

**Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di
società per azioni: la legittimazione ad agire e ad intervenire.**

CAPITOLO PRIMO

*Tutela specifica e tutela risarcitoria nel campo dei rapporti societari, dopo la
riforma*

**1.- Le diverse tecniche, adottate dal legislatore della riforma, dirette ad
attuare il principio di “stabilità” delle deliberazioni assembleari.**

Non vi è dubbio che quella della rimodulazione dei rapporti tra maggioranza e minoranza, in funzione di un rafforzamento del principio di “stabilità” dell’azione sociale, costituisca la chiave di lettura trasversale¹ della riforma del diritto societario.

Ciò è avvenuto, per quel che riguarda, in particolare, il campo relativo ai poteri del socio nei confronti delle deliberazioni assembleari invalide, attraverso un “forte arretramento” della tutela cosiddetta “reale”² a favore di tutele di tipo risarcitorio.

¹ Così F. D’ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, Riv. Dir. Civ. ,2003, I, p. 707 e ss. secondo cui “ridisegnare i rapporti fra maggioranza e minoranza non significa invero tracciare o spostare una linea semplice e netta (...) significa invece rimodellare un complesso e articolato sistema di *checks and balances* in cui trovino equilibrio, da un lato, oltre all’estensione dei poteri, modalità del loro esercizio, oneri, controlli ecc., e , dall’altro lato, certo, corrispondenti forme di soggezione, ma anche strumenti di reazione e di condizionamento di vario genere”.

² Così SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale, Utet 2006, II, p.137.

La tecnica usata dal legislatore a tale scopo si muove in due direzioni: da un lato privando il socio (a meno che non titolare di una soglia qualificata di partecipazione al capitale sociale) del diritto di impugnare (ex art. 2377 c.c.) le deliberazioni assembleari per vizi che danno luogo alla annullabilità, attribuendogli, conseguentemente, (come si vedrà in seguito) solo una tutela di tipo personale.³

Dall'altro, accentuando la contrapposizione, sempre esistita, fra disciplina della nullità e della annullabilità cosiddetta di "diritto comune" e quella prevista per le impugnazioni di delibere assembleari, con sostanziale cancellazione della nullità, tradizionalmente intesa; nonché eliminando (o tentando di eliminare) la categoria dell'inesistenza.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è noto che, gli artt. 2377 e ss. c.c. contengono una delle maggiori novità introdotte dal d.lgs. 17-1-03 n.6 , prevedendo appunto la limitazione all'accesso alla tutela "demolitoria" da parte

³ Questa preferenza per le tutele di tipo obbligatorio non sarebbe confinata entro questo particolare ambito ma costituirebbe, in via generale, una delle grandi opzioni della riforma organica del diritto societario. Secondo SACCHI, op. cit. p. 141 la tendenza alla restrizione della tutela reale troverebbe conferme anche al di fuori del campo delle invalidità delle deliberazioni assembleari e cioè : in tema di impugnabilità delle delibere consiliari ex art. 2388 co 4°, se si ritenesse applicabile il termine di novanta giorni anche alla impugnazione da parte dei soci (che, nel previgente regime potevano, secondo la giurisprudenza, impugnare senza limiti di tempo); nella nuova disciplina dei gruppi in cui è stata esplicitamente prevista la esclusiva tutela obbligatoria per le minoranze e per i creditori in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale (ex art. 2497 c.c.); nonché in tema di recesso; infatti "lo stesso ampliamento della possibilità di recedere , anche se probabilmente non costituisce una tecnica di protezione obbligatoria in senso proprio, sul piano sostanziale è ispirato ad una logica che, a fronte di determinate operazioni decise da chi controlla la società, non riconosce ai soci di minoranza il potere di bloccarle, ma accorda loro un soddisfacimento in termini pecuniari". In questi termini anche D'ALESSANDRO "*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*". *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*" in Riv. Soc. 2003, p.34 e ss. secondo cui la nuova configurazione della dialettica tra poteri della maggioranza e diritto di recesso sembrerebbe ispirata ad una scelta di fondo fatta dal legislatore a favore di tutele relative anziché assolute.

del singolo socio nei confronti delle deliberazioni assembleari non prese in conformità della legge o dello statuto. Il diritto all'annullamento della deliberazione invalida è divenuto un diritto non più individuale, ma spettante ad una minoranza qualificata, e cioè ai soci che posseggano, anche congiuntamente, tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione, che costituiscano l'uno per mille del capitale sociale, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e il cinque per cento nelle altre. (art. 2377 3° co. C.c.). Ai soci che non rappresentino la parte di capitale sopra indicata è riconosciuto, invece, il diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto (art. 2377 4° co. c.c.).

La formulazione dei nuovi artt. 2377 e ss. costituisce un (controverso) punto di approdo del dibattito sulla dialettica fra tutele assolute e relative nei rapporti interni alle s.p.a. Infatti, il problema della "stabilità" dell'attività sociale e della corrispondente tutela riconosciuta al socio di fronte alle deliberazioni assembleari invalide era dibattuto già sotto il vigore del previgente codice di commercio.

L'esigenza di dettare in questo campo una normativa speciale (rispetto alle regole comuni sulla invalidità del negozio giuridico) già si annunciava nell'art. 163 del citato codice con l'intento di tutelare l'attività di gestione di un

organismo produttivo , le cui dimensioni possono essere tali da consentire un esiguo margine di tolleranza ai limiti imposti alle proprie scelte operative ⁴.

Vi era infatti chi giudicava assurdo “il fatto che la vita di una colossale società anonima possa venire paralizzata dall’azione temeraria di un piccolo azionista a scopi non “puri”” e a tal proposito era stata addirittura avanzata la proposta di “eliminare questo “Palladium der Aktionare” che è il diritto di impugnativa ⁵ .

L’art. 163 II° co. cod. comm del 1882, che sanciva che “alle deliberazioni manifestamente contrarie all’atto costitutivo , allo statuto e alla legge può essere fatta opposizione da ogni socio e il presidente del Tribunale di commercio , sentiti gli amministratori e i sindaci , può sospenderne la esecuzione mediante provvedimento da notificarsi agli amministratori”, rappresentava, quindi, un importantissimo momento di passaggio, visto che il codice di commercio del 1865 non prevedeva alcuna azione di impugnativa ma stabiliva, all’art. 149, che “le deliberazioni prese dall’assemblea generale entro i limiti dello statuto sociale sono obbligatorie per tutti gli azionisti anche non intervenuti “.

La particolarità, e anche la contraddizione, insita nel citato art. 163 risiedeva nel fatto che esso prevedeva espressamente l’azione cautelare e adombrava, invece, l’azione di impugnativa che avrebbe dovuto limitare il ricorso ai principi generali in tema di invalidità del negozio . Il presidio contro iniziative avventate era,

⁴ Così GRIPPO, *Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare*, in Riv. soc. 1971, p. 874 e ss. specialmente p. 879 e ss..

quindi, tutto contenuto nell'avverbio "manifestamente". L'illegittimità della deliberazione doveva cioè essere tale da imporsi agli occhi del giudice *prima facie*⁶.

La previsione di una speciale azione di impugnativa, pur evidentemente dettata dall'esigenza di "non turbare la vita della società con la minaccia indefinita nel tempo della nullità di tali deliberazioni", non segnava, però, un limite preciso nei confronti delle regole di diritto comune vevoli per l'invalidità dei negozi e, in particolare, non sembrava arginare in alcun modo la possibilità di applicazione della disciplina della nullità. "Nell'alternativa fra nullità e annullabilità⁷ si dibattevano, dunque, le controversie volte tutte a colmare un evidente vuoto legislativo"⁸.

La scarsa chiarezza e le lacune dell'art. 163 cod. comm. imposero, dunque, una revisione del sistema dei rimedi concessi al socio contro l'illegittimità delle deliberazioni⁹.

⁵ Così DONATI, *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea, delle società anonime*, Milano, 1937, p. 7 nt. 1,

⁶ Così MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano 1998, p. 6.

⁷ Nel senso della specialità della impugnativa contro le deliberazioni assembleari invalide, MOSSA, (*L'inefficacia della deliberazione dell'assemblea nelle società per azioni*, Riv. dir. comm. 1915, I, 441, specialmente p. 452) il quale, alludendo all'art. 163 cod. comm., sosteneva che "l'opposizione del socio ha stabilito una forma nuova di inefficacia della deliberazione, forma che, se ha somiglianza con l'annullabilità di atti del codice civile ha una somiglianza accidentale, come può averla, d'altronde con la pauliana, e soprattutto con l'impugnativa di una sentenza per opposizione del terzo o del contumace".

⁸ Così GRIPPO, op. cit. p. 882 e ss.

⁹ I Lavori Preparatori del nuovo codice diedero, infatti, un volto diverso a questo sistema. Il progetto Vivante (1922), all'art. 220, pur contenendo in nuce la sostanza degli artt. 2377-78, non prevedeva, però, a) la limitazione alla legittimazione ad agire ai soli soci assenzienti e dissenzienti; b) la salvezza dell'acquisto del terzo di buona fede; c) la possibilità di una sostituzione sanante; d) né prevedeva alcuna ipotesi di nullità, limitandosi a parlare genericamente di "deliberazioni contrarie allo statuto e alla legge". Il progetto D'Amelio (1925) riproduceva, all'art. 215, sostanzialmente l'art. 220 del progetto Vivante. Il progetto Asquini (1940), invece, introduceva, all'art. 233 a) la limitazione della legittimazione ai soli soci assenti o dissenzienti (ma non parlava della

Non deve meravigliare, quindi, l'assonanza fra le finalità perseguite, allora, dal legislatore con l'introduzione del sistema delle invalidità delle delibere previsto dal codice civile del '42 (la disciplina dei rimedi concessi al socio contro l'illegittimità delle deliberazioni doveva, infatti, tenere conto "delle due opposte necessità di dichiarare invalide le deliberazioni che violano norme cogenti legislative e statutarie , e , per contro, di non turbare la vita della società con la minaccia indefinita nel tempo della nullità di tali deliberazioni , dalle quali dipende tutta la vita successiva della società"¹⁰) e le finalità che si è inteso perseguire nel 2003.

L'art. 4 comma 7° lett.b della legge di delega al Governo per la riforma del diritto societario (l. 3-10-2001 n. 366) prevedeva la possibilità di "disciplinare i vizi della deliberazione in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale, individuando le ipotesi di invalidità, i soggetti legittimati alla impugnativa e i termini per la sua proposizione, anche prevedendo possibilità di modifica e integrazione delle deliberazioni assunte, e l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla

legittimazione di amministratori e sindaci), b) il criterio della validità del diritto acquistato dal terzo , c) sanciva, infine, al comma IX, che "salvo i casi di nullità della deliberazione per illiceità o impossibilità dell'oggetto, l'assemblea può rinnovare la deliberazione annullata , con effetto retroattivo". Infine , l'art. 314 del Progetto Preliminare del libro Impresa e Lavoro, riproduceva con minime varianti l'art. 233 del progetto Asquini. Si arrivò così agli artt. 2377-78-79 c.c..L'art. 2377 conteneva i commi 1,2,8,9, dell'art. 314 del progetto Preliminare Libro Impresa e Lavoro; nell'ultima revisione fu aggiunta la legittimazione degli amministratori e sindaci e dei titolari di azioni a voto limitato. Gli altri cinque commi dell'art. 314 confluirono nell'autonomo art. 2378. L'art. 2379 , che non esisteva nei progetti Vivante e D'Amelio sembrerebbe nato dalla scissione del comma IX dell'art. 314 del prog. Libro Impresa e Lavoro in cui si parlava incidentalmente di deliberazioni nulle per impossibilità o illiceità dell'oggetto.

¹⁰ Così DONATI, op. cit. , p. 7

invalidità¹¹”.

La relazione al d. lgs. N. 6/2003 specifica che, per ovviare “all’inconveniente, troppe volte manifestatosi nell’esperienza, di impugnative ispirate da intenti meramente ricattatori, si è chiesto il possesso di una quota qualificata di capitale sociale per esercitare l’azione di annullamento”; si precisa, inoltre, che “il riferimento alla adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità (...) è parso alludere alla tecnica sanzionatoria introdotta dall’art. 2504 quater c.c. per l’atto di fusione. Con la generalizzazione di questa tecnica si sono potute contemperare fra loro l’esigenza di limitare la legittimazione a far valere l’azione di annullamento e quella di tutelare i singoli soci danneggiati da deliberazioni invalide”.

Peraltro, di tutela risarcitoria del socio nei confronti delle deliberazioni assembleari invalide (e di possibili restrizioni del diritto di impugnare le delibere

11 La disposizione riprende sostanzialmente quanto previsto dall’art. 4 co. 7 lett. b dello schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario predisposto dalla commissione di studio presieduta da Antonio Mirone (15 febbraio 2000) (in Giur. Comm., 2000, I, 316 e ss. nonché in Riv. Soc. 2000, p. 14 ess) , cosiddetto “progetto Mirone” , cioè la possibilità di “disciplinare i vizi delle deliberazioni in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell’attività sociale, individuando le ipotesi di invalidità, i soggetti legittimati all’impugnativa ed i termini per la sua proposizione, anche prevedendo possibilità di modifica ed integrazione delle deliberazioni assunte, e l’eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità”. La relazione illustrativa f aveva già espresso riferimento alla circostanza che gli “strumenti di tutela diversi” si dovessero concretizzare in rimedi di tipo risarcitorio per il socio, richiamando esplicitamente, peraltro, l’art. 2504 quater cc.. Si leggeva, infatti, nella suddetta relazione che, la riforma del trattamento dei vizi delle deliberazioni traeva origine “ dalla constatazione che il sistema vigente, in quanto imperniato sulla possibilità di provocare la dichiarazione di nullità o l’annullamento della deliberazione, per un verso non sempre è in grado di fornire una adeguata tutela al socio che si ritenga leso (offrendo un rimedio a carattere solo negativo e quindi inidoneo a consentire una effettiva realizzazione dell’interesse perseguito), per un altro verso può pregiudicare rilevanti interessi come quelli che attengono alla funzionalità e certezza dell’attività sociale. Il progetto, al fine di definire un migliore equilibrio fra siffatti interessi, si orienta in una duplice concorrente direzione. Da un lato apre la strada per l’adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità della deliberazione: il che soprattutto potrebbe avvenire prevedendo la possibilità (ora discussa e discutibile nel sistema vigente, ma indubbiamente coerente con una accentuazione del significato contrattuale della società) di rimedi di tipo risarcitorio (con l’ulteriore vantaggio sia di poter ripristinare in termini economici l’interesse leso sia di impedire che l’eventuale pregiudizio di interessi anche minimi possa, a seguito di una dichiarazione di invalidità, travolgere una intera operazione e con essa legittimi interessi anche di rilevantissima portata). Da un altro lato prevede analogamente ad altri importanti ordinamenti europei, una migliore precisazione e delimitazione delle ipotesi di invalidità, dei soggetti legittimati alla impugnativa e soprattutto dei termini per la sua proposizione secondo uno schema già conosciuto dal nostro ordinamento (v. art. 2504 quater c.c.)

assembleari) si discuteva già prima della recente riforma, sia de iure condito¹² che de iure condendo.

In questa direzione andavano, infatti, i tentativi di riforma del diritto delle società posti in essere intorno alla metà degli anni '60 del secolo scorso. Lo schema di disegno di legge concernente la riforma della disciplina delle società commerciali predisposto dalla Commissione De Gregorio¹³ (cosiddetto “Progetto De Gregorio”), all’art. 13, prevedeva che la legittimazione ad impugnare venisse riservata, oltre che agli amministratori e ai sindaci, ai soci assenti e dissenzienti che rappresentassero una parte del capitale sociale non inferiore al ventesimo o a cinquanta milioni di lire; l’art. 14 stabiliva che “ciascun socio assente o dissenziente può chiedere il risarcimento del danno che gli è derivato dalle deliberazioni dell’assemblea contrarie alla legge o all’atto costitutivo, anche se queste non sono state impugnate”. Nella relazione accompagnatoria¹⁴ si evidenziava che la norma introduceva una “energica tutela delle situazioni soggettive patrimoniali del socio, svincolata dalle vicende delle deliberazioni

12 Ci si chiedeva, in particolare, se la tutela demolitoria nei confronti delle deliberazioni assembleari invalide, di cui godeva ciascun socio, purchè assente o dissenziente, esaurisse in se stessa l’ambito dei rimedi concessi dall’ordinamento contro l’illegittimità dell’azione sociale o se vi fosse spazio anche per rimedi di tipo risarcitorio. Il tema riguarda gli effetti delle sentenze costitutive in genere (più in particolare, quelle di annullamento di atti giuridici) e il diritto al risarcimento del danno patrimoniale derivante dalla lesione di posizioni giuridiche, riscontrabili nell’ambito del diritto privato, assimilabili al cosiddetto “interesse legittimo”. A tal proposito si veda SATTI, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in Riv. Dir. Comm. 1936, I,325; MICHELI, *Sentenza di annullamento di un atto giuridico e risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Riv. Dir. Proc. civ. 1964, 396. La nuova struttura dell’art. 2377 c.c. e il nuovo assetto dato dalla norma agli interessi dei soci presenta, indubbiamente, dei nessi con il parallelo fenomeno della rivoluzione dei rapporti fra tutela reale e risarcitoria nei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione (così D’ALESSANDRO, *La tutela cit.*, p. 707 e ss., secondo cui “il confronto fra le due vicende può essere fecondo da innumerevoli punti di vista, attesa la lunga serie di problemi e di concetti che si pongono in modo simile nei due casi nonostante la loro distanza”).

13 In Riv. Soc. 1966, p. 93 ess..

14 In Riv. Soc. 1966, p. 142.

assembleari” realizzando un contemperamento degli interessi della società (a non vedere moltiplicate né le occasioni di paralisi della sua attività con l’impugnativa, né le situazioni delicate di incertezza) e del singolo (che avesse subito un danno ingiusto)¹⁵.

In questa prospettiva bisogna, inoltre, considerare i tentativi, immediatamente precedenti la riforma del 2003, di introdurre nell’ordinamento societario norme che imponessero il rispetto del principio di correttezza¹⁶ sotto il profilo dei risvolti che avrebbe potuto comportare l’espressa introduzione di questa regola nel campo delle invalidità delle deliberazioni assembleari. Ed infatti, un approfondimento sulle conseguenze e sulle sanzioni derivanti dalla violazione di tale regola avrebbe potuto influire sul sistema di tutele concesse contro l’abuso della regola della maggioranza e , viceversa, contro l’abuso del diritto di

¹⁵ L’”enfasi” e l’approvazione verso questo tipo di soluzione si riscontrava anche nel parere del CNEL (riportata da PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007, p.227) relativo al suddetto progetto in cui si faceva riferimento alla possibilità di impugnative che avessero carattere vessatorio e si ribadiva che “la impugnativa crea sempre una situazione di incertezza e di remora paralizzante e che può intralciare l’interesse sociale a meno che non divenisse valutazione di questo e non risulta (sse) espressa da una minoranza qualificata” . al socio era concessa una azione individuale che non era “legata ad altra condizione se non a quella della dimostrazione del danno effettivo e dell’invalidità della delibera accertata incidenter tantum”. Tuttavia, la dottrina già in questo caso mosse severe critiche verso l’idea della sottrazione del diritto d’impugnativa al singolo socio. Si contestava in particolare l’idea che l’annullamento di una deliberazione invalida potesse essere contrario all’interesse sociale dato che “l’osservanza delle disposizioni di legge e statutarie che regolano la formazione delle deliberazioni assembleari e delimitano i poteri della maggioranza costituisce ...insopprimibile garanzia del retto funzionamento del principio maggioritario “ ,si rilevava, inoltre che l’art. 13 comportava la trasformazione dei cd. diritti personali dei soci in diritti della minoranza e si riteneva “estremamente grave riconoscere ad un gruppo maggioritario , se anche altamente qualificato , il potere di imporre in ogni caso la propria decisione ai singoli azionisti , anche nel contrasto con le disposizioni di legge e statutarie , e sia pure facendo salve le norme legislative dettate a tutela di interessi generali e quindi assolutamente inderogabili “ (così PAVONE LA ROSA, *La riforma delle società per azioni: soppressa la categoria dei diritti individuali degli azionisti?* In *La riforma delle società di capitali in Italia – Studi e dibattiti* , II, Milano 1968, p. 1071 e ss..) Ancor più radicale la critica di OPPO (*La tutela dell’azionista nel progetto di riforma* , in Riv. soc. 1966, p. 1223 e ss.) secondo cui “la distinzione fra piccolo e grosso azionista a danno del rimo ripugna ad una elementare esigenza non solo di “democrazia” ma più semplicemente di giustizia “.

¹⁶ Si veda in tal senso il progetto elaborato dalla commissione Di Sabato agli inizi degli anni novanta (in Riv. Dir. Impr., 1992, p. 361, nonché il c.d. progetto Rovelli per la riforma delle disposizioni generali sulle società che prevedeva all’art. 2249 che “nei rapporti relativi alla società devono essere osservate le regole della correttezza”. Questa formula ricompare anche nei progetti di legge in attuazione della l. delega 3 ottobre 2001 n.366.

impugnativa (infra par. n. 2).

In ogni caso se si vuole individuare “un primo assaggio”¹⁷ di questo trend legislativo non si può che richiamare l’art. 6 d.p.r. 136/1975, sostituito dall’art. 157 del d. lgs. N. 58/1998, c.d. TUF, secondo cui salvi i casi in cui la società di revisione abbia espresso un giudizio negativo o abbia dichiarato la impossibilità di esprimere un giudizio, “la deliberazione dell’assemblea o del consiglio di sorveglianza che approva il bilancio d’esercizio può essere impugnata, per mancata conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione, da tanti soci che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale (...) la Consob può esercitare in ogni caso le azioni previste dal comma 1 entro sei mesi dalla data di deposito del bilancio d’esercizio e del bilancio consolidato presso l’ufficio del registro delle imprese”.

“Un secondo assaggio” si è invece avuto con l’introduzione dell’art. 2504 quater¹⁸ (non a caso espressamente menzionato dalla citata relazione al decreto delegato) . È qui che si è incominciato ad “usare la spada”¹⁹, adottando un regime “forse troppo radicale”, nel tentativo di temperamento fra tutela della minoranza e interesse della società ,dei terzi e del mercato.

Si osservava all’inizio come un ulteriore aspetto del fenomeno dell’arretramento della tutela reale del socio nei confronti delle deliberazioni assembleari invalide è rappresentato dal tendenziale avvicinamento delle categorie della nullità e

¹⁷ Così NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, Riv. Soc. 2004, p.881 e ss.

¹⁸ Che, secondo PORTALE (op. cit. p.220) costituisce il vero punto di riferimento del nuovo orientamento teso a compiere un passaggio dalla tutela reale a quella obbligatoria.

¹⁹ D’ALESSANDRO, *La tutela* cit. p. 709

dell'annullabilità (soprattutto per quanto riguarda gli aspetti processuali delle relative azioni²⁰) con sostanziale soppressione della categoria della nullità, tradizionalmente intesa²¹.

Il nuovo art. 2379 c.c., infatti, (che significativamente non menziona più agli artt. 1421, 1422 e 1423 c.c.) indica tassativamente²² i casi di nullità (mancata convocazione dell'assemblea, mancanza del verbale e impossibilità o illiceità dell'oggetto) e sottopone l'azione ad un termine di decadenza. Non solo, dunque,

²⁰ In questo senso ANGELICI (*La riforma delle società di capitali – Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 101) secondo cui la nullità e la annullabilità non si distinguerebbero “per una situazione da un lato di inefficacia e dall'altro di efficacia precaria ed eliminabile, ma fondamentalmente per la legittimazione a farle valere e per il termine a tal fine previsto(...) comune ad entrambe le ipotesi, al di là di ogni discorso di tipo classificatorio, è una qualificazione in termini di impugnativa; e comune è quindi l'indicazione trattarsi in entrambi i casi di uno strumento per rimuovere la deliberazione, se si vuol dire per eliminare l'efficacia precaria che essa(...) è in grado di svolgere per l'attività sociale”. Rileva, inoltre, l'Autore come la questione relativa alla invalidità delle deliberazioni assembleari si presenti in termini ben diversi rispetto a quanto avviene nel caso di una singola vicenda negoziale “in questa seconda ipotesi si tratta fondamentalmente di verificare se e quali situazioni giuridiche soggettive essa è stata efficacemente in grado di costituire, e ciò al fine della loro concreta attuazione: sicché nel caso di invalidità il problema è soprattutto quando tale attuazione si è in fatto realizzata, di predisporre gli strumenti per eliminarla o per eliminarne le conseguenze; ed invece, non essendo ancora avvenuta tale attuazione, di individuare quelli che consentono di respingere la pretesa ad essa diretta. Questo è il senso a ben guardare, della inefficacia disposta per la nullità e dell'efficacia precaria per l'annullabilità, e questo è il ruolo della regola contenuta nell'ultimo comma dell'art. 1442 c.c. nell'ipotesi della deliberazione assembleare, invece, un fatto si è in ogni caso realizzato, il “fatto” appunto della delibera, ed un fatto il cui ruolo non è di per sé quello di costituire situazioni giuridiche soggettive, bensì di rappresentare un momento nello svolgimento dell'attività sociale. Il problema, perciò, non riguarda tanto la sua “efficacia”, quanto se tale suo valore può essere conservato o eliminato. In questo senso il risultato principale dell'annullamento o della dichiarazione di nullità della deliberazione è di obbligare l'organo amministrativo “a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità (...) la portata dell'intervento giudiziale non è soltanto quella, fondamentalmente di tipo negativo, di escludere che siano state efficacemente costituite le situazioni giuridiche soggettive controverse, ma può implicare anche l'esigenza di comportamenti positivi, pure diversi ed ulteriori rispetto ad una mera restitutio in integrum.(...) in questo senso non è neppure pensabile una utilizzazione della regola dell'ultimo comma dell'art. 1442 c.c. in quanto non si tratta di contestare una altrui pretesa ed il proprio obbligo, bensì di eliminare, appunto positivamente, il ruolo di quel fatto dalla attività sociale”

²¹ La citata relazione al decreto delegato menzionava, infatti, fra i vari profili attraverso cui si è data attuazione all'art. 4 co.7 lett.b) della legge delega, quello relativo alla “individuazione legislativa delle ipotesi di invalidità (corrispondente ad una sorta di riserva di legge al riguardo volta ad escludere ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza”. Si è quindi formulato un “principio di tassatività delle ipotesi di invalidità delle deliberazioni previste dalla legge”.

²² Parla di “sistema chiuso”, un “sistema cioè che conosca la nullità come sanzione dei vizi più gravi, tassativamente elencati, e l'annullamento come ipotesi residuale” LENER, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, p. 547.

cade il dogma dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità, ma muta anche il regime della relativa eccezione, sempre rilevabile d'ufficio, ma non più, come suol dirsi, "perpetua ad excipiendum"²³. La disposizione fa salve le sole deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, che possono essere impugnate senza limiti di tempo.

²³ L'art. 2379 2° co. c.c. prevede infatti che "nei casi e nei termini previsti dal precedente comma l'invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

Si è eliminato il riferimento all'art. 1421 c.c. ed il termine di decadenza previsto per l'esercizio dell'azione vale anche per il potere di rilievo d'ufficio da parte del giudice.

Questa disposizione deve essere coordinata con l'interpretazione dell'art. 1421 c.c. in special modo con i limiti, individuati dalla giurisprudenza, alla rilevabilità d'ufficio della nullità in materia negoziale.

La giurisprudenza, nonostante l'opinione contraria della dottrina (si veda, per tutti, *ORIANI, v. Eccezione*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 262 e ss., spec. P. 277) era, infatti, ferma nel sostenere che la nullità potesse essere rilevata d'ufficio solo nel caso in cui fosse stato chiesto l'adempimento del contratto; ove invece fosse stata chiesta la risoluzione, l'annullamento o la rescissione la nullità costituirebbe oggetto di una eccezione in senso stretto (ex multis, Cass. 13628/2001; Cass. 10498/2001; Cass. 12644/2000).

Questa stessa impostazione veniva seguita dalla Cassazione in tema di rilevabilità d'ufficio della nullità nell'ambito dei giudizi di impugnazione delle deliberazioni assembleari, anzi in queste ipotesi si riteneva che il giudice non potesse rilevare la nullità della deliberazione per motivi diversi da quelli posti a fondamento della domanda dell'impugnante. (si veda a tal proposito da ultimo Cass. n. 2637 /2003 , in un caso di impugnazione di una deliberazione assembleare di una società cooperativa , la corte d'appello aveva dichiarato la nullità della clausola dello statuto della Cooperativa che negava il diritto di partecipare all'assemblea ai soci morosi, escludendo di poter far discendere da ciò anche la declaratoria di nullità o l'annullamento della deliberazione con cui fosse stato impedito alla ricorrente di partecipare proprio in virtù di detta clausola. La Corte di cassazione ha ritenuto di non poter rilevare d'ufficio la nullità della delibera per questo motivo affermando che "il potere del giudice di rilevare d'ufficio l'eventuale nullità o inesistenza di un atto negoziale ... va infatti coordinato con il principio della domanda , fissato dagli artt. 99 e 112. Ne deriva che soltanto quando la nullità si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea , per essere l'atto elemento costitutivo della domanda essa può essere rilevata dal giudice in qualsiasi stato e grado del giudizio , indipendentemente dall'iniziativa delle parti ; qualora , invece, sia la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole , la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità enunciate dall'interessato e non può fondarsi su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati , configurandosi in questa ipotesi la nullità come elemento costitutivo della domanda dell'attore che si pone come limite assoluto alla pronuncia giurisdizionale"(Conforme Cass. n. 1788/1989).

Questo orientamento è stato recentemente sconfessato dalla Suprema Corte, con la sentenza n. 6170 /2005 (in *Corr. Giur.* 2005, 975 e ss. con nota di *MARICONDA*), seguita dalla sentenza n. 11356/2006 (ivi, 2006, 1428 con nota di *CONSOLO*), la quale , aderendo all'idea prevalente in dottrina, ha finalmente affermato il principio secondo cui , a norma dell'art. 1421 c.c., il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali , non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento , ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione del contratto , procedendo all'accertamento incidentale relativo ad una pregiudiziale in senso logico-giuridico (concernente cioè il fatto costitutivo che si fa valere in giudizio , cosiddetto punto pregiudiziale).

È evidente che queste affermazioni, relative a casi di invalidità negoziale, si ripercuoteranno sul terreno limitrofo delle invalidità delle deliberazioni assembleari. Bisogna peraltro evidenziare che uno dei maggiori problemi connessi a tale tema è quello dell'atteggiarsi dei limiti oggettivi del giudicato in tali ipotesi. (Si vedano a tal proposito le richiamate sentenze della Cassazione nonché, diffusamente, *IANNICELLI, in Commentario dei processi societari*, diretto da Arieta-De Santis, II, Torino, 2007, p. 1123 e ss.)

Questa ulteriore tecnica di compressione della tutela demolitoria, che non sembrerebbe comportare alcuna conversione delle tutele accordate al socio da reali in risarcitorie (anzi, sarebbe da valutare se anche la nullità della deliberazione possa costituire titolo per il risarcimento del danno eventualmente subito dal socio stesso (si vedano ad es. soprattutto le disposizioni speciali in tema di bilancio), nel generale campo del diritto societario, non costituisce certamente una novità.²⁴

Già la riforma dell' art. 2332 c.c., in tema di nullità della società, in attuazione (1969) della I Direttiva comunitaria in materia societaria n. 68/151/CEE aveva trasformato le cause di nullità dell'atto costitutivo in cause di annullabilità con effetto ex nunc²⁵. Ma, in materia di delibere assembleari invalide, non vi sarebbe stato altro che una accentuazione di quella "inversione"²⁶ dei rapporti fra nullità e annullabilità che ha sempre caratterizzato la disciplina della tutela del socio in questo settore. Sin dal momento della redazione del codice, infatti, le fattispecie e le discipline dell'invalidità delle deliberazioni si presentavano come un "minisistema autonomo"^{27 28}.

²⁴ Così NIGRO, op. cit. P.881

²⁵ Così PORTALE, op. cit. p. 220.

²⁶ Così GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2004, p. 280 e ss.

²⁷ Così PORTALE, op. cit., p. 220 il quale rileva che, contrariamente a quanto avvenuto per il regime delle patologie contrattuali, non può identificarsi, per le patologie degli atti societari, un "prima" e un "dopo" visto che già al momento della redazione del codice civile, in tale ambito, la nullità era l'eccezione e l'annullabilità la regola.

²⁸ Un cenno merita, infine, il problema della inesistenza delle deliberazioni assembleari.

La relazione al decreto delegato precisa espressamente l'intento di "escludere ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza delle deliberazioni assembleari, della quale si è in giurisprudenza alquanto abusato, frustrando la portata dell'originario 2377 c.c. che aveva inteso convertire la nullità per violazione di norme imperative(...) in semplice annullabilità (salve solo le due ipotesi di cui all'art. 2379) e reintroducendo in tal modo, sotto le mentite spoglie dell'inesistenza, la nullità virtuale".

E tuttavia, il dibattito sulla "esistenza" della categoria dell'"inesistenza" delle deliberazioni è tutt'altro che sopito (si veda a tal proposito M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo*

Questi dati normativi potrebbero indurre ad una riflessione relativa alla riconsiderazione del modo classico di considerare le differenze fra azione di annullamento (come azione costitutiva) e azione di nullità (come azione di mero accertamento).

Appare significativo, a tal proposito, che è stata ipotizzata la esistenza oramai di una “unica azione”. Questa intuizione, che necessita, naturalmente, di essere approfondita, sembrerebbe confermata anche dalla nuova disciplina della s.r.l. l’art. 2479 ter che, pur rinviando alle norme relative alla s.p.a., non distingue fra azione di annullamento e azione di nullità.²⁹ Vi sarebbe, dunque, una prospettiva fondamentalmente unitaria dei mezzi di impugnativa delle deliberazioni.

È stato, infatti, rilevato come le differenze fra azione di annullamento e nullità siano state ulteriormente ridotte a seguito della riforma nel senso che “la funzione della sentenza di nullità sia analoga a quella di annullamento , in quanto entrambe risultano dirette all’eliminazione di un *valore organizzativo* per la società e la sua

diritto societario, in Riv. soc. 2004, 759 e ss.). A parte, infatti, la obiettiva difficoltà di cancellare una categoria di natura, per così dire, “giusnaturalistica”, è evidente che, visto il favore incontrato da parte della giurisprudenza, difficilmente essa potrà essere dimenticata e archiviata in un solo colpo (così GALGANO, op.cit. p. 286. il quale rileva come vi siano opinioni che sostengono l’applicabilità della categoria dell’inesistenza anche all’invalidità della fusione (nonostante che la norma sia stata imposta per direttiva comunitaria. Si veda, inoltre, GRIPPO, op. cit. p. 980 il quale vede in ciò un aspetto del più generale fenomeno dell’esautoramento dell’assemblea e del superamento dei principi di democrazia azionaria).

Su questo piano si gioca tutta la tenuta del sistema delineato dai nuovi art. 2377 e ss., visto che, attraverso il ricorso alla figura dell’inesistenza, potrebbero riaprirsi ampi spazi per la concessione di tutele di tipo demolitorio. A tal proposito, bisognerà chiedersi se per l’inesistenza” (più che per la nullità e l’annullabilità) esista un “prima e un dopo”(l’espressione è di PORTALE, op. cit. nt. 19) rispetto alla riforma.

Infatti, anche a voler ammettere che tale categoria sia sopravvissuta, essa deve comunque confrontarsi con la nuova configurazione della nullità che, sembrerebbe, non avere più legami con la disciplina di diritto comune. Bisognerà chiedersi, cioè se l’azione per far valere l’inesistenza della deliberazione possa considerarsi “assoluta” 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.)

²⁹ Così ANGELICI, op. cit. p. 102

organizzazione (quindi) pure la sentenza che accolga una domanda di nullità ha un significato che va al di là del mero accertamento per assumerne uno “costitutivo” nel momento in cui cassa il suddetto valore organizzativo”³⁰.

2.- Il difficile equilibrio fra tutela del socio ed esercizio abusivo del diritto di impugnazione.

Le ragioni e le istanze che si celano dietro queste scelte legislative sono già emerse attraverso il richiamo alla relazione accompagnatoria al d.lgs.n.6/03..

Innanzitutto, l’istanza di stabilità della società e dei suoi atti che costituisce uno dei *leitmotive* della riforma ³¹, soprattutto degli atti organizzativi nonchè la salvaguardia della facilità, rapidità e fermezza delle decisioni³², ma soprattutto, la

³⁰ Così VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, p. 253 e ss. Prima della riforma, nel senso che l’azione di nullità, ex art. 2379 c.c., lungi dal limitarsi a dichiarare l’esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico, è diretta a eliminare un atto nullo e sarebbe perciò, dal punto di vista strettamente funzionale, assai vicina all’azione di annullamento RICCI, *Gli effetti delle sentenze sulle impugnazioni di deliberazioni assembleari*, in *Processo civile e società commerciali*, Atti del XX Convegno nazionale dell’Associazione fra gli studiosi del processo civile, Milano, 1995, p. 23 e ss.. Sull’avvicinamento delle categorie della nullità e dell’annullabilità, nel senso, però, di negare che l’azione di annullamento del contatto abbia natura costitutiva PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, p. 603 e ss. sulla scia delle riflessioni svolte da PROTO PISANI, *appunti sulla tutela cd. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv dir. proc.*, 1991, 60 *ess. spec.* 92 e ss..

