutto per la salvaguardia della facilità, rapidità e fermezza delle decisioni e per la certezza dei rapporti societari al fine di impedirne lo sviluppo della medesima nei mercati.

Se tale azione fosse imprescrittibile, su di una società (che agisce nel settore commerciale in continua evoluzione) di certo penderebbe perennemente la c.d. "Spada di Damocle", in virtù di tale possibile azione invalidante della delibera potenzialmente viziata.

indicare l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale, finanziaria e del risultato economico. Gli eventuali utili derivanti dalla deroga devono essere iscritti in una riserva non distribuibile se non in misura corrispondente al valore recuperato.

Il bilancio deve essere redatto in unità di euro, senza cifre decimali, ad eccezione della nota integrativa che può essere redatta in migliaia di euro.



Sarebbe, pertanto, la società, fortemente limitata nel suo sviluppo e soggiogata ad un gruppo di minoranza.

A tal proposito bisogna evidenziare che, il tema del **cd. abuso del diritto di impugnativa da parte del socio** (in contrapposizione all'abuso di potere³⁶) costituisce solo un aspetto del più ampio problema della applicazione del generale principio di correttezza e buona fede (ex artt. 1175 nonché 1375 c.c.) ai rapporti societari in genere, non solo come regola di comportamento dei soci nel processo di formazione della volontà sociale (si pensi al caso, di cui si farà cenno in seguito, di conflitto di interesse fra soci e del conseguente fenomeno dell'abuso del diritto di voto), ma anche come regola valevole sul piano processuale.

Ma in realtà tale previsione è maggiormente limitativa anche ad altre impugnative di delibere affette dalla nullità come ad es. per quelle dei comproprietari/comunisti e dei condomini, per le quali vige la generale imprescrittibilità dell'azione di nullità.

Secondo le Sezioni Unite della S.C.³⁷ in tema di condominio negli edifici (applicabile per analogia alla comunione), la sanzione della nullità deve ritenersi limitata alle delibere dell'assemblea condominiale: 1) prive degli elementi essenziali; 2) con oggetto impossibile o illecito (contrario, cioè, all'ordine pubblico alla morale o al buon costume), ovvero comunque invalide in relazione all'oggetto; 3) con oggetto non ricompreso nelle competenze dell'assemblea; 4) incidenti su diritti individuali su cose o servizi comuni; 5) incidenti sulla proprietà esclusiva di un condomino, mentre devono, per converso, ritenersi soltanto annullabili le delibere: 1) affette da vizi relativi alla regolare costituzione dell'assemblea; 2) adottate con maggioranze inferiori a quelle prescritte dalla legge o dal regolamento condominiale; 3) affette da vizi formali in violazione di prescrizioni legali, convenzionali, regolamentari attinenti al procedimento di convocazione e/o informazione dell'assemblea; 4) affette genericamente da irregolarità nel procedimento di convocazione.

³⁶ **Vedi pag. 32**

³⁷ **Cass. civ., Sez. Unite, 07 marzo 2005, n. 4806**



E quelle ammorbate da nullità, sempre secondo la S.C. in varie pronunce, sono sottratte al termine di impugnazione previsto dall'art. 1137 c.c.

In conclusione la Cassazione³⁸ con una nota pronuncia ha avuto modo di affermare che l'azione di nullità di una deliberazione di una società è svincolata dai presupposti e dalle condizioni temporali di legittimazione stabilite dall'art. 2377 c.c. per l'azione di annullamento. In particolare, tale nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1422 c.c. richiamato dall'art. 2379 c.c.) ed anche in grado di appello purché le censure formulate con l'impugnazione mettano in discussione, direttamente o indirettamente, la validità di quell'atto, nel rispetto del principio dispositivo che presiede al processo civile, ed anche, nella fase di gravame, del principio secondo cui il giudice di secondo grado è investito del potere dovere di riesaminare le statuizioni impugnate entro i confini segnati dai motivi di appello.

La sanatoria

art. 2379 bis c.c. sanatoria della nullità: l'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea

L'invalidità della deliberazione per mancanza del verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva. La deliberazione ha effetto dalla data in cui è stata presa, salvi i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano la deliberazione.

³⁸ Corte di Cassazione Sezione 1 civile, **sentenza 22 agosto 2006, n. 18218**. In argomento, in senso conforme, confronta, Cassazione civile, Sez. II, sentenza 13 aprile 1989, n. 1788 e Cassazione civile, Sez. I, sentenza 20 dicembre 1993, n. 12602. Inoltre, la pronuncia ribadisce il principio secondo il quale la domanda di nullità di una delibera societaria non è soggetta a termine di decadenza, sicché, proposta in qualunque tempo da parte di chi vi abbia interesse, deve in ogni caso essere esaminata nel merito: in tal senso, vedi, Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 febbraio 2003, n. 2637.



Il consenso può essere anche preventivo all'assemblea, ma in tal caso non vi è una vera e propria sanatoria, ma sarà un atto con il quale ciascuno dei soci può disporre di un proprio diritto soggettivo (diritto di essere convocato).

Il decorso del triennio rappresenta, di fatto, una vera e propria sanatoria della delibera nulla, poiché essa, successivamente a detto periodo, non potrà essere più impugnata.

Tale possibilità è prevista anche in merito alla fusione all'art. 2501 *septies* c.c. – ovvero con la rinuncia al termine di deposito.

art. 2501 septies c.c. Deposito di atti: *devono restare depositati in copia nella sede delle società partecipanti alla fusione, durante i trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla fusione, salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime, e finché la fusione sia decisa:*

- 1) il progetto di fusione con le relazioni indicate negli articoli 2501 quinquies e 2501 sexies;*
- 2) i bilanci degli ultimi tre esercizi delle società partecipanti alla fusione, con le relazioni dei soggetti cui compete l'amministrazione e la revisione legale;*
- 3) le situazioni patrimoniali delle società partecipanti alla fusione redatte a norma dell'articolo 2501 quater.*

I soci hanno diritto di prendere visione di questi documenti e di ottenerne gratuitamente copia.

Avrebbero effetti sanatori, secondo la Cassazione³⁹ in sede di approvazione del bilancio di una società per azioni, i chiarimenti richiesti e forniti dagli amministratori ai soci, nel corso della seduta assembleare che precede l'approvazione del bilancio. Assumono rilievo, non perché divengano parte del documento di bilancio ed essi stessi

³⁹ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 09 maggio 2008, n. 11554**



oggetto della successiva delibera di approvazione, quanto piuttosto perché possono essere in concreto idonei a fugare incertezze generate da poste di bilancio non chiare; conseguentemente, ove ciò si sia verificato, l'originario difetto di chiarezza viene rimosso e con esso l'interesse a far dichiarare la nullità della delibera di approvazione, per violazione delle norme dirette a garantirne la chiarezza, avendo l'attore già conseguito, prima dell'esercizio dell'azione, per effetto dei chiarimenti, il risultato che non potrebbe, quindi, più ottenere giudizialmente.

Infine la sanatoria prevista al penultimo comma dell'art. 2377 c.c.⁴⁰ come dalla stessa previsione dell'ultimo comma dell'art. 2379 ed avallato da ultima sentenza di merito (attenutasi ad un principio già espresso dalla Cassazione) applicabile anche alle ipotesi di nullità.

Difatti, secondo tale sentenza⁴¹, ai sensi dell'art. 2377 ultimo comma, c.c., il meccanismo correttivo previsto dalla norma, il quale consente la sostituzione della delibera impugnata come invalida con altra presa "in conformità della legge o dell'atto costitutivo", risulta esperibile sia in caso di delibera annullabile, che di delibera nulla, con la sola eccezione della nullità per impossibilità o illiceità dell'oggetto.

⁴⁰ **Vedi pag. 31**

⁴¹ Tribunale di Bologna Sezione IV civile, **sentenza 02 maggio 2008, n. 1040** In senso conforme, richiamata anche nella pronuncia, vedi, Tribunale di Catania, sentenza 18 gennaio 2001. Negli stessi termini, Tribunale di Rimini, sentenza 24 settembre 2002, Tribunale di Napoli, sentenza 16 giugno 1996. Per la Corte di legittimità, confronta, Cassazione civile, Sez. I, sentenza 13 giugno 2000, n. 8036, secondo cui il principio stabilito dall'art. 2377 comma ultimo c.c., secondo il quale una deliberazione societaria invalida può essere sostituita con altra, adottata in conformità della legge e dell'atto costitutivo (e la cui efficacia prescinde dall'eventuale pendenza del procedimento d'impugnazione della prima), trova applicazione tanto per i casi di annullabilità quanto per quelli di nullità dell'atto, con la sola eccezione delle ipotesi di nullità per impossibilità e illiceità dell'oggetto, autonomamente regolate dall'art. 2379 c.c.



D) Le deliberazioni irregolari

Si hanno quando, nei casi espressamente previsti, un vizio, che è inidoneo a ledere rilevanti interessi, e che, non rendendo perciò invalida la deliberazione, si risolve in una mera irregolarità.

art. 2377^{5 co} c.c. annullabilità delle deliberazioni:..... la deliberazione non può essere annullata:

CASI D'IRREGOLARITÀ⁴²

- 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate (azionisti senza voto), **salvo che** tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369 (il difetto di legittimazione acquista rilievo non in ogni caso, ma solo a condizione che esso abbia inciso in modo determinante sulla formazione del quorum costitutivo – c.d. prova di resistenza);*
- 2) per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, **salvo che** il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta;*
- 3) per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale (vedi art. 2375 – verbale delle deliberazioni dell'assemblea) , **salvo che** impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.*

Tale fattispecie inquadrata dalla dottrina è stata avallata anche dalla Cassazione⁴³ con una recente sentenza secondo cui la deliberazione dell'assemblea di una società di capitali, convocata su deliberazione del consiglio di amministrazione assunta all'esito di una riunione cui un suo componente non sia stato convocato, non è inesistente, nulla od

⁴² Secondo un'autorevole dottrina è possibile inquadrare anche tale fattispecie invalidante. Minervini – Belviso – Graziani

⁴³ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 12 gennaio 2010, n. 259**



annullabile, **trattandosi di mera irregolarità**, perché il vizio della deliberazione consiliare di convocazione dell'assemblea non può riflettersi, come causa d'inesistenza o d'invalidità, sulle deliberazioni dell'assemblea dei soci, quando essa sia stata convocata dagli amministratori, a norma dell'art. 2366 c.c., con atto per certo riferibile alla volontà dell'organo amministrativo collegiale, così che esista una convocazione dell'assemblea nel suo essenziale schema giuridico (atto ricettizio, con il quale il socio viene avvisato della data e del luogo della riunione), dovendo escludersi che sulle formalità della convocazione si riflettano, per proprietà transitiva, le eventuali irregolarità interne al distinto procedimento di deliberazione del consiglio di amministrazione.