³¹ Così D’ALESSANDRO, *La tutela* cit. p. 708 il quale precisa che il perseguimento di tale istanza non costituisce una novità propria della riforma Mirone –Vietti “essa attraversa al contrario tutta la storia della disciplina se non addirittura dell’intero diritto commerciale. E c’è anzi chi pensa che, se questo conserva ancora tratti fisionomici propri, all’interno del più vasto ambito del diritto privato in generale, uno, e uno dei più netti, sia proprio la spiccata esigenza di stabilità. La sicurezza dei traffici richiede che il rischio di vedere invalidati atti compiuti in passato sia ridotto al minimo.” In tal senso anche GALGANO, *op. cit.* p. 281 secondo cui “l’interesse protetto è l’interesse della società alla stabilità delle proprie deliberazioni; l’interesse a che le deliberazioni assembleari ...non siano in perpetuo esposte all’azione di nullità di u qualsiasi interessato e restino quindi in una condizione di perenne incertezza. È al tempo stesso protetto anche l’interesse dei terzi che entrano in rapporto con la società, e che il più delle volte sono altrettanti imprenditori. Si elimina nei terzi quella remora alla conclusione degli affari che potrebbe essere rappresentata dal timore di vedersi opporre, ad affare concluso, la nullità della deliberazione assembleare; o si elimina, nei potenziali acquirenti dei pacchetti azionari di controllo la remora rappresentata dalle incertezze sulla validità di pregresse deliberazioni sociali”

³² D’ALESSANDRO, *La tutela* . cit. p. 708

volontà di arginare il fenomeno delle impugnazioni ricattatorie.

A tal proposito bisogna evidenziare che, il tema del cd. abuso del diritto di impugnativa da parte del socio 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 voto³³), ma anche come regola valevole sul piano processuale³⁴.

Fino ad oggi, gli strumenti a disposizione della società per contrastare le impugnazioni provenienti da soci di minoranza e animate da solo spirito di "chicane" (usando una espressione che la giurisprudenza impiega con riferimento all'abuso da parte della minoranza del diritto di chiedere la convocazione dell'assemblea) erano sostanzialmente due: la possibilità di opporre una *exceptio doli generalis* e la valorizzazione del requisito dell'interesse ad agire, ex art. 100 c.p.c., quale filtro per valutare la meritevolezza della tutela richiesta³⁵.

³³ Si veda in tal senso la importante sentenza n. 11151/1995 della Corte di Cassazione (in Giur. Com. , 1996,II, p. 329 con commento di JAEGER, ANGELICI, GAMBINO, COSTI, , CORSI, *Costituzione e contrattualismo societario: n incontro?*), che, in un caso di impugnazione di una delibera assembleare di scioglimento anticipato della società deciso all'unico scopo di estromettere il socio impugnante dalla compagine sociale, ha espressamente ritenuto che l'art. 1375 c.c." specificazione del più generale principio di solidarietà che abbraccia tutti i rapporti giuridici obbligatori, anche di origine non contrattuale, vincolando le parti al dovere di lealtà rispetto alla sfera altrui", sia una disposizione applicabile anche in materia societaria, visto che "anche le determinazioni prese dai 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 " ed ha conseguentemente ritenuto che "la delibera assembleare adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza di una società di capitali in danno di quelli di minoranza è illegittima ed impugnabile a norma dell'art. 2377cc."

³⁴ Che la figura dell'abuso del diritto sia applicabile anche al diritto di azione è la tesi dominante si veda tra gli altri VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*, in banca borsa e t. di c. 1989, II, 525 e ss.

³⁵ Su questo tema si veda GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, p. 235 e ss.

Per quanto riguarda la cd. *exceptio doli generalis*³⁶ (la cui base normativa viene individuata negli ordinamenti che, come il nostro, non vietano espressamente l'abuso del diritto, proprio nei citati principi che impongono al debitore e al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza nonchè di eseguire il contratto secondo buon fede), a parte la esiguità delle decisioni giurisprudenziali che si sono occupate ex professo di questo istituto³⁷, il problema fondamentale era e resta quello degli effetti connessi all'eventuale accoglimento della suddetta eccezione. Se cioè essa possa produrre effetti "reali" per la società provocando la reiezione della domanda del socio o se, al contrario, l'esercizio abusivo dell'azione possa costituire solo fonte di risarcimento del danno.³⁸ A tal proposito bisogna rilevare che, la radicalità della soluzione adottata dal legislatore nel privare in origine il socio minoritario del diritto di impugnare le deliberazioni invalide, è, probabilmente, dovuta anche alla scarsa propensione mostrata dalla giurisprudenza a fare uso di queste tecniche di arginamento delle impugnazioni

³⁶ Su cui si veda PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur comm*, 1982, I, .p. 415 e ss. che lo considera istituto affine a quello dell'abuso del diritto. Sul tema si veda inoltre G.L. PELLIZZI, *voce Exceptio doli*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 1960, p. 1076; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 205 e ss. il quale osserva, in materia di diritti potestativi, che tra le tendenze del diritto moderno vi sarebbe il graduale riconoscimento dell'ammissibilità di un controllo, sotto il profilo dell'abuso, di tali diritti. Ciò costituirebbe una ulteriore testimonianza del graduale passaggio verso una tipicità delle cause di esercizio dei diritti potestativi. A tale tipicità dovrebbe quindi corrispondere il riconoscimento di *exceptiones doli* da opporre all'abuso nell'esercizio del diritto potestativo stesso. Sul tema si veda inoltre NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contratto e impresa*, 1, 1986, p. 197 e ss.

³⁷ A meno che, come riferisce PORTALE, *Impugnativa* cit. p. 417, non si vogliano considerare ispirate alla medesima ratio decidendi quelle pronunce che hanno respinto l'impugnativa delle delibere di approvazione del bilancio per facendo ricorso a concezioni patrimonialistiche dell'interesse ad agire, su cui si tornerà in seguito.

³⁸ Osserva PORTALE, *Impugnativa* cit. p. 416 che "la conseguenza generale dell'atto abusivo (dovrebbe essere) non tanto il risarcimento del dannosa piuttosto il rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, ai poteri, diritti, interessi esercitati in violazione della ragione della tutela legislativa, cioè l'impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti mediante atti di per sé strutturalmente idonei" (riprendendo le parole di ROMANO, *v. Abuso del diritto*, Enc. del dir. I, Milano, 1958, p.169.. Sempre secondo PORTALE cit. nt. 1" a questa proposizione (farebbe) da pendant, in sede di teoria generale dell'atto e del negozio giuridico, quella secondo cui non sempre la violazione del dovere di correttezza e di buona fede comporta come necessaria sanzione il risarcimento del danno (e cioè una tutela obbligatoria) essa può anche costituire (...) causa di invalidità o di inefficacia dell'atto o del negozio (tutela reale).

ricattatorie³⁹(talora, peraltro, evidenziando una tendenza alla sovrapposizione e confusione dei due istituti) o per problemi relativi alla prova dell'intento abusivo con cui venga esercitata l'azione⁴⁰ o per la radicata convinzione che, nelle azioni tipiche, l'interesse ad agire sia in re ipsa.

Sul piano invece dei comportamenti abusivi posti in essere dalla maggioranza, la giurisprudenza considerava (e considera) annullabili⁴¹ (e talora addirittura

³⁹ Si veda a tal proposito Cass. n. 15592/2000 in Foro it. 2001, I, 3274 che, in un caso, analogo a quello trattato da famigerato parere pro veritate del prof. Portale sopra citato, di impugnazione, cioè, della delibera di approvazione del bilancio da parte di un socio che aveva precedentemente approvato il progetto in qualità di amministratore, ha rigettato il motivo di ricorso, proposto dalla società, fondato sulla proposizione della *exceptio doli generalis* per avere l'impugnante contravvenuto al cd divieto di venire contra factum proprium, ritenendo che, in relazione all'istituto in oggetto, "la giurisprudenza ...ha mostrato talune perplessità ...sottolineando soprattutto con forza l'esigenza di disancorare gli elementi costitutivi da aspetti e valutazioni essenzialmente soggettive e di ricercare, per quanto è possibile, più chiari e sicuri contorni di natura oggettiva. Non si può negare infatti che un'impostazione soggettivistica rischia di far sovrapporre la personale valutazione dell'interprete, e, in particolare del giudice, alle regole del corretto svolgimento della ...disciplina delle società"....è per questa ragione che "la giurisprudenza avrebbe preferito assegnare la funzione di freno alle impugnazioni pretestuose o malevole delle delibere ad un concetto di interesse ad agire (ex art. 100 c.p.c.) in qualche misura più rigoroso, nel senso che esso dovrebbe rappresentare una condizione ulteriore rispetto a quelle generali o speciali previste per l'esercizio della singola azione".

La decisione si segnala, inoltre poiché sembrerebbe ritenere che l'esercizio abusivo del diritto incida sulla sussistenza della legittimazione ad agire e non sulla titolarità del diritto.

Si veda inoltre Trib. Udine 8 ottobre 2001 in dir. Fallim. 2002, II,170 secondo cui "anche se l'abuso del diritto è prospettabile in materia societaria, esso non può ravvisarsi nell'azione esercitata da un socio a tutela dei suoi diritti presuntivamente violati da una deliberazione assembleare, né rileva la sistematica impugnazione di precedenti deliberazioni da parte del socio stesso costituendo tale rimedio l'attuazione della tutela della posizione soggettiva del socio. In senso contrario all'accoglimento dell'*exceptio doli generalis* proposta dalla società anche trib. Milano 13 gennaio 1983 in banca borsa e tit. cred. 1983, II, 328 .

⁴⁰ L'insuccesso (rilevato da JAEGER, *Profili topici del bilancio di esercizio*, in Giur. Comm. 1986,I, 984 ess. ivi 987) incontrato dalla figura dell'abuso del diritto d'azione nella giurisprudenza relativa alle impugnazioni di delibere assembleari è dovuto, tra l'altro, anche alle difficoltà probatorie in cui incorre la società che intenda dimostrare i presunti scopi abusivi perseguiti dall'impugnante. Il tema è complesso e coinvolge, tra l'altro la ricerca del fondamento normativo di tale regola. Se, infatti, si dovesse ritenere che l'*exceptio doli generalis* abbia la propria base normativa nell'art. 833 c.c., che vieta il compimento di atti emulativi, si andrebbe probabilmente incontro alla prova (non facile) della mala fede soggettiva (si veda trib. Milano 10-9-1981, in Giur. Comm. 1982, II,176). Se, al contrario, l'*exceptio doli* viene ricondotta nell'ambito del principio di correttezza e buona fede(artt. 1175 e 1375 c.c.) quest'ultima sarà intesa in senso oggettivo. "il rigetto dell'impugnativa prescinderà dall'accertamento dell'intento più o meno speculativo dell'attore per fondarsi esclusivamente sull'uso oggettivamente anormale dell'azione il quale sarà rivelato da parametri variamente tipizzabili come la contraddittorietà del comportamento di chi impugna rispetto ad un comportamento precedente " (così ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in Trattato delle società per azioni (diretto da Colombo e Portale), III, Torino, 1993, p.381)

⁴¹ Così Cass. n. 11151/95 cit. che espressamente ritiene annullabili e non nulle le delibere viziate da eccesso di potere poiché in questo caso la delibera sarebbe "lesiva dei diritti di alcuni soci e quindi di interessi la cui tutela è affidata dalla legge all'iniziativa dei rispettivi titolari"

nulle⁴²) le deliberazioni assembleari ispirate da un interesse extrasociale della maggioranza e viziate, quindi, dal cd. eccesso di potere⁴³ .

Come è stato notato⁴⁴, si potrebbe dire che sottrarre (...) ai soci di minoranza il potere di bloccare la deliberazione attribuisce alla società una tutela reale nei confronti degli abusi delle minoranze, mentre, in assenza di restrizioni della facoltà di impugnare, la protezione contro gli abusi delle minoranze è sostanzialmente sul solo sul piano risarcitorio”.

3.- La originalità della tecnica usata dal legislatore nella formulazione del nuovo art. 2377 rispetto a quella utilizzata in materia di invalidità della fusione nonché nell’art. 157 t.u.f.

⁴² Cass. n. 511/1963 in Riv. Dir comm. 1964, II, p. 93 secondo cui “ nell’ipotesi di accertato occultamento ...di varie attività nei bilanci e nelle relazioni degli amministratori, compiuto al fine doloso di fare apparire precaria la situazione in realtà florida della società, quando sia in diretto rapporto strumentale con una delibera di aumento di capitale e con un più ampio fine fraudolento”.

⁴³ La giurisprudenza, copiosissima. sul punto, unanimemente riconosce che l’eccesso di potere sia un vizio che comporti la annullabilità della deliberazione. Si veda da ultimo, Cass. n. 27387/2005 secondo cui ”In applicazione del principio di buona fede in senso oggettivo al quale deve essere improntata l’esecuzione del contratto di società, la cd, regola di maggioranza consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell’ altrui potenziale danno ; l’abuso della regola di maggioranza (altrimenti detto abuso o eccesso di potere) è quindi causa di annullamento delle deliberazioni assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell’interesse della società(...) oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli”. Conf. Cass. n. 9353/2003. I problemi che si pongono sono, da un lato quelli relativi alla prova che il voto sia stato esercitato in maniera abusiva (la giurisprudenza ritiene che l’onere di tale prova incomba sul socio di minoranza impugnante e che tale prova non debba “ritenersi limitata ai sintomi dell’abuso della regola della maggioranza), dall’altro quello del limite del sindacato giurisdizionale che non può mai entrare nel merito dei motivi che hanno indotto la maggioranza dei soci ad adottare la delibera (così Trib. Milano 29 maggio 2003, in Foro pad, 2004,I,168.)

⁴⁴ SACCHI, op. cit. p. 148.

Come autorevolmente notato, nel passaggio dal 2504 quater ai nuovi artt. 2377 e ss. c.c. “Il testimone è stato raccolto dalla riforma, anche se con qualche variante di importanza(...) forse non secondaria”. Il legislatore ha, infatti, evidentemente utilizzato una tecnica nuova; questa originalità, che si coglie anche rispetto alla formulazione dell’art. 157 tuf⁴⁵, pone, in un certo senso, l’interprete in una prospettiva diversa da quella adottata nell’interpretazione delle due disposizioni appena citate.

Se, infatti, nella istituzione della azione risarcitoria prevista dal 4° co. dell’art. 2377 c.c. echeggiano, sia pure con le dovute distinzioni, idee e discussioni, in un certo qual modo, già metabolizzate dall’interprete; la novità di grande rilievo consiste, forse, più che nella attribuzione della titolarità del diritto all’impugnazione solo ai soci possessori della soglia di capitale rilevante (già prevista dal citato art. 13 del cd. Progetto De Gregorio e prefigurata, in un certo qual senso, dal citato art. 157 tuf), nella trasformazione del diritto del socio al risarcimento del danno in diritto potestativo soggetto allo stesso termine di decadenza previsto per l’impugnativa (con conseguente estensione della regola del cd. cumulo necessario, ex art. 2378 5° co.) .

Nell’ambito delle varie tecniche utilizzate dal legislatore per favorire la stabilità

⁴⁵ Nel senso che il legislatore avrebbe applicato la stessa tecnica legislativa adottata in materia di fusione al più generale campo dell’invalidità delle deliberazioni assembleari PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004, p. 123 e ss. . In senso contrario SCALA (*Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Utet 2006, II, p.259 e ss.) secondo cui “ le diverse forme di tutela predisposte dal d. lgs. N. 5/2003 in funzione del numero di azioni possedute dai singoli soci non sembrano riconducibili ad alcun modello già presente nell’ordinamento societario, da cui prendere le mosse per ricostruire i nessi tra risarcimento del danno e annullamento della delibera invalida “. Esclude, inol,tre, qualunque similitudine fra 2377 e ss. e 2504 quater NIGRO, op. cit. p. 883 nt3.

delle deliberazioni, bisogna, inoltre, soffermarsi sull'art. 2504 quater (secondo cui, una volta eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione, l'invalidità dell'atto non può più essere pronunciata e resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci e ai terzi danneggiati dalla fusione). Qui non vi è una limitazione, all'origine, dei diritti del singolo socio (come si ha, invece, nell'art. 2377 che priva in radice il singolo socio, non titolare della soglia di capitale prevista dalla norma, del diritto di provocare l'annullamento della delibera).

In tema di fusione, cioè, (salvo, verificare, come si vedrà in seguito, i non semplici problemi di sovrapposizione fra discipline speciali relative a particolari deliberazioni assembleari e il sistema generale previsto dagli artt. 2377 e ss.) il socio sembrerebbe tutt'ora godere di una tutela di tipo demolitorio, indipendentemente dalla entità della sua partecipazione sociale. La limitazione (o, se si preferisce, la conversione) di tutela accordata, da reale, in risarcitoria, non è genetica, ma, per così dire, funzionale; dipende cioè dalla avvenuta pubblicità dell'atto e dalla prevalenza che, da questo momento, deve avere la tutela del mercato e dei terzi. Una ulteriore importante differenza riguarda, inoltre, l'azione di risarcimento danni di cui al 2° co dell'art. 2504 quater, che (facendo sempre salvi i problemi di coordinamento con l'art. 2377 4° co.) non sembrerebbe essere soggetta ad un termine di decadenza (salvo verificare se essa possa concepirsi solo come domanda necessariamente subordinata a quella di annullamento della

delibera di fusione accoglibile solo in caso di sopravvenuta improcedibilità della prima a causa della avvenuta iscrizione di cui al 1° co dell'art. 2504 quater.)

Ancora diversa è poi la tecnica utilizzata dal legislatore rispetto alla formulazione dell'art. 157 TUF. In questo caso, infatti, le limitazioni al diritto di impugnare (che spetta ai soci che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale) la deliberazione dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza che approva il bilancio d'esercizio sono, da un lato, circoscritte in relazione all'esito dei giudizi espressi dalla società di revisione ex art. 156 nonchè vincolate ad un particolare motivo di impugnazione(mancata conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione); dall'altro, sono compensate dalla legittimazione concorrente, anche se soggetta ad un termine di decadenza più lungo, della Consob (il che genera, come si vedrà in seguito, problemi in relazione alla regola del cumulo necessario prevista dall'art. 2378 5° co.). Si noti, inoltre, che l'art. 157 tuf non fa riferimento a rimedi di tipo risarcitorio.

La originalità della soluzione adottata con i nuovi artt. 2377 e ss. c.c. si apprezza anche a livello comparatistico.

Se, infatti, il restringimento degli spazi di tutela reale corrisponde ad un trend che oggi caratterizzerebbe i paesi capitalistici più avanzati⁴⁶ e sarebbe imputabile

⁴⁶ Così SACCHI, op. cit. p. 143.

anche a scelte compiute a livello comunitario⁴⁷, allo stato, la soluzione prescelta dal legislatore con l'art. 2377 (possesso di una soglia minima di partecipazione per ottenere l'annullamento) rappresenterebbe nell'ambito dei paesi UE, come illustremente sostenuto, "un unicum sul piano comparatistico"⁴⁸.

Sempre a proposito di tecnica legislativa, bisogna sottolineare che, nell'ottica generale della riduzione della tutela demolitoria, sono previste ulteriori discipline speciali per le invalidità relative a particolari tipi di deliberazioni assembleari (si pensi agli artt. 2500 bis in tema di trasformazione, 2379 ter aumento e riduzione di capitale, 2434 bis invalidità della delibera di approvazione del bilancio, 2388 validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, 2409 quaterdecies deliberazioni del consiglio di sorveglianza con cui si approva il bilancio, 2416 impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea degli obbligazionisti, 2447 octies possessori strumenti finanziari ecc.). Ciò genera, inevitabilmente, problemi di coordinamento con il sistema generale previsto dagli artt.2377-79 che potrebbe risultare, pertanto, meramente residuale.

Può essere, a questo proposito, utile un confronto con la disciplina dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria in campi limitrofi a quello qui esaminato, si

⁴⁷ Si vedano gli artt. 10 e ss. della citata I direttiva in materia societaria in tema di nullità della società nonché la III direttiva in tema di nullità della fusione, riguarda alla quale secondo alcuni (SACCHI cit.p. 143 nt. 26) il legislatore italiano sarebbe andato ben al di là di quanto imposto dalla disposizione comunitaria).

⁴⁸ Così PORTALE, *Lezioni*. cit. p. 230 e ss.(secondo cui, "a quanto consta, solo in Germania il problema di introdurre un quorum per l'esercizio del diritto di impugnativa delle deliberazioni assembleari ha una "storia" che ha il suo principio(...) nei lavori per l'Aktiennovelle del 1884 e che, quanto meno per il momento, si è conclusa con l'emanazione dell'UMAG") a cui si rinvia per l'ampia trattazione sul tema.

pensi alla tutela concessa al cittadino contro l'azione illegittima della pubblica amministrazione.

Come è noto con la sentenza della Cass. Sez Un. 22 luglio 1999 n. 500 si è definitivamente spezzato quell'orientamento giurisprudenziale granitico che negava la risarcibilità del danno derivante da lesione dell'interesse legittimo⁴⁹.

Il paragone con questa vicenda rileva, soprattutto, sotto due importanti profili:

innanzitutto quello delle riflessioni svolte nella citata sentenza sulla portata dell'art. 2043 c.c. che non costituirebbe una norma secondaria (di sanzione) rispetto a norme primarie di divieto, ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa dalla formula "danno ingiusto".

In secondo luogo, quello dei meccanismi processuali attraverso cui garantire la effettività della tutela giurisdizionale al soggetto leso in relazione, per l'appunto, all'assoggettamento dell'azione risarcitoria istituita dall'art. 2377 c.c. allo stesso termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento (tema ovviamente connesso con il primo che evidenzia un dubbio irrisolto, che attraversa tutto il sistema delle invalidità di deliberazioni assembleari, e, in special modo, si pone nelle ipotesi in cui il legislatore disciplina fattispecie "tipiche" di invalidità, come si vedrà, relativo alla sopravvivenza della tutela aquiliana classica)

⁴⁹ Orientamento sorretto da autorevole dottrina s veda SATTA, op. cit., p. 325. Sull'argomento MICHELI, op. cit., p. 396

Ma soprattutto , nella evoluzione della giurisprudenza su questo tema , bisogna evidenziare l'importanza della sentenza della Cassazione Sez. Unite n. 13659/2006 che ha ridimensionato il principio della cd. pregiudiziale amministrativa sancendo un principio di indipendenza fra le due forme di tutela quella specifica e quella risarcitoria.

L'annullamento dell'atto, infatti, non è più pregiudiziale alla azione di risarcimento del danno (così come previsto dagli art. 2377 e ss. c.c.) ma le conseguenze di ciò sul piano dell'esercizio della tutela risarcitoria non sono le stesse.

A tal proposito , infatti, appare significativo il ragionamento svolto dalla Suprema Corte secondo cui, “ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anzichè dal solo accertamento della sua illegittimità significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla p. a. ad assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno anziché alla regola generale della prescrizione , ad una *Verwirkung* amministrativa , tutta italiana (...) la parte potrà (dunque) chiedere al giudice amministrativo anche solo la tutela risarcitoria senza dover osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento.”

Interessanti, ai nostri fini, appaiono anche queste considerazioni “ si può obiettare che è nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle

situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione . Tuttavia, una norma che oggi manca e che in modo esplicito assoggettasse ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo non potrebbe essere formulata nel senso di rendere il termine sostanzialmente uguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento”⁵⁰.

4.- Il problema della presunta incostituzionalità dell'art. 2377 c.c in relazione all'art. 24 Cost.

La limitazione all'accesso alla tutela reale, prevista dal 3° co dell'art. 2377 c.c., ha fatto nascere, in una parte della dottrina, il sospetto di incostituzionalità della disposizione, non solo per violazione degli artt. 24 e 3 Cost⁵¹, ma anche per

⁵⁰ Un breve cenno, infine, merita il tema dei rapporti fra tutela demolitoria e risarcitoria con riguardo al licenziamento. Da ultimo la Corte di Cassazione (con sentenza del 14 maggio 2007, n. 11035) sembrerebbe aver optato per una soluzione di tipo restrittivo nel senso che , ai fini del risarcimento del danno non può mai prescindere dall'impugnativa del licenziamento con la precisazione che , anche se la decadenza riguarderebbe sia la tutela in forma specifica che quella per equivalente, sarebbe comunque esperibile una azione risarcitoria di diritto comune fondata però su elementi relativi ad una eventuale responsabilità aquiliana del datore di lavoro.

⁵¹ Nel senso dell'incostituzionalità dei nuovi artt. 2377 e ss si sono espressi, tra gli altri, DOLMETTA, *Parere dei componenti del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano, in Riv. soc., 2002, 1480; WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in Le società, 2003, 280; SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, Ibid., 1177 ss. Secondo SANZO, Sub art.2377, in Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, *Il nuovo diritto societario*, I,609, un'ulteriore motivo di incostituzionalità della nuova normativa potrebbe risiedere nel fatto che la legge delega assegnava al legislatore il compito di “contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale”; ne deriva che compito della legge era quello di contemperare le due diverse esigenze e non quella di privilegiare la certezza dell'attività sociale rispetto alla tutela dei soci.

violazione dell'art. 42 Cost. in relazione alla possibile lesione della "proprietà della quota"⁵².

Per quanto riguarda il primo aspetto del problema la nuova formulazione dell'art. 2377 c.c. si scontrerebbe con il fondamentale principio della "atipicità" del diritto di azione. Più in particolare la disposizione contravverrebbe soprattutto ad un corollario del suddetto principio, quello cioè di "atipicità della tutela specifica"⁵³ che servirebbe a garantire la effettività della tutela giurisdizionale.

Sono, infatti, noti gli autorevoli auspici della dottrina processualistica di un superamento della dicotomia, presente nell'ordinamento, fra tutela specifica e tutela risarcitoria e di una conseguente affermazione della prima come forma atipica di tutela concessa dall'ordinamento connessa all'esercizio del diritto di azione.

A tal proposito si era evidenziata una tendenza dell'ordinamento, risalente al secolo scorso, alla erosione degli spazi di tutela risarcitoria a favore di quella specifica nel campo ad es. dei diritti della personalità, dei diritti personali di godimento, nel settore del diritto industriale, in relazione all'obbligo di contrarre, riguardo al rapporto di lavoro nonché alla libertà sindacale e a diritto di sciopero⁵⁴.

⁵² Così PORTALE, *Lezioni* . cit. p. 228 e ss. secondo cui di fronte alla ratio ispiratrice della riforma, quella cioè di distinguere fra soci che esprimono interessi di tipo imprenditoriale e soci portatori di interesse di tipo finanziario, diventerebbe palese che, in realtà "l'art. 2377 finisce con il produrre la trasformazione del diritto personale di impugnativa in un diritto della minoranza , con il conseguente dubbio di costituzionalità per violazione dell'art. 42 Cost. sulla tutela della proprietà incidendo tale trasformazione sulla integrità patrimoniale della quota".

⁵³ Su cui si veda PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in foro it. 1983, V, 127 e ss.

⁵⁴ In tal senso PROTO PISANI, op. cit. c. 130 secondo cui le due forme di tutela sarebbero il residuo di un sistema fondato su azioni tipiche.

È difficile stabilire se vi sia una controtendenza del diritto societario (per lo meno quello delle società di capitali) addebitabile, in ogni caso, alla particolarità del settore, o se, in realtà, questo tratto non sia più così evidente anche in altri campi.

In ogni caso, la maggior parte dei commentatori della riforma ha, infatti, sostenuto che l'art. 2377 c.c. inciderebbe, limitandola, sulla legittimazione ad agire dei soci per ottenere l'annullamento della deliberazione con dubbia legittimità costituzionale della disposizione.

Invero, il problema della legittimità costituzionale della citata norma per violazione dell'art. 24 Cost. è complicato innanzitutto dalle difficoltà connesse alla individuazione del << diritto fatto valere in giudizio>>⁵⁵ dal socio nonché dalla << consistenza>>⁵⁶ dell'eventuale diritto alla legalità dell'azione sociale dei singoli azionisti; in secondo luogo dalle incertezze (giurisprudenziali e dottrinali) relative alla individuazione del ruolo delle classiche "condizioni dell'azione", cioè legittimazione ed interesse ad agire, e, soprattutto, dalla sovrapposizione fra titolarità del diritto e legittimazione a farlo valere, particolarmente accentuata nell'ambito dei giudizi di impugnazione di delibere assembleari.

Se si parte dalla premessa che l'art. 2377 sia intervenuto sulla legittimazione ad agire, sarebbe allora prospettabile una compressione del diritto di azione⁵⁷

⁵⁵ Operazione mai semplice nel caso di diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale poiché coinvolge il problema relativo alla idoneità di tali diritti a costituire oggetto del processo e del giudicato. Così PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cd costitutiva*, in Riv. dir. proc. 1991, p. 60 e ss.

⁵⁶ Così SCALA, op. cit. p. 263

⁵⁷ È stato, inoltre, espresso il dubbio che la limitazione della possibilità di conseguire una tutela in forma specifica per il socio sia in controtendenza rispetto al contesto internazionale e si è fatto riferimento all'art. 47 della Carta di Nizza che prevede che ogni individuo ha diritto a rivolgersi ad un giudice per invocare un effettivo rimedio contro la lesione sofferta (in questo senso PAGNI, op. cit. , p. 66).

soprattutto in considerazione del fatto che la disposizione non sembra, salvo che non si voglia valorizzare la possibilità di impugnare concessa agli amministratori, al consiglio di sorveglianza e al collegio sindacale, prevedere meccanismi di legittimazione sostitutiva come, invece, previsto dall'art. 157 tuf che attribuisce comunque un potere di impugnazione alla CONSOB⁵⁸.

Secondo una diversa ricostruzione dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria nel campo dei rapporti societari, il possesso della soglia di capitale, previsto dall'art. 2377, non atterrebbe alla legittimazione ad agire (come ritenuto dalla prevalente dottrina) quanto piuttosto al merito del diritto all'annullamento, essendone uno dei fatti costitutivi⁵⁹

Questa tesi sembra basarsi sul rilievo che “a seguito (...) della << creazione >> della nozione di azione come categoria generale atipica, la contrapposizione fra tutela specifica e tutela risarcitoria continua a sopravvivere (...) *ma a livello di disciplina sostanziale delle situazioni soggettive*”⁶⁰.

⁵⁸ In questo senso SCALA, op. cit., p.261 e ss. il quale rileva inoltre come su questa legittimazione sostitutiva abbia fatto leva la giurisprudenza per respingere i dubbi di costituzionalità sollevati nei confronti della disposizione in commento. V. trib. Milano 27 novembre 2003 in dir. e pratica delle società 2004, fasc 14, 80, n. MANZATO e BERNARDINI. .

⁵⁹ Secondo SCALA op. cit. p. 264 infatti, “ è molto discutibile che il d.leg 6/2003 sia intervenuto sulla legittimazione ad agire dei soci non in possesso dello specificato numero di azioni; più condivisibile è l'idea che il possesso del numero di azioni previsto dall'art. 2377 non attenga tanto alla legittimazione ad agire quanto al merito del diritto all'annullamento, i cui elementi costitutivi sono rappresentati (tra l'altro) dal possesso di azioni nella misura richiesta dalla legge (oltre che dal diritto di voto da parte del socio impugnante la delibera)”. Nello stesso senso FERRI, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in Riv. trim. dir. proc. civ. ,2005, 58. Si veda Inoltre IANNICELLI, op. cit. ,p. 1094 e ss. secondo cui “appare, per più profili, sostenibile che l'accertamento del fatto che l'attore abbia o meno <<la qualità>> e l'interesse richiesti dalla legge per la pronuncia di annullamento della delibera societaria debba rientrare nell'ambito del giudizio sul <<merito>>, inteso in senso ampio, e quindi con ordinaria efficacia di giudicato di rigetto della domanda per carenza delle richiamate <<condizioni>>.”

⁶⁰ Così PROTO PISANI, *Brevi note cit. c.129*.

“Del resto, già in riferimento alle limitazioni al potere di impugnazione delle delibere contenute nella vecchia formulazione dell’art. 2377 si era messo in risalto in dottrina come non si dovesse confondere la legittimazione ad agire nelle azioni tipiche con l’attribuzione di situazioni giuridiche sostanziali, di guisa che, ad onta delle definizioni legislative, queste disposizioni operano sul piano sostanziale non processuale: i soci che hanno dato il proprio consenso alla deliberazione dell’assemblea <<non sono privi della legittimazione ad impugnare, ma non hanno il diritto>>”⁶¹ .

In questo senso, la prospettata violazione dell’art. 24 Cost. non sarebbe ipotizzabile, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato che ha posto in evidenza come la scelta tra forme di tutela specifiche e risarcitorie abbia carattere squisitamente sostanziale e non intacchi, dunque, il diritto di azione

Se , dunque, la tecnica utilizzata dal legislatore nel riformare l’art. 2377 è di matrice sostanziale, ciò implicherebbe che “ il parametro costituzionale alla cui stregua valutare la legittimità dell’art. 2377 terzo comma non dovrebbe essere rappresentato dall’art. 24 Cost., ma, eventualmente, dagli art. 2 e 3; come ha chiarito la Corte Costituzionale l’art. 24 Cost, “è norma che attiene all’ambito delle garanzie processuali delle parti e non già al diverso atteggiarsi della disciplina dei rapporti sostanziali”^{62 63 64} .

⁶¹ Così SCALA op. cit. il quale riporta una espressione di COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in Enc. giur. , XVIII, Roma, 1990, 7.

⁶² Così SCALA, op.cit. p. 266.

⁶³ Corte Cost. 22 ottobre 1999, n. 394, in *Foro it.*, 2000, I, 353.

⁶⁴ Peraltro, riguardo alla presunta violazione degli artt. 2 e 3 Cost. bisogna rilevare che, per lo meno riguardo alla

In ogni caso, anche per i soci che hanno diritto ad ottenere l'annullamento della deliberazione si può porre un problema di effettività della tutela giurisdizionale se si pensa al fatto che è assai dubbio che tali sentenze possano essere oggetto di esecuzione forzata. In questo senso, bisogna sottolineare che la normale connessione fra tutela reale e possibilità di utilizzare l'esecuzione forzata in forma specifica, (nonché forme di tutela inibitoria⁶⁵, misure coercitive, tutele di tipo sommario), valevoli sul piano generale, subisce una alterazione nel campo dei rapporti societari visto che da un lato la tutela delle situazioni soggettive dei soci avviene, di solito, tramite sentenze costitutive estintive per cui è complesso il discorso relativo agli effetti di tali sentenze nonché alla possibilità di esecuzione forzata, in senso tradizionalmente inteso, delle stesse (si pensi ad esempio alla nota distinzione fra delibere self executing e non).

s.p.a. (un discorso a parte andrebbe, forse, fatto per le società cooperative visto che è stato espressamente previsto all'art. 2516 c.c. che, nella costituzione e nell'esecuzione dei rapporti mutualistici deve essere rispettato il principio di parità di trattamento”), oggi può esserci anche un rapporto diverso fra partecipazione al capitale e diritti amministrativi e patrimoniali dei soci: si vedano ad es. gli artt. 2346 4° co., art. 2348 c.c., 2350 c.c., 2351 c.c..

La questione di fondo potrebbe, quindi, essere quella di una rivisitazione ampia, da parte del legislatore, del concetto di “par condicio”, coincidente con la tendenza al dettaglio nella descrizione delle “situazioni soggettive” e la tendenza alla graduazione delle tutele.

Non solo, ma in questo senso potrebbe essere valorizzata anche la circostanza che la presunta violazione di un principio di eguaglianza fra i soci è pur sempre conseguenza della adesione al contratto di società.

Ribaltando i termini del ragionamento, ci si potrebbe chiedere se l'auspicato rispetto del principio di eguaglianza fra soci (anche sotto il profilo della necessaria concessione della stessa forma di tutela indistintamente a ciascuno di essi) possa trovare limitazioni nel rispetto del criterio e principio di proporzionalità fra lesione del diritto del socio e gli effetti conseguibili attraverso la tutela giurisdizionale. La soluzione del legislatore dovrebbe infatti garantire il diritto della parte lesa “senza compromettere interessi dimensionalmente sproporzionati rispetto all'entità della lesione (D'ALESSANDRO, *La tutela* cit. p. 710).

⁶⁵ Si potrebbe, forse, ritenere una forma di tutela inibitoria la richiesta di un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. per ottenere la sospensione della convocazione dell'assemblea per evitare che la delibera sia presa, anzi, andrebbe valutata la eventuale esperibilità di questo rimedio da parte del socio non titolare del diritto di impugnare la deliberazione assembleare invalida.. Bisogna però precisare che la giurisprudenza prevalente propende per l'inammissibilità di tale richiesta. Sul punto si veda COREA, *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 700 c.p.c.)* reperibile sul sito [www. Judicium.it](http://www.Judicium.it), (specialmente nt. 82 ove riferimenti giurisprudenziali)

Inoltre, la “esecuzione” della sentenza di annullamento si traduce in un obbligo a carico degli amministratori coercibile, probabilmente, solo sul piano della responsabilità ⁶⁶.

È stata, infatti, evidenziata, a tal proposito, l’insufficienza dei modelli normativi dell’esecuzione forzata di obblighi di fare e non fare ⁶⁷ (in questa direzione vanno segnalati i tentativi di introdurre nell’ordinamento disposizioni per l’attuazione degli obblighi di fare cd. “infungibili” ricorrendo al modello delle *astreintes*⁶⁸, anche se, come è stato osservato, questi modelli sono coerenti con <<lo scambio>> ma non con <<l’organizzazione>>⁶⁹).

Ma il problema della esecuzione della sentenza di annullamento è più ampio e non si esaurisce semplicemente nel rapporto fra socio impugnante e doveri degli organi sociali ma si proietta nel tempo, anche sulla futura attività della società. Si

⁶⁶ Sul tema degli effetti delle sentenze di annullamento delle delibere assembleari in relazione alla possibilità di una loro esecuzione forzata si veda PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed <<illegalità>> delle delibere assembleari di s.p.a.*, in Giur. It. 2003, I, 400 e ss. Rileva l’Autore che l’azione di responsabilità verso gli amministratori, anche ex art. 2935 c.c. “ non è in alcun modo esecuzione della dichiarazione giudiziale di nullità della delibera . Neppure si tratta di una esecuzione forzata per equivalente perché la condanna risarcitoria a carico degli amministratori non rappresenta l’equivalente pecuniario della prestazione non ottenuta (...) L’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori , fondata sulla loro inerzia dinanzi alla sentenza di nullità ...non è esecuzione della caducazione giudiziale per nullità della delibera , ma un rimedio del tutto distinto”.

⁶⁷ Così PISANI MASSAMORMILE op. cit. p. 406 e ss. secondo cui “ L’ordinamento appresta qualche soluzione sostanziale (art. 2931 e 2933 c.c.) e processuale (art. 612 e ss. c.p.c.) ma è chiaro e noto che i modelli previsti dalle norme testè richiamate non sono applicabili ad ogni ipotesi di *facere* e tanto meno di *non facere* e, soprattutto, non sempre consentono di conseguire davvero la prestazione che ci si attende dalla controparte (...)l’ordinamento appresta allora un un rimedio residuale , vale a dire la condanna per equivalente monetario (art. 2058, 2° co. c.c. il cui precetto è ritenuto pressochè pacificamente applicabile anche al di fuori dello schema della responsabilità extracontrattuale) (...) Come che sia , è con questo rimedio residuale che l’ordinamento <<chiude>> , per così dire, il cerchio ed esaurisce la sua capacità di prestare assistenza , sul piano esecutivo, a chi vuole ottenere l’adempimento del diritto soggettivo di cui sia o sia stato titolare”

⁶⁸ Si veda in tal senso l’art. 41 del cd. D.D.L. “Mastella” recante “disposizioni per la razionalizzazione e l’accelerazione del processo civile” che propone di inserire, dopo l’art. 614 del cpc. , l’art. 614 bis rubricato “attuazione degli obblighi di fare infungibili o di non fare”, secondo cui “con il provvedimento di condanna all’adempimento di un obbligo di fare infungibile o di non fare , il giudice fissa la somma dovuta all’avente diritto per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per la riscossione delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Il debitore può contestare il proprio inadempimento , o affermare che questo è dipeso da causa a lui non imputabile con l’opposizione all’esecuzione ai sensi dell’at. 615 c.p.c.”.

⁶⁹ PISANI MASSAMORMILE, op. cit. p. 406.

pensi soprattutto alla possibilità di riapprovazione di delibere con medesimo contenuto⁷⁰ rispetto a quella impugnata. Qui il discorso si complica ulteriormente e potrebbe approdare a delle riflessioni sulla eventuale coercibilità dell'esercizio del diritto di voto⁷¹.

Non solo, ma il discorso sulle forme di esecuzione forzata in forma specifica si potrebbe allargare anche al tema degli effetti dell'impugnazione delle deliberazioni cd. "negative", quelle deliberazioni, cioè, reiettive delle proposte fatte in assemblea, in cui siano riscontrabili vizi della volontà assembleare o, soprattutto, vizi dell'atto di proclamazione. Qui, però, il problema si porrebbe in un momento, per così dire, antecedente rispetto a quello della eventuale sentenza che accogliesse l'impugnazione, non a caso in dottrina si è ipotizzato il ricorso all'art. 2932 c.c. (esecuzione forzata dell'obbligo di concludere un contratto) come mezzo per consentire l'emersione, in via giudiziale, della deliberazione positiva⁷².

⁷⁰ Su cui si veda A. Milano, 31 gennaio 2003, in Gur, comm. 2003, II, 632 con nota di SPIOTTA.

⁷¹ Sulla coercibilità del diritto di voto, ma, è bene precisare, all'interno di un patto di sindacato, si veda l'interessante pronuncia del T Genova, 8 luglio 2004 in Società 2004, 1265, n. SEMINO, secondo cui "Va accolta la domanda cautelare che ordini al socio (e alla società fiduciaria che detenga le relative partecipazioni), inadempiente agli obblighi scaturenti da un sindacato di voto e di blocco e che abbia posto in essere una cessione in violazione di una clausola di prelazione statutaria, di esprimere il voto in assemblea in conformità alle delibere adottate a maggioranza dagli aderenti al patto di sindacato".

⁷² Su questo tema si veda M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nelle società per azioni*, Torino, 2003. Sulla eventuale ipotizzabilità del ricorso all'art. 2932 c.c. si veda in particolar modo p. 157 e ss.

CAPITOLO II

Legittimazione ed interesse ad agire nell'azione di impugnazione delle deliberazioni assembleari

1.- La distinzione fra legittimazione ad agire e titolarità del diritto sostanziale alla luce della nuova formulazione dell'art. 2377 c.c.

La introduzione del nuovo III° co. dell'art. 2377, che subordina la esperibilità dell'impugnazione al possesso di una soglia qualificata di capitale, ha riportato alla luce, come già accennato, il problema, di ordine generale, che si pone, tuttavia, in maniera peculiare nelle “azioni tipiche”⁷³, della distinzione fra profili attinenti alla legittimazione ad agire e profili attinenti al merito della controversia⁷⁴.

⁷³ Si veda a tal proposito, COSTANTINO, op cit. p. 6. Per la distinzione fra azioni tipiche e non, si veda ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, 1973, p. 242.

⁷⁴ “La legittimazione ad agire non (sarebbe) che la titolarità del diritto di azione” così ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 245. Secondo COSTANTINO, op. cit., p. 2 “l'esistenza nell'attuale tradizione giuridica di una questione di legittimazione distinta dalla titolarità (effettiva) delle situazioni giuridiche dedotte nel processo, distinta cioè dal merito della controversia, è uno degli indizi più significativi della natura strumentale della tutela giurisdizionale e della interdipendenza tra diritto sostanziale e processo”. Rileva L'Autore come i rapporti fra legittimazione ad agire titolarità del diritto siano influenzati dalla concezione che si abbia dell'azione, ed infatti, “qualificata l'azione come l'aspirazione ad un provvedimento favorevole, la legittimazione giungeva a confondersi con la titolarità del diritto. Emergeva quindi l'esigenza di giustificare l'utilità del concetto ridotto ad operare in ipotesi eccezionali (<<nel maggior numero dei casi, la questione di legittimazione, la

Già prima della riforma, infatti, si sottolineava che, se è vero che “nei giudizi costitutivi... la più rilevante questione di legittimazione riguarda...l’individuazione della situazione legittimante”, tuttavia ,secondo una parte della dottrina, “in riferimento alla legittimazione nelle azioni tipiche ...talvolta il legislatore definisce legittimazione attiva o passiva l’attribuzione di situazioni giuridiche sostanziali”

In particolare, nel caso del diritto di impugnativa delle deliberazioni dell’assemblea di società di capitali “non si pone una questione di legittimazione ma di merito⁷⁵”. Pertanto, la selezione di soggetti, di tipo restrittivo, che avrebbero accesso alla tutela “demolitoria”, contenuta nell’art. 2377c.c., opererebbe sul piano sostanziale e non processuale.⁷⁶

Questa sottile distinzione non sempre è stata colta dalla giurisprudenza⁷⁷ .

questione della *appartenenza* del diritto e dell’azione si confonde con la questione dell’*esistenza* del diritto e dell’azione ; talora la questione della *esistenza* del diritto e dell’azione e della sua *appartenenza soggettiva* si offrono staccate al giudice>> CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 1923, ris, Napoli, 1980, 151.)

⁷⁵ Così COSTANTINO, op. cit. ,p. 6 secondo cui “in tali ipotesi , la domanda proposta da un soggetto diverso da quelli previsti dalla legge non consente l’esercizio di alcun potere correttivo da parte del giudice né può essere dichiarata inammissibile per difetto di legittimazione ad agire ; va invece rigettata nel merito per l’inesistenza in capo all’attore di qualsivoglia diritto suscettibile di tutela”

⁷⁶ Questa tesi è stata sostenuta da SCALA , op. cit. p. 264 e ss. Secondo l’opinione prevalente, tuttavia, il legislatore sarebbe intervenuto sul piano processuale riducendo la legittimazione ad agire solo ad alcuni soggetti qualificati. In tal senso CARRATTA, in *Il nuovo processo societario* a cura di Chiarloni, Bologna , 2004, p. 1138 e ss., SANZO, op cit., p. 619 nonché GHIRGA, op. cit. , p. 235 e ss.

⁷⁷ In dottrina, invece, si è sempre sottolineata l’importanza dello studio di questo tema “come studio attinente alla tutela giurisdizionale degli interessi di gruppo “ che costituisce un “indispensabile momento intermedio tra lo studio della tutela giurisdizionale degli interessi meramente individuali (che costituisce l’oggetto tradizionale del diritto processuale civile) e lo studio di quella tutela giurisdizionale degli interessi diffusi o di serie , che rappresenta una delle nuove frontiere della materia “.Così E. F. RICCI, op cit. , p. 14 e ss. Rileva, inoltre, l’Autore come lo studio di questo tema “significa dispeppellire soluzioni e argomenti di cui anche la tutela degli interessi diffusi può forse giovare”. Si noti, a tal proposito che, in tema di tutela del consumatore, il d.lgs. n.206 /2005, che ha introdotto il cd. “codice del consumo”, prevede all’ art. 139 1° e 9° co. (rubricato “legittimazione ad agire” e contenuto nel titolo II ,titolato “ le azioni inibitorie e l’accesso alla giustizia”) una disposizione che , pur conferendo tale legittimazione a determinati soggetti “adequati portatori” dell’interesse protetto dalla legge non esclude, tuttavia, la legittimazione del consumatore.

Su questi temi si veda, da ultimo, MARENCO, *Interessi collettivi , garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007.

2.- La prova della “legittimazione” ad agire nei giudizi di annullamento delle deliberazioni assembleari, prima e dopo la riforma.

Indubbiamente la questione della legittimazione ad agire nei giudizi di annullamento di delibere assembleari è complicata dalla sovrapposizione fra regole inerenti la legittimazione all’esercizio del diritto cartolare incorporato nel titolo azionario e legittimazione relativa al rapporto processuale (nonché, delle inevitabili incertezze circa l’individuazione dell’oggetto del processo nel caso di azioni costitutive, come è comunemente ritenuta quella ex art. 2377 c.c.) .

In ogni caso, l’opinione prevalente ha sempre ritenuto che , l’essere socio assente, dissenziente (o astenuto) fosse un requisito attinente alla legittimazione ad agire e non un fatto costitutivo del diritto all’annullamento. La legittimazione ad impugnare le deliberazioni assembleari invalide era, inoltre, ritenuta, anche (e forse soprattutto) prima della riforma, come qualcosa di differente rispetto alla legittimazione ad agire, comunemente intesa. Si riteneva, cioè, che in questo caso vi fosse una sorta di concezione “concreta” dell’azione e che quindi la legittimazione non fosse ricollegata, come dovrebbe essere solitamente, alla mera prospettazione fatta dall’attore⁷⁸.

⁷⁸ Così, da ultimo, VILLATA, *Impugnazione di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, p. 112 e ss., il quale, però, attribuisce le peculiarità del processo avente ad oggetto la impugnazione di una deliberazione assembleare (fra cui appunto la impossibilità di configurare la legittimazione ad agire in termini tradizionali, cioè

Questa convinzione è stata senza dubbio alimentata dalla previsione dell'art. 2378 c.c., vecchio testo, che prevedeva che il socio opponente dovesse depositare in cancelleria almeno una azione (disposizione che la giurisprudenza riteneva applicabile solo nel caso di annullabilità della deliberazione e non nel caso di nullità).

Da ciò la diffusa opinione secondo cui, mentre la legittimazione ad agire, in genere, competerebbe a chi si affermi titolare del diritto⁷⁹, la legittimazione ad impugnare (ex art. 2377-78 c.c.), al contrario, dovesse essere provata.⁸⁰

La necessità che, nell'ambito dei giudizi di annullamento di deliberazioni assembleari, vi fosse (almeno prima della riforma) la prova della cd "situazione legittimante" sembra, in realtà, legata, più che ad una deviazione dalle regole comuni in tema di *legitimatio ad causam* e quindi ad una presunta eccezione alla c.d. concezione "astratta" dell'azione⁸¹, a criteri e motivi connessi con la particolarità della fattispecie.

come mera affermazione del diritto) al fatto che si tratterebbe di processi aventi ad oggetto un interesse legittimo e non una tipica situazione di diritto soggettivo. L'Autore, sulla scorta della comparazione con l'ordinamento tedesco nonché con il processo amministrativo italiano, afferma che la legittimazione ad agire nei processi di impugnazione di c.d. atti potestativi assume una connotazione propria "il dato evidente è che in nessun caso risulta sufficiente la mera affermazione della titolarità di una situazione sostanziale per vedersi aperte le porte del giudizio di merito : occorre invece la sussistenza di una situazione legittimante (o la possibilità di esistenza della stessa) . La classica ricostruzione della *legitimatio ad causam* in chiave di mera prospettazione (...) non è in grado di spiegare detto fenomeno , in quanto strettamente legata ad un processo che ha come oggetto un diritto soggettivo".

⁷⁹ In tal senso, fra gli altri, ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, voce del Digesto IV, civile, X, 1993, p. 525 .

⁸⁰ In tal senso VILLATA, op. cit. p. 116 secondo cui "una prima dimostrazione che la legittimazione non è con tutta evidenza verificata sulla base della mera affermazione della parte attrice , ma deve essere oggettivamente provata, la si poteva del resto trarre dall'art. 2378 c.c., II co. previgente, laddove prescriveva che "il socio opponente deve depositare in cancelleria almeno una azione ". (Secondo l'Autore la nuova formulazione dell'art. 2378 Ilco c.c., che prevede che il socio o i soci oppositori debbano dimostrarsi possessori al tempo dell'impugnazione del numero di azioni previsto dal II co dell'art. 2377, non avrebbe cambiato i termini del problema consentendo solo l'utilizzo di ulteriori mezzi probatori). Per l'opinione che la legittimazione ad agire debba essere provata, inoltre, ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, p. 359.

⁸¹ Deviazione che sarebbe dovuta secondo VILLATA, op. loc.cit. alla natura, di interesse legittimo, della posizione fatta valere dal socio

Ancora una volta, infatti, l'esigenza di "stabilità" degli atti societari, che, come accennato, costituisce la chiave della specialità del diritto societario stesso, gioca un ruolo fondamentale anche nella individuazione delle regole processuali e delle soluzioni interpretative.

La necessità del deposito di almeno una azione, "sorge in connessione con il fenomeno dei titoli di massa proprio della s.p.a., e quindi in presenza di una potenzialmente illimitata pluralità di attacchi"⁸², ed è dovuta alle leggi di circolazione dei titoli azionari, sia nominativi che al portatore.⁸³ In base a tali regole la società, infatti, non avrebbe strumenti idonei per verificare che il soggetto impugnante possieda veramente la qualità di socio.

La <<ratio>> della previsione consisteva, quindi, nell'"evitare che il diritto di impugnare possa trasformarsi in uno strumento per azioni tardive di dubbia serietà >> e << assicurare alla società l'ordinato svolgimento della vita sociale al riparo da attacchi proditori o infondati o condotti da chi non abbia un vero e comprovato interesse ad impugnare>>⁸⁴. L'onere del deposito era, quindi, specificamente finalizzato a contrastare una iniziativa poco seria o proditoria in quanto condotta da soggetto non legittimato,⁸⁵ nonché a impedire, privando

⁸² ZANARONE, op. cit. , p. 382, che riporta il pensiero di Cass. n. 1676/1957 in Foro it. 1958, I, 1300.

⁸³ Si veda ZANARONE, op. cit. p. 384 n.23 il quale rileva come vi siano altri casi in cui il legislatore, attraverso l'obbligo del deposito di un titolo di credito, abbia inteso "impedire ogni trasferimento di quest'ultimo in corso di causa per evitare i danni che da tale trasferimento potrebbero derivare al legittimato passivo, potenziale destinatario di una duplice pretesa in base ad uno stesso rapporto". Si veda, infatti, l'art. 2017 ° co. c.c. secondo il quale l'opposizione del detentore di un titolo al decreto che ha pronunciato l'ammortamento del medesimo <<non è ammissibile senza il deposito del titolo presso la cancelleria del tribunale >>; nonché l'at. 66 l. camb. Secondo il quale il portatore di una cambiale <<non può esercitare l'azione causale se non offrendo al debitore la restituzione della cambiale o depositandola presso la cancelleria del giudice competente>>.

⁸⁴ Così, parafrasando la Relazione ministeriale Cass. n. 1676/1957 in Foro it. 1958, I, 1300.

⁸⁵ Così ZANARONE, op. cit. p. 383 secondo cui "se fosse consentito (all'impugnante) di omettere il deposito di almeno un titolo in cancelleria, la società non avrebbe alcuna certezza di avere di fronte un soggetto abilitato a convenirla in giudizio in quanto l'opponente potrebbe aver dimesso, prima o durante il processo, tutte le proprie

l'azionista della disponibilità materiale del titolo, che il medesimo perdesse all'insaputa della società la legittimazione ad agire attraverso la dismissione occulta del possesso.

Più in particolare, questa regola costituiva un riflesso processuale della cd. "letteralità incompleta"(o indiretta, che dir si voglia) che caratterizza l'azione quale titolo di credito nominativo (se si aderisce, ovviamente, all'idea prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'azione costituisca un titolo di credito).

Anchese, in questo caso, il principio della letteralità incompleta verrebbe in rilievo, in un certo senso, "all'inverso", nel senso che esso, normalmente, presuppone che non sia sufficiente all'identificazione del soggetto legittimato ciò che risulta dal titolo ma sia necessaria l'integrazione col registro dell'emittente; il problema della legittimazione all'impugnazione, invece, è inverso. Non basta, cioè, il registro dell'emittente, libro soci, ma è necessaria la presentazione del titolo.

Del resto, già sotto la vigenza dell'art. 163 II co. Codice di commercio, la discussa soluzione della estensione della cosa giudicata ultra partes, si riteneva non fosse riconducibile a un principio generale in tema di diritti potestativi concorrenti ma a criteri e motivi particolari e pratici, << essi si riassumono nel non esporre la società per azioni a impugnative prolungate , ripetute e magari

azioni pur rimanendo iscritto nel libro soci e aver perso così , all'insaputa della società insieme con il possesso dei titoli la qualità necessaria per l'esercizio dei diritti sociali , ivi compreso quello di impugnativa".

ricattatorie: le quali , data la facilità quando le azioni sono al portatore ⁸⁶ di

⁸⁶ Indubbiamente, il problema della tutela della società rispetto ai potenzialmente illimitati attacchi provenienti dai soci era fortemente acuito, sotto la vigenza del codice di commercio, principalmente da due fattori: la possibilità che le azioni fossero al portatore (con relativi problemi di identificazione del soggetto impugnante), nonché dalla mancata previsione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, bisogna rilevare che, prima ancora che il codice civile entrasse in vigore, il r.d.l. 25 ottobre 1941 n. 1148, convertito in l. 9 febbraio 1942 n. 9, introdusse il principio della c.d. "nominatività obbligatoria" dei titoli azionari (con la "finalità contingente, collegata prevalentemente con lo sforzo bellico , di dirottare i risparmiatori- i quali notoriamente... non apprezzano, almeno nel nostro Paese di essere identificati- dagli investimenti privati verso quelli pubblici" così GRAZIANI- MINERVINI-BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2007, 232 e ss.). Tale principio, sia pure con alcune deroghe operate da leggi regionali emanate da regioni a statuto speciale, fu ribadito dall'art. 74 del d.p.r. 29 settembre 1973 n. 600, contenute disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi, e avallato dalla Corte Costituzionale con sent. 29 maggio 1974 n.151, .Successivamente, si introdussero alcune deroghe al divieto di azioni al portatore, si pensi alle azioni di risparmio e alle azioni di partecipazione cooperativa, fino ad arrivare al nuovo art. 2354 c.c. che stabilisce che le azioni possano essere nominative o al portatore, a scelta del socio, a meno che lo statuto o leggi speciali non stabiliscano diversamente.

La regola della cd "nominatività obbligatoria" (come già riferito, anteriore all'entrata in vigore del codice civile) non risolveva, quindi, del tutto il problema della identificazione del soggetto impugnante, visto che, anche nel caso di azioni nominative la società avrebbe scarse possibilità di percepire l'avvenuta perdita del possesso e dunque di provare il venir meno della qualità di socio; di qui, probabilmente, la previsione di cui all'art. 2378 II c.c.(vecchio testo).

- Come già accennato, il problema della stabilità degli atti delle società anonime, era aggravato, inoltre, dalla mancata previsione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'opposizione. Riferiva LIEBMAN (*Pluralità di legittimati all'impugnazione di un unico atto*, Riv dir. proc. 1937, 87) come "la pratica (solesse) provvedervi con delle clausole statutarie che (ponevano) termini brevi di decadenza per l'esperimento dell'opposizione dei soci" ed aggiungeva" si può formulare l'augurio de iure condendo che in questo medesimo senso abbia ad intervenire il legislatore quando si farà la riforma del codice di commercio".Il codice civile del '42 si adeguò, quindi, a questa prassi statutaria.

Ma, in mancanza di un termine di decadenza per l'esercizio dell'opposizione, la questione della stabilità della vita societaria si giocava tutta sul piano della efficacia della sentenza.

A tal proposito secondo una prima opinione, la sentenza, sia essa di accoglimento o di rigetto, avrebbe sempre efficacia ultra partes (cioè preclusiva di ogni eventuale altra opposizione) "dovendo necessariamente l'atto impugnabile essere o non essere per tutti quelli che vi sono soggetti, non vi può essere che una sola decisione, quantunque le azioni siano soggettivamente diverse ; la identità della qualità tiene luogo qui della identità di persona ; la cosa giudicata formatasi rispetto ad uno esclude l'azione degli altri" (è la nota tesi di CHIOVENDA, Principi cit. p. 281 e 926; .nello stesso senso COSTA, *L'intervento coatto*, Padova, 1935, p.77) . Secondo un'altra opinione vi sarebbe, invece, una sorta di efficacia della sentenza secundum eventum litis; La sentenza di accoglimento dell'impugnazione avrebbe infatti effetti erga omnes, mentre quella di rigetto non precluderebbe le eventuali impugnazioni degli altri soci (in tal senso LIEBMAN , Pluralità cit. nonché la prevalente dottrina commercialistica (VIVANTE, *Trattato*, II, n.528; A SCIALOJA, *Studi di diritto privato*, p. 357, ASCARELLI, *Appunti di diritto comm. Soc. ed ass. comm.*, Roma , 1936,p. 276, MOSSA, *Diritto commerciale.*, Milano, 1937,I, 210. La prima tesi favoriva sicuramente la stabilità degli atti societari. Ma" i fautori della soluzione opposta , quella d'un' efficacia strettamente personale del giudicato , additano il rischi di impugnative addomesticate promosse e condotte in collusione coi promotori della deliberazione illegale , o con coloro che hanno interesse di tenerla in piedi al fine di avere a buon mercato una consacrazione di legittimità della delibera illegale . Ma, quando pure una simile eventualità s'avveri (né siano stati esperti i mezzi atti a scongiurarla, in specie l'intervento adesivo)rimarrà a disposizione dell'azionista che voglia promuoverne una impugnativa sul serio, il rimedio dell'opposizione di terzo revocatoria." (ALLORIO, op. cit. , p. 277).

Il problema della efficacia della sentenza che decide sull'impugnazione, senza dubbio semplificato (già, come accennato, dal codice del 42) dalla previsione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione è però sopravvissuto, sia pure in una chiave diversa, anche alla riforma del diritto societari. La questione dei limiti soggettivi del giudicato si interseca, in questo caso, con quella dei limiti oggettivi. Ad esempio, è dubbio se la pronuncia di annullamento ex art. 2377 c.c. possa precludere una eventuale azione di nullità (soggetta ad un

ricorrere a prestanomi, potrebbe, di fatto, provenire ancora dalla medesima persona, che già una volta vide la propria impugnativa respinta>>⁸⁷.

In ogni caso, l'idea che nei giudizi di annullamento di deliberazioni assembleari vi fosse una deviazione dai principi generali in tema di legittimazione ad agire dava luogo (già prima della riforma) a delle incongruenze. Questa impostazione, infatti, non spiegava perché la regola della prova concreta della cd. "situazione legittimante" non dovesse valere (almeno in termini così rigorosi) per gli altri soggetti legittimati all'impugnazione come gli amministratori e sindaci, nonché nel caso di impugnazione per nullità (ex art. 2379 c.c.)⁸⁸. Senza contare poi le questioni che sorgevano (già prima dell'introduzione del nuovo art. 2377 III co. c.c.) in tema di onere del deposito, nel caso di diritti spettanti ad una minoranza qualificata (si pensi al caso di cui all'art. 2409 c.c. nonché dell'art. 6 dpr 136/1975)⁸⁹. Ma, soprattutto, questa idea non spiega, e non spiegava, perché non

termine di decadenza più lungo, o addirittura, nel caso di deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, ex art. 2379 I°co, sganciata da termini di decadenza) esperibile anche da terzi non soci.. La concezione che si ha in tema di limiti oggettivi del giudicato influisce anche sulla eventuale efficacia (ultra partes) della sentenza.

Su questi problemi si veda RICCI, op. cit. p. 14 e ss.

⁸⁷ Così ALLORIO, op cit. , p. 277

⁸⁸ Non sembra, infatti, risolutivo in tal senso il fatto che, in questa ipotesi, la legittimazione spetti a chiunque vi abbia interesse. Nel momento in cui tale impugnazione provenga dal socio non si vede perché questi non dovrebbe essere tenuto a provare la propria legittimazione ad agire.

⁸⁹ La previsione di cui all'art. 2378 II co (vecchio testo) aveva, infatti, dato luogo a numerose questioni.

Innanzitutto, come già accennato si riteneva che la disposizione non fosse applicabile ad amministratori e sindaci (Per riferimenti si veda ZANARONE, op. cit. p. 382 n. 20.). La disposizione non era, inoltre, ritenuta applicabile ai soci cui non siano stati distribuiti i titoli azionari in virtù di delibera dell'assemblea straordinaria ai sensi dell'art. r d 29-3-1942 n. 239 in questo caso la legittimazione era data dalla semplice iscrizione nel libro soci (.Così MIGNOLI, *Questioni in tema di deposito dell'azione a' sensi dell'art. 2378 c. 2° c.c.*, in Riv. Dir. comm. 1953, II, 72; nonché ZANARONE cit. p. 382 n. 20.)

Si discuteva, inoltre, circa l'oggetto del deposito in relazione ai problemi relativi alla cd "dematerializzazione". La l. 1986 n. 289 all'art. 3 riconosceva, infatti, al titolare di azioni immesse nel sistema <<monte titoli spa >> la possibilità di depositare una apposita certificazione in cancelleria (così LENER, *La dematerializzazione dei titoli azionari e il sistema Monte Titoli*, Giuffrè, 1989, 158 ess). Soprattutto, come già accennato, si dubitava dell'applicabilità della previsione nel caso che il potere di azione fosse concesso ad una minoranza qualificata.

sarebbe necessario, secondo la giurisprudenza⁹⁰, il deposito di almeno una azione nel caso di impugnazione di deliberazioni di società cooperative. Proprio in questo caso emerge chiaramente la ratio (dovuta ad esigenze pratiche) della norma. Come è noto, infatti, nelle società cooperative al fine di accertare la sussistenza dello status di socio del soggetto impugnante bisogna fare riferimento al libro soci. L'ammissione di un nuovo socio, inoltre, è fatta con deliberazione degli amministratori su domanda dell'interessato (si veda ora l'art. 2528 c.c. I co.) ; la quota o le azioni dei soci cooperatori non possono essere cedute con effetto verso la società, se la cessione non è autorizzata dagli amministratori stessi (art. 2530 I co.). È evidente, quindi, che in questo caso non si pongono i sopra a accennati problemi di identificazione del socio impugnante⁹¹.

Senza contare che, seppure si accogliesse l'idea che l'essere socio assente, dissenziente, e oramai anche astenuto, nonché possessore della soglia di capitale indicata dal III co dell'art. 2377, attenga alla legittimazione ad agire, e che tale requisito debba essere provato in limine litis, comunque la verifica della

Bisogna sottolineare che, in questi casi, vi era una tendenza alla estensione dell'idea che la legittimazione ad agire debba essere provata anche a giudizi diversi da quelli di annullamento delle deliberazione ex art. 2377 e 78. In particolare, infatti, nel caso della denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c., si dubitava circa la necessità del deposito di almeno una azione oppure di tutte le azioni integranti la soglia di partecipazione rilevante. Anche nel, già citato, caso dell'art. 6 dpr 136/1975, in cui la disposizione sembrava riferirsi ad una impugnazione per far valere la nullità (non la mera annullabilità) della deliberazione, si propendeva per la necessità del deposito di una sola azione (e non di tutte quelle necessarie a totalizzare la soglia rilevante), visto che la norma si proponeva espressamente di derogare agli artt. 2377e 79 non, invece, all'art. 2378.

⁹⁰ Si veda A. Brescia 13 gennaio 2000 in Giur. It. 2000, 1878 nelle società cooperative non è necessario ai fini della proponibilità dell'impugnativa di una delibera assembleare il deposito di almeno una azione in cancelleria, anche se le partecipazioni siano rappresentate da azioni quotate in borsa.

⁹¹ Per riferimenti alla inapplicabilità dell'obbligo del deposito di una azione alle società cooperative si veda CARRATTA, op. cit. p. 1149 nt. 32.

legittimazione ad agire finirebbe per essere legata alla prospettazione fatta dall'attore , cioè al tipo di azione esercitata (se di mera annullabilità, nullità o inesistenza) nonché quindi, al tipo di vizio fatto valere attraverso l'impugnazione⁹².

Questa sorta di “vischiosità” delle categorie processuali⁹³ che si riscontra nell'ambito dei giudizi di annullamento delle delibere assembleari, si rispecchia in una certa contraddittorietà degli orientamenti giurisprudenziali relativi alla interpretazione del previgente art. 2378 II co,...

Il dibattito giurisprudenziale si è, prevalentemente , concentrato sulla questione relativa alla appartenenza del requisito del necessario deposito di almeno una azione alle condizioni dell'azione⁹⁴ o, viceversa, ai presupposti processuali⁹⁵

92 Si veda in tal senso Trib. Catania 7 marzo 2002 (in Foro it. 2003, I, 2184, con nota di PROVERBIO) secondo cui il deposito di almeno una azione è una condizione di “legittimazione sostanziale” che deve essere effettuato almeno all'atto di iscrizione della causa a ruolo. La sentenza afferma, inoltre, che la mancanza del deposito, sia che si tratti di condizione dell'azione sia che si tratti di presupposto processuale, sia rilevabile d'ufficio. La pronuncia sostiene in particolare che la necessità del deposito debba collegarsi alla prospettazione del vizio fatta dall'attore se dia luogo ad annullabilità o nullità.

93 L'espressione è di VILLATA, op.cit. p. 162.

94 Nega che la legittimazione ad agire possa qualificarsi come condizione dell'azione COSTANTINO, op. cit. p. 5, nonché ATTARDI, op. cit. p.

95 La questione si è posta anche nell'ambito del procedimento ex art. 2409 c.c., sia pure con una sfumatura diversa. In quest'ultimo caso, infatti, la giurisprudenza, senza distinguere fra requisito integrante la legittimazione ad agire e prova dello stesso, riteneva che il possesso della soglia di capitale prevista dalla suddetta disposizione (e non l'eventuale deposito di una azione o del numero di azioni previste dalla legge) costituisca un presupposto processuale o una condizione dell'azione.

Ritiene che il requisito del possesso del 10% del capitale sociale contemplato dal 1° co dell'art. 2409 c.c. sia un presupposto processuale e non una condizione dell'azione per cui sia irrilevante la perdita di tale requisito in capo al socio denunziante nel corso del processo. Tuttavia il socio denunciante che abbia visto ridurre la propria quota di capitale al di sotto del 10% può proporre reclamo sempre che vi abbia interesse ma tale interesse non sussisterebbe nel caso di perdita della qualità di socio, A. Venezia , 15 novembre 2000, in Corriere giur. 2002,1600 n. PINAMONTI.

Contra T. Milano 16 settembre 1998 in Foro pad. 1999, I, 179 n. DE BIASI secondo cui “la titolarità in capo a chi agisce ai sensi dell'art. 2409 c.c. di una quota di partecipazione pari al decimo del capitale sociale non costituisce un mero presupposto processuale ma attiene alla legittimazione ad agire”. A favore della tesi che si tratti di una condizione dell'azione anche A. Milano 25 novembre 1998 in giuri t. 1999, 780.

Anche secondo T. Napoli 25 maggio 1999, in foro nap. 1999, 358, n. RUBINO DE RITIS, “la titolarità di un decimo del capitale sociale da parte del socio ricorrente ex art. 2409 c.c. deve sussistere non solo al momento della presentazione del ricorso ma anche al momento della emissione degli opportuni provvedimenti da parte del

nonché sulla presunta eccezione, rappresentata da questa previsione , al principio di libertà della prova.

In una risalente, ma importante, sentenza a Sezioni Unite⁹⁶ con cui la Suprema Corte aveva affermato che il deposito di almeno una azione costituisce “prova esclusiva” della legittimatio ad causam, era, in realtà, adombrata la distinzione fra questione di legittimazione e fatti costitutivi del diritto. Si sosteneva, infatti, che “il deposito dell’azione non attiene, quindi, ai presupposti del processo, ma attiene alla spettanza del diritto a chi intende esserne titolare; non appartiene al piano processuale dell’azione ma a quello del diritto sostanziale in relazione allo scopo perseguito; che è quello della prova della titolarità del diritto che si fa valere in giudizio” .

Questo punto non è, tuttavia, stato colto dalla giurisprudenza successiva che (anche contraddicendo l’impostazione prevalente secondo cui l’essere socio assente o dissenziente integrava il requisito della legittimazione ad agire) sembrava propendere per l’idea che l’obbligo del deposito costituisse un presupposto processuale⁹⁷ la cui mancanza impedirebbe che il processo si possa chiudere con una pronuncia di merito .

L’idea che si tratti di un presupposto, che debba, quindi pre-esistere alla domanda, e non di una condizione dell’azione, cioè di un requisito intrinseco alla

tribunale” (nel caso di specie il tribunale aveva dichiarato improcedibile la denuncia ex art. 2409 in quanto a seguito della riduzione del capitale a zero per perdite e contestuale aumento, non sottoscritto dal ricorrente, quest’ultimo aveva perso la qualità di socio).

⁹⁶ Cass. Sez. Un. 18 aprile 1961 in Giur. It. 1961,I, 1, 788

⁹⁷ Sull’argomento si veda LA CHINA, *Presupposti processuali*, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 300, nonché VOCINO, *Presupposti processuali (diritto processuale civile)*, voce Enc. Giur. XXIV, Roma, 1991, 1.

domanda stessa, sembrerebbe alla base delle (risalenti) soluzioni che prevedevano un onere del deposito in limine litis o, addirittura, prima della instaurazione della lite stessa.⁹⁸

Emergeva, inoltre, una tendenza a considerare tale requisito non solo come un presupposto di validità e procedibilità del processo, ma, talora, addirittura come presupposto di esistenza stessa del processo; il che comportava che il processo venisse chiuso con pronunce di improcedibilità. o, addirittura, di improponibilità della domanda.

Una ulteriore incongruenza si riscontra poi nell'idea che l'onere del deposito costituisse prova legale della legittimazione ad agire ma che tale prova dovesse essere data al momento della instaurazione del rapporto processuale, individuato nella iscrizione a ruolo della causa⁹⁹.

⁹⁸ Si riteneva, infatti, che il deposito di almeno una azione dovesse essere effettuato addirittura già all'atto della notificazione della citazione (così Cass. 5-10-1953 n.3172 in Foro it., 1954I,947; Id. 11-5-1957, n. 1676, ivi, 1958, I, 1300; id 1-12-1959 n.3486 in Foro pad. 1960, I, 7). Alle difficoltà pratiche di effettuare tale deposito prima della costituzione in giudizio suppliva una prassi (del Tribunale di Milano) secondo la quale il Cancelliere, dopo aver collocato il titolo in un plico sigillato, rilasciava all'opponente un verbale di deposito che veniva poi inserito nel fascicolo di parte. (Così ZANARONE, op. cit. p. 384 n. 23).

⁹⁹ Si veda a tal proposito C. Appello Milano 19-2-1960 in Riv dir proc. 1960 p. 510 n. CARNELUTTI “*Legittimazione e interesse ad impugnare una deliberazione dell'assemblea degli azionisti*” secondo cui il deposito è un presupposto processuale la cui mancanza impedisce l'introduzione della domanda e ne determina l'improcedibilità e deve permanere fino al momento della decisione. Il deposito dimostra inoltre la legittimazione sostanziale del socio opponente” qualità e legittimazione che devono essere iniziali e perduranti” La prova della qualità di socio, inoltre, non potrebbe essere data con interrogatorio formale.