In merito al terzo punto dell'articolo su menzionato la Corte del Palazzaccio⁴⁴ ha affermato – nonostante sia buona norma, ai fini della regolarità formale – che il verbale di assemblea di una società per azioni dia atto dell'avvenuta identificazione dei partecipanti, deve escludersi che l'omessa verbalizzazione dell'avvenuta identificazione dei partecipanti importi automaticamente l'invalidità della deliberazione assembleare, quasi che questa debba, in tale caso, presumersi adottata da soggetti non legittimati. Con riferimento alla previgente formulazione degli articoli 2377 e seguenti del c.c., infatti, l'identificazione dei partecipanti può avvenire anche in modo informale, in base alla loro diretta conoscenza da parte del presidente o dei suoi immediati collaboratori (ciò pure nelle grandi società, per la frequenza con cui i piccoli azionisti concentrano la loro rappresentanza in poche e di solito abituali, persone fisiche e l'attestazione presidenziale della valida costituzione dell'assemblea può implicitamente voler dire che la identificazione ha avuto luogo almeno nel modo suddetto).

⁴⁴ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 24 luglio 2007, n. 16393**



E) Le deliberazioni annullabili

Con tale previsione legislativa, disciplinata al co 2 dell'art. 2377 c.c., il legislatore individua chiaramente nell'annullabilità la sanzione di carattere generale per le deliberazioni assembleari viziate.

La nullità, quindi, di cui al successivo art. 2379 c.c., come già specificato in precedenza, ha carattere eccezionale, essendo conseguenza solo dei casi ivi espressamente indicati.

art. 2377 c.c. **annullabilità delle deliberazioni:** *le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto sostitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti*

2° co *Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto⁴⁵ possono essere impugnate **dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale.***

3° co *L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento (5%) nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito. Per l'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee speciali queste percentuali sono riferite al capitale rappresentato dalle azioni della categoria.*

4° co ***I soci che non rappresentano la parte di capitale indicata** nel comma precedente e quelli che, **in quanto privi di voto**, non sono legittimati a proporre*

⁴⁵ Corte di Cassazione Sezione I civile **Sentenza 13 settembre 2007, n. 19160**. In tema di nomina del collegio sindacale nelle società per azioni, è illegittima la modifica statutaria che attribuisca al consiglio di amministrazione il diritto di presentare una propria lista di candidati, con possibile integrale copertura dei posti disponibili, ciò implicando la violazione del diritto dei soci di minoranza, ai sensi dell'art.148, comma 2, del d.lgs. n.58 del 1998, di ottenere l'elezione di un loro candidato quale componente effettivo.



*l'impugnativa **hanno diritto al risarcimento del danno loro** cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto.*

5° co *La deliberazione non può essere annullata: 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369;*

2) per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta;

*3) per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, **salvo che** impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.*

6° co *L'impugnazione o la domanda di risarcimento del danno sono proposte **nel termine di 90 giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro 3 mesi dall'iscrizione** o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro 3 mesi dalla data di questo.*

7° co *L'annullamento (**NATURA COSTITUTIVA** della sentenza di annullamento) della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.*

8° co *L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto (sulla natura di tale istituto – alcuni propendono verso la fattispecie della convalida altri verso la ratifica o la rinnovazione). In tal caso il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole di norma a carico della società, e sul risarcimento dell'eventuale danno.*

9° co *Restano salvi i diritti acquisiti dai terzi sulla base della deliberazione sostituita.*



Secondo ultima interpretazione della Cassazione⁴⁶ la dedotta carenza di informazione e discussione sull'argomento all'ordine del giorno - nella specie, l'autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori - costituisce, ove sia frutto di comportamento prevaricatore della maggioranza volto a realizzare il perseguimento di propri interessi particolari oggettivamente in conflitto con quello sociale, ragione di mera annullabilità ex art. 2377 c.c., in quanto per le predette delibere si applica il principio per cui la previsione della nullità, ex art. 2379 c.c., è limitata ai soli casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto, ricorrenti allorché il contenuto dell'atto contrasta con norme dettate a tutela degli interessi generali e dirette ad impedire deviazioni dallo scopo economico-pratico del rapporto di società.

Inoltre, sempre secondo la Giurisprudenza⁴⁷ di legittimità, in tema di azzeramento del capitale sociale e di ricostituzione del medesimo, la mancata redazione del verbale della delibera da parte di un notaio, come prescritto dall'art. 2375 secondo comma, c.c. per le delibere riservate alla competenza dell'assemblea straordinaria, non comporta inesistenza dell'atto, né impossibilità od illiceità dell'oggetto della delibera (che sono le sole ipotesi nelle quali la stessa è inficiata da nullità), ma dà luogo ad un vizio del procedimento integrante un'ipotesi di annullabilità della deliberazione.

L'abuso di potere

Altra ipotesi di annullabilità la Cassazione⁴⁸ la ricava in merito all'abuso di potere dei soci di maggioranza esercitato in danno della minoranza.

⁴⁶ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 11 luglio 2008, n. 19235**

⁴⁷ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 02 aprile 2007, n. 8222**

⁴⁸ **Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 12 dicembre 2005, n. 27387**. Conformi, Cass., Sez. I, sentenza 26 ottobre 1995, n. 11151; Cass., Sez. I, sentenza 5 maggio 1995, n. 4923; Cass., Sez. I, sentenza 4 maggio 1994, n. 4323; Cass., Sez. I, sentenza 11 marzo 1993, n. 2958. Vedi anche Tribunale Milano, sentenza 11 gennaio 2002; Tribunale di Perugia, sentenza 22 dicembre 2000. Tra le più recenti, vedi anche Tribunale di Milano, sentenza 14 luglio 2003. Corte d'Appello di Roma, Sezione II civile **sentenza 13 maggio 2010, n. 2112**. Il vizio della deliberazione assembleare, costituito dall'eccesso di potere, deve riconoscersi laddove la delibera sia stata adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza di una società di capitali in danno di quelli di minoranza, essendo applicabile in



Difatti la delibera di scioglimento di una società appare sindacabile per abuso di potere quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari al perseguimento di interessi divergenti da quelli societari o al fine di ledere i diritti di singoli soci.

Fondamento della figura dell'abuso di potere è la clausola generale di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., applicabili in virtù della natura contrattuale della società ai rapporti tra soci di maggioranza e di minoranza con funzione integrativa del contratto sociale.

Nei predetti limiti, l'esercizio del diritto di voto in modo fraudolento allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci o di avvantaggiare i soci di maggioranza diviene valido motivo di impugnazione.

Al fine di assolvere all'onere probatorio relativo alla sussistenza dell'abuso di potere occorre provare che la deliberazione non trovi giustificazione in un interesse della società, costituendo una deviazione dallo scopo economico della stessa, oppure che essa sia il risultato di un'attività fraudolenta diretta a ledere i diritti di partecipazione o i diritti patrimoniali degli altri soci.

In altre parole, la doglianza che la maggioranza dei soci non abbia consentito alla minoranza ampia informazione e discussione su un argomento all'ordine del giorno attiene **a disciplina etica** e di merito e non a questione di legittimità sindacabile da parte del giudice e non può di per sé costituire ragione di invalidità della delibera, denunciabile con l'impugnazione prevista dall'art. 2377 c.c. testo previgente, a meno che non si deduca e

materia l'art. 1375 c.c., in base al quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, atteso che le determinazioni dei soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale.

I principi espressi sono ribaditi, anche da Cass., Sez. Lavoro, sentenza 19 aprile 2003, n. 6361, secondo cui la delibera di una assemblea, sia essa di soci, di condomini o di associati (nel caso di specie, assemblea di un Fondo Pensione tra ex dipendenti di banca) può essere annullata per abuso o eccesso di potere solo quando, anche se adottata nelle forme legali e con le maggioranze prescritte, risulti arbitraria e fraudolentemente preordinata al solo perseguimento, da parte della maggioranza, di interessi diversi da quelli della compagine associativa oppure volutamente lesivi degli interessi degli altri soci, e sia priva di una propria autonoma giustificazione causale sulla base dei legittimi interessi dei soci di maggioranza; grava su chi impugna la delibera l'onere di fornire la dimostrazione dell'effettiva sussistenza dell'abuso o dell'eccesso di potere.



dimostri che proprio l'indicato comportamento prevaricatore, frutto di un disegno della maggioranza di realizzare propri interessi particolari oggettivamente in conflitto con quello sociale, abbia determinato in concreto scelte contrastanti con tale ultimo interesse.

In sintesi al fine di provocare l'annullamento della delibera assembleare, devono contestualmente ricorrere due fondamentali presupposti⁴⁹:

- A) da un lato, la decisione deve essere esclusivamente ispirata da un interesse personale dei soci di maggioranza palesemente collidente con lo scopo del contratto di società ed antitetico all'interesse sociale;
- B) dall'altro, tale decisione deve essere conseguente ad un'una attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a determinare un danno ai soci di minoranza.

Corollario a tali principi, è che, qualora la delibera abbia comunque una propria ed autonoma giustificazione sulla base di una valutazione discrezionale dei soci di maggioranza e la finalità in danno della minoranza non costituisca, quindi, l'unica ragione della delibera, non è riscontrabile la predetta causa di annullabilità (nel caso di specie, il socio di minoranza di una s.r.l., aveva proposto azione di annullamento di una delibera assembleare denunciando abuso di potere della maggioranza la quale, anziché procedere alla liquidazione della società, imposta da un andamento pluriennale negativo dell'impresa, tale da evidenziare l'impossibilità di realizzare la causa del contratto, aveva deciso al contrario di proseguire l'attività sociale, ricostituendo il capitale sociale).