T Napoli, 10-11-1997 Società 1998,447 n. TASSI. (in un caso in cui l'impugnante non aveva, all'atto della costituzione in giudizio effettuato il deposito azionario, ma si era limitato a produrre copia della denuncia di smarrimento, i titoli erano stati esibiti in corso di causa) Che ha ritenuto l'impugnazione ex 2377 improponibile per mancata tempestiva prova della legittimatio ad causam visto il mancato deposito di almeno una azione che al più tardi deve avvenire all'atto della iscrizione a ruolo. Il deposito non costituirebbe un presupposto processuale ma costituirebbe Prova legale della legittimatio ad causam . che deve permanere per l'intera durata del processo. Si veda inoltre la già citata sentenza Trib. Catania 7 marzo 2002, in foro it. 2003, I, 2184. n. PROVERBIO secondo cui il deposito di almeno una azione è una condizione di “legittimazione sostanziale” che deve essere effettuato almeno all'atto di iscrizione della causa a ruolo. La sentenza afferma, inoltre, che la mancanza del deposito, sia che si tratti di condizione dell'azione sia che si tratti di presupposto processuale, sia rilevabile d'ufficio.

Il problema della distinzione fra profili attinenti alla legittimazione ad agire e profili attinenti al merito del diritto all'annullamento si è riproposto con forza alla luce della introduzione del nuovo III co. dell'art. 2377 che, come già accennato, attribuisce il diritto ad ottenere l'annullamento della deliberazione assembleare ad una minoranza qualificata, nonché del nuovo II comma dell'art. 2378 c.c. secondo cui il socio o i soci oppositori debbono dimostrarsi possessori del numero di azioni previste al tempo dell'impugnazione, e si è visto come il dibattito su questo tema sia in grado di condizionare il giudizio relativo alla eventuale illegittimità costituzionale della nuova disciplina.

Indubbiamente, anche se si ritiene che la mancanza della titolarità del numero di azioni richiesto dall'art. 2377 appartenga al merito della lite (invece che alla legittimazione ad agire), le conseguenze pratiche (per lo meno quelle relative agli effetti della sentenza che accerti la mancanza di tale requisito) di qualunque delle due opzioni sono ridimensionate dalla presenza del termine di decadenza che fa acquisire in ogni caso efficacia ultra partes alla sentenza, anche se di rigetto. Non si porrebbe, quindi, in ogni caso il problema della diversa efficacia preclusiva di una sentenza di merito piuttosto che di rito¹⁰⁰ (salvo verificare se la questione

¹⁰⁰ Il problema si potrebbe porre, però, nei casi in cui il legislatore non sottoponga l'impugnazione ad un termine di decadenza, come nel caso delle associazioni (così VILLATA, op. cit. p. 116 n. 21 il quale rileva che se si considera un vizio di legittimazione artificialmente attinente al merito della causa, il giudicato precluderebbe la riproposizione della domanda da parte degli altri soggetti legittimati). Contra SCALA op. cit. p. 267, n.25 secondo cui la forza vincolante del giudicato di rigetto, anche quando produce effetti erga omnes, sarebbe comunque

possa assumere rilevanza nei rapporti fra annullabilità , nullità e , forse, inesistenza, se si propende per la sopravvivenza di questa categoria).

Vi sono, però, ulteriori risvolti che debbono essere evidenziati.¹⁰¹

Innanzitutto la questione relativa alla eventuale rilevabilità d'ufficio della mancanza del numero minimo di azioni previsto dall'art. 2377 III° co. c.c.

(Se, infatti, si ritiene che tale requisito attenga alla legittimazione ad agire non dovrebbero esservi dubbi sulla esercitabilità dei poteri ufficiosi da parte del giudice; non a caso, prima della riforma, si propendeva per la rilevabilità d'ufficio del mancato deposito del titolo azionario¹⁰²).

A tal proposito bisogna precisare che, la società che contesti il mancato possesso della soglia rilevante di azioni in capo al socio impugnante (facendo valere ,cioè, la mancanza di un fatto costitutivo del diritto azionato) propone una mera difesa¹⁰³ .

Pertanto, “se il giudice rileva che non si sono verificati i fatti costitutivi prospettati dall'attore, la domanda va rigettata sia che la deduzione sia stata fatta dal convenuto sia che il convenuto sia contumace”¹⁰⁴

limitata al motivo per cui è avvenuto il rigetto stesso. “ne deriva che non dovrebbe essere impedito agli altri soci , titolari del diritto all'annullamento della delibera , di proporre una nuova azione , facendo valere un motivo di invalidità non esaminato nel precedente giudizio ; più delicato è invece stabilire se una tale possibilità sia concessa anche al socio che si è visto rigettare la domanda, dipendendo la risposta dalla natura auto o eterodeterminata del diritto all'annullamento della delibera”:

101 Rileva, infatti, PROTO PISANI , *Lezioni di diritto processuale*, Napoli, 2002, p. 291 come la differenza fra questione di legittimazione e questione sulla titolarità attiva o passiva del diritto abbia rilievo pratico : “essa infatti incide sulla rilevabilità o non rilevabilità d'ufficio della questione in appello o in cassazione , nonché sulle diverse norme tramite cui risolvere la questione alla stregua delle disposizioni di diritto internazionale privato”

¹⁰² Così Trib. Catania cit..

¹⁰³ In tal senso SCALA, op. cit. p. 267.

¹⁰⁴ Così ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma 2, c.p.c.*, in *Corriere Giur.*, 2005, 8, 1156.

Essendo il rito societario caratterizzato da una accentuazione del principio di preclusione nonché da una valorizzazione degli effetti attribuiti alla “non contestazione” (valorizzazione, però, appannata dalla recente dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 13 2° co. d. lgs. N. 5/03¹⁰⁵ nella parte in cui stabilisce che, in caso di tardiva notifica della comparsa di risposta, i fatti affermati dall’attore si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla conclusione di questa) , bisogna chiedersi, innanzitutto, entro quali termini la società convenuta abbia l’onere di contestare la mancanza del numero di azioni richiesto dall’art. 2377 III ° co. , conseguentemente, con quali mezzi e in quali termini debba essere data la prova , da parte dell’impugnante, di tale fatto costitutivo, come influisca, infine, la eventuale non contestazione del convenuto (regolarmente costituito o, eventualmente, contumace) sui poteri esercitabili dal giudice. .

Ad esempio : che accade se la società non contesta la mancanza della soglia di capitale rilevante nella comparsa di risposta ex art. 4 d. ls. N. 5/03 e l’attore propone istanza di fissazione di udienza ex art. 10. La notificazione di tale istanza renderebbe pacifici i fatti allegati dalle parti e non specificamente contestati (ex art. 10 Co. 2 bis)?.

A tal proposito, secondo una parte della dottrina, anche ove il fatto costitutivo del diritto sia non contestato, il giudice potrebbe disattenderlo quando le risultanze

¹⁰⁵ Si veda Corte Cost. sent. N. 340 /2007 in *Guida al diritto*, n. 43, 2007, p. 24 con commento di SACCHETTINI.

processuali ne escludano l'esistenza¹⁰⁶ .

Ma il problema si pone soprattutto nel caso in cui, invece, non sia dato desumere dagli atti del processo la sicura esistenza (né la sicura inesistenza) del fatto costitutivo non contestato e le risultanze processuali siano “non concludenti” in tal senso.

A tal proposito si potrebbe valorizzare la previsione dell'art. 2377 III° co., secondo cui lo statuto può ridurre o escludere questo requisito, concludendo che, trattandosi di materia disponibile per le parti (quantomeno in melius, dal punto di vista dei soci), il giudice dovrebbe ritenere tale fatto costitutivo esistente¹⁰⁷ .

Nel caso, invece, in cui la società, nella comparsa di risposta ex art. 4 d. lgs. N. 5/03, contesti il mancato possesso, in capo al socio impugnante, della soglia di capitale prevista dall'art. 2377 III° co. c.c., questi avrebbe l'onere di provare tale requisito.

Il socio dovrebbe, quindi, nella memoria di replica ex art. 6 d. lgs. N. 5/03, replicare a questa mera difesa ed, eventualmente, depositare nuovi documenti(art. 6 sub lett. d) da cui risulti il possesso della soglia ovvero formulare nuove

¹⁰⁶ In questo caso la non contestazione non potrebbe portare mai all'accoglimento della domanda. Così SCALA, op. cit. p. 268 nt. 26 il quale aderisce alle tesi di RASCIO, *Note brevi sul principio di non contestazione*, in *Dir. e Giur.* , 2002, 82; nonché PROTO PISANI, *Allegazione di fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.* 2003, I, 604. Secondo ORIANI, op. cit. p.1172, non sarebbe possibile “ attribuire alla non contestazione un effetto irreversibile, addirittura maggiore della stessa confessione, che pure in alcuni casi è revocabile. La soluzione deve essere tale da lasciare al giudice la possibilità di disattendere il fatto non contestato, quando le risultanze processuali escludano la sua esistenza”

¹⁰⁷ Si noti che, riguardo all'accertamento da parte del giudice di un'altra questione preliminare ai fini dell'accoglimento della domanda di annullamento, quella, cioè, relativa al rispetto del termine di decadenza previsto dalla legge, il ragionamento potrebbe essere diverso nel senso della rilevanza d'ufficio dell'eventuale mancato rispetto di tale termine che si ritiene posto a garanzia di esigenze di ordine pubblico. In particolare, sostiene che l'eccezione di decadenza ex art. 2377 VI° co c.c. sia rilevabile d'ufficio, argomentando proprio dal fatto che il possesso della soglia di capitale rilevante sia, invece, espressamente considerata dal legislatore come una condizione di accoglibilità della domanda disponibile, SCALA, op. cit. p. 274. Contra, sulla scorta della giurisprudenza antecedente la riforma, CARRATTA, op. cit. p. 1143.

richieste istruttorie (chiedendo di provare tale circostanza con altri mezzi di prova) .

A tal proposito, la espressione, contenuta nel(più volte citato) art. 2378 II° co. c.c., secondo cui i soci oppositori dovrebbero “dimostrarsi possessori” del numero di azioni previsto dalla legge “al tempo dell’impugnazione”, è stata variamente interpretata dalla dottrina. Su due punti, tuttavia, le opinioni sembrano concordi: primo, la norma intenderebbe escludere che la prova dello status di socio debba necessariamente essere data in limine litis¹⁰⁸ (cioè addirittura prima o al momento della instaurazione del rapporto processuale), quindi indipendentemente dall’atteggiamento difensivo della controparte¹⁰⁹, ma sarebbe soggetta alle normali scadenze istruttorie ; secondo, tale prova potrebbe essere data con ogni mezzo¹¹⁰.

Su quest’ultimo punto è opportuno soffermarsi. Prima della riforma, si negava la possibilità di provare la qualità di socio con mezzi equipollenti al deposito dell’azione.

La più ampia formulazione della disposizione, rispetto a quella precedente,

¹⁰⁸ In questo senso IANNICELLI, op cit. p. 1103 e ss. cui si rinvia per l’ampia trattazione sul significato dell’inciso contenuto nell’art. 2378 c.c.

¹⁰⁹ Il riferimento temporale fatto dall’art. 2378 c.c. non riguarderebbe quindi alla prova del possesso delle azioni bensì la sussistenza del fatto costitutivo (possesso della soglia) del diritto all’annullamento nel senso che non dovrebbe ritenersi ammissibile una domanda ,proposta da un socio che non raggiunga la quota di partecipazione al capitale rilevante, condizionata alla proposizione di altre domande di annullamento provenienti da altri soci. Si noti che sulla , più volte citata, questione del deposito di almeno una azione si giocava la consumazione del diritto di impugnativa del socio. In alcune decisioni giurisprudenziali l’impugnazione del socio veniva dichiarata improcedibile anche nel caso in cui il titolo azionario fosse esibito in corso di causa anziché al momento della iscrizione della causa a ruolo (si veda la già citata sentenza del Trib. Napoli 10-11-1997 in Società 1998, 447, n. TASSI.) . Solo secondo Cass. 13 -3-1975 n. 938 in casi particolari l’azione poteva ritenersi proponibile quando l’attore sia stato impossibilitato ad eseguire il deposito per causa a lui non imputabile.

¹¹⁰ In questo senso SCALA, op. cit. p. 269 nonché, pur ritenendo, però, che si tratti della prova della legittimazione ad agire e non di un fatto costitutivo del diritto, CARRATTA, op. cit. p. 1151.

sembra senz'altro connessa con il fenomeno della cd. "dematerializzazione" delle azioni e, in genere, degli strumenti finanziari (già prima della riforma, come accennato(art. 73), si riconosceva nel caso di azioni "dematerializzate"la possibilità di depositare, invece, una apposita certificazione)

L'emissione delle azioni segna, infatti, la normalità dei casi e la partecipazione del socio in società è quindi rappresentata da titoli azionari. La possibilità (ai sensi dell'art. 2346 c.c.) di escludere l'emissione dei titoli azionari o di prevedere l'utilizzazione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione rispecchia, inoltre, l'esigenza di evitare gli effetti negativi determinati dalla inopportuna immobilizzazione dovuta al deposito dei titoli azionari in vista della partecipazione alle assemblee. La possibilità di prevedere diverse tecniche di legittimazione e di circolazione, comporta che, per le azioni dematerializzate, dovrebbero trovare applicazione le disposizioni del d. lgs. N. 58/1998 (cd. "decreto Draghi"), cioè il sistema della cd. "gestione accentrata".

Ai sensi dell'art. 2370 c.c., inoltre, la legittimazione per l'azionista ad esercitare i diritti connessi alla partecipazione potrebbe essere attribuita dal libro soci.

Bisogna pertanto chiedersi se, la nuova formulazione dell'art. 2378 II° co. debba essere intesa nel senso che, fatte salve le regole particolari di legittimazione nel caso di azioni dematerializzate, la prova dello status di socio (e soprattutto del possesso della quota di capitale prevista dal III° co. dell'art. 2377 c.c.) deve essere in ogni caso data depositando i titoli azionari, ove questi siano stati emessi, (nei termini previsti per il deposito di documenti); oppure essa intenda, in un

certo senso, “liberalizzare” la prova dello status di socio rendendo, ad esempio, praticabile anche la via delle prove costituenti.

Il problema potrebbe porsi visto che, il deposito del titolo azionario era considerato dalla giurisprudenza (forse impropriamente) come prova legale¹¹¹ della qualità di socio, talora, invece, più correttamente, si parlava, a tal proposito, di “prova necessaria”.

La via delle prove costituenti appare in ogni caso problematica.

Bisogna chiedersi, infatti, se lo status di socio possessore della quota di capitale rilevante ai fini della domanda di annullamento della deliberazione possa essere provato, ad esempio, tramite prova testimoniale (di altri soci o amministratori o addirittura terzi?) o con interrogatorio formale¹¹² (eventualmente, è da ritenere, degli amministratori) e se il giudice possa, eventualmente, ordinare l’esibizione dei titoli azionari ex art. 210 c.p.c. o l’esibizione del libro soci ex art. 212 II° co. c.p.c. (2711 c.c.).

3.- Sui rapporti fra titolarità del diritto sostanziale e legittimazione all’impugnazione delle deliberazioni assembleari: la ammissibilità dell’impugnazione proveniente dal cd. “ex socio”.

¹¹¹ L’espressione, pur non essendo del tutto appropriata, visto che essa si riferisce ai limiti che subisce il principio del libero convincimento del giudice di fronte a taluni mezzi di prova, allude al fatto che di fronte al deposito del titolo azionario la qualità di socio risultasse inequivocabilmente certa.

¹¹² Si veda C. Appello Milano 19-2-1960 cit. che ha espressamente negato che la prova della qualità di socio potesse essere data tramite interrogatorio formale.

La cessazione dello status di socio nelle società di capitali può avvenire, oltre che per la cessione della partecipazione, a seguito di recesso dalla società (disciplinato ora dagli artt. 2437 e 2473 c.c. nonché art. 34 d. lgs..n.5/03). Dopo la riforma del diritto societario, per la società a responsabilità limitata, si aggiunge, inoltre, l'esclusione (art. 2473 bis c.c.), istituto tipico delle società di persone (art. 2286 c.c.) nonché delle società cooperative (art 2533 c.c.).

Bisogna, quindi, distinguere i casi in cui l'”*exit*” del socio ponga problemi di legittimazione ad agire di tale soggetto in relazione, per così dire, alla ultrattività degli effetti della partecipazione al contratto di società, dai casi in cui la circolazione della partecipazione incida sui rapporti fra titolarità e legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni assembleari.

A tal proposito, abbandonata la prospettiva della necessità della prova della legittimazione ad agire, l'art. 2378 II° co. c.c. disciplinerebbe , secondo una parte della dottrina ,che evidenzia come la dimostrazione del possesso azionario debba avvenire “al tempo dell'impugnazione”,l'impatto della perdita della qualità di socio sulla possibilità di esercizio del potere di impugnazione (ex art. 2377 c.c.) nel senso di negare la legittimazione ad impugnare all'ex socio¹¹³.

¹¹³ Si veda a tal proposito SCALA, op. cit. p. 268 e 269, nonché CARRATTA, op. cit. p. 115 secondo cui, nel caso in cui l'ex socio intendesse far valere vizi della deliberazione integranti l'annullabilità della stessa “le sole strade percorribili sembrerebbero essere quelle della possibilità di avanzare domanda di risarcimento degli eventuali danni subiti per effetto della deliberazione invalida, ma attraverso l'ordinario processo a cognizione piena, oppure quella di esperire intervento volontario adesivo dipendente nel giudizio di impugnazione intrapreso da uno dei legittimati a farlo” . Nello stesso senso IANNICELLI, op. cit. p. 1101 secondo cui “ l'art. 2378 2° co ancorando il possesso del numero di azioni previsto dall'art. 2377 3° co. al tempo dell'impugnazione , conferma più chiaramente l'esclusione della legittimazione dell'ex socio per l'azione di annullamento ; quindi , anche se questi sia titolare di un diritto attuale leso dalla delibera potrà farsi interveniente adesivo dipendente nel giudizio di impugnazione da altri proposto ovvero richiedere il risarcimento del danno , incardinando un processo ordinario a cognizione piena”.

Sotto la vigenza del vecchio testo degli artt. 2377-79 c.c. la giurisprudenza tendeva ad ammettere tale soggetto all'impugnazione delle deliberazioni (anche per motivi che davano luogo alla annullabilità delle stesse; nel caso di nullità c'era, infatti, e c'è tutt'ora, la valvola di sicurezza della legittimazione attribuita a chiunque vi abbia interesse) soprattutto nelle ipotesi di recesso o esclusione dalla società (nonché nel caso di azzeramento e mancata sottoscrizione del capitale sociale ricostituito). In particolare, nel caso di recesso o di esclusione, veniva riconosciuta la tutela del diritto alla quota di liquidazione eventualmente pregiudicato dalla delibera di approvazione del bilancio. Inoltre, sempre nel caso di esclusione, avvenuta per inadempienza delle obbligazioni derivanti dalla legge o dal contratto sociale, si riteneva che il socio escluso potesse impugnare la deliberazione da cui era scaturito l'obbligo rimasto inadempito¹¹⁴.

Nonostante il tenore letterale del nuovo art. 2378 c.c. (che indubbiamente spingerebbe in tal senso), appare forse dubbio che si possa negare al soggetto uscito dalla società il diritto di impugnazione in senso assoluto.

Questo diritto dell'ex socio sembrerebbe, infatti, connesso con gli effetti spiegati dalle deliberazioni (come ad es. quella di approvazione del bilancio) che non sono immediati ma si propagano nel tempo. La perdita dello status di socio,

¹¹⁴ Si veda Cass. 13 gennaio 1988 n. 181 la quale, nel caso di impugnazione ex art. 2377 c.c., da parte del socio escluso da una società cooperativa a r.l. , (oltre che della delibera di esclusione) anche della deliberazione da cui erano scaturiti gli obblighi rimasti inadempiti, con la quale era stata disposta l'accensione di alcuni mutui a carico della società con relativo obbligo di ciascun socio di garantirli con fideiussione personale, pur ritenendo nel caso di specie inammissibile l'impugnazione a causa della mancata prova di un concreto interesse all'annullamento, ha precisato che tale inammissibilità non derivava automaticamente dalla perdita della qualità di socio e che, dunque, in linea teorica, tale soggetto sarebbe legittimato alla proposizione dell'azione di annullamento.

inoltre, non esaurisce immediatamente il rapporto sinallagmatico fra socio e società ma da ciò deriva un ulteriore fascio di diritti e obblighi a carico delle parti(ad es. diritto alla quota di liquidazione ecc).

In queste ipotesi l'interesse ad agire sopravvive alla legittimazione; questa è la formula usata dalla giurisprudenza¹¹⁵(per lo meno sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 2378 c.c.) per giustificare il superamento dei limiti imposti dall'art. 2377 (anche in relazione alla necessità del deposito di una azione).

Se non si dovesse accogliere questa impostazione , negando così all'ex socio la legittimazione per così dire “primaria” ad una tutela di tipo reale, a meno che questi non faccia valere vizi che diano luogo alla nullità della deliberazione ex art. 2379 c.c., l'unico strumento a sua disposizione contro le deliberazioni annullabili sarebbe dato dalla possibilità di esperire intervento volontario¹¹⁶ nel giudizio di annullamento eventualmente proposto da altro socio (ma si tratterebbe pur sempre di uno strumento ancorato alla altrui iniziativa; oppure si potrebbe forse pensare alla opposizione di terzo revocatoria , con tutti i limiti, però, di questo rimedio). L'ex socio potrebbe in ogni caso esercitare una azione

¹¹⁵ Si veda Cass. 25 marzo 2003 n. 4372 in Società 2003, 1109, n. FURFARO nonché in Foro it. 2003 , I, 2741 n. SILVETTI, che, in una intricata vicenda di impugnazione per nullità di due bilanci consecutivi di una srl (che era nata dalla trasformazione di un società di fatto) da parte di un ex socio (che aveva fatto parte della società di fatto) ma che non aveva poi sottoscritto alcuna quota di nuova emissione in occasione della ricostituzione del capitale sociale della s.r.l. andato interamente perduto), ha affermato che “ la perdita (della qualità di socio determina) normalmente anche la perdita dell'interesse ad agire . Tale regola non opera e l'interesse ad agire sopravvive alla perdita della qualità di socio soltanto quando l'attore vanta un diritto in relazione alla sua passata partecipazione e tale diritto dipenda dall'accertamento della legittimità di una del assembleare presa quando egli era ancora socio”. In tal senso la già citata Cass. n.181/1988 (che riguardava una impugnazione ex art. 2377 c.c.) secondo cui sarebbe “evidente l'interesse dell'ex socio ad impugnare la delibera assembleare della società pur dopo la sua uscita dalla medesima ed è sufficiente quindi che egli dia prova di tale interesse per legittimarsi all'esercizio della relativa azione”

¹¹⁶ Si tratterebbe di intervento adesivo dipendente secondo CARRATTA op. cit. p. 1152.

di risarcimento danni (di diritto comune) nei confronti della società ¹¹⁷ . Sarebbe tuttavia da valutare la eventuale proponibilità da parte di tale soggetto della speciale azione di risarcimento danni prevista dal nuovo art. 2377 IV° co. c.p.c.

4.- Segue. Il trasferimento della partecipazione sociale ed il controverso richiamo all'art. 111 c.p.c. contenuto nel novellato art. 2378 II° co. c.c.

Dispone il II° co. dell'art. 2378 che, “fermo restando quanto disposto dall'art. 111 c.p.c., qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimento 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”

Il profilo della legittimazione alla impugnazione delle deliberazioni assembleari viene, quindi, distintamente alla luce nel caso di scissione fra rapporto giuridico sostanziale e rapporto processuale (che si ha nell'ipotesi di cessione del diritto sostanziale tramite il trasferimento delle azioni) osservando, cioè, i riflessi di ciò sul rapporto processuale (già instaurato o ancora da instaurare)¹¹⁸.

¹¹⁷ Così CARRATTA, op. cit. p. 1152.

¹¹⁸ Come rileva, infatti, REDENTI (*Sui trasferimenti delle azioni civili*, Riv. Trim. dir. proc. civ. , 1955, p. 88) “in realtà all'atto pratico il problema della legittimazione si distingue (per il giudice) dal problema del merito (cioè di fondamento intrinseco della domanda), solo perché ed in quanto prima di affrontare nel suo intrinseco questo secondo problema , il giudice deve preliminarmente domandarsi: in ipotesi, si vera sunt exposita, l'azione de qua agitur spetta o spetterebbe , secondo le relative norme legali , a colui che propone la domanda ?(...) Ora quando ci sia di mezzo (o si dice esservi di mezzo)una cessione, il giudice dovrà porsi preliminarmente il problema di legittimazione “.

Innanzitutto, la prima novità introdotta dall'art. 2378 II° co sembrerebbe essere quella di presupporre la ammissibilità del trasferimento della partecipazione (salvo distinguere fra trasferimento dell'intera soglia di capitale prevista dal III° co dell'art. 2377 c.c. e di parte di essa) in corso di causa¹¹⁹.

Sotto la vigenza del vecchio testo di tale disposizione, infatti, la regola del deposito di almeno una azione era interpretata nel senso che la qualità di socio dovesse permanere ininterrottamente dalla data della delibera per tutta la durata del giudizio di impugnativa¹²⁰ ed in ciò si individuava una deroga al principio della *perpetuatio legitimationis*¹²¹.

Il superamento di questa sorta di “divieto di alienazione della res litigiosa”, regola forse legata all'idea della intrasmissibilità del diritto potestativo di azione una volta che questo si sia “consumato” a seguito del suo esercizio¹²², dovrebbe,

¹¹⁹ Secondo LENER, in Società di capitali, cit., p. 560 secondo cui non sarebbe sicuramente legittimato all'impugnazione l'ex socio (intendendo anche colui che perda tale qualità nel corso del giudizio) “infatti, se nel passato si è discusso se la qualità di socio dovesse permanere per tutto lo svolgimento del processo di impugnazione, la novella risponde espressamente al problema nel senso della necessità del permanere della qualità di socio (e oggi di socio qualificato da una soglia minima di possesso azionario) fino alla pronuncia della sentenza “

¹²⁰ In tal senso ZANARONE, op. cit. p. 385. Così pure ROMANO PAVONI, op. cit., p. 359 secondo cui “chi propone l'impugnativa doveva essere socio al momento della deliberazione e deve esserlo attualmente, non deve dunque essersi spogliato comunque della titolarità dell'azione o quota: ciò si argomenta dalla norma che impone di depositare almeno una azione in cancelleria ed è conforme al principio espresso dall'art. 100 c.p.c.>>

¹²¹ Come illustremente sostenuto da CARNELUTTI, Legittimazione e interesse e cit., p. 510 ess. la regola del deposito di almeno una azione “tenuto conto dello scarso tecnicismo delle formule di norme processuali introdotte nel codice civile” dovrebbe intendersi nel senso che “la qualità di socio non si possa provare se non mediante il documento conosciuto sotto il nome di azione sociale; ma sarei perplesso nell'aderire all'opinione della corte di Milano secondo la quale il deposito dovrebbe permanere per tutta la durata del giudizio, con una deroga al principio della *perpetuatio legitimationis* della quale non vedo la ragione”.

Normalmente, infatti, la successione a titolo particolare nella res in *udicium deducta* non dovrebbe influire sulla qualità di parte, la quale continua a inerire alla posizione giuridica dell'alienante. “è (questo) un principio che nella dottrina italiana non è stato mai contestato” (così ANDRIOLI, Commento al codice di procedura civile, sub art. 111, Napoli, 1954, p. 312.). Questa regola è l'effetto del principio degli effetti sostanziali della domanda giudiziale per il quale le modificazioni della legittimazione verificatesi in linea di fatto nel corso del giudizio non sarebbero processualmente rilevanti.

¹²² Il diritto potestativo di impugnazione sarebbe, invece, trasmissibile (secondo alcuni) prima del suo esercizio (come si vedrà oltre nel caso della impugnativa proveniente dal nuovo socio), nonché esso potrebbe sopravvivere alla perdita della qualità di socio (come si è visto sopra). Si veda REDENTI, op. cit. p. 83.

peraltro, fugare i timori, espressi da una parte della dottrina¹²³, relativi alla possibilità di eventuali remore alla impugnazione delle delibere che potrebbero riguardare soprattutto le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio¹²⁴.

Inoltre, la nuova formulazione dell'art. 2378 II° co. ha suscitato un ampio dibattito dottrinale soprattutto in relazione al significato da attribuire al riferimento, operato dalla disposizione, all'art. 111 c.p.c.¹²⁵.

Partiamo da ciò che la norma sicuramente prevede: se viene meno in corso di causa, a seguito di trasferimento per atto tra vivi, la soglia di capitale sociale prevista dalla legge, il giudice non può pronunciare l'annullamento (dovrà conseguentemente rigettare nel merito tale domanda) ma può pronunciare sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto.

Lasciando da parte i dubbi relativi ai rapporti fra le due domande, quella di annullamento e quella di risarcimento danni, quando siano proposte in via subordinata dal medesimo soggetto, (ed alle difficoltà relative alla possibilità di

¹²³ Così SACCHI, op. cit. p. 138.

¹²⁴ Si veda LENER, in *Società di capitali* cit. p. 561 il quale, partendo dal presupposto che "la partecipazione qualificata non possa essere alienata sino alla emanazione della sentenza definitiva" sostiene che "se solo si pone mente al fatto che la partecipazione qualificata non può essere alienata sino alla emanazione della sentenza definitiva, ci si avvede di come ciò obblighi l'istante a non cedere le azioni (verosimilmente) per molti anni. Basta questo per far ritenere assai improbabile l'impugnazione da parte di investitori istituzionali, che pur potrebbero, in teoria, apparire come i <<naturali>> destinatari di una misura divenuta di tutela, non più del singolo socio, ma delle minoranze qualificate".

¹²⁵ Qui si sovrappongono una serie di problemi. Le difficoltà interpretative sono dovute, fra l'altro, al coordinamento fra la disciplina processuale del trasferimento del diritto controverso, che, per opinione unanime, riguarderebbe i trasferimenti a titolo derivativo, con la disciplina della circolazione dei titoli di credito secondo cui l'acquisto del titolo avverrebbe a titolo derivativo mentre l'acquisto del rapporto incorporato dovrebbe essere a titolo originario, fatti salvi sempre i problemi connessi alla dematerializzazione nonché i problemi specifici relativi alla circolazione delle azioni. Tale riferimento è stato da molti giudicato inopportuno "non essendo per niente pacifica l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. al caso in cui oggetto del trasferimento e diritto controverso non coincidano, come accade appunto nel caso in esame". Così SCALA, op.cit. p. 278.

mutatio libelli, in caso di sopravvenuta estinzione di un fatto costitutivo del diritto all'annullamento, poste dal rito societario) il primo problema del riferimento all'art. 111 c.p.c. sembrerebbe tutto incentrato sugli effetti da attribuire all'eventuale intervento dell'avente causa. Se, cioè, nel caso sopra menzionato di cessione di parte della soglia di capitale rilevante, l'intervento del socio acquirente possa avere un "effetto conservativo" rispetto alla domanda di annullamento della deliberazione oppure se, al contrario, anche in caso di intervento del nuovo socio (e quindi di ripristino della condizione prevista dall'art. 2377 III° co.) tale diritto sia comunque irrimediabilmente estinto e residui quindi la sola tutela risarcitoria¹²⁶.

In questo caso, il socio che ha ceduto una parte di azioni tale da intaccare la soglia di capitale prevista dall'art. 2377 III° co. c.p.c., starebbe in giudizio in base ad una legittimazione la cui natura sarebbe incerta (non ordinaria poiché non è più titolare del diritto all'annullamento ma neanche straordinaria perché sta in giudizio per un diritto non completamente altrui¹²⁷

Al di là dei dubbi relativi all'inquadramento sistematico di tale tipo di intervento (sui quali si tornerà in seguito), se esso rientri o meno nell'ambito delle specie disciplinate dall'art. 105 e 344 c.p.c.¹²⁸, (e al di là del fatto che inevitabilmente

¹²⁶ Sostiene, fra gli altri, che, in caso di trasferimento delle azioni in corso di causa, l'acquirente abbia facoltà di intervenire nel processo e proseguire l'azione, ripristinando il numero di azioni richiesto dall'art. 2377 c.c. per ottenere l'annullamento, SCALA (op. cit. p. 278 e ss. nonché nt. 50). Contra CARRATTA, op. cit. p. 1155 secondo cui il fatto che i soci oppositori dovrebbero dimostrarsi possessori del numero di azioni previsto dall'art. 2377 III° co "al tempo dell'impugnazione" comporterebbe in ogni caso il rigetto della domanda di annullamento anche nel caso di intervento dell'avente causa.

¹²⁷ La legittimazione del cedente è qualificata come straordinaria dalla prevalente dottrina (si veda PROTO PISANI, Lezioni cit. p. 388 e ss.) nelle ipotesi normali di successione nel diritto controverso. .

¹²⁸ Per riferimenti al dibattito su questo tema si veda PROTO PISANI (*Dell'esercizio dell'azione*, in Commentario Allorio, I, 2., p. 1238 e ss., nt. 51) il quale sostiene che l'intervento del successore a titolo particolare, pur avendo in comune con l'intervento ex art. 105 II° co. c.p.c. la caratteristica di essere un mezzo di

tale intervento non possa però essere assoggettato ai ristretti termini di decadenza previsti dagli artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 5/03), il problema degli effetti dell'ingresso nel processo del successore a titolo particolare nel diritto controverso non può essere risolto semplicemente sul piano dei principi contenuti nell'art.111 c.p.c..

La questione è, infatti, più ampia e sembra richiamare, sia pure con le dovute differenze, quella dell'intervento del legittimato ad agire nel processo condotto dal non legittimato¹²⁹.

Come autorevolmente sostenuto “ la verità è che in questi casi si (avrebbe) una singolarissima utilizzazione dell'intervento a fini diversi da quelli propri dell'istituto, e cioè a fini di mera economia processuale”¹³⁰.

Infatti, pur di fronte alle difficoltà argomentative poste da tale soluzione interpretativa (si dovrebbe, cioè, immaginare una sorta di quiescenza di uno dei fatti costitutivi del diritto all'annullamento con una sua eventuale degradazione a

tutela non facoltativo, visto che in entrambi i casi i terzi sarebbero soggetti, indipendentemente dall'intervento, all'efficacia (diretta o riflessa) della sentenza emanata nei confronti delle parti originarie, costituirebbe una quarta specie di intervento non inquadrabile in nessuna delle ipotesi previste dall'art. 105 c.p.c. Si veda, inoltre ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, p. 328 e ss.

¹²⁹ Su cui si veda SATTA, *L'intervento volontario*, in Riv. trim dir. proc. civ. , 1956, p. 542 e ss. il quale allude però all'ipotesi, che verrà trattata in seguito, in cui il processo sia introdotto dal soggetto non legittimato; nel caso che ci occupa, invece, la perdita della legittimazione ad ottenere l'annullamento della deliberazione avverrebbe per un evento successivo all'introduzione del giudizio.

Nella prima ipotesi, la giurisprudenza tendeva ad ammettere tale intervento intendendolo come intervento ad *excludendum* ex art. 105 1° co.c.pc. Il problema si è posto anche alla luce della riforma del sistema delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari in relazione all'interpretazione del nuovo l'art. 2377 III° co secondo cui l'azione può essere proposta dai soci quando possiedono, anche “congiuntamente” ,l'uno per mille del capitale sociale (nelle società cd. “aperte”) o, viceversa, il cinque per cento nelle altre, in relazione alla eventuale proponibilità di una domanda di annullamento, da parte del socio non titolare della soglia di partecipazione rilevante, “condizionata” alla proposizione di altre domande provenienti da altri soci. Questi temi verranno affrontati in seguito per cui si rimanda al Cap. III.

¹³⁰ Così SATTA, *L'intervento* cit. p. 554

fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno), tuttavia, di fronte alle restrizioni poste dal legislatore all'accesso alla tutela reale, e visti, inoltre, i problemi di conservazione degli effetti della domanda inevitabilmente acuiti nel caso di esercizio di un diritto potestativo soggetto a decadenza, sembra opportuno ammettere una tendenza giustificativa ad attribuire effetti conservativi all'intervento dell'avente causa¹³¹.

Ancor più spinosa appare la questione del trasferimento della partecipazione azionaria in pendenza del giudizio di appello (oppure durante il decorso del termine per impugnare). In questo caso, se non fossero riconosciuti effetti conservativi all'intervento dell'avente causa¹³², si avrebbe, probabilmente, il "travolgimento"¹³³ della sentenza di annullamento emessa in primo grado (con una amputazione di tutela visto che una eventuale domanda di risarcimento danni, anche se riproposta ex art. 346 c.p.c., sarebbe difficilmente coltivabile nel giudizio di secondo grado).

La possibilità che sia trasferita la partecipazione sociale in corso di causa , come

¹³¹ Secondo IANNICELLI (op . cit. p. 1109) “ Se il processo è proseguito dall’opponente senza una partecipazione attiva dell’avente causa (il quale né interviene volontariamente né è chiamato in causa), al dante causa non è più possibile fornire la prova del possesso azionario e quindi il giudice non deve pronunciarsi sull’originaria domanda di annullamento , in tal caso la causa prosegue tra le parti originarie ma il suo oggetto si riduce alla decisione sulla domanda di risarcimento “diversamente , se l’acquirente interviene, il requisito del possesso della soglia di capitale qualificata non può essere considerato mancante ed è possibile addivenire ad una pronuncia di annullamento.

¹³² E data per scontata la ammissibilità dell’intervento ex art. 111 c.p.c. in appello, anche oltre i limiti previsti dall’art. 344 c.p.c., (come sostenuto da PROTO PISANI , *Dell’esercizio* cit. p. 1239) peraltro già superati dall’art. 21 d. lgs. N. 3/05 che consente in appello anche l’intervento di terzi che hanno interesse a sostenere le ragioni di alcuna delle parti.

¹³³ Così SANZO, op. cit. p. 637 nt.15.

è stato osservato, “viene agevolmente a prestarsi a manovre fraudolente”¹³⁴ sia da parte della maggioranza che della minoranza. A tal proposito bisogna chiedersi se (indubbiamente, non senza operazioni interpretative praeter legem) il ricorso ai principi contenuti nell’art. 111 c.p.c. possa costituire uno strumento processuale per reprimere eventuali comportamenti abusivi che possano ledere il diritto ad ottenere l’annullamento di una deliberazione invalida.

È stato, infatti, evidenziato come la perdita della soglia di partecipazione rilevante ai fini dell’annullamento potrebbe essere “involontaria”; il richiamo è all’ipotesi di aumento di capitale finalizzato ad incidere, appunto, sulle sorti del giudizio di impugnazione di una deliberazione assembleare già avviato (o addirittura in fase di appello con le possibili conseguenze cui si è già fatto cenno)¹³⁵.

La applicabilità dell’art. 111 c.p.c. a questo caso si scontrerebbe, tra l’altro, con le difficoltà di considerare il complesso meccanismo attraverso cui si addiende all’aumento di capitale quale “trasferimento del diritto controverso”

A tal proposito bisogna pertanto chiedersi se il richiamo all’art. 111 c.p.c. possa essere inteso come riferimento alla ratio della disposizione ,e non ai dettagli della disciplina in essa contenuta, consentendo così una utilizzazione del principio della

¹³⁴ Così, fra gli altri, nel *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto Commerciale interno e internazionale*, Università cattolica di Milano, in Riv. Soc. 2002, 1453 e ss.

Ritiene che “nel silenzio del legislatore non dovrebbero essere idonei ad incidere sul requisito (del possesso qualificato di capitale) i mutamenti conseguenti alle determinazioni sulle partecipazioni azionarie assunte pendente lite dalla compagine sociale “ IANNICELLI, op, cit.p 1098.

¹³⁵ Il problema si è posto anche nell’ambito del procedimento ex art. 2409 c.c. Si veda T. Napoli 25 maggio 1999, in foro nap. 1999, 358, n. RUBINO DE RITIS, secondo cui “la titolarità di un decimo del capitale sociale da parte del socio ricorrente ex art. 2409 c.c. deve sussistere non solo al momento della presentazione del ricorso ma anche al momento della emissione degli opportuni provvedimenti da parte del tribunale” (nel caso di specie il tribunale aveva dichiarato improcedibile la denuncia ex art. 2409 in quanto a seguito della riduzione del capitale a zero per perdite e contestuale aumento, non sottoscritto dal ricorrente, quest’ultimo aveva perso la qualità di socio).

“perpetuatio legitimatiois” al fine di arginare eventuali violazioni del principio di correttezza. La soluzione, sicuramente problematica, visto che presupporrebbe, tra l’altro, una cognizione (incidenter tantum) del giudice riguardo alla eventuale annullabilità per eccesso di potere della delibera che ha approvato la proposta di aumento di capitale, consentirebbe di attribuire, in questo particolare caso, una tutela di tipo “reale” alla minoranza rendendo irrilevante sul piano processuale le modificazioni degli assetti del capitale sociale.¹³⁶.

Il problema dei comportamenti abusivi, che possano influenzare le sorti del giudizio di annullamento di una deliberazione assembleare invalida, si potrebbe porre, anche da un’altra prospettiva, quella cioè dei rapporti interni alla minoranza.

L’ipotesi è quella della cessione della partecipazione (da parte di uno dei soci che “congiuntamente” avevano impugnato la deliberazione, tale da scalfire la quota di capitale prevista dall’art. 2377 III° co. c.c.) animata da fini ricattatori.

Anche in questo caso il richiamo ai principi contenuti nell’art. 111 c.p.c. è tutt’altro che agevole. La ratio di questa disposizione è, infatti, quella di tutelare la parte che non abbia dato adito alla successione¹³⁷, ma nella fisiologica contrapposizione fra attore e convenuto. Ma nell’ipotesi prevista dall’art. 2377 (a proposito della quale si è parlato di “parte necessariamente complessa¹³⁸”) si dovrebbe immaginare una applicazione della norma (e quindi della regola della

¹³⁶ Infatti, nel parere citato nella nota precedente, si proponeva di modificare il testo dell’art. 2378 c.c. nel senso che “ Qualora il venir meno del detto requisito di legittimazione dipenda da un comportamento contrario al principio di buona fede dei soci di maggioranza della società, il requisito stesso non si considera venuto meno e il processo prosegue in relazione alla domanda di annullamento della delibera”.

¹³⁷ Così PROTO PISANI, *Dell’esercizio* cit., p. 1226.

¹³⁸ Così SCALA, op. cit. p. 276.

perpetuatio legitimacionis), per così dire, “interna” alla stessa parte processuale. In questa ipotesi potrebbe, inoltre, essere valorizzata l'utilizzazione, ai medesimi fini, anche l'istituto dell'intervento coatto ad istanza di parte nonché *iussu iudicis*¹³⁹.

Ma la perdita, in corso di causa, della condizione prevista dal III° co dell'art. 2377 c.c., potrebbe avvenire anche per comportamenti processuali, provenienti solo da alcuni dei soggetti che formano la parte necessariamente complessa, che, pur non costituendo trasferimento del diritto controverso, incidano, tuttavia, sul diritto ad ottenere l'annullamento della deliberazione invalida. Si pensi all'ipotesi di rinuncia all'azione¹⁴⁰(o di rinuncia agli atti del giudizio), in cui il ricorso all'art. 111 c.p.c. sarebbe ancor più delicato.

Di fronte a tali problemi si rafforzerebbe l'idea che il novellato II° co. dell'art. 2378 c.c., ed in particolare il suo riferimento all'art. 111 c.p.c., contenga un richiamo alla ratio di tale disposizione, quindi, consentendo la applicazione del principio della perpetuatio legitimacionis in tutte le ipotesi (anche in quelle non costituenti, stricto iure, “trasferimento del diritto controverso”) in cui vi sia l'esigenza di tutelare la parte, che non abbia dato causa alla sopravvenuta perdita della legittimazione ad agire, da comportamenti contrari al principio di

¹³⁹ Sia pure con una serie di perplessità relative alla utilizzazione di questo strumento per ripristinare l'esistenza di un fatto costitutivo nell'ambito dell'esercizio di una azione costitutiva, nonché relative agli effetti da attribuire alla eventuale mancata costituzione del chiamato. Su questi temi si tornerà nel III capitolo.

¹⁴⁰ Sul problema della influenza della rinuncia all'azione o agli atti del giudizio proveniente da uno dei soci impugnanti sulle sorti dell'intero giudizio si veda IANNICELLI, op. cit. p. 1098 e ss. secondo cui “il socio che da solo non ha il possesso azionario minimo si assume il rischio di congiungersi ad altri per richiedere l'annullamento della delibera in luogo di instare per il risarcimento <<integrale>> conseguente al consolidamento della stessa”.

correttezza e buona fede¹⁴¹.

Ma la norma potrebbe nascondere un altro problema. Se, cioè, debba essere dato un significato diverso alla cessione, avvenuta in corso di causa, dell'intera partecipazione azionaria rispetto alla cessione di parte di essa .

Bisogna, cioè, forse distinguere il caso in cui l'impugnante si spogli completamente della qualità di socio da quello in cui, pur conservando tale status, non possieda più i requisiti per ottenere una tutela di tipo reale.

Già nella giurisprudenza anteriore alla riforma, alla cessione della partecipazione veniva ricollegata la perdita della legittimazione a far valere l'annullabilità della delibera¹⁴² , inoltre, nell'interpretazione dell'art. 2409 c.c. (vecchio testo), “prototipo”, in un certo senso , dei diritti attribuiti ad una minoranza qualificata, vi erano delle opinioni che ritenevano che la cessione volontaria della partecipazione al capitale sociale da parte del socio denunziante dovesse equivalere alla rinuncia al ricorso¹⁴³ .

¹⁴¹ Bisogna rilevare che il riferimento all'art. 111 c.p.c. operato dall'art. 2378 c.c. evidenzia un dubbio di fondo proposto dalla nuova disciplina relativo al modo di intendere il concetto di parte processuale : se , cioè, la parte debba essere considerata in senso unitario o debba, invece, essere attribuita rilevanza alle singole individualità che la compongono (ad es: se si parla di rinuncia all'azione o agli atti, essa deve necessariamente provenire dalla parte complessa senza che sia possibile attribuire rilevanza a iniziative individuali.?) . Probabilmente, la soluzione di questi problemi dipende dall'idea che si abbia in tema di “concorso di azioni” in caso di diritti potestativi concorrenti.

¹⁴² Secondo trib. Milano 19 marzo 2003, in giur. It. 2003, 1404 “il venir meno della qualità di socio per effetto della cessione della quota comporta l'automatica perdita della legittimazione ad impugnare le delibere societarie per motivi comportanti il loro annullamento, pur permanendo la legittimazione per i profili di nullità”.

¹⁴³ Da ultimo Trib. Verona, 10 gennaio 2001 in Società 2001.

Diversamente, secondo A. Napoli 23 novembre 2003 cit. “coloro che nella qualità di soci hanno promosso il procedimento ex art. 2409 c.c. dinanzi al tribunale sono legittimati a partecipare alla fase di reclamo di fronte alla Corte di Appello, a nulla rilevando che nel frattempo abbiano dimesso la partecipazione azionaria” ritenendo, peraltro, non necessaria la proposizione di un reclamo incidentale.

A maggior ragione, quindi, nel caso previsto dall'art. 2377 c.c., la definitiva perdita dello status di socio da parte dell'impugnante potrebbe essere interpretato (mutuando le parole usate dal legislatore) come una sorta di “atto incompatibile con la volontà di avvalersi delle impugnazioni”. Al contrario, la ammissibilità di una cessione parziale della partecipazione, sarebbe perfettamente coerente col nuovo assetto dei rapporti fra tutela specifica e risarcitoria accordata ai soci di s.p.a.

5.- segue. La ammissibilità dell'impugnazione proveniente dal nuovo socio.

Della ammissibilità dell'impugnazione di una deliberazione assembleare proveniente dal cd. “nuovo socio”, cioè, da chi abbia acquistato la partecipazione al capitale sociale in epoca successiva alla emanazione della delibera invalida, si discuteva, come è noto, molto prima della riforma del diritto societario.

Già, infatti, sotto l'imperio del Codice di Commercio si tendeva ad ammettere tale soggetto alla impugnazione vista la ampia formulazione dell'art. 163 co. 2° secondo cui “alle deliberazioni manifestamente contrarie all'atto costitutivo , allo statuto o alla legge , può essere fatta opposizione *da ogni socio*”. Vi era, tuttavia, il dissenso di una parte della giurisprudenza secondo cui il nuovo socio, entrando volontariamente a far parte della società, avrebbe dovuto accettare lo stato di diritto in cui essa si trovasse.

Dopo l'entrata in vigore del codice civile è prevalsa la tesi negativa fondata, oltre che sul tenore letterale dell'art. 2377 c.c., soprattutto, sulla intenzione di evitare di concedere ai soci uno strumento per proporre impugnazioni animate da fini opportunistici e non coincidenti con il perseguimento dell'interesse sociale¹⁴⁴.

È, tuttavia, evidente come la questione non possa essere risolta attraverso un approccio letterale all'interpretazione dell'art. 2377 c.c., anche nella sua nuova formulazione, (salvo a voler valorizzare la formulazione del 2° co dell'art. 2378 c.c. secondo cui sarebbe necessario possedere il numero di azioni previsto dalla legge "al tempo dell'impugnazione"¹⁴⁵).

In questo caso, infatti, non è in discussione la eventuale legittimazione a proporre l'impugnazione ex art. 2377 c.c., (qui la titolarità del diritto di ottenere l'annullamento della delibera e la legittimazione a farlo valere coinciderebbero), ma vi è un problema, di ordine generale, di trasferimento del rapporto giuridico inteso come sovrapposizione fra rapporto sostanziale e rapporto processuale che non può essere affrontato semplicemente alla luce delle norme contenute negli artt. 2377 e ss c.c. ma coinvolge, tra l'altro, anche la disciplina della circolazione dei titoli azionari.

¹⁴⁴ Per riferimenti al dibattito svoltosi sul tema si veda TRIMARCHI, *Titolarità del diritto di impugnare le deliberazioni annullabili*, Riv. Soc. 1957, p. 68 e ss. La tesi negativa è sostenuta, fra gli altri, da ROMANO PAVONI, op. cit., p. 357 e ss, VASELLI, *Deliberazioni nulle e annullabili*, Padova 1947, p. 53 e ss.; dubbi in proposito sono espressi da GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1952. Si veda inoltre Cass. n. 1788/1989 che in un obiter dictum stabilisce che non è legittimato all'impugnazione ex art. 2377 il nuovo socio che potrebbe però impugnare la deliberazione ex art. 2379 c.c.

¹⁴⁵ Così LENER, in *Società di capitali* cit., p. 560 che ritiene non condivisibile la tesi negativa basata sulla interpretazione letterale dell'art. 2377 c.c. Secondo questo Autore il nuovo socio dovrebbe essere ritenuto legittimato alla impugnazione anche a prescindere dalla posizione assunta dal suo dante causa in assemblea. Il nuovo socio acquisterebbe quindi una partecipazione completa. Secondo GALGANO, *Diritto Commerciale, le società*, Bologna, 2004, p. 282, l'azione non spetterebbe a "coloro che abbiano ceduto le proprie azioni dopo la data della deliberazione; è, invece, legittimato chi risulti avere acquistato i titoli in epoca successiva". Contrario alla ammissibilità della impugnazione proveniente dal nuovo socio anche IANNICELLI, op. cit. p. 1102.

Bisogna cioè chiedersi se il trasferimento dell'azione in giudizio, *iam nata*, (ma non ancora esercitata) debba seguire lo stesso regime del trasferimento del rapporto sostanziale sottostante.

Qui il discorso si complica.

Secondo una autorevole opinione dottrinale, infatti, che prende le mosse dalla distinzione fra azioni che nascono dalla lesione di diritti soggettivi primari e non (un esempio del primo tipo sarebbe costituito dall'azione di rivendica rispetto al diritto di proprietà, mentre l'impugnazione di una deliberazione assembleare di società per azioni rientrerebbe nel secondo), “per le azioni che sorgono da (veri e propri) diritti soggettivi primari, il regime di successione e di trasferimento andrà (poi) determinato in relazione al nesso, qualche volta indissolubile, che sussiste e persiste fra quelle e questi. Negli altri casi andrà determinato volta per volta tenendo conto dei caratteri della situazione genetica e dei risultati a cui tendono le singole azioni”¹⁴⁶.

Quindi le chiavi di lettura della vicenda risiedono sia nella disciplina della circolazione dei titoli azionari sia nella concezione che si abbia dell'azione di annullamento concessa dall' art. 2377 c.c.

Riguardo al primo aspetto, come è noto, secondo i principi che regolano la circolazione dei titoli di credito, e soprattutto in conseguenza del fenomeno della cd. “incorporazione”, la proprietà del titolo viene acquistata a titolo derivativo ma l'acquisto del diritto incorporato avverrebbe a titolo originario.

Per quanto concerne in particolare le azioni, che sono dei cd. “titoli di

¹⁴⁶ Così REDENTI, op. cit., 74 e ss.

partecipazione” in quanto incorporano il diritto di partecipazione ad una collettività, si dubita, come si sa, circa la loro natura di titoli di credito, più che per la complessità del diritto (*rectius status*) in esse incorporato, proprio perché il requisito della “autonomia” del diritto incorporato risulterebbe appannato.

Il diritto in esse contenuto non è del tutto autonomo, cioè indipendente dai rapporti intercorsi fra il debitore e i precedenti titolari. Infatti, in deroga a quanto previsto dall’art. 1993 2° co c.c. la società potrebbe opporre anche a terzi possessori di buona fede le eccezioni di inesistenza e inadempimento del rapporto fondamentale (ad esempio, mancata sottoscrizione del capitale o mancato versamento dei conferimenti); ciò, evidentemente, per esigenze di diritto societario che prevarrebbero sulle regole del diritto cartolare. Vi sarebbe, cioè, la cd. “incorporazione” in sede di circolazione ma non in sede di costituzione del rapporto cartolare.

Bisogna quindi chiedersi se il fenomeno della attenuazione del cd. principio di “autonomia” (che si avrebbe nell’acquisto del rapporto sostanziale in caso di trasferimento di azioni) possa avere riflessi sul piano processuale aprendo uno spiraglio alla opponibilità, da parte della società, all’acquirente (anche in buona fede che non agisca, cioè, “intenzionalmente a danno” della società) , del consenso manifestato, durante l’ assemblea, dall’alienante.

Queste le regole di “diritto comune”; come è noto, tuttavia, il d.lgs. 24 giugno 1998 n. 213¹⁴⁷ ha previsto e disciplinato la cd. “dematerializzazione” degli

¹⁴⁷ Al cd. “TUF “, che ha, come è noto, abrogato la l. 19 giugno 1986 n. 289 contenete disposizioni relative all’amministrazione accentrata di valori mobiliari attraverso la “Monte titoli s.p. a. “ , ha fatto seguito il d. lgs. 24 giugno 1998 n. 213 (cd. Decreto Euro) che, oltre a dettare disposizioni per l’introduzione dell’euro in Italia,

strumenti finanziari per cui le azioni interessate non sono più rappresentate da titoli, essendo questi sostituiti da conti accesi nella contabilità di una società incaricata della gestione accentrata di strumenti finanziari, introducendo così profonde innovazioni nella disciplina della circolazione e dell'esercizio dei diritti azionari e offuscando la stessa distinzione (che si basa essenzialmente sulla diversa legge di circolazione) fra azioni nominative e al portatore.

Queste novità, che riguardano sicuramente le società cd. aperte (mentre sarebbero da individuare le disposizioni applicabili anche alle società chiuse) potrebbero avere riflessi sulla soluzione del problema dal quale abbiamo preso le mosse. Bisogna, infatti, chiedersi quale sia la sorte del principio di "autonomia" nella circolazione della partecipazione sociale alla luce del fenomeno della "dematerializzazione"; in particolare quale sia il regime delle eccezioni da parte dell'emittente nel caso di trasferimento di azioni soggette a gestione accentrata e quale sia il significato dell'eventuale richiamo all'art. 1993 c.c.

Allo stato esistono, infatti, diversi modelli di gestione accentrata. Il primo modello riguarda la gestione accentrata di strumenti finanziari ancora rappresentati da titoli (artt. 85 TUF) (per cui la dematerializzazione sarebbe cioè "incompleta" riguarderebbe cioè solo l'esercizio dei diritti amministrativi (fra cui il diritto di impugnazione delle delibere assembleari¹⁴⁸) ed è dubbio se riguardi

contiene disposizioni per la dematerializzazione degli strumenti finanziari rendendola in alcuni casi obbligatoria e, ciò che più conta, completa. A questa complessa disciplina ha inoltre dato attuazione il regolamento adottato dalla Consob, con delibera n. 11768 del 23 dicembre 1998 (e successive modificazioni)

¹⁴⁸ Ai sensi dell'art. 85 4° co. TUF l'azionista è dispensato dalla presentazione materiale del titolo (si veda infatti il più volte citato novellato 2° co dell'art. 2378 che ha cancellato l'obbligo del deposito del titolo azionario) ma si legittima di fronte all'emittente attraverso l'esibizione di apposita certificazione.

quello dei diritti patrimoniali. In questo caso il trasferimento delle azioni può avvenire anche mediante ordini di giro sui conti dell'intermediario e, ai sensi dell'art. 86 2° co. , esso produce “gli effetti propri del trasferimento secondo la disciplina legislativa della circolazione degli strumenti finanziari” quindi, si dovrebbe dedurre, secondo la disciplina dei titoli di credito, ove gli strumenti finanziari abbiano tale natura, (ma è dubbio se tale disciplina si sostituisca, unificandole, alle varie leggi di circolazione dei titoli di credito e al diverso modo di produzione degli effetti proprio di ciascuna di esse)¹⁴⁹

Un secondo modello di gestione accentrata riguarda, invece, gli strumenti finanziari per i quali l'art. 28 del citato “Decreto Euro” ha previsto la dematerializzazione obbligatoria (distinguendo fra dematerializzazione obbligatoria per legge e per norme regolamentari). Anche in questo caso il trasferimento avviene mediante ordini di giro sui conti dell'intermediario ma l'art. 33 d.lgs. n. 213/1998 prevede espressamente che “all'esercizio dei diritti inerenti agli strumenti finanziari da parte del soggetto in favore del quale è avvenuta la registrazione l'emittente può opporre soltanto le eccezioni personali al soggetto stesso e quelle comuni a tutti gli altri titolari degli stessi diritti” . E' dubbio se tale disposizione riproduca la regola contenuta nell'art. 1993 c.c.

Bisogna poi precisare che l'art. 28 3° co. del suddetto decreto introduce una forma di dematerializzazione volontaria consentendo cioè anche a chi emette strumenti finanziari non soggetti alla dematerializzazione obbligatoria di assoggettarli volontariamente a tale disciplina (non è però chiaro se l'emittente

¹⁴⁹ Per riferimenti a questi problemi si veda GRAZIANI- MINERVINI-BELVISO, op. cit., p. 654 e ss.

possa anche scegliere fra una dematerializzazione completa o incompleta).

Sul piano della azione in giudizio, poi, se essa venga a acquistata a titolo originario o derivativo dal nuovo socio, non è questione che possa essere affrontata senza analizzare il modo in cui venga trasferito il rapporto sostanziale sottostante, come si è visto; e tuttavia ciò non è sufficiente a risolvere il problema. La legge, infatti, ricollega la trasferibilità dell'azione all'esistenza e alla trasmissibilità dell'interesse a conseguire i provvedimenti a cui l'azione stessa tende¹⁵⁰.

Nel caso dell'esercizio dell'azione di annullamento di una delibera assembleare vi sarebbe una sorta di interesse *propter rem*, visto che l'interesse ad agire presuppone il possesso o la titolarità della partecipazione al capitale.

La cessione del titolo, prima dell'esercizio dell'impugnazione, tuttavia non è detto che debba necessariamente comportare la trasmissione dell'interesse ad agire. Bisogna cioè valutare se il perseguimento dell'interesse a cui presidio l'azione ex art. 2377 c.c. sia istituita possa essere considerato preminente anche rispetto ai dubbi relativi alla legittimazione ad impugnare del nuovo socio. Non è un caso che anche in questa questione si è riproposta la diatriba fra fautori dell'interesse sociale (propensi a concedere il potere di impugnazione al nuovo socio indipendentemente dal contegno tenuto in assemblea dal suo dante causa) e fautori dell'interesse personale del socio, sostenitori della soluzione opposta. In ogni ipotesi di cessione della partecipazione che possa influire sul diritto di

esercitare l'azione di impugnazione ex art. 2377 c.c. (come si è visto nel precedente paragrafo) si annida il tema dei comportamenti contrari al criterio di correttezza e buona fede (particolarmente sentito se si propende per la tesi che concede al novo socio un potere di impugnazione “nuovo” e quindi assoluto).

La soluzione , come indicato da una parte della dottrina, potrebbe risiedere nel 2° co. dell'art. 1993 c. c.. La società potrebbe cioè opporre al nuovo socio le eccezioni fondate sui suoi rapporti personali con i precedenti possessori soltanto se questi abbia agito “ intenzionalmente a danno” della società stessa.

I citati dubbi relativi al trasferimento, se a titolo originario o derivativo, del potere di azione connesso allo status di socio, sollevati da autorevole dottrina, si pongono anche quando questo avvenga in corso di causa, in relazione alla (citata) nuova previsione contenuta nell'art. 2378 2° co., secondo cui se nel corso del processo viene meno il richiesto numero di azioni a seguito di trasferimento per atto tra vivi il giudice non può pronunciare l'annullamento e provvede sull'eventuale risarcimento del danno, ove richiesto. Infatti, dietro la tesi secondo cui la pronuncia di risarcimento del danno ex art. 2378 2° co, presupporrebbe che sin dall'inizio vi sia stata la relativa domanda proposta in via subordinata da parte del socio opponente sembra presupporre l'idea che il cessionario non acquisti un potere di azione “nuovo” ma subentri in quello già esercitato dal cedente.

¹⁵⁰ Così REDENTI, op. cit. p. 82.

6. - La presunta irrilevanza dell'interesse ad agire nella azione di annullamento delle deliberazioni assembleari e il diverso ruolo tradizionalmente attribuito a questo requisito nell'ambito delle azioni costitutive e di mero accertamento.

Prima della riforma, la giurisprudenza prevalente tendeva ad affermare la irrilevanza dell'interesse ad agire nell'impugnazione ex art. 2377 c.c. sulla scia di una consolidata idea in tema di azioni costitutive¹⁵¹ e , al contrario, la necessità di una autonoma valutazione di tale requisito nell'impugnazione ex art. 2379 c.c., in conformità ad una altrettanto consolidata idea in tema di azioni di mero accertamento¹⁵² (salvo verificare in cosa dovesse poi concretizzarsi tale interesse, come si vedrà).

¹⁵¹ L'interesse costituirebbe in questo caso la "quinta ruota del carro" (secondo la nota definizione di REDENTI , *Diritto Processuale civile*, I, Nozioni e regole generali, Milano, 1980, p. 67)

La dottrina tradizionale , infatti, sembra concorde nel ritenere che "null'altro si richieda se non il diritto (o l'affermazione del diritto) alla modificazione giuridica che è oggetto della domanda e che l'interesse ad agire debba essere riconosciuto per ciò solo che sussista (o si affermi che sussista) quel diritto: l'interesse ad agire, in tale situazione sarebbe in re ipsa" (così ATTARDI, V. *Interesse ad agire* , voce del Digesto IV, civile, IX, 1993., p. 520 e ss: ove riferimenti bibliografici).

Tale irrilevanza afferirebbe a tutte le azioni tipiche e, pertanto, alle azioni costitutive in quanto partecipi di tale caratteristica (così SASSANI , v. *Interesse ad agire* , Enc. giur., Treccani XVII, 1989 , p. 6 riportando il pensiero di Andrioli.).

¹⁵² Si veda Cass. 13-4-1989 n. 1788, secondo cui nelle azioni tipiche, come quelle costitutive (come quella ex art. 2377) l'interesse ad agire ha un rilievo sistematico la sussistenza dell'interesse è già presupposta dalla legge. Il ruolo dell'interesse ad agire rivela la sua importanza soprattutto nelle azioni di mero accertamento. "Un particolare rilievo assume poi l'interesse ad agire quando esso coincida con la legittimazione , quando cioè i soggetti legittimati ad una determinata azione sono individuati proprio attraverso l'interesse ad agire. Caso tipico è quello dell'azione di nullità che a norma dell'art. 1421 c.c. può essere proposta da chiunque vi abbia interesse.....il soggetto che propone l'azione di nullità deve dimostrareun interesse specifico e concreto che non può identificarsi con quello generico ed astratto alla mera attuazione della legge o alla pura e semplice legalità degli atti negoziali (cfr.Cass. 1553/1981; 3024/1977; 1553/1961).

Secondo questa opinione , quindi, nell’ambito dei giudizi di annullamento delle deliberazioni assembleari, la questione della sussistenza o meno dell’interesse ex art. 100 c.p.c. non potrebbe porsi visto che questo sarebbe “già insito e presupposto nella qualità di socio e nella natura costitutiva dell’azione di annullamento”¹⁵³.

Vi sarebbe in questo caso un interesse *propter rem* .¹⁵⁴ L’interesse ad agire sarebbe, cioè, assorbito nella legittimazione, testimoniata dal possesso del titolo azionario; “la valutazione della presenza di detto interesse è stata in sostanza già fatta dal legislatore nel momento in cui ha predisposto quella forma di protezione giuridica”. (Quindi) ai fini dell’esercizio dell’azione tipica di annullamento ex art. 2377 di delibere assembleari la ricorrenza dell’interesse ad agire non postula la concreta utilità del provvedimento chiesto al giudice identificandosi nella stessa qualità di socio (che deve essere accompagnata dal deposito di una azione ai sensi dell’art. 2378 ai fini della legittimazione sostanziale per essere in tal caso l’interesse presupposto o presunto dal legislatore al semplice verificarsi delle condizioni prefissate”¹⁵⁵.

153 Si veda Cass. 15 marzo 1995 n. 2968 , in Società 1995, 1173, n. RORDORF ,in una impugnazione ex art. 2377 di una delibera di riduzione del capitale per perdite ex art. 2446 (si trattava in particolare di una delibera di riduzione del capitale della Associazione Calcio Milan spa , la società sosteneva la mancanza di interesse all’impugnazione visto che vi era stata una offerta volta a consentire ai soci rimasti fuori dalla società per mancata adesione all’aumento di capitale di rientrarvi a condizioni favorevoli , i soci stessi inoltre non avrebbero potuto ottenere il ripristino dello stato pregresso perché tecnicamente irrealizzabile e inoltre impedito dalla intangibilità dei diritti acquistati dai terzi in buona fede) ma la cassazione ha negato ogni rilievo dell’interesse ad agire nel caso del 2377. “la legittimazione del socio all’impugnazione ex art. 2377 discende dalla sua assenza alla relativa adunanza ovvero dalla partecipazione ad essa con voto negativo”

¹⁵⁴ L’espressione è di REDENTI, *Sui trasferimenti* . cit.. Essa si riferisce, naturalmente, alla previgente (più volte citata) regola che prescriveva il deposito di almeno una azione, e rende perfettamente l’idea di quella coincidenza fra possesso del titolo azionario, legittimazione ad agire e interesse sostenuta dall’opinione maggioritaria.

¹⁵⁵ Così Cass. 4-12-1996 n. 10814 società 1997, 410 n. PLATANIA, affermando la coincidenza fra legittimazione e interesse nel caso dell’azione prevista dall’art. 2377 c.c. riferendosi alla “*communis opinio*” in tema di azioni tipiche.

Ma già prima della riforma, in senso contrario a questa opinione , si evidenziava ,autorevolmente, come legittimazione e interesse fossero requisiti distinti della domanda. “L’interesse è richiesto anche nel caso previsto dall’art. 2378(...)il deposito di una azione, dalla quale risulta che l’attore è socio della società, è requisito necessario ma non sufficiente alla efficacia della domanda proposta ex art. 2378. Altrettanto, naturalmente in senso inverso, vale per la domanda ex art. 2379 , alla cui efficacia non basta affatto l’interesse senza la legittimazione(...)In conclusione così l’impugnazione prevista dall’art. 2378 come quella prevista dall’art. 2379 può essere proposta solo da chi vi abbia interesse vi sia legittimato; la differenza fra i due casi riguarda soltanto la legittimazione, la quale nel caso del 2379 concerne un qualsiasi diritto e in quello dell’art. 2378, invece, solamente il diritto nascente dal contratto di società¹⁵⁶ ”.

La affermazione, che ricorre tralatamente nel pensiero della giurisprudenza (che indubbiamente non ha saputo cogliere gli spunti critici ,sebbene non numerosi, contro tale impostazione), della irrilevanza dell’interesse ad agire nelle azioni costitutive, ha condizionato, in maniera determinante, l’equilibrio del sistema previsto dagli artt. 2377-79 c.c. aprendo la strada, come si è accennato, ad azioni di disturbo non finalizzate al perseguimento di un interesse (sociale o personale) comunque meritevole di tutela¹⁵⁷,

¹⁵⁶ Così CARNELUTTI op. cit. p. 511 ess.

¹⁵⁷ Per l’analisi delle diverse tecniche di arginamento delle impugnazioni ricattatorie si veda SCALA, op. cit. p. 263 e ss. secondo cui “ il rischio dell’abuso del potere di impugnazione possa essere in astratto evitato seguendo almeno quattro diversi percorsi: a) riconoscere la possibilità di paralizzare l’eventuale abuso del diritto di azione con una *exceptio doli generalis* , attribuendo alla società convenuta il potere di allegare un fatto impeditivo del diritto potestativo vantato in giudizio; b) valorizzare il requisito dell’interesse ad agire come filtro, utilizzabile

Ma indubbiamente quest'idea ha radici molto profonde. Dietro di essa si nascondono, probabilmente, opzioni di carattere ideologico sulla tutela costitutiva¹⁵⁸ nonché una concezione del processo come mezzo per la attuazione del diritto oggettivo; essa rievoca la tesi, autorevolmente sostenuta da Chiovenda, secondo cui "l'interesse ad agire non consiste soltanto nell'interesse a conseguire il bene garantito dalla legge (ciò forma il contenuto del diritto), ma nell'interesse a conseguirlo *per opera degli organi giurisdizionali* ". L'interesse sarebbe, dunque, la misura delle azioni¹⁵⁹.

Secondo Chiovenda: "in via generale può dirsi che l'interesse ad agire consiste in questo, che senza l'intervento degli organi giurisdizionali , l'attore soffrirebbe un danno...l'interesse ad agire è la condizione *specific* dell'azione , quella in cui si manifesta *l'autonomia dell'azione*¹⁶⁰. Pertanto, "Un interesse ad agire come condizione specifica dell'azione (costitutiva) accanto all'esistenza del diritto , qui non viene in campo; infatti lo stesso

anche nelle azioni tipiche con la funzione di controllo circa la meritevolezza della tutela richiesta ; c) intervenire sul piano sostanziale, limitando il numero dei soggetti titolari del diritto all'annullamento della delibera; d) ridurre la legittimazione ad agire in giudizio solo ad alcuni soggetti qualificati." .Quest'ultima sarebbe la strada scelta , secondo l'opinione prevalente, dal legislatore. A tal proposito bisogna precisare, riguardo ai rimedi indicati sub a) e b), gli unici che avrebbero consentito di risolvere il problema delle impugnazioni abusive sul piano interpretativo, senza modificare l'assetto normativo, che la valorizzazione dell'interesse ad agire come filtro per valutare la meritevolezza della tutela richiesta rappresenta un rimedio più efficace rispetto alla utilizzazione della cd. *exceptio doli generalis* visto che la mancanza di interesse ex art. 100 c.p.c. comporta necessariamente il rigetto dell'impugnazione mentre, come si è visto, l'eventuale accoglimento della menzionata eccezione non è detto che debba sortire effetti reali per la società convenuta..

Sulla valorizzazione del requisito ex art. 100 c..p.c. quale filtro per valutare la meritevolezza della tutela richiesta si veda GHIRGA, op. cit. p. 235 e ss.

¹⁵⁸ Si veda CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, Riv. dir. proc. civ. , XVI, 1939, I, p. 22 e ss.

¹⁵⁹ Secondo la nota espressione che faceva capo alla dottrina e alla giurisprudenza francese a cui si ispirò l'art. 36 del codice di procedura civile del 1865 (poi trasfuso nell'attuale art. 100 c.p.c.) codificando, per la prima volta, la regola secondo cui per proporre domanda in giudizio bisogna avervi interesse..

¹⁶⁰ Con la precisazione che, col chiedersi "se l'interesse ad agire debba essere patrimoniale o possa essere immateriale e spirituale si confonde la questione della esistenza di un bene garantito dalla legge colla questione del diritto di conseguirlo attraverso il processo" CHIOVENDA, *Principi* cit.. p. 155.

diritto potestativo al mutamento dello stato giuridico mediante pronuncia de giudice non si può diversamente soddisfare che mediante sentenza del giudice : quindi nel momento stesso in cui esiste il diritto potestativo di questa natura , esiste anche il diritto di adire il giudice , vale a dire l'azione”¹⁶¹.

E' stato osservato che “la tesi della irrilevanza, pur in linea di massima conforme all'*id quod plerumque accidit* nella dinamica dei processi costitutivi , non è tuttavia assolutizzabile e condivisibile nell'ampiezza della sua formulazione ”¹⁶² .

Colpisce nella fissità del pensiero giurisprudenziale che non si sia tenuto conto delle molteplici sfumature del fenomeno . Non a caso “la norma sull'interesse ad agire è sempre stata (ritenuta)norma oscura di interpretazione particolarmente difficile e contrastata”¹⁶³.

La difficoltà insita nel voler dare corpo a questo concetto sfuggente (in cosa si concretizzi tale interesse e quando esso sorga) sono dovute, inoltre, ai dubbi relativi alla esatta individuazione dell'oggetto del processo (e del giudicato) nel caso di esercizio (giudiziale) di un diritto potestativo. Come è stato, infatti, rilevato , gli sforzi effettuati dalla dottrina per qualificare il diritto potestativo quale “diritto fatto valere in giudizio” “anziché aiutare a spiegare la realtà (cioè , nella specie, a vedere quale sia il bene della vita in contesa) la offusca inutilmente”¹⁶⁴.

¹⁶¹ CHIOVENDA, op. cit. p. 155 e 188

¹⁶² SASSANI, op. cit..p. 6

¹⁶³ (PROTO PISANI, *Dell'esercizio* cit., 1070.

¹⁶⁴ Così PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cd. costitutiva*, in Riv. Dir. proc. 1991, p. 78 e ss. il quale rileva che “il diritto potestativo civilistico , quale autonoma situazione soggettiva, possa tutta'al più costituire oggetto del processo , diritto fatto valere in giudizio, *prima* del suo esercizio , mai dopo. Una volta esercitato(in via stragiudiziale o nel corso dello stesso processo il diritto potestativo sostanziale si estingue per consumazione , per raggiungimento della sua funzione: a seguito dell'esercizio del diritto potestativo ciò di cui le parti contendono nel

Le varie concezioni che si hanno in dottrina dell'interesse ad agire risentono, quindi, inevitabilmente della incerta individuazione dell'oggetto del processo nei giudizi costitutivi

Secondo una opinione , che muove pur sempre dalla impostazione chiovendiana del problema, per interesse ad agire si dovrebbe intendere un <<interesse processuale, secondario e strumentale rispetto all'interesse sostanziale primario>> esso avrebbe per oggetto <<il provvedimento che si domanda al magistrato , come mezzo per ottenere il soddisfacimento dell'interesse primario, rimasto leso dal comportamento della controparte , o più genericamente dalla situazione di fatto genericamente esistente”¹⁶⁵.