In definitiva, senza voler tediare chi legge, l'abuso o eccesso di potere è causa di annullamento delle deliberazioni assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società - per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale - ovvero sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a

⁴⁹Corte d'Appello di Milano Sezione I civile, sentenza 21 novembre 2003, n. 3186. Ante riforma sono conformi, Cass., Sez. I, sentenza 26 ottobre 1995, n. 11151; Cass., Sez. I, sentenza 5 maggio 1995, n. 4923; Cass., Sez. I, sentenza 4 maggio 1994, n. 4323; Cass., Sez. I, sentenza 11 marzo 1993, n. 2958. Vedi anche Tribunale Milano, sentenza 11 gennaio 2002; Tribunale di Perugia, sentenza 22 dicembre 2000..



provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*.

Ma per consentire all'organo giurisdizionale il sindacato in merito ai motivi che hanno determinato la maggioranza dei soci ad adottare le deliberazioni impugnate, è onere di colui che propone impugnazione dimostrare la sussistenza dell'abuso o dell'eccesso di potere lamentato, con la produzione di idonei mezzi di prova⁵⁰.

Ancora in merito all'abuso⁵¹, la dedotta carenza di informazione e discussione sull'argomento all'ordine del giorno - nella specie, l'autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori - costituisce, ove sia frutto di comportamento prevaricatore della maggioranza volto a realizzare il perseguimento di propri interessi particolari oggettivamente in conflitto con quello sociale, ragione di mera annullabilità ex art. 2377 c.c., in quanto per le predette delibere si applica il principio per cui la previsione della nullità, ex art. 2379 c.c., è limitata ai soli casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto, ricorrenti allorché il contenuto dell'atto contrasta con norme dettate a tutela degli interessi generali e dirette ad impedire deviazioni dallo scopo economico-pratico del rapporto di società.

Infine secondo la S.C.⁵² a fronte dell'attribuzione all'amministratore di compensi sproporzionati o in misura eccedente i limiti della discrezionalità imprenditoriale, è possibile impugnare la delibera dell'assemblea della società di capitali per abuso o eccesso di potere, sotto il profilo della violazione del dovere di buona fede in senso oggettivo o di correttezza, giacché una tale deliberazione si dimostra intesa al perseguimento della prevalenza di interessi personali estranei al rapporto sociale, con ciò danneggiando gli altri partecipi al rapporto stesso. In tal caso al giudice è affidata una valutazione che è diretta non ad accertare, in sostituzione delle scelte istituzionalmente spettanti all'assemblea dei

⁵⁰ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 16 novembre 2007, n. 23823**

⁵¹ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 11 luglio 2008, n. 19235

⁵² Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 17 luglio 2007, n. 15942**



soci, la convenienza o l'opportunità della delibera per l'interesse della società, bensì ad identificare, nell'ambito di un giudizio di carattere relazionale, teso a verificare la pertinenza, la proporzionalità e la congruenza della scelta, un vizio di illegittimità desumibile dalla irragionevolezza della misura del compenso stabilita in favore dell'amministratore, occorrendo a tal fine avere riguardo, in primo luogo, alla natura e alla ampiezza dei compiti dell'amministratore ed al compenso corrente nel mercato per analoghe prestazioni, in relazione a società di analoghe dimensioni, e, ma in funzione complementare, alla situazione patrimoniale e all'andamento economico della società.

Casistica in merito all'Annullabilità

A tal riguardo è opportuno segnalare le seguenti sentenze:

- 1) in una recente della Cassazione⁵³ si è previsto che nell'ipotesi in cui la deliberazione consiliare di convocazione dell'assemblea di una società di capitali sia stata assunta all'esito di una riunione, alla quale un suo componente non sia stato convocato, il medesimo può impugnare la deliberazione consiliare per la mancata convocazione nei suoi confronti, ma, in mancanza di tale impugnazione, la deliberazione assunta dall'assemblea in seguito convocata non può essere impugnata dall'amministratore che deduca il vizio di convocazione, in quanto egli è privo di legittimazione attiva al riguardo, posto che il potere di impugnare le deliberazioni assembleari che non siano state prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo, riconosciuto agli amministratori della società per azioni dall'art. 2377, secondo comma, c.c., spetta al consiglio di amministrazione e non agli amministratori individualmente considerati, salvo che il consigliere di amministrazione sia stato immediatamente leso in un suo diritto dalla deliberazione stessa (Fattispecie anteriore al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6).

⁵³ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 12 gennaio 2010, n. 259**

- 2) In altra sentenza⁵⁴ si è affermato che è annullabile la delibera con la quale si sia deciso di dar corso alle operazioni di voto, in pendenza della discussione, a nulla rilevando che l'intervento dei soci che non si erano ancora espressi prima dell'inizio della votazione fosse o no idoneo ad influire concretamente sulla decisione degli altri soci di votare in uno od in altro modo; infatti, ai fini del rispetto del metodo assembleare, imposto dalla legge quale strumento di protezione delle minoranze, è rilevante non il fatto che il socio riesca ad influire sull'orientamento dell'assemblea, ma che egli abbia la possibilità di farlo.
- 3) Ancora secondo il Tribunale di Roma⁵⁵ sono annullabili le delibere assunte dall'assemblea in caso di ritardata comunicazione dell'avviso di convocazione, vizio inerente al procedimento di formazione della volontà assembleare, in quanto incidente sul diritto di informazione del socio; ne consegue che l'accertamento circa la sussistenza dello stesso assorbe la valutazione di ogni ulteriore vizio lamentato.
- 4) Inoltre⁵⁶, è invalida la deliberazione assembleare di società per azioni adottata sulla base di una convocazione effettuata soltanto nei confronti di soci non legittimati perché non più titolari di partecipazioni azionarie al momento dell'esercizio del diritto di voto, ancorché l'assemblea fosse destinata ad adottare deliberazioni già assunte mediante il voto dei soggetti convocati, attualmente estranei alla compagine sociale ma annullate per effetto di provvedimento giudiziale.
- 5) Ulteriormente secondo la Corte meneghina⁵⁷ la violazione del terzo comma dell'art. 2429 c.c. che, a tutela del diritto di informazione dei soci, prescrive il deposito del bilancio presso la sede sociale nei quindici giorni che precedono la riunione

⁵⁴ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 30 maggio 2008, n. 14554**

⁵⁵ Tribunale di Roma Sezione III civile, **sentenza 21 gennaio 2008, n. 1449**

⁵⁶ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 18 luglio 2007, n. 15962**

⁵⁷ **Tribunale di Milano Sezione 8 civile, sentenza 03 settembre 2003, n. 12036**. In senso conforme, vedi Cass., Sez. I, sentenza 11 maggio 1998, n. 4737; Tribunale di Milano, sentenza 9 novembre 1992; Tribunale di Milano, sentenza 24 giugno 1991; Tribunale di Napoli, sentenza 3 giugno 1986. Contra, nel senso della nullità del vizio di invalidità della delibera di approvazione, vedi Tribunale di Teramo, sentenza 27 gennaio 1998; Tribunale di Genova, sentenza 24 settembre 1990,. Infine, nel senso che non possa farsi luogo ad annullamento qualora la delibera impugnata sia stata sostituita da altra esente da vizi, vedi Tribunale di Napoli, sentenza 25 luglio 1992.



assembleare destinata ad approvarlo, determina un vizio di invalidità della delibera di approvazione, vizio da inquadrare, secondo lo schema generale di cui agli artt. 2377 e 2378 c.c., nella figura della annullabilità. (Nel caso di specie, pur accertato il vizio di invalidità, non è stata resa una pronuncia di annullamento della delibera impugnata, in quanto la stessa è stata nel frattempo sostituita da altra delibera assembleare, recante ulteriore approvazione del bilancio, ritualmente preceduta dal tempestivo deposito della copia del documento contabile presso la sede della società)

art. 2429 c.c. Relazione dei sindaci e deposito del bilancio: *il bilancio deve essere comunicato dagli amministratori al collegio sindacale e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti, con la relazione, almeno trenta giorni prima di quello fissato per l'assemblea che deve discuterlo⁵⁸.*

Il collegio sindacale deve riferire all'assemblea sui risultati dell'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri, e fare le osservazioni e le proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione, con particolare riferimento all'esercizio della deroga di cui all'articolo 2423, quarto comma.

Il bilancio, con le copie integrali dell'ultimo bilancio delle società controllate e un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate, deve restare depositato in copia nella sede della società, insieme con le relazioni degli amministratori, dei sindaci e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, durante i quindici giorni che precedono l'assemblea, e finché sia approvato. I soci possono prenderne visione⁵⁹.

⁵⁸ Il presente comma è stato così modificato dall'art. 37 D.Lgs. 27.01.2010, n. 39 con decorrenza dal 07.04.2010. Si riporta di seguito il testo previgente:

"Il bilancio deve essere comunicato dagli amministratori al collegio sindacale, con la relazione, almeno trenta giorni prima di quello fissato per l'assemblea che deve discuterlo. "

⁵⁹ Il presente comma è stato così modificato dall'art. 37 D.Lgs. 27.01.2010, n. 39 con decorrenza dal 07.04.2010. Si riporta di seguito il testo previgente:



Il deposito delle copie dell'ultimo bilancio delle società controllate prescritto dal comma precedente può essere sostituito, per quelle incluse nel consolidamento, dal deposito di un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle medesime.

Casistica in merito alla esclusione della Annullabilità

Ad esempio secondo la S.C.⁶⁰ in tema di società di capitali, non è annullabile per conflitto di interessi la deliberazione determinativa del compenso dell'amministratore per il mero fatto che la stessa sia stata adottata con il voto determinante espresso da quest'ultimo in sede assembleare in veste di socio se non ne risulti altresì pregiudicato l'interesse sociale.

Inoltre⁶¹ non può essere annullata, per conflitto d'interessi, una delibera di società di capitali, di modificazione della denominazione sociale se non risulti, oltre al conseguimento dell'interesse personale del socio che ha esercitato in modo determinante il

"Il bilancio, con le copie integrali dell'ultimo bilancio delle società controllate e un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate, deve restare depositato in copia nella sede della società, insieme con le relazioni degli amministratori, dei sindaci e del soggetto incaricato del controllo contabile, durante i quindici giorni che precedono l'assemblea, e finché sia approvato. I soci possono prenderne visione."

⁶⁰**Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 03 dicembre 2008, n. 28748.** Il medesimo principio espresso nella massima, prosegue la pronuncia, ha trovato parimenti applicazione anche nel caso in cui la validità di una siffatta deliberazione era stata vagliata sotto il diverso profilo dell'eventuale vizio di eccesso di potere, ritenendosi comunque essenziale l'accertamento della sproporzione del compenso attribuito (in tal senso, confronta, Cassazione civile, Sez. I, sentenza 17 luglio 2007, n. 15942). In senso conforme alla massima, vedi, Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 marzo 2000, n. 3312, secondo cui, ai fini dell'annullamento di una delibera assembleare di una società di capitali per conflitto di interessi ex art. 2373 c.c., deve ritenersi del tutto irrilevante la circostanza che la delibera stessa consenta al socio il conseguimento (anche) di un suo personale interesse se, nel contempo, non risulti pregiudicato l'interesse sociale. Il socio, pertanto, può legittimamente avvalersi del proprio diritto di voto per realizzare (anche) un fine personale, qualora, attraverso il voto stesso, egli non sacrifichi, a proprio favore, l'interesse sociale. Infatti, come mette in luce tale decisione, il collegamento esistente tra il primo e il secondo comma dell'art. 2373 c.c. - in forza del quale la determinazione, assunta col voto del socio che ha un interesse sulla materia che ne costituisce oggetto, è annullabile quando la delibera medesima possa arrecare danno alla società - comporta che, secondo il sistema positivo, l'elemento giuridicamente essenziale ai fini dell'invalidità sia costituito dall'idoneità potenziale della delibera a ledere gli interessi sociali: vale a dire che è irrilevante che la delibera consenta al socio di raggiungere anche un proprio interesse se, nel contempo, non ne risulti pregiudicato quello sociale; ovvero, che il socio può avvalersi del voto per realizzare anche un suo interesse personale, fino a quando attraverso il voto non sacrifichi a proprio favore quello sociale (in tal senso, vedi anche, Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 dicembre 1994, n. 11017 e Cassazione civile, Sez. I, sentenza 4 maggio 1991, n. 4927).

⁶¹ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 17 luglio 2007, n. 15950**



suo diritto di voto, anche il danno, quanto meno potenziale per la società. (nella fattispecie è stato escluso che il pregiudizio economico per la società potesse fondarsi esclusivamente sugli esborsi conseguenti all'adempimento della delibera di modifica della denominazione sociale o sulla meramente astratta prospettazione di una perdita dell'avviamento dovuta al mutamento del nome).

Altro caso trattato dalla S.C.⁶² per il quale è stata prevista l'esclusione è in merito alla proclamazione del risultato, la quale segna il momento conclusivo del procedimento di votazione in ordine ad ogni singola proposta sulla quale l'assemblea dei soci è stata chiamata ad esprimersi, onde non è consentito, nella medesima riunione, procedere ad una seconda votazione sulla stessa proposta, salvo che in presenza di specifici ed accertati vizi della precedente votazione, i quali ne legittimano la rinnovazione, purché nel verbale ne sia dato puntualmente atto. (Nella specie, la sentenza impugnata aveva ritenuto legittimo l'operato del presidente dell'assemblea, il quale, dopo aver proclamato il risultato di una prima votazione, in cui la proposta non era stata approvata perché non aveva raccolto la maggioranza dei voti espressi, aveva indetto una seconda votazione, in virtù del rilievo che la prima, svoltasi per alzata di mano, non aveva consentito di verificare il numero di deleghe di cui era portatore ciascuno dei votanti: in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha cassato la predetta sentenza, osservando che il mero dubbio sulla legittimità del procedimento di votazione avrebbe potuto giustificare un nuovo conteggio dei voti, e non anche l'immediata indizione di una nuova votazione, la quale postulava l'instaurazione di un nuovo e diverso procedimento assembleare).

Ulteriormente secondo la S.C.⁶³, a differenza per quanto riguarda le convocazioni per le assemblee dei comunisti (art. 1105 c.c.⁶⁴) o dei condomini, la doglianza che la

⁶² Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 24 aprile 2007, n. 9909**

⁶³ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 12 dicembre 2005, n. 27387**

⁶⁴ Secondo la giurisprudenza di merito, in ambito condominiale (anche perché la casistica è scarna in merito alla comunione) al fine della validità dell'assemblea condominiale occorre che l'ordine del giorno rechi gli argomenti da trattare così da consentire a ciascun condomino di comprendere esattamente il tenore e l'importanza nonché **l'opportunità di partecipare all'assemblea stessa**. **Trib. Genova, Sez. III, 19 febbraio 2010, sempre secondo il medesimo Tribunale con una pronuncia del 28 aprile 2010, n. 1741**, "in assenza di specifiche disposizioni contenute nel regolamento di condominio, recanti un obbligo di preventiva comunicazione dell'ordine del



NAPOLI
Via M. Schipa 59 - 80122
Tel 081.2482443 Fax 081.2404761

**STUDIO LEGALE
D'ISA**
www.studiodisa.it
SORRENTO (NA)
Via Padre R. Giuliani 24 - 80067
Tel e Fax 081.8774842

SALERNO
Corso G. Garibaldi 194 - 84122
Tel e Fax 089.2580438

maggioranza dei soci non abbia consentito alla minoranza ampia informazione e discussione su un argomento all'ordine del giorno attiene a disciplina etica e di merito e non a questione di legittimità sindacabile da parte del giudice e non può di per sé costituire ragione di invalidità della delibera, denunciabile con l'impugnazione prevista dall'art. 2377 c.c. testo previgente, a meno che non si deduca e dimostri che proprio l'indicato comportamento prevaricatore, frutto di un disegno della maggioranza di realizzare propri interessi particolari oggettivamente in conflitto con quello sociale, abbia determinato in concreto scelte contrastanti con tale ultimo interesse.

Secondo altra sentenza⁶⁵ l'indicazione, nell'avviso di convocazione dell'assemblea dei soci, dell'elenco delle materie da trattare ha la duplice funzione di rendere edotti i soci circa gli argomenti sui quali essi dovranno deliberare, per consentire la loro partecipazione

giorno su cui si dovrà discutere, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 1139 c.c., deve ritenersi applicabile anche al condominio di edifici il disposto di cui all'art. 1105 c.c. dettato nell'ambito della comunione, secondo cui per la validità delle deliberazioni della maggioranza si richiede che tutti i partecipanti siano stati preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione. E' necessario, dunque, non solo che tutti i partecipanti al condominio siano stati invitati all'assemblea ex art. 1136, comma sesto, c.c., ma anche che allo stesso tempo i condomini siano stati previamente messi al corrente dei temi oggetto della deliberazione in modo tale da consentire una partecipazione effettiva e permettere a ciascuno di valutare l'importanza o la necessità di intervenire alla stessa. Di conseguenza, l'eventuale decisione su questioni che non sono state inserite all'ordine del giorno e che non sono state oggetto di pregressa informativa ai condomini partecipanti, comportando una lesione del diritto all'informazione e, dunque, alla partecipazione consapevole, è illegittima e, pertanto, impugnabile ex art. 1137 c.c. In definitiva, per la partecipazione informata dei condomini all'assemblea al fine della conseguente validità della delibera adottata è necessario che nell'avviso di convocazione della medesima siano specificatamente indicati gli argomenti da trattare all'ordine del giorno, sia pure in modo non analitico e minuzioso, purché nei termini essenziali per essere comprensibili. Alla luce di quanto sopra, con riferimento al caso di specie, relativo all'impugnazione di una delibera condominiale che poneva a carico dell'attrice le spese di fornitura dell'energia elettrica del locale portineria ed il contestuale sigillo del contatore, il Tribunale, stante la mancata indicazione degli argomenti all'ordine del giorno, rilevato il vizio di legittimità delle delibere adottate derivante da tale omissione, accoglie la domanda di parte attrice e per l'effetto annulla le delibere oggetto di gravame".

Inoltre secondo altra pronuncia del Tribunale di Torino, Sezione I Civile, **sentenza del 16 luglio 2008, n. 5277**: "come infatti più volte ribadito dalla Suprema Corte, la convocazione deve contenere l'informazione preventiva degli argomenti da discutere, in modo tale da consentire a tutti i partecipanti di conoscere preventivamente <oggetto essenziale dei temi da esaminare in modo tale da consentirgli di partecipare con cognizione di causa alla relativa deliberazione> (Cass. 9.1. 2006 n. 63; conf Cass. 22. 7.2004 n. 13763, Cass. 27. 3.2000 n. 3634). Nel caso in esame dal doc. 1 attoreo emergeva che nell'ordine del giorno mancava un qualsiasi accenno alla necessità di deliberare in merito ed infatti tale questione è stata trattata in relazione al punto <9) Varie ed eventuali>, così che risulta del tutto violato l'onere di consentire una partecipazione dei condomini sufficientemente informata. Tale doglianza ben può essere oggetto di impugnazione da parte del condomino assente o dissenziente e non risulta prevista alcuna decadenza per non avere <subito e in assemblea> fatto rilevare la irregolarità della convocazione, così come sostenuto da parte convenuta. Invero, tale previo rilievo non solo non è previsto da alcuna norma, ma risulta contraddittorio proprio rispetto alla previsione della necessità di prevedere un congruo termine per acquisire una giusta cognizione dei fatti (anche consultando un legale) e decidere il da farsi

⁶⁵ Cass. civ., Sez. I, 27/06/2006, n. 14814



NAPOLI
Via M. Schipa 59 - 80122
Tel 081.2482443 Fax 081.2404761

**STUDIO LEGALE
D'ISA**
www.studiodisa.it
SORRENTO (NA)
Via Padre R. Giuliani 24 - 80067
Tel e Fax 061.8774842

SALERNO
Corso G. Garibaldi 194 - 84122
Tel e Fax 089.2580438

all'assemblea con la necessaria preparazione ed informazione, e di evitare che sia sorpresa la buona fede degli assenti a seguito di deliberazione su materie non incluse nell'ordine del giorno. A tal fine, tuttavia, non è necessaria un'indicazione particolareggiata delle materie da trattare, ma è sufficiente un'indicazione sintetica, purché chiara e non ambigua, specifica e non generica, la quale consenta la discussione e l'adozione da parte dell'assemblea dei soci anche delle eventuali deliberazioni consequenziali ed accessorie.