Secondo tale costruzione, oggetto comunque di penetranti critiche¹⁶⁶, la situazione di fatto da cui sorgerebbe l'interesse ad agire sarebbe costituita dalla mera esistenza, o dal pericolo di esistenza, di una lesione del diritto fatto valere in giudizio.

Secondo una “variazione della tesi tradizionale” l'interesse ad agire

processo non è l'esistenza o no del diritto potestativo bensì *solo* l'esistenza o no dei fatti modificativi impeditivi estintivi cui l'esercizio del diritto potestativo ha preteso dare rilevanza (...) in altri termini, come pacifico che oggetto del processo, diritto fatto valere in giudizio è l'effetto giuridico , la situazione giuridica soggettiva *mai* i fatti o la norma, *così* mi sembra dovrebbe essere egualmente pacifico che il diritto potestativo sostanziale avendo solo la funzione di attribuire , tramite il suo esercizio, rilevanza a fatti modificativi impeditivi o estintivi, si pone allo stesso livello cui si pongono i fatti e le norme: e pertanto oggetto del processo possono essere solo le situazioni soggettive di pretesa , facoltà, obbligo, soggezione modificate impedito o estinte a seguito della rilevanza attribuita ai relativi fatti modificativi impeditivi o estintivi dall'esercizio del diritto potestativo. Il diritto potestativo sostanziale , quindi, almeno dopo il suo esercizio , non sembra possedere l'autonomia necessaria a costituire il diritto fatto valere in giudizio l'oggetto del processo e del giudicato”.

¹⁶⁵ LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 136. L'opinione dominante “ assume dunque che la ricognizione del concetto di interesse ad agire obblighi a presupporre i seguenti passaggi logici: 1) interesse sostanziale tutelato dall'ordinamento; 2) lesione di questo interesse; 3) conseguente interesse processuale al provvedimento giudiziale remotivo della lesione e satisfattivo, quindi, dell'interesse primario sostanziale” (SASSANI, op. cit. p. 2)

¹⁶⁶ La tesi della distinzione fra interesse primario e secondario è stata contrastata specialmente da SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in Foro it. 1954, IV, 169 e ss.

presupporrebbe non solo uno stato (anche meramente affermato) di lesione del diritto ma anche che da tale lesione sia derivato un danno¹⁶⁷.

Questa impostazione colloca l'interesse ad agire sul piano sostanziale come interesse al bene oggetto del diritto e si differenzia profondamente da quella tradizionale richiedendo che l'utilità del provvedimento richiesto sia ricollegata al fatto che dalla lesione del diritto sia derivato un danno in concreto. Il processo dovrebbe quindi assicurare un concreto vantaggio o una concreta utilità, sul piano sostanziale, all'avente diritto.

Secondo un'altra opinione l'art. 100 c.p.c. sarebbe espressione del principio di economia processuale nel senso che il ricorso al processo dovrebbe rappresentare l'estremo rimedio esperibile solo ove il diritto non possa essere realizzato per via extraprocessuale¹⁶⁸.

A questo punto bisogna chiarire il concetto di <<utilità>> che spesso viene invocato in tema di interesse ad agire.

L'<<interesse al processo>> può, infatti, riguardare “ l'utilizzo del mezzo prescelto per il conseguimento dell'effetto sostanziale”, oppure “la valutazione dell'interesse (potrebbe coincidere) con la valutazione dell'utilità *dello stesso effetto sostanziale perseguito con il processo*>>. “La differenza è netta : nel primo caso l'indagine sull'interesse dell'attore tenderà ad appurare se questi non possa ottenere in via stragiudiziale l'utilità materiale perseguita attraverso il

¹⁶⁷ Sul punto si veda ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 173 e ss-

¹⁶⁸ ATTARDI, *L'interesse* cit. p. 523

mezzo tecnico e le modalità della giurisdizione¹⁶⁹ . nell'altro , invece, l'interesse ad agire rappresenta esclusivamente il bisogno del risultato perseguito .

Si tratterà in tal caso di verificare se non debba considerarsi inutile proprio l'effetto di diritto sostanziale che il processo è idoneo a produrre : se, in altri termini, la sentenza che accogliesse la domanda non lascerebbe l'attore nella medesima situazione in cui egli si trovava *ante litem*”.

Pertanto l'idea secondo cui l'utilità perseguita debba essere “non altrimenti conseguibile” “può considerarsi un'eco (...) dell'equivoca accezione <<processuale>> dell'interesse”¹⁷⁰ .

Che l'equivoco che si annida nell'idea dell'interesse *in re ipsa* non tenga conto della complessità dell'istituto è testimoniato dal fatto che l'esperienza giurisprudenziale fornisce, in realtà, come è stato notato, esempi “di genuini problemi di interesse ad agire nell'ambito delle azioni costitutive”¹⁷¹ .

Si potrebbero qui rievocare, ad esempio, le ampie discussioni sul ruolo attribuito all'interesse ad agire nell'azione revocatoria fallimentare, ritenuta prevalentemente una azione costitutiva¹⁷² , e sul rilievo del requisito del danno in tale azione (tenendo presente che il problema si pone, da un punto di vista pratico, soprattutto sotto il profilo della prova (in particolare, su chi incomba tale

¹⁶⁹ È stato osservato a tal proposito che l'accezione dell'interesse che fa del processo un'ultima ratio (apparentemente giustificata da un' esigenza di economia processuale , è estranea all'ambito di applicazione dell'art. 100 c.p.c. e che “il problema della possibilità di ottenere in via stragiudiziale il risultato perseguito in giudizio trova invero specifica soluzione nell'applicazione della normativa in tema di spese giudiziali”(SASSANI, op. cit. p. 4)

¹⁷⁰ Così SASSANI, op. cit.. 4.

¹⁷¹ Così SASSANI cit. p. 6.

¹⁷² Per tutti, ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, in Quaderni della Riv. dir. civ., I, p. 25 e ss. il quale precisa che non si tratterebbe , però, di una azione costitutiva necessaria (nt. N. 63).

onere) della esistenza o della mancata esistenza di questi requisiti e forse, alla luce della evoluzione giurisprudenziale, sotto il profilo della stessa ammissibilità della prova della insussistenza del danno e quindi dell'interesse ad agire del Curatore da parte del convenuto).^{173 174}

¹⁷³ Come è noto, il problema della rilevanza del danno e dell'interesse ad agire del Curatore nell'azione revocatoria fallimentare si è posto essenzialmente in due ipotesi: quella della vendita di immobile gravato da ipoteca consolidata, con destinazione del prezzo al pagamento del creditore ipotecario (Cass. 9 novembre 1956 n. 4211) e quella del pagamento del credito assistito da garanzia reale consolidata (Cass. 14 ottobre 2005 n. 20005) e, più in generale, del pagamento di crediti aventi prelazione ove non vi siano crediti insoddisfatti aventi una collocazione povera o una collocazione di pari grado. Secondo una parte della giurisprudenza, in queste ipotesi, più che verificarsi casi di esenzione dalla revocatoria fallimentare con relativa inammissibilità dell'azione, bisognerebbe valutare il profilo dell'interesse all'azione stessa. Il contrasto giurisprudenziale riguarda però il modo di intendere l'interesse ad agire. Se esso debba essere commisurato al danno inteso in senso astratto cioè insito nello stato di insolvenza e come mera violazione della par condicio creditorum (intesa come violazione delle regole sulla collocazione dei crediti), che sarebbe quindi sempre presunto nell'azione revocatoria, oppure "a questo fine il giudice del merito (dovrebbe) considerare che, se il pregiudizio per la massa è presunto (in quanto ricollegato al fatto stesso della insolvenza) e spetta al creditore soddisfatto dimostrarne la insussistenza, la presunzione deve ritenersi vinta quando la revocatoria riguardi un credito assistito da garanzia reale, astrattamente attributiva di una collocazione di primo grado rispetto ai crediti ammessi, bastando in tal caso al creditore provare la sussistenza e l'efficacia della garanzia stessa, mentre è onere del curatore dimostrare la lesione di creditori poveri, ancorché attualmente non concorrenti, secondo l'ordine stabilito dall'art. 111 l. fall." (così Cass. 8 marzo 1993 n. 2751). Sulla questione sono intervenute recentemente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. Del 28 marzo 2006 N. 7028) le quali, muovendo dal carattere distributivo e non indennitario dell'azione revocatoria fallimentare, sconfessando quindi l'idea che gli effetti utili di questa azione vadano contenuti nei limiti del danno causato dall'atto impugnato, hanno affermato che, nell'ipotesi di vendita di un bene da parte del fallito con destinazione del prezzo al pagamento del creditore ipotecario, "l'eventus damni è "in re ipsa" e consiste nel fatto stesso della lesione della par condicio creditorum, ricollegabile, per presunzione legale e assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione. Per cui grava, in tal senso sul Curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente, mentre la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato (...) non esclude la possibile lesione della par condicio, né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del Curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi". Bisogna precisare che, in questo campo, la evoluzione del pensiero giurisprudenziale sui rapporti fra interesse ad agire e danno, è diversa e, per certi versi, inversa rispetto al campo delle invalidità delle delibere assembleari. Vi erano, infatti, state acute riflessioni in molte sentenze, che si muovevano senz'altro nella prospettiva del rilievo del requisito ex art. 100 c.p.c. anche sotto il profilo del principio di economia processuale, in cui si avvertiva la inutile vessazione del convenuto nel caso di azioni promosse dal Curatore nelle ipotesi in cui "il debitore ha fatto esattamente quello che, dopo il fallimento, avrebbe dovuto fare il Curatore" (GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, P. 147). Questi orientamenti sono stati sconfessati dalle citate Sezioni Unite della Cassazione che, facendo, sembrerebbe, un passo indietro semplificano il problema ricorrendo alla formula dell'interesse "in re ipsa".

¹⁷⁴ Riguardo poi, ai rapporti fra interesse ad agire e danno si potrebbe evidenziare che, ad esempio, il novellato art. 2409 c.c., si riferisce espressamente alla circostanza che le gravi irregolarità compiute dagli amministratori nella gestione possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate; e non da ultimo, naturalmente, proprio l'azione risarcitoria, istituita dall'art. 2377 IV co. c.c., che fa espressamente riferimento ancora una volta al requisito del danno.

Il che potrebbe testimoniare una precisa presa di posizione del legislatore sulla consistenza dell'interesse ad agire

Non solo, ma ciò che rende la prospettiva dell'interesse cd. "in re ipsa" una semplificazione che non coglie la complessità della realtà è il fatto che essa lascia sullo sfondo il problema della natura delle azioni previste dagli artt. 2377-79 c.c.

È noto che, quantomeno rispetto al tema delle azioni tendenti a far valere l'invalidità del contratto, la distinzione fra azione di annullamento, come azione costitutiva, e azione di nullità, come azione di mero accertamento, è stata, già da tempo, sottoposta a penetranti critiche¹⁷⁵. Non solo, ma se anche si volesse aderire all'idea che quella volta ad ottenere l'annullamento di una deliberazione assembleare sia una azione costitutiva, residuerebbe comunque l'incertezza riguardo alla collocazione di tale azione fra quelle cd. "costitutive necessarie" o "non necessarie" (distinzione tutt'altro che netta in dottrina). Pertanto l'idea dell'interesse cd. in re ipsa, riferito al processo come unica via per ottenere la modificazione del rapporto giuridico sostanziale, potrebbe, forse, valere per i casi di tutela costitutiva cd necessaria, nella particolare concezione che confina tale ipotesi ai casi di cd. giurisdizione non contenziosa¹⁷⁶.

In ogni caso, alla luce della nuova configurazione dell'azione di annullamento e di nullità, non possono, probabilmente, essere più considerati come acquisiti

in questi campi.

¹⁷⁵ Si veda a tal proposito PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cd. "costitutiva"* cit., 60 e ss. spec. 92 nonché PAGNI, *Le azioni di impugnativa* cit., p. 603.

¹⁷⁶ Così PROTO PISANI, *Diritto Processuale* cit., p.171 e ss. nonché p.310

i principi in materia di rapporti fra interesse ad agire, tutela di mero accertamento e tutela costitutiva anche in considerazione della emersione in dottrina di una concezione “unitaria” (cui si è fatto cenno) dei rimedi concessi dall’ordinamento avverso le deliberazioni assembleari invalide.

Conclusivamente, quindi, “l’interesse ad agire contrassegna... uno stato di fatto (incertezza, pericolo di infruttuosa o tardiva realizzazione) in cui versa il diritto per la cui tutela si chiede una decisione di mero accertamento, di condanna in futuro o un provvedimento cautelare”¹⁷⁷.

Il modo di pensare che si muove nella dimensione <<meramente sistematica>> del problema dell’interesse “non tiene conto della possibilità che anche l’accoglimento di azioni costituenti forme tipiche di tutela può, in casi specifici, mancare il raggiungimento dell’utilità *in funzione della quale nell’ordinamento si era avuta la tipizzazione* e , quindi, provocare inutile spendita di attività giudiziale e ingiustificata vessazione del convenuto”

Quindi il criterio idoneo per saggiare l’esistenza o meno dell’interesse ad agire è quello che guarda (non agli effetti della sentenza in sé presi) ma alla “*funzione degli effetti*. Funzione valutata sul piano della concreta utilità pratica della costituzione , modificazione o estinzione del rapporto, non diversamente dalla valutazione dell’utilità effettiva”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Così ATTARDI, v. *Legittimazione* cit. p.531

¹⁷⁸ SASSANI , op. loc. ultt. cit.

La ricerca, quindi, di questo interesse sul piano sostanziale non può non tenere conto delle ampie riflessioni dottrinali dedicate, fin dalla vigenza dell'art. 163 del Codice di commercio, alla ricerca del fondamento razionale dell'azione di annullamento nonché dell'interesse, appunto, perseguito e protetto da tale azione¹⁷⁹.

Come è noto la contesa, in questo campo, è fra fautori dell'interesse individuale del socio e, viceversa, dell'interesse generale della società¹⁸⁰. In cosa debba poi concretizzarsi tale interesse in dottrina e giurisprudenza ricorrono varie espressioni: interesse alla legalità dell'azione sociale, interesse ad una deliberazione di diverso contenuto, interesse dell'impresa in sé, interesse del socio al buon andamento degli affari sociali. Su questo punto è però opportuno soffermarsi per tentare di districare la varietà di concetti e di idee con cui ci si

179 Come è noto, sotto il vigore del Codice di commercio, l'azione di annullamento delle deliberazioni assembleari "adombrata dall'art. 163" suscitò un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza sotto il profilo della identificazione "del suo fondamento razionale, della determinazione dell'interesse al cui presidio quell'azione dovesse reputarsi dal legislatore octroyée. Alla corrente che, autorevolmente, sosteneva essere l'azione in discorso <<diretta a proteggere...l'interesse stesso della società, l'interesse generale e durevole all'osservanza delle norme fondamentali della società>> (così SCIALOJA *L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime*, in Riv. soc. 1903, I, 211), si contrapponeva nettamente l'indirizzo di chi esprimeva il convincimento, non meno meditato, che <<il singolo insorge contro la deliberazione a tutela del suo interesse individuale: anche l'interesse sociale può essere tutelato da tal difesa individuale, ma soltanto consequenzialmente>> (Cass. 8 giugno 1931, in Foro it. 1931, I, 853) (così MINERVINI *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in Riv. dir. comm 1955, I, 207 e ss.). La soluzione poi trasfusa negli artt. 2377 e ss. (vecchio testo), come rileva l'Autore, rappresenta una "contaminazione" fra le due tesi contrapposte. Sul tema si veda inoltre, fra gli altri, OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in Riv. Dir. Comm. 1957, I, 225 e ss; PAVONE LA ROSA, *Diritto di voto e diritto di annullamento delle deliberazioni assembleari*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1953, 912 e ss.

180 Secondo una opinione (espressa da MINERVINI cit. p. 211) l'azione di annullamento sarebbe concessa nell'interesse personale del socio visto che "il diniego della legittimazione ai soci assenzienti si spiega soltanto con il rilievo che quella legittimazione è stata attribuita agli altri soci a tutela del loro personale interesse" ancora sul presupposto della mancata attribuzione della legittimazione ai soci assenzienti l'interesse protetto dalla norma non potrebbe, secondo l'Autore, essere quello <<trascendente e astratto>> (le parole sono di Scialoja) alla legalità dell'azione sociale. Secondo una diversa opinione (espressa da OPPO cit. p. 227) la legittimazione dei soci "non riposa sull'interesse del socio inteso come interesse <<particolare>> del socio (sia pure *uti socius*) e, in questo senso, sul suo interesse personale, non è dubbio che il socio non deve dare la prova di un simile interesse e che, in questo senso, basta a legittimarlo l'interesse alla legalità dell'azione sociale".

scontra.

L'idea che ricorre più frequentemente in dottrina e in giurisprudenza è quella che l'interesse perseguito attraverso l'azione di annullamento sia quello "alla legalità della azione sociale". Talora si parla di "diritto" alla legalità dell'azione sociale, e qui si confondono e si sovrappongono interesse e diritto fatto valere in giudizio. Si tratta, probabilmente, di un aspetto del più ampio e controverso problema della posizione del socio nei confronti delle deliberazioni assembleari invalide, se essa sia cioè qualificabile come diritto soggettivo o sia piuttosto assimilabile alla figura dell'interesse legittimo¹⁸¹.

Infatti, riguardo al tema della ricostruzione dei rapporti fra socio e società nell'ambito dei giudizi aventi ad oggetto l'invalidità delle deliberazioni assembleari, come è noto, è, già da tempo, emersa una tendenza¹⁸² ad accostare questa fattispecie a quelle proprie del diritto amministrativo nell'ambito di una più ampia riflessione dottrinale circa la cosiddetta "pubblicizzazione del diritto privato" e la eventuale esistenza della categoria dell'interesse legittimo anche nel diritto privato stesso.

¹⁸¹ Per l'analisi di questo tema si veda IANNICELLI, op. cit. p. 1099 e ss.

¹⁸² SATTA, *La responsabilità* cit., 325; MICHELI, op. cit., p. 396; nonché PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965., p. 164 ess., Id, *Dell'esercizio dell'azione* cit., p. 1154; In questa direzione, anche alla luce della riforma del diritto societario, da ultimo, S.A. VILLATA, op cit., p. 283 e ss. "pare pienamente fondata una ricostruzione della posizione dell'azionista di fronte alle deliberazioni assembleari in termini di interesse legittimo". "La tipica struttura cassatoria (e, per così dire, negativa,) del rimedio ex art. 2377 c.c. evidenzerebbe "la difformità della situazione del socio dal tradizionale diritto".

Bisogna, a tal proposito, precisare come, alla luce del rivoluzionamento dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria nell'ambito dei giudizi di impugnazione delle delibere assembleari, operato dalla nuova versione dell'art. 2377 c.c., siano stati evidenziati i nessi fra tale tema e quello dei rapporti fra cittadino e p.a. alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale della Suprema Corte¹⁸³. Si è osservato, infatti, come “il confronto fra le due vicende (possa) essere fecondo da innumerevoli punti di vista”, in particolare se la sostituzione della tutela invalidatoria con quella di tipo risarcitorio possa segnare una “ involuzione in senso autoritario delle nostre istituzioni economiche “¹⁸⁴

In questa prospettiva il discorso sulla ricerca del fondamento dell'interesse *lato sensu* protetto da queste norme coinvolge anche il tema dei rapporti fra violazione di regole di “validità” e violazione di regole di “comportamento” e relativa sanzione nel passaggio da tutele reali a tutele obbligatorie.

E' stato notato che, normalmente, “alla violazione delle regole di validità corrisponde in modo immediato <<la sanzione>>, appunto, della invalidità. Alla violazione di norme di comportamento corrisponde invece sanzione (l'obbligo di risarcimento del danno) solo nel concorso di (almeno)un ulteriore presupposto cioè il danno. Per modo che , tutte le volte in cui questo non sia presente , lo <<slittamento >>della tutela dal piano reale a quello obbligatorio si traduce in un

¹⁸³ Retro cap. I par. 3.

¹⁸⁴ così D'ALESSANDRO, *La tutela cit.*, 706 e ss.

diniego di qualsiasi tutela”¹⁸⁵ .

Tuttavia questa disparità (che renderebbe più gravoso il conseguimento della tutela di tipo risarcitorio) potrebbe appianarsi se si pensa che quella “automaticità” fra violazione delle regole di validità e sanzione stia definitivamente spezzandosi. Ciò sembrerebbe testimoniato in primis dalla espressa previsione di vizi che non danno luogo a nullità o annullabilità.

L’art. 2377 5° co, nonché probabilmente all’art. 2379 3° co, prevedono delle forme di invalidità cosiddette “autosananti” sembrerebbe, (nonostante l’allargamento della legittimazione ad impugnare anche ai soci astenuti, che costituisce del resto un mero recepimento di consolidati orientamenti giurisprudenziali) , prima facie, se non escludere del tutto, quanto meno porre in crisi l’opinione secondo cui l’interesse che legittimerebbe il socio all’impugnazione sarebbe quello alla mera legalità dell’azione sociale, ciò con le relative conseguenze in tema di onere di allegazione di uno specifico interesse ad agire.

Si tratterebbe comunque di una tendenza generale dell’ordinamento, in tal senso sembra significativo il paragone, autorevolmente proposto,¹⁸⁶ con la riforma del

¹⁸⁵ Così D’ALESSANDRO, *La tutela* cit. p. 712.

¹⁸⁶ PORTALE, *Lezioni* cit. p. 230 secondo cui “d’altra parte, non deve sorprendere che possa ricorrere il caso di delibere viziate che, non producendo danno, restino non sanzionate per la privazione del diritto di impugnare . Già l’art. 2377 comma 5° c.c.(partecipazione non determinante all’assemblea di persone non legittimate)consente , ad esempio, di parlare di delibera irregolare ma non illecita. Ma la categoria trova ora conferma , a livello generale, nell’art. 25, comma 2 , l. n. 15/2005 (modifiche ed integrazioni della legge n. 241/1990concernenti norme generali sull’azione amministrativa) , per il quale <<non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul

procedimento amministrativo e con le conseguenze della irregolarità degli atti in questo particolare settore.

Talora si fa riferimento ad un presunto “interesse ad una deliberazione di diverso contenuto”. (se ne parla a proposito dei vizi del procedimento assembleare esso presuppone la valorizzazione del cd. “metodo assembleare”, e in particolare della discussione in assemblea, nel senso che, se le norme relative al procedimento assembleare fossero state rispettate la deliberazione avrebbe potuto avere un diverso contenuto). Ma già prima della riforma si sottolineava come un simile interesse non otterrebbe alcuna tutela diretta attraverso l’impugnazione, che porta solo alla rimozione della delibera, “ e non potrebbe ottenerla senza contrasto con il principio maggioritario”¹⁸⁷ .A ciò si aggiunga che il nuovo IV° co. dell’art. 2377 c.c. prevede fra i motivi che non possono condurre all’annullamento della deliberazione “la partecipazione all’assemblea di persone non legittimate “a meno che non sia stata determinante ai fini del quorum costitutivo . Pertanto, come è stato osservato, non interessa l’eventuale “inquinamento “che tale partecipazione potrebbe arrecare di per sé allo svolgimento dei lavori assembleari”bensì esclusivamente la sua rilevanza oggettiva per la costituzione dell’assemblea e poi per l’approvazione della delibera”¹⁸⁸

procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento , sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...>>”

¹⁸⁷ Così OPPO, *Amministratori* cit. p. 227 nt. 9.

¹⁸⁸ Così ANGELICI, *La riforma* cit. p. 97 e 98.

Ancora si parla di “interesse del socio al buon andamento degli affari sociali” nel senso che solo la deliberazione legalmente presa darebbe garanzia che la stessa sia conforme all’interesse comune. Ma è evidente che in questo caso non ci si richiama ad un interesse diverso da quello alla legalità della deliberazione.

Appare evidente , quindi, che la prospettiva della tutela di un interesse alla legalità dell’attività sociale inteso come interesse “trascendente ed astratto”¹⁸⁹ sembra definitivamente tramontata¹⁹⁰ .

Resta da chiedersi, però, cosa ci sia da dire, oggi, sul ruolo dell’interesse ad agire , soprattutto nell’ambito dell’azione di annullamento delle deliberazioni assembleari, alla luce della selezione in senso restrittivo dei soggetti titolari del diritto di impugnare, se esso sia oramai, veramente, in re ipsa (le stesse considerazioni potrebbero essere fatte nei casi in cui il legislatore pone limitazioni soggettive all’esercizio dell’azione di nullità, come ad esempio in tema di invalidità del bilancio).

In realtà , anche a seguito della riforma, il requisito dell’interesse ex art. 100 c.p.c. continua ad avere un rilievo , sicuramente non meramente sistematico. Bisogna , infatti, sottolineare la centralità che tale requisito potrebbe rivestire nell’arginare un eventuale tentativo di travalicamento del sistema ridisegnato negli artt. 2377-79 attraverso il ricorso alla figura della “inesistenza “della

¹⁸⁹ A. SCIALOJA, *In tema di impugnabilità di deliberazioni dell’assemblea da parte dei soci assenzienti*, in Foro it. 1931, I, 853.

¹⁹⁰ Rileva, infatti, D’ALESSANDRO , <<La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata>> cit. p. 41 “se la società è il regno dell’autonomia privata, allora non vi dovrebbero essere più dubbi circa la concezione contrattualistica della società stessa e ell’interesse sociale. Né credo fondata la preoccupazione , o forse l’auspicio, pure manifestati da qualcuno, che il frequente richiamo alle ragioni dell’impresa preluda ad un neo-istituzionalismo. Mi sembra (...) che i nuovi testi contengano sufficienti anticorpi contro questa malattia, e ce in essi l’equazione fra interesse della società ed interesse dei soci sia dichiarata e salda”

deliberazione.

Non solo, ma l'interesse ad agire potrebbe avere un ruolo anche nell'ambito della azione risarcitoria istituita dall'art. 2377 4° co. c.c.. Da un lato, infatti, la valutazione, fatta a priori dal legislatore, circa la insussistenza di un interesse ad ottenere l'annullamento nelle ipotesi indicate sub 1), 2), 3) nel 5° co dell'art. 2377 c.c. potrebbe portare a negare la ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno fondata sulle cd. "invalidità autosananti". Dall'altro, l'art. 100 c.p.c. potrebbe costituire un importante presidio a tutela dei creditori sociali per paralizzare eventuali azioni di risarcimento del danno artatamente predisposte per svuotare il patrimonio sociale. Non a caso la dottrina ha parlato di tramonto della "matrice renana" del diritto societario¹⁹¹.

7.- L'interesse perseguito e protetto attraverso l'azione di annullamento ex art. 2377 c.c. e la legittimazione alla impugnazione attribuita agli amministratori, al consiglio di sorveglianza e al collegio sindacale.

La questione della ricerca dell'interesse perseguito dall'ordinamento attraverso il

¹⁹¹ Così SACCHI, op cit. p.156, secondo cui "il dibattito svoltosi in questi anni, che ha prodotto da ultimo il d. lgs. N. 6/2003 ha dimostrato un chiaro favore per il passaggio da un diritto societario di matrice "renana", che ha come sua stella polare la protezione dell'interesse dei creditori alla conservazione e all'incremento del patrimonio sociale, a un diritto societario che, raccogliendo le suggestioni della cultura giuridica statunitense, privilegia l'interesse dei soci alla massimizzazione della redditività del loro investimento azionario, al fine di incentivare questa forma di investimento".

potere di azione concesso agli amministratori e sindaci (oggi agli amministratori, al consiglio di sorveglianza e al collegio sindacale), particolarmente dibattuta, come è noto, sotto la vigenza del vecchio testo degli art. 2377-79 c.c., nell'attuale assetto dei rapporti fra tutela specifica e risarcitoria concessa ai soci contro le deliberazioni assembleari invalide, recupera indubbiamente un grande interesse.

Prima della riforma, la accennata polemica fra sostenitori dell'interesse sociale, inteso come fondamento e limite dell'azione dei singoli nell'ambito societario, e sostenitori, al contrario, dell'interesse individuale del socio, aveva fatto da sfondo alla ricerca, da parte degli interpreti, di una ratio unificatrice che potesse comprendere e giustificare il potere di impugnazione concesso ai soci nonché agli amministratori e sindaci¹⁹².

Si sosteneva, in particolare, da un lato, che la legittimazione agli amministratori e ai sindaci fosse concessa nel "loro proprio interesse" visto che "essi (avrebbero) un interesse alla definitività degli effetti giuridici della deliberazione, e quindi un interesse a sindacarne le condizioni di validità e a respingerne gli effetti giuridici in quanto provvisori"¹⁹³. In senso contrario a questa impostazione si affermava, invece, che la legittimazione era in questo caso attribuita "nell'interesse alla legalità dell'azione sociale, sia poi questo da considerarsi come interesse della società o dell'impresa in sé, come interesse tipico dei soci in quanto tali, o (anche) come interesse generale"¹⁹⁴.

¹⁹² Sulla funzione della legittimazione concessa agli organi sociali, anche dopo la riforma, si veda IANNICELLI op. cit. p. 1112.

¹⁹³ Così MINERVINI, op. cit. p. 218.

¹⁹⁴ Così OPPO, *Amministratori*. cit. p. 233.

Queste diverse opzioni, lungi dall'essere solo teoriche, conducevano a differenti risultati pratici in ordine, ad esempio, alla possibilità di chiedere la sospensione della impugnata delibera, alla stessa doverosità (o mera possibilità) della impugnazione da parte di tali organi e alla loro conseguente responsabilità, nonché agli eventuali poteri degli amministratori in caso di rinuncia all'impugnazione da parte dei soci legittimati.

Dopo la riforma, da cui i ragionamenti sulla ricerca dell'interesse su cui riposa la legittimazione degli organi sociali traggono inevitabilmente nuova linfa, bisogna, però, chiedersi se siano ancora ammissibili e opportune interpretazioni restrittive dei poteri degli amministratori riguardo alle delibere assembleari cd. "claudicanti".

Infatti, la concezione, come si è visto prevalente, che vede nella attribuzione del diritto di impugnativa ai soli soci titolari di una partecipazione rilevante al capitale sociale, una limitazione della legittimazione ad agire di tali soggetti potrebbe, quasi naturalmente, condurre ad una valorizzazione della legittimazione alla impugnazione concessa ora agli amministratori, al consiglio di sorveglianza e al collegio sindacale, con possibili risvolti anche su piano della responsabilità.

In questa prospettiva è stato infatti, da più parti, evidenziato come la esclusione della legittimazione all'impugnazione di alcuni soci non trova alcun contrappeso nella attribuzione di una legittimazione sostitutiva, come nel caso previsto dall'art. 157 t.u.f. il quale, nello stabilire che la deliberazione dell'assemblea di

approvazione del bilancio d'esercizio possa essere impugnata da tanti soci che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale , attribuisce anche alla CONSOB il potere di impugnazione¹⁹⁵ .

E' facile prevedere che gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il collegio sindacale potrebbero essere (ritenuti) investiti di questa "legittimazione sostitutiva".

Infatti, nonostante i dubbi espressi dalla dottrina¹⁹⁶ circa la esistenza di un dovere degli amministratori di impugnare le deliberazioni assembleari invalide, emergeva, già prima della riforma, una tendenza della giurisprudenza in senso contrario¹⁹⁷ .

Talora la mancata impugnazione di delibere assembleari invalide veniva considerata quale "grave irregolarità" nella gestione ex art. 2409 c.c.¹⁹⁸

Il dubbio circa il carattere doveroso o facoltativo del potere concesso agli amministratori, consiglio di sorveglianza e collegio sindacale non è stato

¹⁹⁵ Su questo tema si veda SCALA op. cit. p. 262

¹⁹⁶ Così MINERVINI , op. cit. p. 213 e ss. il quale sottolinea come la qualificazione del potere di impugnazione degli amministratori in termini di dovere rampollerebbe da quella teoria cd. istituzionalistica della società (accolta nel diritto germanico) non recepita , secondo l'opinione prevalente, nel nostro diritto ove si esclude "la possibilità di fare riferimento alla nozione di un interesse sociale come interesse della <<impresa in sé>>" .

¹⁹⁷ Si ritiene , anzi, che tale obbligo gravasse anche sui sindaci. Si veda Cassazione civile, sez. I, 8 febbraio 2005, n. 2538 in Giur. It. 2005, 1637 n. IOZZO, secondo cui " 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 c.c., 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.lg. n. 6 del 2003)" .

¹⁹⁸ Ammette questa possibilità OPPO, *Amministratori* . cit. p. 238. Si veda , inoltre, T. Napoli 16 aprile 1999 foro nap. 1999, 257 n. IERMANO gli amministratori hanno il dovere di impugnare le deliberazioni assembleari invalide, la mancata impugnazione costituisce grave irregolarità ex art. 2409 c.c.

espressamente risolto dal legislatore¹⁹⁹. È tuttavia evidente che le restrizioni apportate al diritto di impugnativa avranno un influsso su questo tema.

Infatti, il concetto di interesse sociale inteso come interesse di tutti i soci si riempie di significato se si ha riguardo alla diversità delle situazioni soggettive dei soci stessi.

In ogni caso sembra preferibile l'opinione che riconosce l'esistenza di un potere – dovere degli amministratori di sindacare la legittimità della deliberazione e conseguentemente di impugnarla²⁰⁰.

Sul piano, poi, della responsabilità per il mancato esercizio del potere di impugnazione, rispetto alle riflessioni precedenti la riforma del diritto societario, soprattutto quelle che escludevano la responsabilità degli amministratori verso la società poiché l'approvazione della deliberazione invalida era addebitabile pur sempre al fatto della società e dei soci stessi²⁰¹, la riscrittura degli artt. 2377-79 potrebbe comportare un rinvigorimento della tesi²⁰² di una responsabilità degli

¹⁹⁹ Secondo A. STAGNO D'ALCONTRES (in *Il nuovo diritto delle società* cit. p. 184 e ss.) resterebbe, infatti, aperto il problema, già postosi prima della riforma, del carattere doveroso o facoltativo dell'esercizio del diritto di impugnare le delibere annullabili "in proposito sembra più convincente la tesi per la quale l'esercizio del menzionato diritto costituirebbe, per gli organi sociali, adempimento di un potere- dovere"

²⁰⁰ In questo senso da ultimo T. Napoli 5 dicembre 2002 in *Dir.e pratica società*, 2003, fasc. 17, 79, n. BALSAMO, che si riferisce al caso di mancata approvazione da parte dell'assemblea del bilancio di esercizio predisposto dall'amministratore giudiziario, questi avrebbe, conseguentemente il potere dovere di impugnare la delibera negativa a fine di ottenerne l'annullamento e, con esso, l'effetto dell'approvazione.

²⁰¹ Così OPPO, *Amministratori* Cit. p. 238 e ss. Se la società non è legittimata a far valere la responsabilità degli amministratori per violazione del loro dovere di sindacare la validità della deliberazione e quindi di impugnazione della stessa, la responsabilità verso la società è ovviamente senz'altro configurabile per la violazione dell'obbligo di prendere i conseguenti provvedimenti una volta che l'annullamento sia stato pronunciato. Ma su questo tema influisce la questione della esecutività delle sentenze costitutive (se valga cioè la regola della provvisoria esecutività o se questa si abbia solo con il passaggio in giudicato della sentenza stessa). A tal proposito recentemente Trib. Milano 7 novembre 2003 in *Giur. it.* 2004, 340 n. BONFANTE, CAGNASSO ha sostenuto che l'obbligo degli amministratori di apportare al bilancio contestato le variazioni imposte dal comando giudiziale e, quindi, di modificare i dati di partenza del bilancio successivo sorge con il passaggio in giudicato della sentenza che ha pronunciato l'invalidità del primo bilancio.

²⁰² Questa tesi era, infatti, già sostenuta nel previgente regime da OPPO, (op. cit. p. 238 e ss.)

amministratori per la mancata impugnazione di delibere invalide verso il singolo socio, non titolare del diritto all'annullamento, ex art. 2395 c.c..

Andrebbero però verificati i rapporti fra questa azione quella di risarcimento danni esperibile dallo stesso socio ex art. 2377 IV ° co. c.c. soprattutto in relazione alla diversità di ampiezza e natura del termine a cui sono soggette (è ritenuto prevalentemente, un termine di decadenza quello previsto dal VI° co dell'art. 2377, mentre dovrebbe essere un termine di prescrizione quello indicato nell'art. 2395 II co) nonché alla diversa natura del danno risarcibile (danno diretto nel caso dell'art. 2395 c.c. mentre il riferimento al danno diretto è, come è noto, stato espunto dal testo definitivo dell'art. 2377 c.c.).

La necessità della tutela dell'interesse sociale , come interesse di soggetti oramai disuguali, può orientare le scelte interpretative anche relative ad alcune “vecchie “ questioni.

Quella ad esempio del potere di chiedere la sospensione della impugnata delibera sul quale non dovrebbero esserci più dubbi (peraltro ingiustificati anche alla luce della concezione della tutela cautelare come facente parte del diritto d'azione) visto anche il tenore letterale dell'art. 2378 III° co. c.c. che si riferisce genericamente all'”impugnante” e non più espressamente al “socio opponente”. Ciò naturalmente fatta salva la questione, di ordine generale, della possibilità che siano sospese le delibere cd. self-executing che non abbisognano cioè di attività di esecuzione.

Resta peraltro confermata la tesi che la legittimazione spetti al consiglio come

collegio e non agli amministratori singoli²⁰³ (salvo che la delibera non sia lesiva di un loro diritto).