Infine merita di essere enunciata una pronuncia della S.C.⁶⁶ riguardo alle modifiche dello scopo di lucro.

Ebbene dalla massima ricavata si afferma che il principio di autonomia negoziale è applicabile al contratto di società di capitali, con i limiti derivanti dalla circostanza che l'art. 2249 c.c., nel prevedere che le società aventi ad oggetto l'esercizio di attività commerciali devono costituirsi secondo i tipi di legge, non consente l'adozione di clausole statutarie incompatibili con il tipo di società prescelto; ne consegue che, costituendo lo scopo di lucro un elemento essenziale e caratterizzante il tipo della società per azioni, l'assemblea straordinaria della società non può deliberare la sostituzione dello scopo lucrativo con uno scopo non lucrativo, mediante l'introduzione del divieto di distribuzione degli utili, al di fuori delle tassative ipotesi nelle quali è espressamente consentita l'utilizzazione del tipo della s.p.a. per uno scopo non lucrativo e del procedimento di trasformazione della società in società cooperativa; peraltro, la delibera dell'assemblea straordinaria di una s.p.a. che sostituisca, a livello statutario, allo scopo di lucro soggettivo uno scopo mutualistico, non incide sulla causa del contratto di società e neppure dà vita ad una società di tipo mutualistico e, benché illegittima, se sia stata adottata con la maggioranza stabilita per la modifica dello statuto della società e non sia stata impugnata, comporta l'utilizzazione della società per uno scopo diverso da quello inerente alla sua forma giuridica, sicché la successiva delibera che modifica la precedente, ripristinando lo scopo di lucro, a sua volta, neppure incide sulla causa del contratto di società e, conseguentemente, avendo ad

⁶⁶ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 12 aprile 2005, n. 7536



oggetto una modificazione dello statuto, può validamente essere adottata con le maggioranze stabilite a questo fine.

La Sanatoria

art. 2377 c.c. annullabilità delle deliberazioni:

8° co *L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto (sulla natura di tale istituto – alcuni propendono verso la fattispecie della convalida altri verso la ratifica o la rinnovazione). In tal caso il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole di norma a carico della società, e sul risarcimento dell'eventuale danno.*

Ebbene la giurisprudenza di Legittimità e quella di merito⁶⁷ hanno stabilito, principio applicabile a tutte le delibere (es. condominio), attenendosi al dettato normativo che in materia di impugnazione di delibera assembleare, l'adozione, nelle more del procedimento di impugnazione, di una delibera sostanzialmente sostitutiva di quella impugnata determinando il venir meno del contrasto tra le parti, impone la declaratoria di cessazione della materia del contendere. In ipotesi siffatte, tuttavia, l'adito organo giudiziario sarà tenuto a valutare la fondatezza della proposta domanda al solo fine di procedere alla liquidazione delle spese di causa in applicazione del principio della soccombenza virtuale. (Nella fattispecie, accertata la fondatezza della proposta domanda di declaratoria di nullità o annullabilità della delibera assembleare nella parte in cui disponeva la ripartizione delle spese comune in base a criteri non conformi alle tabelle approvate, e dunque per contrarietà a norme di legge e di statuto, consegue la condanna del convenuto Condominio alla refusione delle spese del giudizio sostenute dai condomini).

⁶⁷ Tribunale di Padova Sezione I civile, **sentenza 30 marzo 2010, n. 701**

F) Il procedimento d'impugnazione

art. 2378 c.c. procedimento d'impugnazione: *l'impugnazione è proposta **con atto di citazione** (da notificarsi alla società) davanti al tribunale del luogo dove la società ha sede.*

2° co ***Il socio o i soci opposenti** devono dimostrarsi possessori **al tempo dell'impugnazione del numero delle azioni previsto dal secondo comma** dell'articolo 2377. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 111 del codice di procedura civile, qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimenti per atto tra vivi il richiesto numero delle azioni, il giudice, previa se del caso revoca del provvedimento di sospensione dell'esecuzione della deliberazione, non può pronunciare l'annullamento e provvede sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto.*

3° co ***Con ricorso depositato contestualmente al deposito**, anche in copia, della citazione, l'impugnante può chiedere **la sospensione dell'esecuzione della deliberazione**. In caso di eccezionale e motivata urgenza, il presidente del tribunale, omessa la convocazione della società convenuta, provvede sull'istanza con decreto motivato, che deve altresì contenere la designazione del giudice per la trattazione della causa di merito e la fissazione, davanti al giudice designato, entro quindici giorni, dell'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti emanati con il decreto, nonché la fissazione del termine per la notificazione alla controparte del ricorso e del decreto.*

4° co ***Il giudice designato** per la trattazione della causa di merito, sentiti gli amministratori e sindaci, provvede valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione; può disporre in ogni momento che i soci opposenti prestino idonea garanzia per l'eventuale risarcimento dei danni. All'udienza, il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce*



il tentativo di conciliazione eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata e, ove la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l'udienza.

5° co *Tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione, anche se separatamente proposte ed ivi comprese le domande proposte ai sensi del terzo comma dell'articolo 2377, devono essere istruite congiuntamente e decise con unica sentenza. Salvo quanto disposto dal quarto comma del presente articolo, la trattazione della causa di merito ha inizio trascorso il termine stabilito nel quinto comma dell'articolo 2377.*

Da ultimo secondo il Tribunale di Roma⁶⁸ in tema di impugnativa di delibera assembleare l'orientamento prevalente della giurisprudenza ritiene che il socio non debba allegare di avere un concreto ed attuale interesse alla invalidazione dell'atto societario, al fine di evitare la lesione attuale di un proprio diritto, ciò in quanto il dato normativo del collegamento della legittimazione alla sola qualità di socio e dell'interesse ad agire al fatto in sé della violazione di legge o dell'atto costitutivo, è significativo di una valutazione della presenza di detto interesse già fatta dal legislatore nel momento in cui ha predisposto quella tutela giuridica tipica. In definitiva l'interesse del socio alla legittimità (conformità alla legge ed allo Statuto) della delibera è anche interesse sufficiente all'esercizio della impugnativa. Ciò diversamente da quanto accade per l'impugnazione per nullità (art. 2379 c.c.) ove è innegabile che la proposizione dell'azione, proprio perché è attribuita a "chiunque vi abbia interesse" presuppone la dimostrazione di un interesse concreto ed attuale alla rimozione del danno.

Tale principio, per quanto riguarda le delibere nulle, è stato già affrontato dalla Cassazione⁶⁹, in una nota sentenza, dove ha affermato che il principio secondo cui l'interesse ad agire comporta la verifica, da compiersi d'ufficio da parte del giudice, in ordine all'idoneità della pronuncia richiesta a spiegare un effetto utile alla parte che ha

⁶⁸ Tribunale di Roma Sezione III civile, **sentenza 24 settembre 2010, n. 18932**

⁶⁹ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 20 luglio 2007, n. 16159**



proposto la domanda, trova applicazione anche in riferimento all'azione di accertamento della nullità delle deliberazioni adottate dall'assemblea di una società, il cui esercizio postula un interesse che, oltre a dover essere concreto ed attuale, si riferisca specificamente all'azione di nullità, non potendo identificarsi con l'interesse ad una diversa azione, il cui esercizio soltanto potrebbe soddisfare la pretesa dell'attore. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva dichiarato inammissibile, per difetto d'interesse, l'azione di nullità della delibera di approvazione del bilancio di liquidazione del Fondo di previdenza integrativa dell'Isveimer, proposta dagli iscritti al medesimo Fondo, rilevando che la dichiarazione di nullità non avrebbe comportato la rimozione del limite di spesa imposto dall'art. 4 del decreto legge 24 settembre 1996, n. 497, convertito con modificazioni dalla legge 19 novembre 1996, n. 588 ai fini dell'estinzione delle obbligazioni della società nei confronti degli attori).

In altre parole l'interesse ad agire richiesto per l'azione prevista dall'art. 2379 c.c., deve essere tale da poter riconnettere alla declaratoria di nullità il conseguimento immediato e diretto di un risultato giuridicamente apprezzabile in termini di ottenimento di un vantaggio o di rimozione di un pregiudizio⁷⁰.

Ai fini della dimostrazione è opportuno se non necessario – affinché sussista l'interesse del socio (o, come nella specie, del legatario avente causa dal socio) alla impugnazione della deliberazione dell'assemblea di approvazione del bilancio *ex art.* 2379 cod. civ. – **l'allegazione di una incidenza negativa**⁷¹ nella di lui sfera giuridica delle irregolarità denunciate riguardo al risultato economico della gestione sociale, sia pure in termini di una possibilità di danno correlata alla sua partecipazione societaria.

Ancora, sempre per la Cassazione⁷², l'interesse ad agire deve essere valutato alla stregua della prospettazione operata dalla parte e la sua sussistenza non può essere negata sul presupposto che quanto sostenuto dall'attore non corrisponda al vero,

⁷⁰ Tribunale di Varese civile, **sentenza 12 dicembre 2006, n. 1256**

⁷¹ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 02 maggio 2007, n. 10139**

⁷² Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 09 maggio 2008, n. 11554**



attenendo tale valutazione di fondatezza al merito della domanda. Pertanto, nel caso dell'azione volta a far dichiarare la nullità di una deliberazione assembleare approvativa del bilancio di esercizio di una società, l'attore, che assuma di aver subito un pregiudizio a causa del difetto di chiarezza, veridicità e correttezza di una o più poste contenute in bilancio, ha l'onere di enunciare quali siano esattamente le poste iscritte in violazione dei principi legali vigenti, ed il giudice dovrà valutare se quanto prospettato configuri o meno il pregiudizio al diritto di informazione di cui il socio è portatore; l'esame delle singole poste e la verifica della loro conformità ai precetti legali è, tuttavia, compito logicamente successivo, che attiene al giudizio di fondatezza della domanda, ma non al requisito dell'interesse ad agire.

Sempre per quanto riguarda profili procedurali, secondo la Corte Territoriale Partenopea⁷³, viola il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato la sentenza che pronunci la nullità della delibera assembleare per motivi differenti da quelli prospettati con il ricorso, ciò quand'anche i vizi diversi da quelli allegati dalla parte impugnante come vizi della deliberazione impugnata e presi in considerazione dall'organo giudicante emergano dagli atti di causa.