Dovrebbe poi essere consentita l'impugnazione da parte degli amministratori, senza che sia necessario interpellare previamente l'assemblea²⁰⁴, e anche quando non vi siano soci legittimati all'impugnativa (ad es. per rinuncia degli stessi)²⁰⁵

8.- La legittimazione all'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio fra il nuovo art. 2434 bis e l'art. 157 t.u.f..

Come è noto, il nuovo art. 2434 bis, in tema di invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio, su cui ci soffermeremo fra poco, ha il proprio antecedente nell'art. 6 del d.p.r. 31-3-1975 n. 136, in seguito sostituito dall'art. 157 del d. lgs. N. 58/98.

Le disposizioni speciali in tema di invalidità del bilancio di società quotate (che indubbiamente costituiscono un antecedente anche del nuovo sistema generale dell'invalidità delle deliberazioni assembleari) evidenziavano, anche prima della riforma del diritto societario, una serie di problemi relativi alla legittimazione e all'interesse ad agire nonché ai rapporti fra le azioni

²⁰³ Nel senso che la legittimazione spetti al consiglio nella sua collegialità e non individualmente a ciascun amministratore Cass. 5 giugno 2003, n. 8992 in Foro it. 2003, I, 3007, n. RORDORF. In senso conforme IANNICELLI cit. p. 1112

²⁰⁴ Sosteneva la necessità di interpellare l'assemblea per invitarla a sostituire o revocare la deliberazione annullabile TRIMARCHI, op. cit. p. 93-94.

²⁰⁵ In senso contrario MINERVINI, op. cit. p. 220

proponibili dai soci e i poteri concessi alle Autorità di Vigilanza (nella specie CONSOB) ai quali si aggiungono ,ora, quelli relativi al coordinamento con i nuovi artt. 2377 -79 c.c. e con la disposizione “speciale” contenuta nell’art. 2434 bis.

L’art. 157 tuf prevede, infatti, che , salvo il caso in cui la società di revisione esprima un giudizio negativo o dichiari la impossibilità di esprimere un giudizio sul bilancio (in cui si apre il problema di fondo della possibilità di applicazione dei nuovi artt. 2377 e 79 e 2434 bis c.c. alle società quotate , visto che , ex art. 2325 bis, queste norme si applicano alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e, naturalmente, a quelle cd. “chiuse”), la delibera che approva il bilancio d’esercizio può essere impugnata, per mancata conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione da tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale.

Il primo elemento di diversità che si coglie , rispetto alle norme introdotte nel 2003, è quello che, in questo caso, la limitazione all’accesso alla tutela reale riguarderebbe una ipotesi di nullità della deliberazione (e non di mera annullabilità come è per l’art. 2377 c.c.).

Infatti, la mancata conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione, comporta, secondo la giurisprudenza, nullità della deliberazione con cui il bilancio stesso venga approvato.

In quella che è stata definita una “guerra di religione”, combattuta fra

impugnatori di bilanci e difensori delle società²⁰⁶, la giurisprudenza ha dovuto affrontare spessissimo la questione della violazione del principio di “chiarezza” del bilancio, enunciato dall’art. 2423 II° co. c.c., e dei suoi rapporti col principio di “verità” del bilancio stesso in relazione al cd. “diritto di informazione del socio”.

La tesi prevalente ritiene che il principio di verità del bilancio sia posto a tutela “dell’interesse dei soci ad essere correttamente informati della situazione economico –patrimoniale della società al termine di ciascun esercizio , ma anche dell’interesse dei terzi che hanno instaurato rapporti con la società , nonché dell’interesse generale dello Stato alla realizzazione di un più compiuto controllo sull’attività delle società per azioni ed alla regolarità della loro gestione”²⁰⁷; pertanto una sua eventuale violazione comporterebbe nullità della delibera di approvazione del bilancio stesso.

.²⁰⁸)

L’art. 157 tuf, conteneva , e contiene, quindi, una importante deroga alla regola secondo cui la legittimazione a far valere la nullità spetterebbe a “chiunque vi abbia interesse”.

²⁰⁶ Così JAEGER, *Relazioni, verbali, allegati e <<chiarezza>> del bilancio*, nota a Cass. 28 luglio 1977, n. 3373, in *Giur. Comm.* 1973, II, 33; Id. *Legittimazione e interesse a impugnare il bilancio*, in *Giur. comm.* 1975, II, p. 46 e ss.

²⁰⁷ La giurisprudenza su questa questione è sterminata . Le parole fra virgolette sono tratte dalla importante sentenza della Cassazione Sez. un. 21 febbraio 2000, n. 27 in *Foro it.* 2000, I, 1521 nonché in *Giur. comm.* 2000, II, 73, con nota di P. G. JAEGER “*Violazione del principio di chiarezza e invalidità della delibera di approvazione del bilancio (considerazioni sul <<diritto all’informazione degli azionisti>>*”.

²⁰⁸ Con la puntualizzazione che, in alcuni casi, la giurisprudenza ha ammesso che i chiarimenti forniti non solo nelle relazioni , ma anche nelle risposte date in assemblea e verbalizzate dagli amministratori possono avere l’effetto di “degradare l’impugnativa (...) da azione di nullità ad azione di annullamento” . Così JAEGER , op. loc. ultt. cit. p. 89.

In questo contesto si inserisce il potere di impugnazione attribuito alla CONSOB, portatrice di interessi evidentemente generali, non necessariamente coincidenti con quelli sottosanti gli artt. 2377-79 c.c.

Questa può, infatti, esercitare in ogni caso le azioni previste dal comma I° dell'art. 157 t.u.f. entro sei mesi dalla data di deposito del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato presso l'ufficio del registro delle imprese.

È difficile incasellare il potere di azione dell'organo di vigilanza nell'ambito dei concetti di legittimazione ordinaria o straordinaria. Si tratterebbe, secondo una parte della dottrina, di una "legittimazione speciale cioè in deroga a quella ordinariamente stabilita dall'art. 2377 c.c. a tutela di un interesse diverso da quello del socio dissenziente o astenuto ...che appartiene al dominio dell'interesse lato sensu pubblico, o dell'economia nazionale, o superindividuale²⁰⁹,"

L'idea che, però, la legittimazione della CONSOB abbia dei profili di "straordinarietà" (nel senso inteso dall'art. 81 c.p.c.), anzi che vi sia una sorta di sostituzione processuale assoluta o necessaria (quantomeno nei riguardi dei soci non titolari del diritto di impugnazione) sembra confermata dalla vicenda, verificatasi prima della introduzione del cd. tuf, della sospensione dell'efficacia dell'art. 6 d.p.r. 31-3-1975 n. 136.

Questa disposizione, infatti, già prevedeva limiti alla impugnabilità della

²⁰⁹ Così DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali* in Giur. Comm. , 2004, I, 1184, secondo cui l'interesse perseguito dalle Autorità di vigilanza presenterebbe profili di identità con quello fatto valere nel processo civile dal pubblico ministero, nonché all'interesse fatto valere nel processo dagli enti esponenziali di interessi diffusi (si noti però, che, ad esempio, in materia di tutela dei consumatori, come già accennato, il singolo non viene privato della legittimazione ad agire.)

deliberazione assembleare che approvava il bilancio certificato dalla società di revisione, apportando espressamente deroga all'art. 2377 2° co e 2379 c.c.; l'impugnazione era proponibile da tanti soci che rappresentassero almeno il ventesimo del capitale sociale o cento milioni di lire in valore nominale se il capitale fosse stato superiore a due miliardi di lire e solo per motivi inerenti al contenuto del bilancio e alle relative valutazioni. L'impugnazione poteva essere proposta dalla CONSOB nel termine di sei mesi dall'iscrizione nel registro delle imprese.

Con l'art. 19 della l. n 281/1985 venne sospesa per un triennio (cioè fino al 4 luglio 1988) l'efficacia del citato art. 6 e la legittimazione alla impugnazione venne riconsegnata a tutti i soci visto che la CONSOB non era ancora attrezzata per l'esercizio di questo nuovo potere , ad essa conferito dal d.lgs. n. 136/1975.²¹⁰

La legittimazione alla impugnazione della delibera di approvazione del bilancio attribuita alla Autorità di vigilanza genera problemi relativi alla applicazione della regola del cd. "cumulo necessario", contenuta ora nel 5° co. dell'art. 2378 c.c. secondo cui tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione, anche se separatamente proposte (ed oggi anche le domande di risarcimento del danno ai sensi del 4° co dell'art. 2377 c.c.) devono essere istruite congiuntamente e decise con un'unica sentenza. Sono previsti, infatti,

²¹⁰ Così SALAFIA nel commento a Corte di Appello di Torino 12 luglio 1994, in Società 1995, 372. Questa decisione si occupò espressamente della questione sostenendo che , essendo decorso, in corso di causa, il suddetto periodo di sospensione, l'impugnazione legittimamente proposta da un socio non titolare della soglia di partecipazione qualificata prevista dall'art. 6 d.lgs. n.136/1975 dovesse essere ritenuta inammissibile per difetto di legittimazione ad agire, ritenendo tale requisito come una condizione dell'azione che deve necessariamente sussistere al momento della decisione.

termini diversi per l'esercizio dell'azione da parte della Consob (esperibile entro sei mesi dalla data di deposito del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato presso l'ufficio del registro delle imprese) rispetto a quelli concessi ai soci.

Già prima della riforma, si osservava che queste ipotesi potevano dare luogo a decisioni potenzialmente contraddittorie e vi era chi riteneva che, in questi casi, la regola (ora contenuta nel cpv. del 5° co dell'art. 2378 c.c.) secondo cui la trattazione della causa di merito deve avere inizio una volta trascorso il termine di decadenza previsto dall'art. 2377c.c., dovesse essere interpretata nel senso che la trattazione della causa dovesse rimanere sospesa fino alla scadenza del (più lungo) termine concesso alla Consob²¹¹ .

Il problema si pone in questi termini nei casi di annullabilità della delibera di approvazione del bilancio, ma se si discute di nullità dello stesso , come è nella maggior parte dei casi giurisprudenziali di violazione dei criteri di redazione, ex art. 2423 c.c., il termine concesso alla Consob finiva (almeno sotto la vecchia disciplina) per essere addirittura inferiore rispetto a quello concesso ai soci (i quali, anzi, nel caso di nullità non ne avevano alcuno).

Il coordinamento fra le impugnazioni, dopo la riforma, è reso ancor più difficoltoso da due elementi. Primo, le incertezze derivanti dalla sovrapposizione di una disciplina “speciale” anteriore, quella prevista dal tuf, e di una disciplina generale successiva (contenente però disposizioni anch'esse

²¹¹ L'opinione è di COTTINO, *Diritto commerciale*, I/2, cedam, 1987, 444. Su questi temi si veda, inoltre, ZANARONE, op. cit. p. 406 nt.94.

“speciali” o “tipiche” , che dir si voglia). Questa stratificazione fa sì che le azioni proponibili avverso la delibera di approvazione del bilancio, nelle ipotesi contemplate dal tuf, siano sottoposte a differenti termini in relazione sia al soggetto impugnante sia al vizio fatto valere.

La Consob godrebbe di un termine più lungo, rispetto a quello concesso ai soci, per esperire l'impugnazione, nel caso in cui attraverso questa si faccia valere l'annullabilità della deliberazione di approvazione del bilancio, ma, cosa accade nel caso di nullità? Entro quale termine i soci titolari della soglia di partecipazione al capitale prevista dall'art. 157 tuf potrebbero proporre l'impugnazione? La disciplina della invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio contenuta nel codice civile è applicabile alle società quotate? In particolare, il nuovo art. 2379 c.c. prevede, come è noto, un termine di tre anni per far valere la nullità. Al di là dei dubbi sulla natura di tale termine (se esso sia di decadenza o di prescrizione, con le notevoli conseguenze che ciascuna delle due opzioni comporta, si pensi solo alla possibilità di interruzione del termine stesso) il problema potrebbe essere risolto alla luce del I° co dell'art. 2434 bis, secondo cui le azioni previste dagli artt. 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti della deliberazione di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta la approvazione del bilancio dell'esercizio successivo. Quest'ultima disposizione, pertanto, restringerebbe, in questa particolare materia, la portata dell'art. 2379 c.c.

Vi sarebbe ancora una volta una disarmonia fra termine concesso ai soci (approvazione del bilancio successivo) e quello concesso all’Autorità di vigilanza (sei mesi) cosicché quest’ultimo potrebbe essere (paradossalmente) già decorso mentre per i soci è ancora possibile l’impugnazione .

La applicazione della regola del “cumulo necessario” fra le impugnazioni, è ostacolata, oltre che dalla disarmonia dei termini per l’esercizio delle azioni da parte dei vari soggetti legittimati, dalle difficoltà applicative della citata regola (contenuta nell’5° co . dell’art. 2378 c.c.) ,secondo cui la trattazione della causa di merito deve avere inizio una volta trascorso il termine di decadenza previsto dal 6° co. dell’art. 2377 c.c., ai processi soggetti al cd. “rito societario” (che dovrebbe applicarsi, ai sensi dell’art. 1 d. lgs. N.5/2003, anche alla impugnazione delle deliberazioni assembleari di società quotate²¹²) .

Le difficoltà di coordinamento fra processi in cui è prevista una fase riservata alle parti, con termini non fissi ma mobili, e una apud iudicem rendono estremamente difficoltosa l’applicazione della disciplina della riunione dei giudizi (ex art. 274 c.p.c.); in un processo così strutturato è, inoltre, dubbio che cosa debba intendersi per “trattazione della causa di merito”²¹³ . La trattazione simultanea delle impugnazioni non è favorita neanche attraverso l’istituto dell’intervento nel processo che, come si vedrà in seguito, è stato sottoposto a termini di decadenza

²¹² Con la precisazione che , se dovessero entrare in vigore le modifiche all’art. 70 ter delle disp. Att. del c.p.c. (che prevede che le parti possano concordemente decidere di trattare una causa soggetta al rito ordinario con il rito societario) previste dall’art. 48 del disegno di legge recante “disposizioni per la razionalizzazione e l’accelerazione del processo civile”, cd. ddl Mastella, anche il rito societario sembrerebbe non essere più obbligatorio nelle materie indicate dal citato art. 1 d. lgs. N. 5/03.

²¹³ Sui problemi generati dalla applicazione dell’istituto della riunione ai processi che si svolgono secondo il rito societario si veda CARRATTA, op. cit. p. 1202 e ss.

talmente ristretti (previsti dagli artt. 14 e 15 del d. lgs. N. /2003) da renderne difficile l'esercizio. A tal proposito bisognerebbe però valutare se un eventuale intervento, nel giudizio di impugnazione della delibera di approvazione del bilancio, della CONSOB (pure astrattamente ipotizzabile) possa essere assoggettato alla rigida disciplina prevista dal rito societario anche in considerazione della natura degli interessi tutelati dalla Autorità di vigilanza.

9. - La fattispecie “tipica” di invalidità prevista dal nuovo art. 2434 bis c.c. ed il coordinamento con l’art. 157 t.u.f..

Il problema della tutela del socio non titolare del diritto alla impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio.

L'esigenza di “stabilità” degli atti societari era, come è noto, particolarmente sentita riguardo alla deliberazione di approvazione del bilancio e soprattutto in relazione al cd. “effetto a cascata” che poteva derivare dall'accoglimento dell'impugnazione sui bilanci successivamente approvati. È vero che, nei casi in cui si faceva valere la nullità del bilancio (e non la mera annullabilità), come sopra accennato, la giurisprudenza era incline a considerare il requisito dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. come filtro per valutare la meritevolezza della tutela richiesta , anzi in queste ipotesi si riteneva prevalentemente che tale requisito dovesse concretizzarsi in un pregiudizio concreto subito dal socio e non potesse consistere, quindi, nel mero interesse alla legalità dell'azione sociale; la

concretezza di questa impostazione poteva essere, tuttavia, vanificata dal modo di intendere il cd. “diritto all’informazione dei soci” ed il suo collegamento con il, già citato, principio di chiarezza del bilancio (enunciato dall’art. 2423 c.c.). La concezione giurisprudenziale²¹⁴ secondo cui il principio di chiarezza non sarebbe subordinato al principio di verità (nel senso che non sarebbero rilevanti eventuali violazioni del principio di chiarezza se non in quanto queste possano comportare compromissione del principio di verità, ritenuto superiore) ma avrebbe una sua valenza autonoma , prestava sicuramente il fianco ad una pluralità di attacchi nei confronti della deliberazione di approvazione del bilancio. In questa prospettiva, infatti, il diritto alla informazione del socio (connesso alla funzione informativa del bilancio stesso) potrebbe dirsi violato “non soltanto quando la violazione della normativa in materia determini una divaricazione fra il risultato effettivo dell’esercizio ...e quello del quale il bilancio stesso dà invece contezza, ma anche in tutti i casi in cui dal bilancio stesso e dai relativi allegati non sia possibile desumere l’intera gamma delle informazioni che la legge vuole siano fornite per ciascuna delle poste iscritte “²¹⁵.

In questo contesto di estrema vulnerabilità di uno degli atti fondamentali della vita societaria è intervenuto l’art. 2434 bis c.c. che prevede la regola della improponibilità delle azioni previste dagli artt. 2377 e 2379, nei confronti della deliberazione di approvazione del bilancio, dopo che è avvenuta la approvazione del bilancio dell’esercizio successivo.

²¹⁴ Recepta dalla citata (retro nota 207)Cass. Sez. Un. N. 27/2000.

²¹⁵ Cass, Sez Un. N. 27/2000 cit.

Secondo una parte della dottrina ²¹⁶ tale regola troverebbe il proprio fondamento nella mancanza di interesse ad agire da parte del socio (e degli altri soggetti titolari del diritto alla impugnazione, visto che la regola comprende sia il caso di annullabilità del bilancio che di nullità dello stesso) una volta che sia avvenuta la approvazione del bilancio successivo. Il legislatore avrebbe cioè fatto una valutazione a priori circa la mancanza di detto interesse.

Si discute, tuttavia, sul significato della improponibilità della impugnazione. Secondo una opinione²¹⁷ questa disposizione comporterebbe che, nel caso di annullamento, l'impugnativa sarebbe soggetta ad un termine di decadenza più lungo dei tre mesi previsti dall'art. 2377; mentre, per il caso di nullità (anche alla luce della nuova disciplina che prevede un termine di tre anni per l'esperimento dell'azione, salvo, naturalmente, il caso di delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, proponibili senza limiti di tempo) il termine risulterebbe di fatto ridotto.

Sicuramente la regola della improponibilità dell'azione sembra pensata più per le ipotesi di nullità della delibera di approvazione del bilancio (per la quale prima della riforma non era previsto un termine di decadenza), ma appare contraddittorio ritenere che, proprio in questa materia, sia concesso ai soci, e agli altri soggetti legittimati a far valere l'annullabilità della delibera, un termine più lungo di quello ordinario. Il senso della specialità della disciplina contenuta

²¹⁶ GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società* cit. p. 219 e ss.

²¹⁷ Espressa da GENOVESE, op. cit., p. 220, specialmente nt. 3.

nell'art. 2434 bis dovrebbe, infatti, proprio consistere in una maggiore severità, nel perseguimento della stabilità delle deliberazioni, rispetto alle regole generali.

A tal proposito, è stato osservato che l'art. 2434 bis c.c. contiene, oramai, una disciplina addirittura più restrittiva di quella prevista dall'art. 157 tuf per le società quotate²¹⁸, per cui il raffronto fra le due norme pone numerosi problemi. Il primo dubbio riguarda la applicabilità della regola della improponibilità della impugnazione ex art. 2434 bis 1° co. c.c., anche alle società quotate. Quest'ultima disposizione blinda definitivamente la stabilità del bilancio (una volta che sia stato approvato il bilancio relativo all'esercizio successivo) indipendentemente dal vizio (sia esso relativo all'oggetto o al procedimento) che affetta la relativa deliberazione e indipendentemente dal possesso della quota di capitale richiesta dalla legge. Sembra inevitabile propendere per la soluzione positiva anche se bisognerebbe forse riconoscere che la improponibilità dell'azione non possa valere per la Consob qualora, nonostante l'approvazione del bilancio successivo, non fosse decorso il termine di sei mesi previsto dall'art. 157 t.u.f. (ipotesi che si può, forse, difficilmente verificare).

Il II° co. dell'art. 2434 bis c.c. contiene una norma relativa alla legittimazione a impugnare la deliberazione di approvazione del bilancio che rievoca la previsione dell'art. 157 t.u.f. con qualche, non secondaria, differenza.

Bisogna distinguere, a tal proposito, a seconda che il revisore non abbia formulato

²¹⁸ Per cui "sarebbe difficile giustificare una soluzione secondo la quale, proprio per quelle società per le quali il legislatore prima ha avvertito l'esigenza di introdurre per l'impugnativa di bilancio norme più restrittive di quelle previste per la generalità delle società, sia ora inapplicabile la disciplina che delinea un regime di impugnazione del bilancio certificato più restrittivo rispetto a quello sancito dalla norma speciale". Così GENOVESE, op. cit. p. 244.

rilievi o viceversa.

Nel primo caso (in cui non vi siano stati, quindi, rilievi) la legittimazione spetterebbe , sembrerebbe sia nel caso di annullabilità che di nullità della deliberazione in questione, a tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale.

Qui si coglie un elemento di notevole diversità rispetto al t.u.f. e anche di quella maggiore severità cui si è sopra accennato. La maggiore tutela del bilancio “certificato” nelle società non quotate deriva dal fatto che, in questo caso, la restrizione in tema di legittimazione ad agire è assoluta (riguarda qualunque vizio) e non circoscritta ai casi di “mancata conformità del bilancio alle norme che disciplinano i criteri di redazione”.

Si noti, quindi, che anche in questo caso vi è una deroga alla regola generale secondo cui la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse ma senza meccanismi di legittimazione sostitutiva , come è nel campo delle società quotate, e senza un richiamo espresso a rimedi risarcitori.

In questa ipotesi sarebbe opportuno riflettere ancora sulla distinzione fra legittimazione ad agire e titolarità del diritto ad ottenere l’annullamento della delibera e sulla eventualità che l’intervento del legislatore, in questo particolare caso, abbia toccato il profilo strettamente processuale attinente alla legittimazione ad agire del singolo socio, con tutte le possibili conseguenze del caso.

Se il revisore ha, invece, formulato rilievi, qual è la disciplina applicabile? Dovrebbero tornare in gioco le regole generali contenute negli artt. 2377 e 2379

c.c., con la conseguenza che, in questo caso, sarebbe, quindi, sempre necessario il possesso del cinque per cento del capitale sociale per far valere la annullabilità della deliberazione, ma non per far valere la nullità della stessa e la legittimazione ritornerebbe ad essere attribuita a ciascun socio.

I problemi di coordinamento generati dal II° co dell'art. 2434 bis c.c. non sono solo, per così dire, “esterni”, ma anche “interni” alla disciplina prevista dal codice civile per le società non quotate. Ci si potrebbe chiedere, infatti, se la condizione del possesso della soglia di capitale per l'esercizio dell'impugnazione, previsto da quest'ultima norma, sia derogabile. Se, cioè, si possa applicare al caso di invalidità della delibera di approvazione del bilancio, la previsione contenuta nel 3° co. dell'art. 2377 c.c., secondo cui lo statuto può ridurre o escludere il requisito del possesso della soglia di capitale qualificata., oppure si debba ritenere che si tratti di materia non disponibile (come si riteneva, del resto, almeno prima della riforma, in tema di compromettibilità delle controversie relative all'invalidità del bilancio) in ragione delle esigenze di tutela del mercato e dei terzi (che dovrebbero essere particolarmente sentite nelle società cd. “aperte”).

Il 3° co dell'art. 2434 bis, contiene una interessante previsione in tema di efficacia della sentenza con cui venga dichiarata la invalidità della delibera di approvazione del bilancio. Esso prevede, infatti, che il bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità di cui al comma precedente tiene conto delle ragioni di questa presupponendo, sembrerebbe, la esecutività

immediata della sentenza di annullamento e anche di quella che dichiara la nullità, visto che la norma si riferisce alla invalidità in genere.

Questa disposizione, oltre a costituire un ulteriore elemento a sostegno della tesi della provvisoria esecutività delle sentenze costitutive e di mero accertamento, contraddice un orientamento giurisprudenziale che sosteneva, invece, la necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza²¹⁹.

Ma le maggiori incertezze nella ricostruzione della disciplina dell'invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio riguardano, senza dubbio, la eventualità che anche la approvazione di tale delibera, possa costituire fatto generatore di responsabilità della società verso i soci.

Né l'art. 157 tuf, né il successivo art. 2434 bis c.c., infatti, come già accennato, nel prevedere limitazioni all'accesso alla tutela reale, fanno un riferimento esplicito a rimedi "sostitutivi", del tipo di quello introdotto dal VI° co dell'art. 2377 c.c., per il socio non titolare del diritto all'annullamento (o, più in generale, alla caducazione della delibera).

L'art. 2434 bis, tuttavia, nel porre la citata regola della improponibilità delle azioni avverso la deliberazione di approvazione del bilancio, una volta che sia stato approvato quello successivo, si riferisce genericamente agli artt. 2377 e 79, includendo così la speciale azione di risarcimento danni prevista dall'art. 2377 IV° co.

Da ciò si potrebbe implicitamente dedurre che il singolo socio goda della tutela

²¹⁹ Si veda T. Milano 7 novembre 2003 cit. secondo cui "l'obbligo per gli amministratori di apportare al bilancio contestato le variazioni imposte dal comando giudiziale e, quindi, di modificare i dati di partenza del bilancio successivo sorge con il passaggio in giudicato della sentenza che ha pronunciato l'invalidità del primo bilancio".

risarcitoria , invece di quella reale, per lo meno nelle società cd. chiuse e in quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ma il dubbio resterebbe per le società quotate.

Si pongono delicati problemi. Ed infatti, se si dovesse ritenere che il riferimento operato dal 1° co dell'art. 2434 bis non comprenda la speciale azione risarcitoria prevista dal 4° co. dell'art. 2377 c.c. , si profilerebbe, nelle società non quotate, l'ipotesi di una amputazione di tutela per il singolo socio poiché la sottrazione della tutela reale non sarebbe compensata né dalla previsione di una diversa forma di tutela né dalla attribuzione della legittimazione ad agire a soggetti "adeguati portatori" di interessi superindividuali (come potrebbe essere ritenuta la Consob), a meno che non si voglia enfatizzare il significato della legittimazione alla impugnazione attribuita agli amministratori, al consiglio di sorveglianza e ai sindaci.

Il problema del richiamo alla tutela risarcitoria , che si pone specialmente nelle ipotesi in cui il legislatore ha disciplinato fattispecie tipiche di invalidità (si pensi, oltre che ovviamente all'art. 2434 bis, alla invalidità delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e della emissione di obbligazioni, ex art. 2379 ter, o anche alla invalidità della fusione, ex art. 2504 quater ,richiamato dall' ult. Co dell'art. 2506 ter in tema di scissione di società, della trasformazione , ex art. 2500 bis, tutti casi, questi ultimi, in cui, tuttavia, viene genericamente fatto salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci e ai terzi) coinvolge una questione di grande importanza che rimane sullo sfondo dell'intera

riforma del diritto societario.

Quella cioè della proponibilità delle azioni cd. “di diritto comune” da parte dei soci e, più in particolare, della eventuale sopravvivenza della tutela aquiliana “classica” (e dei suoi rapporti con l’azione speciale prevista dal IV° co dell’art. 2377 c.c.) nell’ambito degli strumenti concessi al socio contro le deliberazioni assembleari invalide.

A tal proposito è necessario risalire un po’ indietro e fare alcune precisazioni.

L’idea di un travalicamento del sistema “speciale” previsto dagli art. 2377-79 c.c. ha radici lontane, essa era infatti connessa con la cd. teoria dei “diritti individuali degli azionisti” e trovava la sua immediata origine nella dottrina formatasi sotto il vigore del codice di commercio. Infatti, l’avverbio “manifestamente” contenuto nell’art. 163 e il riferimento letterale, contenuto in questo articolo, alla sola azione per la sospensione della deliberazione (cui si è sopra fatto cenno), indusse una larga parte della dottrina a ritenere che l’azionista potesse ricorrere, a tutela dei propri diritti individuali, alle azioni di diritto comune, trovando invece l’azione prevista dall’art. 163 il suo limite nella necessità di una “manifesta” invalidità della deliberazione²²⁰.

La tendenza ad un superamento, nell’ambito dei rimedi concessi al socio contro le deliberazioni assembleari invalide, del sistema delle cd. “azioni sociali” (previste dagli artt. 2377-79 c.c.)²²¹ costituì, poi, nel passaggio dal codice di commercio al

²²⁰ Così ASCARELLI, *Studi in tema di società*, cit. ,p. 132

²²¹ Il superamento del sistema speciale (che presupponeva la adesione alla tesi della natura negoziale della deliberazione assembleare) implicava la proponibilità da parte dell’azionista delle azioni che ciascun soggetto può esperire a tutela di un proprio diritto soggettivo, come l’azione di annullamento ex art. 1441 c.c., l’azione di nullità ex art. 1418 c.c. (e secondo alcuni l’azione di inefficacia e di inesistenza) e, infine, l’azione di danno ex art. 2043 c.c.

codice civile, il più interessante risultato della applicazione della citata teoria dei “diritti individuali degli azionisti”²²², che, pur non trovando un espresso riconoscimento nel codice civile, ebbe poi un ruolo determinante nella interpretazione del sistema previsto dagli artt. 2377-79 c.c., visto che ricollegava le sanzioni della nullità e dell’annullabilità al diverso tipo di diritto violato.

Questa dottrina testimoniava la difficoltà di ricostruire in maniera omogenea la posizione del socio nei confronti della società e la possibile complessità di sfaccettature di quello che viene comunemente definito lo “status” di socio che può comprendere una serie di posizioni giuridiche differenti fra di loro rispetto alla persona giuridica.

Sotto questo aspetto, il più interessante risvolto, soprattutto per le sue implicazioni sul piano processuale, delle riflessioni dottrinarie tendenti a distinguere la posizione dell’azionista rispetto ai poteri dell’assemblea e , quindi, della maggioranza, era quello che intravedeva , in alcune ipotesi, un

²²² Si parla di diritti individuali degli azionisti in molteplici accezioni. Primo, per indicare quei diritti (cd. “diritti individuali in senso proprio”) che caratterizzano la posizione del socio nei confronti della persona giuridica, diritti costitutivi dello status di socio da ritenersi i presupposti fondamentali che possono considerarsi come “la causa” per cui l’azionista (considerato in astratto) ha consentito ad aderire al contratto di società (così DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, 1960, p. 283). Secondo, si parla di diritti individuali per indicare quei veri e propri diritti soggettivi, di origine contrattuale perché sanciti negli statuti sociali, concessi in via privilegiata , i cd. “diritti prioritari”, solamente ad alcuni soci (come ad es. I privilegi nel voto ,nel dividendo, nel riparto di liquidazione), sicchè la posizione dei titolari di essi in nulla differirebbe dalla posizione dei “terzi” (Si veda ASCARELLI, *Studi in tema di società, cit.*, p. 89). Infine si parla di diritti individuali anche a proposito dei diritti delle minoranze che suppongono identità di interesse di un gruppo di soci (MESSINEO , *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, 484 e ss.). La categoria dei diritti individuali degli azionisti trova la sua origine nella dottrina germanica (si veda MIGNOLI, *I diritti della categoria di azioni*, in B.B. T.C., 1955, 459), e fu recepita sia dall’ordinamento tedesco che da quello svizzero , mentre in Italia fallì il tentativo di introdurre una norma ad hoc (si veda ,infatti, l’art.25 del prog.cod. c. che prevedeva che “i diritti particolari , di natura patrimoniale e non patrimoniale che siano stabiliti nell’atto costitutivo e nello statuto a favore dei singoli associati , distinti dai diritti che spettano a ciascun associato come tale, non possono essere soppressi o modificati nemmeno con deliberazione unanime dell’assemblea” che però si riferiva , evidentemente, ai soli diritti prioritari). La mancanza di una precisa disposizione di legge ha dunque provocato una inevitabile “scarsa omogeneità” della categoria (FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 1960, p.244)

affievolimento della posizione del socio, nei confronti della società, da diritto soggettivo a “interesse occasionalmente protetto” o interesse legittimo²²³ con la conseguenza di ritenere che la violazione di del mero interesse legittimo sarebbe tutelabile solo attraverso le azioni sociali, mentre la violazione di un diritto soggettivo dell’azionista legittimerebbe quest’ultimo ad agire alla stregua dei principi comuni.

L’idea dell’accostamento della posizione giuridica del socio nei confronti della società al concetto di interesse legittimo, come già accennato, ha attraversato la dottrina processualistica ed è stata inevitabilmente rispolverata dalle assonanze che propone il nuovo diritto societario con la evoluzioni dei rapporti fra tutela specifica e risarcitoria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Cosa resta oggi di tutto ciò ?

Innanzitutto , quando ci si interroga sulla sopravvivenza e sulla proponibilità delle azioni di diritto comune da parte dei soci lesi da una delibera assembleare invalida ci si riferisce essenzialmente all’azione di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., visto che il sistema degli artt. 2377-79, da sempre definito come un sistema “chiuso”, sembrerebbe essersi definitivamente affrancato dalle regole generali in tema di annullamento e nullità previste dal codice civile (è ciò sembrerebbe testimoniato, fra l’altro, dalla cancellazione del riferimento agli artt. 1421, 1422 e 1423 c.c. , contenuto nel vecchio testo dell’art. 2379 c.c.).

Il punto è che il legislatore sembrerebbe aver fagocitato all’interno di questo sistema “chiuso”, per l’appunto, anche il diritto al risarcimento del danno

²²³ Si veda a tal proposito CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea di s.p.a.*, 1942,

trasformandolo in diritto potestativo il cui esercizio è soggetto ad un termine di decadenza. Ma se il sistema delle invalidità delle deliberazioni può essere reso impermeabile rispetto alla disciplina dell'invalidità del negozio, può anche esserlo rispetto ai principi generali, siano essi racchiusi in norme cd. di chiusura (come l'art. 2043 c.c.), o meno, come è ad es. per la categoria dell'inesistenza?

Può il diritto al risarcimento del danno essere riplasmato in nome del principio di stabilità? Oppure la azione di danni da illecito ex art. 2043 c.c. è una azione conforme ad un principio generale dell'ordinamento che, come tale, non solo, non richiede una espressa attribuzione o un espresso riconoscimento, ma non può neanche essere eliminata.

La tenuta del sistema, così come ridisegnato dal legislatore del 2003, potrebbe dipendere, quindi, da due fattori : da un lato la eventuale (e forse inevitabile) sopravvivenza della categoria dell'inesistenza potrebbe aprire un varco alla concessione di una tutela reale oltre i limiti previsti dagli artt.2377-79. Dall'altro l'azione generale di risarcimento danni ex art. 2043 c.c. potrebbe vanificare l'intenzione di "concentrazione" delle tutele concesse al socio.

Per cui, uno dei problemi più delicati, posti dalla nuova disciplina è quello dei rapporti fra l'azione risarcitoria "speciale " prevista dal 4° co. dell'art. 2377 c.c. e la azione generale prevista dall'art. 2043 c.c..

Tirando le fila del discorso, ecco le possibili conclusioni .

A) Se, nelle citate ipotesi di invalidità "tipiche", il riferimento generico operato dal legislatore alla tutela risarcitoria debba essere inteso come riferimento alla

azione “speciale” ex art. 2377 IV° co. o a quella generale ex art. 2043 c.c.

Non sembrano esservi ragioni per escludere l’applicabilità dell’art. 2377 IV° co. a tutte le ipotesi tipiche di invalidità delle deliberazioni (fra cui, probabilmente anche quelle relative alle società quotate).

Con la precisazione che la tutela risarcitoria deve necessariamente essere accordata al socio anche nell’ipotesi di invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio . Sarebbe , infatti, paradossale proprio in una ipotesi, come quella di una deliberazione che approva un bilancio falso, o comunque non conforme ai criteri di redazione, in cui sarebbe chiaramente visibile (contrariamente ad altre ipotesi) un danno, subito dal socio, valutabile sul piano patrimoniale (inteso come pregiudizio al valore della partecipazione), escludere la tutela risarcitoria per il socio stesso.

Ciò avrebbe una importante conseguenza sul piano sistematico. La tutela risarcitoria sarebbe, infatti, concessa anche in caso di nullità della deliberazione (e non semplicemente come “surrogato” del diritto all’annullamento , come è stata concepita dall’art. 2377 c.c.). Ma entro quali termini? In particolare dovrebbe trovare applicazione anche in questo caso la regola della improponibilità dell’azione posta dal 1° co. dell’art. 2434 bis.? Questa soluzione appare inevitabile se si pensa che il principio di stabilità delle deliberazioni assembleari sembra essere stato perseguito dal legislatore anche attraverso la “concentrazione “ delle tutele , come è testimoniato dal 6° co dell’art. 2377 c.c.

Il dubbio relativo alla esperibilità dell’azione di risarcimento del danno resta per

le società quotate, in cui il bisogno di tutela del socio, per lo meno nell'ipotesi di invalidità del bilancio per mancato rispetto dei criteri di redazione, potrebbe essere ritenuto soddisfatto dalla legittimazione sostitutiva assegnata alla Consob. Tale dubbio riguarderebbe anche il modo di intendere la tutela risarcitoria del socio nelle materie regolate dal T.u.f., se, cioè, il diritto al risarcimento del danno sia, anche in questo campo, oramai concepito come diritto potestativo soggetto a decadenza con conseguente applicazione della disciplina contenuta negli artt. 2377 e 2434 bis c.c..