Bisogna, poi, necessariamente evidenziare, che la deliberazione della società adottata dall'assemblea dei soci con le previste maggioranze ha efficacia vincolante nei confronti di tutti i soci, anche con riguardo a crediti della società verso i medesimi, ed è immediatamente eseguibile, e che tali caratteri la deliberazione conserva fino a quando, nell'eventuale giudizio di impugnazione proposto dai soci dissenzienti, essa non sia sospesa dal giudice dell'impugnazione (ai sensi del comma IV dell'art. 2378 c.c.), è da escludersi che tra la causa di opposizione a decreto ingiuntivo emesso sulla base della deliberazione, in quanto appunto efficace e vincolante per tutti i soci, e il giudizio di impugnazione della deliberazione stessa si configuri un rapporto di pregiudizialità tale da

⁷³ Corte d'Appello di Napoli Sezione I civile, sentenza 02 novembre 2010, n. 3593



impedire al giudice della prima causa, pur in mancanza della sospensione della deliberazione stessa, di decidere la controversia dinanzi ad esso pendente⁷⁴.

La Competenza territoriale

In tema di impugnazione di delibera di una società di capitali, l'art. 2378, primo comma, c.c., disposizione speciale prevalente sugli ordinari criteri di competenza dettati dagli artt. 18 e seguenti c.p.c., nello stabilire che il Tribunale territorialmente competente è quello del luogo in cui la società ha sede, **fa esclusivo riferimento alla sede legale**⁷⁵, ossia quella indicata come tale nell'atto costitutivo, mentre non assume alcuna rilevanza la sede effettiva, senza che possa essere, in contrario, valorizzata la disciplina di cui all'art. 46, secondo comma, c.c. — che, in caso di discrepanza fra sede statutaria ed effettiva, autorizza i terzi a considerare come sede della persona giuridica anche la seconda — la cui previsione è posta nei confronti ed a tutela dei terzi, quali non possono essere considerati, nei confronti della società, i soggetti legittimati alla impugnativa di cui si tratta.

Inoltre la medesima Corte⁷⁶ ha precisato che il tribunale territorialmente competente è in via esclusiva e inderogabile quello del luogo in cui la società aveva la propria sede legale, determinata al momento dell'introduzione del giudizio. (Nella fattispecie la S.C. ha affermato il principio ritenendo irrilevante la circostanza per cui proprio con la delibera impugnata la società avesse mutato la sede ed anche la sua denominazione sociale, in ragione della immediata esecutività delle delibere assembleari e della diversità dal caso, non dimostrato, di delibera di fusione per incorporazione).

⁷⁴ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 25 giugno 2003, n. 10054

⁷⁵ Corte di Cassazione, Sezione I, ord. 22477 del 19 ottobre 2006

⁷⁶ Corte di Cassazione, Sezione I, sent. 19039 del 11 settembre 2007



La legittimazione processuale

L'azione compete –

- 1) **Al C.d.a. (board);**
- 2) **all'amministratore;** premesso che il potere di impugnare le deliberazioni assembleari, non prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo, riconosciuto agli amministratori della società per azioni dall'art. 2377, secondo comma, c.c., spetta al consiglio di amministrazione e non agli amministratori individualmente considerati, **salvo che il consigliere di amministrazione sia stato immediatamente leso in un suo diritto dalla deliberazione stessa;**

Ai fini della legittimazione processuale ad esempio dalla Corte di Legittimità⁷⁷ è stato previsto che l'amministratore di una società di capitali – che da una deliberazione dell'assemblea ordinaria dei soci si sia visto riconoscere e determinare in una certa misura il compenso per la sua attività – è portatore di un interesse ad intervenire *ad adiuvandum*, per appoggiare le ragioni della società al fine di evitare che siano posti nel nulla gli effetti di detto atto, nel giudizio, promosso dal parte del socio assente (o dissenziente), di impugnazione della deliberazione per eccesso di potere: interesse non già di mero fatto, bensì giuridicamente qualificato, giacché egli è sì destinatario di una situazione di vantaggio in ragione della deliberazione adottata dall'assemblea, ma sul presupposto che tale deliberazione, quando presa nel rispetto della legge e dello statuto, vincoli anche il socio assente (o dissenziente).

- 3) **Al Consiglio di sorveglianza;**
- 4) **al collegio sindacale;** secondo il Tribunale Meneghino⁷⁸ il Collegio sindacale è legittimato ad impugnare le delibere assembleari annullabili, ex art. 2377 c.c., e quelle nulle purché abbia, come chiunque, un interesse attuale e concreto a far

⁷⁷ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 17 luglio 2007, n. 15942**

⁷⁸ Tribunale di Milano Sezione VIII civile, sentenza 20 Dicembre 2007, n. 14006



valere detta nullità. Tale interesse che sottende all'azione del Collegio sindacale è quello della società con cui ha un rapporto organico.

Inoltre in determinati casi vi è un obbligo di impugnativa nei confronti del Collegio poiché, secondo la Corte di Piazza Cavour⁷⁹, la mancata impugnazione da parte dei sindaci di una società di capitali della delibera dell'assemblea, che approva un bilancio di esercizio redatto in violazione dei principi stabiliti dal codice civile, può fondare la loro responsabilità ex art. 2407 c.c., anche se essi abbiano assunto la carica soltanto in occasione della sua approvazione; il documento contabile è, infatti, destinato a spiegare i suoi effetti anche sull'esercizio successivo, mentre il controllo sull'osservanza della legge, al quale essi sono tenuti ex art. 2403 c.c., ha ad oggetto anche la legittimità delle delibere assembleari, specie se adottate all'esito di un procedimento nel quale si inseriscono precedenti atti degli amministratori, essendo peraltro espressamente attribuita ai sindaci la legittimazione all'impugnazione delle delibere assembleari (art. 2377 c.c.) (nella specie, *ratione temporis*, la Corte Cass. ha applicato le succitate norme nel testo vigente anteriormente alle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 6 del 2003).

5) Ai soci assenti, dissenzienti, astenuti; però devono dimostrarsi possessori al tempo dell'impugnazione del numero delle azioni previsto dal secondo comma dell'articolo 2377 (1x1000 oppure 5% del capitale sociale).

Si è richiesto il possesso di una quota qualificata di capitale sociale per esercitare l'azione di annullamento per il fine, logicamente, di tutelare esigenze di certezza e di stabilità delle delibere assembleari e anche di ovviare all'inconveniente troppe volte manifestatosi nell'esperienza di impugnative ispirate da intenti meramente ricattatori. Proprio in merito ai soci dissenzienti la Corte di Legittimità⁸⁰ ha deciso che, la legittimazione ad impugnare le deliberazioni che non siano prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo spetta oltre che agli amministratori e ai sindaci, anche ai

⁷⁹ Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 08 febbraio 2005, n. 2538

⁸⁰ Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 11 ottobre 2006, n. 21816**



soci assenti e dissenzienti, intendendosi per dissenzienti i soci che abbiano negato, in qualsiasi forma manifestata in assemblea, il proprio contributo all'approvazione della delibera, attraverso il voto contrario o l'astensione, senza che rilevi la motivazione di tali comportamenti - che può indifferentemente consistere in una diversa valutazione dell'atto rispetto alla maggioranza ovvero in una contestazione di vizi della procedura - in quanto l'art. 2377 c.c. non dà rilievo intrinseco ai motivi del dissenso, ma esclusivamente alla sua manifestazione. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto legittimato all'impugnazione il socio di una cooperativa il quale aveva partecipato all'assemblea senza però esprimere voto favorevole all'approvazione della delibera impugnata, avente ad oggetto la ripartizione di oneri economici tra i soci, ma riservandosi di sottoporre a verifica i conteggi a tal fine presentati dal presidente).

Inoltre è bene sottolineare, suffragati da una pronuncia del Tribunale di Firenze⁸¹, che va dichiarato, in materia di diritto societario, il difetto di legittimazione e di interesse ad agire degli attori che, senza fornire adeguata prova di essere soci di una società per azioni, abbiano avanzato una domanda di risarcimento del danno derivante da una dedotta invalidità di una delibera assembleare della società.

In particolare, incombe sugli attori:

- a) l'onere della prova del possesso delle azioni;
- b) la dimostrazione di essere stati soci sia al momento dell'assunzione della delibera impugnata, sia al momento del deposito del ricorso ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 5/2003.

Infine, in caso di società quotate in borsa, il possesso delle azioni va dimostrato tramite l'esibizione in giudizio di appositi documenti rappresentativi dei titoli (c.d. «certificazioni»), redatti secondo specifiche previsioni di legge.

⁸¹ Tribunale di Firenze Sezione I civile, sentenza 14 giugno 2006, n. 2233



Mentre per quanto riguarda i soci assenti si intende il socio che non ha potuto partecipare all'assemblea né di conseguenza votare, non avendo depositato presso le casse sociali le proprie azioni cinque giorni prima della data prevista, e pertanto, è legittimato ad impugnare la deliberazione assembleare in quanto assente. Infatti, per soci assenti si intendono tutti coloro che non hanno partecipato all'assemblea, qualunque sia la ragione della mancata partecipazione⁸².

Secondo ultima versione data dalla Cassazione (rispetto, però, ad una azione di annullabilità⁸³), l'azione di annullamento delle delibere di una società per azioni, disciplinata dall'art. 2377 c.c., presuppone, quale requisito di legittimazione, la sussistenza della qualità di socio dell'attore non solo al momento della proposizione della domanda, ma anche al momento della decisione della controversia, tranne nel caso in cui il venir meno della qualità di socio sia diretta conseguenza della deliberazione la cui legittimità egli contesta. Ed infatti, qualora l'azione di annullamento della deliberazione sia diretta proprio al ripristino della qualità di socio dell'attore, sarebbe logicamente incongruo, oltre che in contrasto con il principio di cui all'art. 24, comma 1, Cost., ritenere come causa del difetto di legittimazione proprio quel fatto che l'attore assume essere "*contra legem*" e di cui vorrebbe vedere eliminati gli effetti.

- 6) **Ai soci a voto limitato**; con riferimento alle sole deliberazioni assembleari in cui possono esercitare il diritto di voto;
- 7) **Al nuovo socio**; ovvero colui che al tempo della impugnazione è possessore del numero di azioni richiesto dagli artt. 2377, 2378, comma 2, c.c.
- 8) **Al comproprietario delle azioni**; quando non sia stato nominato il rappresentante comune.

⁸² Tribunale di Santa Maria Capua Vetere civile. **decreto 02 maggio 2003**. Conforme a Tribunale di Milano, sentenza 29 settembre 1988, in cui si ribadisce che "(...) è da considerare assente, e come tale abilitato ad impugnare la deliberazione dell'assemblea, ogni socio di una società per azioni che non abbia partecipato all'assemblea, anche a causa del mancato deposito delle azioni o che deliberatamente si sia astenuto dall'interferire, avendo egli diritto di fare ciò e non certo un obbligo né un onere (...)".

⁸³ **Vedi pag. 30**



9) **Al custode**⁸⁴; il sequestro preventivo penale ex articolo 321 del c.p. di quote o azioni sociali trasferisce dal socio sequestrato al custode penale non soltanto il diritto di voto in assemblea, ma anche quello di agire in giudizio per l'annullamento, ai sensi degli articoli 2377 e 2378 del c.c., delle relative deliberazioni assunte.

10) **Al curatore fallimentare;**

11) **all'usufruttuario ed al creditore pignoratizio;**

art. 2352 c.c. pegno, usufrutto e sequestro delle azioni: *nel caso di pegno o usufrutto sulle azioni, il diritto di voto (sia nelle assemblee ordinarie che straordinarie) spetta, salvo convenzione contraria, al creditore pignoratizio o all'usufruttuario. Nel caso di sequestro delle azioni il diritto di voto è esercitato dal custode.*

⁸⁴Corte di Cassazione Sezione I civile, **sentenza 11 novembre 2005, n. 21858**. Il sequestro preventivo penale, ex art. 321 cod. proc. pen., di quote o azioni di una società di capitali, in difetto di contraria indicazione contenuta nel provvedimento che lo dispone, priva i soci dei diritti relativi alle quote o azioni sequestrate, sicché il diritto di intervento e di voto nelle assemblee, anche in ordine all'eventuale nomina e revoca degli amministratori, **spetta al custode designato in sede penale**: ponendosi quello ora indicato come un effetto naturale della misura cautelare in questione, in rapporto alla sua funzione tipica di evitare che la "libera disponibilità" di una cosa pertinente al reato - e, dunque, nel caso delle azioni o quote sociali, l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad esse inerenti, tra cui, anzitutto, i cosiddetti diritti amministrativi (o corporativi) del socio - possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato medesimo, oppure agevolare la commissione di altri reati. L'attribuzione al custode del diritto di voto implica che soltanto a costui sia altresì riservata la legittimazione ad impugnare le deliberazioni assembleari al fine di ottenerne l'annullamento ai sensi dell'art. 2377 cod. civ., stante la strumentalità del diritto di impugnazione rispetto a quello di voto, quale esplicazione del medesimo inscindibile potere che si esprime nel concorrere alla formazione della volontà assembleare e nel reagire alle eventuali manifestazioni illegittime di detta volontà. Tale conclusione palesemente non si pone in contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., con gli artt. 6 e 17 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e con l'art. II-107 del Trattato che adotta la Costituzione europea, sotto il profilo della lesione del diritto di difesa, sia perché il sequestro penale preventivo è posto a garanzia di interessi generali costituzionalmente rilevanti, sì che la temporanea compressione dei diritti del socio da esso derivante corrisponde ad una disciplina che contempera gli opposti interessi dell'indagato e dello Stato all'attuazione della pretesa punitiva; sia perché il diritto di difesa del socio è assicurato su un piano diverso, con la possibilità di impugnare davanti al giudice penale, in sede riesame o di appello, il provvedimento cautelare o di chiedere al medesimo giudice la revisione della portata del sequestro - destinato comunque a perdere efficacia nel caso di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere (art. 323 cod. proc. pen.) - nonché con la possibilità di agire per far valere l'eventuale responsabilità del custode giudiziario, ove questi abbia male esercitato i poteri-doveri di gestione della partecipazione sociale sequestrata, ed ancora con la legittimazione a reagire direttamente contro le deliberazioni societarie non semplicemente annullabili, ma nulle o giuridicamente inesistenti (e come tali impugnabili da qualunque interessato), ove lesive di un proprio interesse. (Nel caso di specie - cui non era applicabile, "ratione temporis", il nuovo testo dell'art. 2352 ultimo comma, cod. civ., introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 - l'assemblea di una società per azioni aveva deliberato, con il voto favorevole del custode giudiziario, l'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore unico, il quale aveva impugnato la deliberazione, unitamente al socio titolare delle azioni sequestrate, deducendo, tra l'altro, la carenza del diritto di voto in capo al custode).



Se le azioni attribuiscono un diritto di opzione, questo spetta al socio ed al medesimo sono attribuite le azioni in base ad esso sottoscritte. Qualora il socio non provveda almeno tre giorni prima della scadenza al versamento delle somme necessarie per l'esercizio del diritto di opzione e qualora gli altri soci non si offrano di acquistarlo, questo deve essere alienato per suo conto a mezzo banca od intermediario autorizzato alla negoziazione nei mercati regolamentati. Nel caso di aumento (gratuito) del capitale sociale ai sensi dell'articolo 2442, il pegno, l'usufrutto o il sequestro si estendono alle azioni di nuova emissione. Se sono richiesti versamenti sulle azioni, nel caso di pegno, il socio deve provvedere al versamento delle somme necessarie almeno tre giorni prima della scadenza; in mancanza il creditore pignoratizio può vendere le azioni nel modo stabilito dal secondo comma del presente articolo. Nel caso di usufrutto, l'usufruttuario deve provvedere al versamento, salvo il suo diritto alla restituzione al termine dell'usufrutto.

*Se l'usufrutto spetta a più persone, si applica il secondo comma dell'articolo 2347. **Salvo che dal titolo o dal provvedimento del giudice risulti diversamente, i diritti amministrativi (il diritto all'impugnativa delle delibere assembleari o di denuncia di gravi irregolarità o anche la convocazione su richiesta dei soci) diversi da quelli previsti nel presente articolo spettano, nel caso di pegno o di usufrutto, sia al socio sia al creditore pignoratizio o all'usufruttuario; nel caso di sequestro sono esercitati dal custode.***

Non compete –

- 1) ai soci che abbiano votato a favore della deliberazione;
- 2) ai terzi qualificati come i creditori sociali;
- 3) a chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea nel caso di mancata convocazione dell'assemblea (art. 2379 bis, comma 1, c.c.).



- 4) all'ex socio; per le annullabili (tranne nel caso in cui il venir meno della qualità di socio sia diretta conseguenza della deliberazione la cui legittimità egli contesta); L'ex socio potrebbe in ogni caso esercitare una azione di risarcimento danni (di diritto comune) nei confronti della società. Sarebbe tuttavia da valutare la eventuale proponibilità da parte di tale soggetto della speciale azione di risarcimento danni prevista dall'art. 2377 IV co. c.c.;
- 5) al non socio; difatti, in materia di impugnazione delle delibere assunte dall'assemblea di una società cooperativa la domanda rivolta espressamente all'annullamento di una di esse esclude la legittimazione passiva della parte attrice che non rivesta la qualità di socio in quanto l'art. 2377 c.c. non è estensibile agli interessati che non ricoprono tale veste⁸⁵.

Sul punto è confacente una sentenza della Cassazione⁸⁶ in virtù della quale in caso di impugnazione di delibera adottata con intervento di soci iscritti nel relativo libro ma non in regola con il deposito dei certificati azionari prescritto dall'art. 4 della legge n. 1745 del 1962, il relativo vizio può essere rilevato solo in conseguenza della prova, il cui onere incombe sulla parte impugnante, della concreta mancanza della qualità di socio in capo al soggetto che vi ha preso parte, poiché è solo quella qualità, e non il previo deposito delle azioni, che legittima ad intervenire all'assemblea.

⁸⁵ Tribunale di Salerno Sezione I civile, **sentenza 17 gennaio 2008, n. 143**

⁸⁶ Corte di Cassazione Sezione I civile, **Sentenza 24 luglio 2007, n. 16393**



La fase cautelare

La fase della richiesta di sospensione (in casi eccezionali anche *inaudita altera parte*) del provvedimento impugnato essendo preposta ad impedire che l'esecuzione della delibera asseritamente illegittima possa vanificare il giudizio che ha ad oggetto proprio l'accertamento di tale illegittimità, riveste, appunto, natura cautelare, con la conseguenza che, da una parte, è necessario accertare i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e, dall'altra parte, è applicabile, in quanto compatibile, il procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c.⁸⁷

In merito con una nota sentenza, essendo anche una delle poche, il Tribunale di Rimini⁸⁸ ha precisato, affrontando più punti, ai fini della competenza a seguito della delega del presidente del tribunale per la trattazione della fase cautelare, il magistrato designato è competente a decidere sull'istanza interinale di sospensione non venendo in rilievo in codesta fase la riserva collegiale prevista per la fase di merito.

Invero, l' articolo 24 del Dlgs n. 5 del 2003, al comma primo, prevede, fuori dei casi di ricorso cautelare in corso di causa avanti al giudice designato per la trattazione del procedimento di merito, la designazione, da parte del presidente, del magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento, da intendersi quest'ultimo come il procedimento cautelare: il riferimento della norma succitata al magistrato, implica pertanto la devoluzione al giudice monocratico della competenza in materia cautelare. Inoltre, lo stesso articolo, al comma 5, prevedendo la fissazione da parte del giudice designato per il cautelare dell'udienza davanti al collegio in caso di giudizio abbreviato, presuppone che il

⁸⁷ Tribunale di Santa Maria Capua Vetere Sezione III civile, ordinanza 16 maggio 2003. Nell'adottare la presente ordinanza, il Giudicante ha ritenuto di dover condividere la dottrina nettamente maggioritaria formatasi intorno alla formula "gravi motivi". In particolare, secondo tale orientamento, proprio con riguardo al *periculum in mora*, è stato specificato che l'interesse, oggetto della valutazione comparativa tra il potenziale danno derivante dalla sospensione della delibera assembleare e quello che potrebbe verificarsi nel caso in cui la delibera fosse prima integralmente eseguita e poi dichiarata nulla o annullata, deve essere anzitutto quello del socio impugnante, interesse che potrebbe essere irrimediabilmente compromesso dalla durata del processo (cfr. Tribunale di Milano, sentenza 25 marzo 1996, Tribunale di Roma, sentenza 18 marzo 1996, Tribunale di Napoli, sentenza 6 febbraio 1990).

⁸⁸ Tribunale di Rimini, **Ordinanza del 27 ottobre 2004**



NAPOLI
Via M. Schipa 59 - 80122
Tel 081.2482443 Fax 081.2404761

**STUDIO LEGALE
D'ISA**
www.studiodisa.it
SORRENTO (NA)
Via Padre R. Giuliani 24 - 80067
Tel e Fax 061.8774842

SALERNO
Corso G. Garibaldi 194 - 84122
Tel e Fax 089.2580438

procedimento cautelare si svolga in ogni caso avanti al monocratico. Tale conclusione è coerente, inoltre, con il combinato disposto degli articoli 669 *quater*, commi 2, 3 e 4, del c.p.c., non espressamente derogati dal decreto legislativo 5/2003 secondo cui se il giudice istruttore non è ancora designato, il ricorso cautelare si propone al presidente, il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento (cautelare), indi la competenza generale del giudice monocratico di primo grado in materia cautelare, in sintonia con la *ratio* di celerità e di semplificazione del procedimento. Tale ipotesi interpretativa è estensibile anche ai ricorsi in materia di sospensione delle deliberazioni assembleari di cui all'articolo 2378 del c.c., che, nel nuovo impianto normativo in materia di procedimento societario, si atteggiano come ipotesi speciali di procedimenti cautelari, aventi una propria autonomia rispetto al procedimento di merito. E infatti, il richiamo dell'articolo 2378 comma 3, del c.c. alla designazione, da parte del presidente del tribunale, del giudice per la trattazione del merito deve riferirsi al magistrato relatore *ex* articolo 12 comma 2 del Dlgs 5/2003, non anche al collegio, stante l'identità di *ratio* delle due norme.

Per di più in virtù di tale specialità, altro Tribunale⁸⁹, ha chiarito che non può essere chiesta *ex art. 700 c.p.c.*, nemmeno da parte del socio privo della legittimazione ad impugnare la delibera, la sospensione della convocazione dell'assemblea, poiché l'art. 2378 C.C. prevede un apposito rimedio cautelare per la sospensione dell'efficacia della delibera assembleare.

In tema di sospensione, è opportuno anche sottolineare⁹⁰ che, se in teoria non vi sono preclusioni di principio alla possibilità di sospendere una delibera già eseguita, l'ostacolo pratico si manifesta laddove la delibera abbia già avuto completa esecuzione ed i suoi effetti si siano definitivamente realizzati ed esauriti al punto di diventare irreversibili.

⁸⁹ Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ordinanza 16 marzo 2004

⁹⁰ Tribunale di Torino, Decreto 09 giugno 2003



Al giudice, infatti, è consentito di sospendere ma non anche di revocare gli effetti della deliberazione impugnata, sicché quando questa sia stata ormai completamente eseguita o, più esattamente, quando abbia esaurito tutti i propri effetti non può più esserci spazio per l'adozione della misura cautelare della sospensione.

Impugnazione

In materia di impugnazione delle delibere dell'assemblea di una società di capitali, la distinzione tra vizi che ne cagionano la nullità, ovvero l'annullabilità, e l'errore nel quale sia incorso il giudice del merito nella qualificazione del vizio denunciato, possono essere fatti valere in sede di legittimità⁹¹, purché il ricorrente alleghi e dimostri l'esistenza di un interesse concreto alla sua correzione, in quanto, anche se a detti vizi corrispondono azioni e decisioni di natura differente, dalle quali possono derivare effetti almeno in parte dissimili, esse sono accomunate dalla circostanza che sia la pronuncia di nullità, sia quella di annullamento rispondono all'interesse dell'attore di caducare la delibera impugnata. Pertanto, qualora il socio abbia esercitato entrambe le azioni e la società convenuta non abbia eccepito la decadenza dall'azione ex art. 2377, c.c., l'errore del giudice del merito nell'identificare la natura del vizio che inficia la delibera e la conseguente imprecisa formula adottata nella sentenza sono irrilevanti, nel caso in cui il ricorrente non abbia allegato l'interesse che dovrebbe fondare il ricorso, in quanto l'impugnazione della pronuncia non può essere giustificata dallo scopo meramente teorico di conseguire una pronuncia formulata in termini giuridicamente corretti.

Mentre non si può ricorrere in Cassazione avverso il provvedimento di diniego della sospensione della delibera impugnata, emanato nell'ambito del giudizio ex art. 2378 c.c., essendo destinato ad essere assorbito nella sentenza che definirà il giudizio e, quindi, non essendo né definitivo né decisorio, non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111

⁹¹ Corte di Cassazione Sezione 1 civile, sentenza 13 aprile 2005, n. 7663



Cost.; lo stesso provvedimento, poi, non assume carattere di definitività neppure a seguito dell'eventuale estinzione del processo, che non determina l'estinzione dell'azione e non preclude la proposizione di una nuova domanda di merito al fine di far valere i diritti dedotti in giudizio⁹².

Ammissibilità dell'arbitrato e/o mediazione

Ai fini dell'impugnativa di tali delibere affette da invalidità secondo una sentenza di merito⁹³ a seguito della riforma dell'arbitrato cd. societario operata dagli artt. 34, 35 e 36 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 devono considerarsi generalmente compromettibili in arbitri le controversie concernenti l'impugnazione di deliberazioni assembleari, anche se aventi ad oggetto il bilancio d'esercizio, a condizione che gli arbitri decidano secondo diritto e il lodo sia impugnabile per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ex art. 829, comma 2, c.p.c.

Principio già espresso in altra sentenza⁹⁴ di merito in virtù della quale sono deferibili alla competenza del collegio arbitrale, in forza di clausola compromissoria contenuta nello statuto della società di capitali – pienamente valida ed operativa – le controversie relative alla validità di delibere assembleari riferibili a vicende aventi ad oggetto interessi societari nonché la violazione di norme poste a tutela dei soci o dei terzi.

È molto frequente l'inserimento, nell'atto costitutivo (o nello statuto) della società questo tipo di clausola, con la quale si prevede di devolvere ad arbitri la decisione su alcune o tutte le controversie che possano insorgere tra i soci e la società, **che abbiano ad oggetto diritti disponibili al rapporto sociale.**

Potrà così riguardare:

⁹² Corte di Cassazione Sezione I civile, sentenza 07 giugno 2007, n. 13360

⁹³ Tribunale di Como civile, **sentenza 27 settembre 2006, n. 1137**

⁹⁴ Tribunale di Bologna Sezione IV civile, **sentenza 9 febbraio 2006, n. 344**



- 1) controversie relative all'esistenza, alla qualificazione e alla disciplina del rapporto sociale;
- 2) oppure relative a diritti occasionali del rapporto sociale, anche se non nella titolarità del socio (quali quelle derivanti dalla successione nei diritti originariamente spettanti al socio).

Alla stregua di tale principio devono ritenersi sicuramente escluse alla competenza arbitrale

- 1) Le controversie dove è necessario l'intervento del p.m.
- 2) le controversie ricadenti sotto la giurisdizione penale
- 3) le controversie di lavoro
- 4) ed in via generale le controversie che la legge attribuisce a speciali organi giudicanti.

Inoltre vi sono alcune ipotesi in giurisprudenza:

- 1) la liquidazione della quota del socio defunto nelle società di persone;
- 2) il pagamento degli utili sociali;
- 3) la revoca per giusta causa di un amministratore fondata sulla violazione da parte di questi delle disposizioni che prevedono la chiarezza e la precisione dei bilanci;
- 4) la soppressione della clausola di gradimento;
- 5) l'esclusione del diritto di voto da parte di un socio;
- 6) l'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio;
- 7) l'impugnazione delle delibere assembleari delle società di capitali.

La clausola compromissoria oltre ad indicare il numero e le modalità di nomina degli arbitri, debba a pena di nullità (e in deroga alla disciplina generale) attribuire il potere di nomina a tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società; nell'eventualità che tale soggetto non vi provveda, la nomina deve essere richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui ha sede la società.



È da ritenersi, poi, che l'eventuale violazione di tale disposizione non comporti necessariamente la nullità dell'intera clausola compromissoria, ma, per regola generale, solo la parte relativa alle modalità di conferimento dell'incarico (ai sensi dell'art. 1419 c.c.).

art. 808 c.p.c. clausola compromissoria: *le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di compromesso. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso ai sensi dell'articolo 807, commi primo e secondo.*

Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro purché ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria. La clausola compromissoria contenuta in contratti o accordi collettivi o in contratti individuali di lavoro è nulla ove autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità ovvero dichiarare il lodo non impugnabile.

La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria.

art. 816 c.p.c. svolgimento del procedimento: *le parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri nella loro prima riunione.*

Le parti possono stabilire nel compromesso, nella clausola compromissoria o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento.

In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno.



Essi debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche.

Gli atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri a uno di essi.

Su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri provvedono con ordinanza non soggetta a deposito e revocabile tranne che nel caso previsto nell'articolo 819.

La clausola può essere introdotta nell'atto costitutivo al momento della costituzione della società oppure successivamente.

In quest'ultima ipotesi, il legislatore, risolvendo i dubbi in passato sorti in dottrina ed in giurisprudenza, ha stabilito che la modificazione dell'atto costitutivo, volta ad introdurre o ad eliminare la clausola compromissoria, richiede l'approvazione di tanti soci che rappresentino i due terzi del capitale sociale.

A salvaguardia dei soci assenti o dissenzienti, è espressamente prevista la facoltà di esercitare **il diritto di recesso** nei 90 giorni successivi alla deliberazione dell'assemblea. Una volta introdotta la clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, compresi quelli che acquistassero tale qualità in un momento successivo.

Infine con **il Dlgs n. 28 del 4 marzo 2010 all'art. 5, comma 5**, è stato previsto che fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono



concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

Sorrento, 17/5/2011.

Avv. Renato D'Isa