B) Resta un punto fortemente incerto se la istituzione della azione speciale di risarcimento danni, anche nella prospettiva di una sua applicazione a tutte le ipotesi di invalidità delle deliberazioni, possa escludere la applicazione del 2043 c.c.²²⁴

10.- L'invalidità delle deliberazioni di aumento o riduzione di capitale e della emissione di obbligazioni .

Anche in tema di deliberazioni che modificano l'assetto del capitale sociale, o che decidono la emissione di obbligazioni, la esigenza di stabilità era particolarmente sentita viste le difficoltà di ripristino dello status quo ante dovuto alla

²²⁴ Nel senso che le azioni risarcitorie contemplate nell'ambito societario affiancano e "non specificano in senso limitativo, la portata dell'art. 2043 c.c." GENOVESE, op. cit. p. 242. Sui problemi relativi alla qualificazione della responsabilità della società, se contrattuale o extracontrattuale, nonché sulla natura indennitaria o di risarcimento del danno del diritto riconosciuto dall'art. 2377 4° co. c.c. si veda, inoltre, PIAZZA, *Il regime delle <<invalidità >> delle deliberazioni assembleari (prime riflessioni di un civilista)*, in Corr. Giur., 2003, 965 e ss.; D'ALESSANDRO, *La tutela* cit. p. 712 e ss; NIGRO, op cit. . p. 891 e ss; PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle deliberazioni assembleari . Stabilità ed effetti*, in Riv. dir.comm. 2004, I, 55 e ss.

irreversibilità degli effetti²²⁵ connessi alla esecuzione di tali deliberazioni (che implicavano , molto spesso, anche il coinvolgimento di soggetti terzi, rispetto alla società e ai soci) in caso di annullamento delle stesse²²⁶.

La tecnica utilizzata dal legislatore è ancora una volta quella di stabilire limiti temporali alla proponibilità della domanda ma si discosta da quella adottata in tema di bilancio poiché non vi sono riferimenti espliciti a limitazioni all'impugnazione di natura soggettiva.

Il problema di fondo posto dalla disciplina della invalidità delle deliberazioni di aumento, riduzione di capitale e di emissione di obbligazioni (nonché da quella relativa alla invalidità della fusione , trasformazione e scissione) è, quindi, quello del rapporto con il sistema generale delle invalidità delle deliberazioni, e, in particolar modo, con l'art. 2377 c.c. , in riferimento alla regola che impone il possesso di una soglia qualificata di capitale per l'esperimento dell'impugnazione.

Si potrebbe pensare, cioè, che l'art. 2379 ter (che sembra modellato sull'art. 2504 bis) sia espressione di una diversa tecnica legislativa che non elimina in radice il diritto del socio ad ottenere l'annullamento della deliberazione ma comprime tale diritto quando la deliberazione ha già spiegato , anche in parte, i suoi effetti.

²²⁵ Rileva SPAGNUOLO, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli- Santoro, Torino, 2003, p. 384 e ss. come "la pronuncia di invalidità di una deliberazione di aumento di capitale o di emissione di obbligazioni presenta problemi assai rilevanti se nel frattempo i titoli emessi hanno circolato, posto che, caducata la delibera, la società deve ripristinare il capitale originario , annullando le azioni emesse ovvero ripetendo dai soci le somme loro pagate ; l'interesse collettivo dei terzi prenditori dei titoli appare ancor più significativo , colorandosi dei caratteri costituzionalmente rilevanti della tutela del risparmio (art. 47 Cost) allorché si tratti di titoli collocati sul mercato finanziario".

²²⁶ Sui problemi che si ponevano, prima della riforma, in relazione agli effetti delle delibere modificative del capitale sociale si veda la ampia trattazione di MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano , 1998, p. 341 e ss.

Ne risulterebbe, quindi, una frammentazione del sistema delle invalidità delle deliberazioni assembleari strutturato in vari modelli .

I dubbi interpretativi, derivanti dalla sovrapposizione della disciplina contenuta nell'art. 2379 ter a quella generale, prevista dagli artt. 2377-79 c.c.,²²⁷ sono molti e, per certi versi, più complessi di quelli relativi alla invalidità del bilancio e derivano dalla combinazione di diverse tecniche per l'attuazione del principio di "stabilità" : quella della improponibilità della domanda o della impossibilità di pronunciare l'annullamento ricollegata alla avvenuta iscrizione della delibera nel registro delle imprese o alla esecuzione della delibera stessa, a cui si aggiungerebbe quella delle limitazioni soggettive al diritto di impugnare.

Innanzitutto, la disposizione in commento prevede, secondo la dottrina, delle "decadenze brevi"²²⁸ per l'esercizio dell'impugnazione.

Il primo comma dell'art. 2379 ter sancisce, infatti, la regola della improponibilità dell'impugnazione avverso la delibera di aumento di capitale, di riduzione dello stesso (ex art. 2445 c.c.) o di emissione di obbligazioni, una volta che siano trascorsi centottanta giorni dall'iscrizione della deliberazione stessa 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 eseguita²²⁹, riferendosi espressamente all'art. 2379 e ,

²²⁷ Dubbi moltiplicati dal fatto che la facoltà di aumento di capitale può essere attribuita agli amministratori ex art. 2443 c.c. per cui all'impugnazione della deliberazione del consiglio si applicherebbe l'art. 2388 c.c.

²²⁸ Così SANZO, , op cit. . p. 661. Anche secondo LENER, (in *Società di capitali* cit. p. 576) la disposizione ridurrebbe drasticamente i termini per l'impugnazione.

²²⁹ La dottrina si è interrogata sulla possibile applicazione analogica o estensiva della previsione .In particolare ci si è chiesti se essa possa essere applicata anche alla riduzione obbligatoria del capitale per perdite.Sotto questo aspetto la previsione potrebbe essere viziata da illegittimità costituzionale (così MUSCOLO, *L'impugnazione delle*

quindi , alle ipotesi in cui tali delibere siano viziose da nullità²³⁰ .

La ratio di questa disposizione speciale è quella di stabilire un regime di stabilità delle delibere in questione più forte di quello previsto dall'art, 2379 c.c.

Ed infatti, l'improponibilità dell'azione di nullità delle delibere di aumento e riduzione di capitale , nonché di emissione di obbligazioni, dovrebbe scattare prima del decorso del termine di tre anni previsto dal 1° co dell'art. 2379 (ciò avverrebbe sicuramente, nel caso in cui la convocazione sia stata regolare, ma molto probabilmente anche nell'ipotesi di mancata convocazione).

Ma quale sarà la disciplina applicabile in caso di annullabilità della delibera ? Si pensi, in relazione alle ipotesi di aumento di capitale, ai casi, spesso verificatisi in giurisprudenza, in cui la deliberazione veniva impugnata per “eccesso di potere” da parte della maggioranza (vizio incasellato, pressochè unanimemente, nell'area dell'art. 2377 c.c.)

È stato sostenuto che la norma in commento dovrebbe sovrapporsi anche alla disciplina prevista dall'art . 2377 ²³¹c.c.

Ciò potrebbe, tuttavia, portare a delle contraddizioni.

Se , infatti, si ritenesse di applicare il 1° co. dell'art. 2379 ter anche alle ipotesi in

deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio , in Società, 2003, 933 nt.).

Ancora più problematica appare la questione della applicabilità della disposizione anche al di fuori dei casi espressamente previsti, come ad esempio alle delibere di emissione di strumenti finanziari partecipativi la cui competenza venga riconosciuta all'organo assembleare o delibere di emissione di azioni senza variazioni di capitale , ora consentita come emissione <<sotto la pari>>. In senso positivo GENOVESE op. cit. p. 242. Sul tema si veda inoltre GUERRIERI, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 615, nt. 147; nonché SPAGNUOLO, op cit. , p. 385.

²³⁰ Si tratterebbe essenzialmente di deliberazioni viziose per motivi procedurali anche se vi potrebbe essere anche una nullità per impossibilità o illiceità dell'oggetto in relazione alla violazione delle norme sui conferimenti (Così GENOVESE op. cit. p. 240)

²³¹ Così SANZO, op. cit. p. 662-663.

cui le deliberazioni in esso contemplate siano annullabili si finirebbe paradossalmente per concedere un termine di decadenza maggiore di quello previsto dal 6° co. dell'art. 2377 c.c. , il che sembra confliggere con la stessa esigenza di dettare una disposizione speciale in questa materia ²³² .

Per il caso in cui tali deliberazioni siano annullabili dovrebbero , quindi, trovare applicazione i termini di decadenza previsti dall'art. 2377 c.c. .

Il secondo comma dell'art. 2379 ter si riferisce alle società cd. "aperte" e, innanzitutto, detta una disciplina relativa alla invalidità, in generale, (senza riferirsi alla sola nullità) delle deliberazioni in questione stabilendo il principio per cui l'invalidità non può essere pronunciata dopo che, in caso di aumento di capitale, sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato, anche parzialmente eseguito; in caso di riduzione del capitale o di emissione di obbligazioni, dopo che tali deliberazioni siano state , anche parzialmente, eseguite.

Mentre il senso della disciplina dettata dal primo comma sembrerebbe essere quello di stabilire un termine di decadenza più breve per la nullità, cosicché non si vedono ragioni per escludere l' applicabilità di questa disposizione anche alle società aperte e non solo a quelle chiuse; la ratio della disciplina contenuta nel secondo comma sembra essere, invece, quella di influire sulle sorti del giudizio di impugnazione eventualmente già avviato (non a caso qui il legislatore non parla di improponibilità della domanda ma di impossibilità di pronunciare

²³² Ritiene che, nel caso il cui la deliberazione ex art. 2379 ter sia annullabile e non nulla , debba trovare applicazione la disciplina prevista dall'art. 2377 c.c.MUSCOLO, In *Società per azioni*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 428 e ss.

l'invalidità della deliberazione) una volta che la deliberazione sia stata eseguita.

A questo proposito bisogna, infatti, distinguere, riguardo alla deliberazione con cui viene deciso l'aumento di capitale, il momento della iscrizione nel registro delle imprese della suddetta deliberazione (che deve avvenire entro trenta giorni dalla approvazione, ex art. 2436 c.c.), dal momento della iscrizione nel registro delle imprese della attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito (che deve avvenire entro trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione, ex art. 2444 c.c.).

Potrebbe, infatti, accadere che la delibera sia stata tempestivamente impugnata, ma che, nelle more del giudizio, la delibera abbia avuto esecuzione. In questo caso il giudice, stando a quanto previsto dal 2° co. dell'art. 2379ter, non potrebbe più pronunciare l'annullamento. Una volta persa la possibilità di ottenere una tutela reale, si aprirebbe per il socio il problema del modo di ottenere una tutela risarcitoria. E cioè, se ciò sia possibile attraverso la conversione della originaria domanda di annullamento (con tutti i problemi che ciò comporterebbe in un processo "chiuso" come quello societario) oppure attraverso l'esercizio autonomo dell'azione con gli immancabili problemi di coordinamento con l'art. 2377 4° co. Gli stessi effetti dovrebbero essere attribuiti alla esecuzione della deliberazione di riduzione del capitale ex art. 2445 c.c. nonché alla esecuzione di quella di emissione di obbligazioni.

È evidente l'importanza dell'istituto della sospensione cautelare dell'esecuzione della deliberazione, ex art. 2378 3° co. c.c., in un contesto in cui l'esecuzione

della deliberazione può costituire causa di preclusione all'impugnazione o di improseguibilità del giudizio²³³.

L'importanza di questa misura cautelare assume un rilievo ancora maggiore se si pensa ai possibili comportamenti abusivi cui il particolare regime di stabilità previsto dall'art. 2379 ter potrebbe dare luogo. Questi meccanismi di sanatoria della invalidità di tali deliberazioni potrebbero, infatti, essere "piegati" alle finalità di chi intenda limitare l'esercizio del potere di impugnazione²³⁴ (a maggior ragione, alla luce della previsione del 2° co dell'art. 2439 c.c., che consente di ritenere perfezionato l'aumento di capitale anche nel caso in cui il capitale di nuova emissione non sia stato integralmente sottoscritto, sempre che la deliberazione medesima abbia previsto la cosiddetta "scindibilità" dell'aumento).

La concessione o meno del provvedimento di sospensione potrebbe, insomma, influire sul tipo di tutela concessa al socio impugnante.

A tal proposito bisogna sottolineare che, stando alla lettera della legge, mentre nelle società chiuse (in cui la tecnica utilizzata è quella della decadenza) la sospensione non potrebbe influire sul tipo di tutela concessa all'impugnante, nelle società aperte , invece, la sospensione cautelare della efficacia della delibera avrebbe questo effetto.

Secondo il 1° co dell'art. 2379 ter, infatti, la esecuzione della deliberazione non

²³³ Per questo interessante spunto di riflessione si veda MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società cit.* p. 305.

Evidenzia l'importanza della sospensione cautelare dell'efficacia della deliberazione LENER, op. cit. p. 577.

²³⁴ Così SANZO, op.cit.p. 663

avrebbe alcuna influenza , nelle società chiuse, sulla procedibilità della domanda con cui si faccia valere la nullità.

E, tuttavia, appare legittimo avanzare il dubbio che il 2° co dell'art. 2379 ter si applichi alle sole società c.d. “aperte”²³⁵. La ratio della regola che prevede la impossibilità di pronunciare l'annullamento una volta che la delibera abbia spiegato i suoi effetti , e cioè, soprattutto, quella di tutelare i terzi prenditori dei titoli di nuova emissione, ricorrerebbe , evidentemente, anche nelle società chiuse.

Pertanto, soprattutto se si ritenesse che il 2° co dell'art. 2379 ter debba avere una applicazione generalizzata, si avrebbe che, se il socio impugnante ottiene la sospensione della esecuzione della deliberazione di aumento di capitale , ad esempio, e quindi la delibera non venisse eseguita ,ciò impedirebbe il verificarsi dei presupposti per far scattare la regola della impronunciabilità dell'annullamento.

Ma si potrebbe porre un problema inverso (complicato dalla possibilità di una esecuzione parziale della delibera). Cioè, questa regola potrebbe implicare che una volta che la delibera abbia avuto esecuzione non sia più possibile ottenerne la sospensione cautelare (anche eventualmente ex art. 700 c.p.c. in rapporto ad una azione di nullità)²³⁶.

²³⁵ Ha rilevato l'incongruenza della disciplina che distingue fra società chiuse e aperte MEO, *Il nuovo diritto* cit. p. 307.

²³⁶ Il problema della sospensibilità delle deliberazioni già eseguite si poneva già prima della riforma. Su tale tema si veda l'ampia trattazione di COREA, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie*, in Riv. dir. comm. 2006, p. 35 ess. (spec. p. 46 e 47) il quale rileva come la questione si poneva proprio con riferimento alle delibere di aumento e riduzione di capitale . la giurisprudenza , adottando una interpretazione ampia del termine “esecuzione” (intesa come “perdurante efficacia”), ammetteva la sospensibilità

A tal proposito, bisognerebbe riflettere se la relazione fra pronunciabilità dell'annullamento ed esecuzione della delibera possa riverberarsi sul più generale tema della possibilità di richiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione, ex art. 2378 c.c., ante causam.

Come è noto, infatti, questo è rimasto un dubbio irrisolto anche a seguito della riforma del diritto e del processo societario. Il fatto che l'art. 2378 c.c. stabilisca che la richiesta del provvedimento di sospensione debba essere depositata contestualmente alla copia dell'atto di citazione, nonché la espressa menzione di questa misura contenuta nell'art. 24 del d. lgs. N. 5/2003, che regola la disciplina dei provvedimenti cautelati in corso di causa, dovrebbe far propendere per l'opinione negativa²³⁷.

E, tuttavia, vi sarebbero varie ragioni per dubitare di questa soluzione. Innanzitutto, l'intento, contenuto nella legge delega, di predisporre un rito che consentisse una rapida definizione dei processi societari potrebbe essere perseguito soprattutto attraverso forme di tutela cautelare esperibile anche ante causam²³⁸. Si potrebbe, inoltre, valorizzare la piena appartenenza della tutela cautelare al diritto d'azione, tutelato dall'art. 24 Cost., "circostanza tanto più rilevante nei casi in cui, una volta eseguita la delibera, non è più ipotizzabile

di tali delibere riconoscendo pertanto a questa misura cautelare effetti "innovativi" e "ripristinatori" (ad es. sulla perdita da part del socio, a causa dell'aumento di capitale, dei poteri di denuncia ex art. 2409 c.c.)

²³⁷ Contrari alla ammissibilità della tutela cautelare ante causam nel caso previsto dall'art. 2378 c.c., fra gli altri, VACCARELLA, *La riforma societaria, aspetti processuali, il rito ordinario*, in *Corr. Giur.* 2003, 1105; COSTANTINO, Note sulle proposte di accelerazione dei giudizi di impugnazione delle deliberazioni degli organi societari, in *Società*, 2000, 520 e ss.; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto Processuale societario*, Padova, 2004, p.424; IANNICELLI, op. cit. p. 16 cui si rinvia per l'ampio esame delle diverse opinioni su questa materia. Si veda, inoltre, COREA, *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 700 c.p.c.)* reperibile sul sito www.judicium.it.

²³⁸ In questo senso MUSCOLO, in *La riforma del diritto societario* cit., 398 e ss.

alcuna forma di tutela provvisoria ²³⁹, nonché la tendenza alla progressiva elisione del nesso di strumentalità fra tutela cautelare e giudizio di merito (si veda l'art. 23 d. lgs. N. 5/2003 nonché il novellato art. 669 octies del c.p.c.).

È vero che, come è stato osservato, l'esigenza di evitare un pregiudizio irreversibile sembra soddisfatta dalla previsione, nell'ambito dell'art. 2378 3° c.c., di due sub-procedimenti diversi a seconda che ricorra il requisito della "eccezionale e motivata urgenza" e, pertanto, dovrebbe essere esclusa la possibilità di richiedere il provvedimento di sospensione ante causam ²⁴⁰.

Non si può, tuttavia, escludere che, nei casi, come quello di cui si discute, in cui all'esecuzione, anche parziale, della deliberazione, sia ricollegato l'effetto di precludere, talvolta, l'accesso o il conseguimento della tutela giurisdizionale, ricorra la necessità di ottenere una misura cautelare ante causam per paralizzare gli effetti di una eventuale esecuzione, anche parziale,.

Ciò evidenzia come, uno dei problemi fondamentali, e irrisolti dal legislatore, in tema di rapporti fra tutela cautelare e giudizio di merito nel campo delle invalidità delle deliberazioni assembleari, sia quello della eventuale ammissibilità di forme di tutela cautelare diverse dalla sospensione, realizzabili attraverso l'emanazione di un provvedimento ex art. 700 c.p.c., "ogni qualvolta l'interesse del ricorrente non può essere soddisfatto dalla semplice misura di cui all'art. 2378"²⁴¹ e ciò in relazione anche alla eventuale repressione di comportamenti abusivi cui il particolare regime di stabilità previsto dall'art. 2379 ter possa dare luogo.

²³⁹ Così SCALA, op. cit. p. 281.

²⁴⁰ Così SCALA, op. cit. p. 282.

²⁴¹ In questo senso SCALA, op. cit. p. 283;

Bisogna inoltre precisare che, secondo una parte della dottrina, l'esecuzione della deliberazione precluderebbe anche al giudice di rilevare d'ufficio la eventuale nullità della delibera stessa.²⁴²

Come già accennato sopra, questa disposizione non detta regole esplicite in tema di titolarità del diritto all'annullamento come , invece, fa l'art. 2434 bis c.c. fissando una soglia minima di partecipazione al capitale per l'esperimento dell'azione. Ci si potrebbe , dunque, chiedere se, la disciplina contenuta nell'art. 2379 ter, presupponga quella generale relativa alla titolarità del diritto di impugnazione e , più in particolare, quella degli artt. 2377 e 2378 c.c..

Il dubbio potrebbe sorgere poiché, come già rilevato, l'art. 2379 ter sembra essere ispirato alla disciplina della invalidità della fusione , introdotta, come è noto, prima della riforma del diritto societario, e, ora recepita anche da altre nuove norme, che non prevedeva, all'origine, limitazioni soggettive all'esercizio dell'azione .

Dalla combinazione delle varie tecniche legislative per l'attuazione del principio di stabilità deriverebbe un ulteriore restringimento della possibilità di ottenere una tutela in forma specifica anche per i soci che, ai sensi del 3° co . dell'art. 2377 siano possessori dell'uno per mille del capitale sociale, nelle società aperte, o del cinque per cento, in quelle chiuse, la cui impugnazione non potrebbe essere accolta ove la delibera di aumento, riduzione di capitale o di emissione di obbligazioni abbia avuto esecuzione (a questo proposito bisogna rinnovare il dubbio sulla applicabilità della regola contenuta nel 2° co dell'art. 2379 ter alle

²⁴² Così LENER, *Società di capitali* cit. p. 575.

sole società aperte).

In questo aggravamento del regime di “stabilità” delle deliberazioni modificative dell’assetto del capitale sociale , si scorge , forse, più chiaramente una possibile “evoluzione in senso autoritario” del diritto societario visto che la tutela contro l’”eccesso di potere” della maggioranza finisce per essere, salve le precisazioni fatte in precedenza sulla funzione della sospensione ex art. 2378 c.c., sul solo piano risarcitorio.

La dottrina ha, inoltre, evidenziato le difficoltà di applicare la speciale tutela risarcitoria di cui all’art. 2377 4° co c.c. a queste ipotesi visto che il diritto al risarcimento del danno spetterebbe ai soci ma anche ad eventuali terzi (si pensi alle ipotesi di aumento di capitale o di emissione di obbligazioni) e dipenderebbe dalla illegittimità della stessa deliberazione. Pertanto , in questo caso, il termine per l’esperimento dell’azione risarcitoria non coinciderebbe con quello concesso per l’impugnazione ma sarebbe quello ordinario in materia di società di cinque anni (art. 2949 c.c.)²⁴³.

Resta, quindi, sempre aperto il problema della sopravvivenza della tutela aquiliana ex art. 2043 c.c. , affrontato precedentemente.

È , infine, necessario fare un cenno ai rapporti fra tutela specifica e risarcitoria in materia di fusione.

I dubbi che si pongono in questa ipotesi sulla titolarità del diritto di impugnazione , se cioè l’impugnazione per far valere vizi che determinano la annullabilità, possa essere proposta solo dai soci titolari della soglia di capitale

²⁴³ Così LENER, op. cit. p. 577.

prevista dall'art. 2377 3° co. cc.c., derivano dal fatto che questa norma , introdotta, come già accennato, ben prima della riforma del diritto societario, si ispira ad una tecnica legislativa indubbiamente diversa rispetto a quella utilizzata nella formulazione degli artt. 2377 -79 c.c.

Bisogna, inoltre, rimarcare la importanza della sospensione cautelare della efficacia della deliberazione in questa ipotesi in cui il legislatore ha dettato una norma con l'intento di incidere sulla eventuale impugnazione proposta impedendo la pronuncia di annullamento una volta che sia stata eseguita la iscrizione dell'atto di fusione²⁴⁴.

Riguardo poi al diritto al risarcimento del danno la giurisprudenza anteriore all'introduzione del cd. "rito societario" ha ritenuto che costituissero emendatio libelli ammissibile la domanda risarcitoria proposta dall'attore a seguito dell'eccezione proposta dalla società convenuta di improponibilità della domanda per l'intervenuta iscrizione dell'atto di fusione.²⁴⁵

²⁴⁴ Si veda a tal proposito PERRINO, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini e Alberto Stagno d'Alcontres cit. p. 1983 e ss.

²⁴⁵ Trib. Milano 2-11-2000 in Foro it. 2001, 1936 e in società 2001, 452 n. CASSOTTANA

CAPITOLO TERZO

L'intervento dei terzi nei giudizi di impugnazione delle deliberazioni assembleari.

1.- L'inquadramento sistematico dell'intervento del socio nei giudizi di annullamento delle deliberazioni assembleari, prima della riforma, e i dubbi circa l'esistenza della categoria dell'intervento cosiddetto "liticonsortile".

La centralità dell'istituto dell'intervento dei terzi ex art. 105 c.p.c. nel sistema delle difese del socio (terzo rispetto alla impugnazione di una deliberazione invalida proposta da un altro socio) , evidenziata dalla dottrina già prima della riforma del diritto societario, era, ed è, dovuta essenzialmente al fenomeno della cosiddetta " efficacia riflessa forte"²⁴⁶ che spiegherebbe la sentenza di annullamento nei confronti di tutti i soci.

A seguito della riforma, tale istituto ha assunto una importanza cruciale poiché esso può influire sulla dialettica fra le diverse forme di tutela concesse al socio nei confronti della illegittimità delle deliberazioni .

²⁴⁶ "Il manifestarsi della efficacia della sentenza nei confronti di terzi titolari di rapporti giuridicamente dipendenti , è stato riconosciuto in modo *forte* , cioè nel senso che al terzo in via successiva è attribuito il solo rimedio della opposizione di terzo revocatoria ex art. 404 2° co. c.p.c." nell'ipotesi di annullamento di delibera di società per azioni . Così PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in Foro it. 1985,I, 2385 ess. specialmente c. 2396 e ss. Sul tema si veda, inoltre, MENCHINI, *Regiudicata civile*, voce del Digesto IV, sez. civ. XVI, 1998.

Infatti, il nuovo assetto, delineato dal legislatore negli artt. 2377-79 c.c., dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria concesse al socio, la cui posizione sia lesa da una delibera assembleare viziata, spiega, inevitabilmente, effetti sul tema della “legittimazione” (o meglio, del diritto) del socio stesso ad intervenire nei giudizi di annullamento delle deliberazioni assembleari.

A tal proposito bisogna sottolineare che l’istituto dell’intervento dei terzi è stato profondamente inciso anche dalla riforma del processo societario, introdotta, come è noto, dal d. lgs. N.5/2003.

L’idea di fondo che ha ispirato la disciplina dell’intervento volontario nel nuovo processo societario, contenuta negli artt. 14, 15 e 21 del d. lgs. N.5/2003, è quella di considerare le questioni relative alla partecipazione dei terzi al processo “questioni di puro rito, che non incidono sulla tutelabilità delle situazioni soggettive fatte valere con lo strumento dell’intervento”.²⁴⁷

Le caratteristiche principali della nuova disciplina, che ha introdotto notevoli innovazioni rispetto al processo ordinario di cognizione, riguardano tre aspetti:

a) innanzitutto l’intervento, sia volontario che coatto (per lo meno quello ad istanza di parte), è sottoposto a preclusioni rigidissime²⁴⁸; (si veda soprattutto l’art. 14 1° co.) tanto che in dottrina si è parlato di “cancellazione” degli interventi principale e litisconsortile²⁴⁹.

²⁴⁷ Così VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in Corr. Giur. 2003, 261, che riprende l’espressione contenuta nel punto 12 del progetto di legge delega per la riforma del c.p.c., ripreso dallo schema di disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 ottobre 2003.

²⁴⁸ E’ stato notato che il cosiddetto rito societario rappresenta “un modello di processo che non trova precedenti nella nostra storia processuale...che coniuga stranamente la libertà delle parti nella fase preparatoria con un sistema rigidissimo e pericolosissimo di preclusioni” (così PROTO PISANI, *I lineamenti del nuovo processo societario*, in Riv. Dir. Civ. 2003, I, 552).

²⁴⁹ Così CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistemati e penombre*, in Corr. Giur. 2002, p. 1543.

b) il cosiddetto “incidente di intervento” è considerato una questione di mero rito (si vedano gli artt. 11 e 14 3° co.) ;

c) vi è infine una equiparazione fra i poteri processuali degli intervenienti cosiddetti autonomi e quelli degli intervenienti dipendenti (si veda l’art. 15 2° co. che concede anche all’interventore adesivo dipendente la facoltà di impugnare la sentenza.).

Prima di addentrarci nelle questioni generate dalla riforma del diritto e del processo societario, bisogna evidenziare che il problema dell’inquadramento sistematico dell’intervento del socio nei giudizi di impugnazione di deliberazioni assembleari, se nell’area degli interventi autonomi o in quella degli adesivi dipendenti, si poneva, come è noto, già da lungo tempo e , addirittura, sotto la vigenza del codice di commercio.

Esso coinvolge, da sempre, temi ampi e controversi come quello (a cui si è già fatto cenno) della ricostruzione del rapporto fra socio e società , anche sotto il profilo della ricerca del fondamento della legittimazione ad impugnare attribuita ai soci stessi (assenti o dissenzienti ed oggi, espressamente, anche agli astenuti), agli amministratori e al collegio sindacale (oggi anche al consiglio di sorveglianza) nonché quello del modo di intendere il principio della cosiddetta “efficacia ultra partes” della sentenza , trasfuso nell’attuale 7° co. dell’art. 2377 c.c., tutte questioni che, inevitabilmente, traggono nuova linfa dalla riscrittura

degli artt. 2377 e ss. c.c.

Ed infatti, le diverse opinioni circa la cosiddetta “efficacia ultra partes” (diretta o riflessa) della sentenza si sono sempre dovute confrontare con la peculiarità della fattispecie relativa alla pluralità di soggetti legittimati a dedurre in giudizio il medesimo rapporto (che si realizzava sicuramente, per lo meno prima della riforma del diritto societario, nel caso della impugnazione delle deliberazioni assembleari).

In tale ipotesi- che era caratterizzata, come è noto, dalla legittimazione disgiunta di tutti i soci ad agire in giudizio per ottenere l’annullamento della deliberazione invalida, ed è tutt’ora caratterizzata dalla non necessità che al processo partecipino tutti i soggetti legittimati ad agire, nonché dalla necessaria unitarietà del procedimento e del provvedimento giurisdizionale - l’esercizio, (nel breve termine di decadenza previsto dalla legge), del diritto potestativo di impugnare la delibera assembleare, consuma, come suol dirsi, l’azione ²⁵⁰, il giudicato manifesta, in ogni caso, la sua efficacia ultra partes, pertanto i soci, anche se non intervenuti nel processo, subiranno comunque gli effetti della sentenza.

(A tal proposito bisogna sottolineare la correlazione fra 7° e 1° co. dell’art. 2377 c.c. , quest’ultimo, come è noto, fu eliminato e poi reintrodotta dall’art. 5 d. lgs.

²⁵⁰ SATTÀ, *L'intervento volontario* cit. , p.546. Contrario al concetto di “consumazione dell’azione” e favorevole ad avvalorare la l’antitesi fra sentenza di accoglimento dell’impugnazione e sentenza di rigetto, ai fini della individuazione della diversa efficacia soggettiva della sentenza stessa (ponendosi così sulla scia del pensiero di LIEBMAN, *Azioni concorrenti* cit. , Id *Pluralità di legittimati all’impugnazione di un unico atto* , in Riv. dir. proc. civ. 1937 p. 87, sia pur rifiutando il l’idea del “concorso di azioni”) RICCI, *Processo civile* cit. p. 12 e ss.

6-2-2004 n. 37 . Gli effetti ultra partes della sentenza sarebbero cioè dovuti alla regola per cui le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci , ancorché non intervenuti o dissenzienti).

A tal proposito, il caso dell'impugnazione delle delibere assembleari di s.p.a. era infatti ritenuto terreno d'elezione per l'intervento cosiddetto "litisconsortile"²⁵¹, l'intervento cioè che spetterebbe a colui che ha una legittimazione uguale a quella dell'attore allorché l'azione sia data a più legittimati e che costituirebbe lo strumento per l'esercizio dell'azione nei casi di cosiddetto "litisconsorzio unitario"²⁵². (Infatti, il socio collegittimato, profittando dell'iniziativa da altri intrapresa, esercita la propria azione tramite l'intervento, visto che comunque sussiste l'obbligo di istruzione congiunta e di decisione con un'unica sentenza delle domande separatamente proposte).

²⁵¹ La esistenza della categoria dell'intervento litisconsorziale ha sempre suscitato dibattito in dottrina. Sull'argomento si veda NENCIONI, *L'intervento volontario litisconsorziale nel processo civile*, Padova, 1935; ALLORIO, *Intervento litisconsorziale*, Riv. Dir. Proc. 1935, I, p.183. secondo cui "il dualismo fra intervento principale e intervento adesivo è tale da non tollerare un tertium genus intermedio". Secondo COSTA, op. cit. p. 465, l'intervento litisconsortile è quello di "colui che avrebbe potuto fin dall'inizio essere consorte di lite d'una delle parti facendo quindi valere un diritto", questa specie di intervento si avrebbe proprio nel caso del soggetto che ha una legittimazione eguale a quella dell'attore allorché l'azione sia data a più legittimati. Ritiene invece che "malamente si fa una categoria a sé dell'intervento litisconsortile" SATTA, *L'intervento* cit. p. 545; critico nei confronti della categoria del'intervento adesivo autonomo anche PROTO PISANI *Opposizione di terzo* cit., p. 166 e ss., Id. *Dell'esercizio dell'azione* cit. p. 1154 nota 32.

La categoria dell'intervento litisconsortile (nelle azioni di impugnazione di delibere assembleari) è prevalentemente riconosciuta dalla giurisprudenza la quale, tuttavia, non sempre si pone il problema della qualificazione e dei poteri dell'interveniente rispetto alla decadenza dall'impugnazione (si veda a es. Trib. Varese, 1° marzo 1999, in Società 1999, p. 864, n. SALVATO, che qualifica come litisconsortile l'intervento del socio decaduto dal potere di impugnazione ex art. 2377 c.c.)

²⁵² Si veda in tal senso CIVININI, *Note per uno studio sul litisconsorzio "unitario" con particolare riferimento al giudizio di primo grado*, Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1983, p. 471.e ss., secondo cui "ogni socio può proporre l'azione entro il termine di tre mesi, decorso il quale la legittimazione ad agire di chi non ha proposto

Questa impostazione era, però, contrastata da una illustre opinione dottrinale²⁵³ - che passa necessariamente per la valorizzazione del fenomeno della entificazione (riscontrabile nelle società di capitali) e, conseguentemente della legittimazione ad agire concessa agli amministratori e sindaci(oggi, dal novellato art. 2377 2° co., agli amministratori, al consiglio di sorveglianza e al collegio sindacale), - secondo cui il socio che agisce in giudizio non sarebbe titolare della situazione sostanziale oggetto del processo. Il legislatore avrebbe , infatti, eccezionalmente concesso a soggetti non titolari della situazione sostanziale oggetto del processo la legittimazione straordinaria a dedurre in giudizio la situazione stessa. La prevenzione nell'esercizio dell'azione da parte di uno dei collegittimati determinerebbe l'affievolimento della legittimazione (straordinaria) ad agire in legittimazione all'intervento adesivo dipendente o all'opposizione di terzo revocatoria visto che i soci sarebbero titolari di un rapporto dipendente rispetto a quello oggetto del processo (di cui sarebbe titolare esclusivamente la società) e quindi destinati a subire l'efficacia riflessa cosiddetta "forte" della sentenza .

Sullo sfondo di questa tesi (che vede il socio impugnate come titolare di una situazione dipendente rispetto a quella oggetto del processo , e quindi come un legittimato straordinario) risuona l'eco di quelle teorie cosiddette

l'impugnazione degrada in legittimazione ad intervenire". (L'Autrice tuttavia non sembra chiarire quale sia la natura dell'intervento spiegato dopo la consumazione del termine di decadenza)

“istituzionistiche” che, sulla scorta di una concezione dell’interesse sociale come interesse superiore e trascendente quello dei singoli soci, ravvisavano nella posizione fatta valere dal socio attraverso la impugnazione delle deliberazioni assembleari una situazione assimilabile più all’interesse legittimo che non al diritto soggettivo ²⁵⁴.

Secondo questa opinione, quindi, non esisterebbe nel nostro ordinamento la categoria dell’intervento cosiddetto “litisconsortile o adesivo- autonomo”²⁵⁵.

A sostegno della tesi²⁵⁶ che ammetteva, invece , la esistenza dell’intervento litisconsortile , si osservava che il caso previsto dall’art. 2377 c.c. darebbe, invece, luogo ad una ipotesi di “plurisoggettività ordinaria semplice” in cui più soggetti sarebbero legittimati in via ordinaria a dedurre in giudizio una situazione sostanziale unica con più parti. In queste ipotesi la sentenza manifesterebbe efficacia diretta , e non riflessa, nei confronti dei collegittimati assenti dal giudizio, e i soggetti che non hanno agito potrebbero intervenire in via adesiva autonoma nel processo in corso.

Al di là del fatto che , già prima della riforma della disciplina delle società di capitali, era stato sostenuto che i nessi fra situazione giuridica del socio ed oggetto del processo di impugnazione non sarebbero sempre inquadrabili nello

²⁵³ espressa da PROTO PISANI, *Opposizione di terzo* cit. p.166 e ss.; Id *Dell’esercizio dell’azione* cit. p. 1154, nota 32; Id *Note in tema di limiti soggettivi* cit., c. 2385.

²⁵⁴ Si noti che , specularmene, vi erano delle opinioni che ritenevano che attraverso l’intervento adesivo dipendente , previsto dal 2° co. dell’art. 105 c.p.c., si facessero valere, da parte dei terzi, posizioni qualificabili come interessi legittimi e non diritti soggettivi .In tal senso si veda MICHELI, op cit., p. 412

schema della pregiudizialità-dipendenza (vi sarebbero, infatti, alcuni casi in cui la deliberazione assembleare, non ha un ruolo meramente organizzativo, ma è eccezionalmente idonea a incidere, costituendoli, modificandoli o estinguendoli, su rapporti giuridici di cui il socio è titolare, si pensi al caso della delibera con cui si decida di distribuire gli utili)²⁵⁷ , bisogna sottolineare che i risvolti pratici di queste complesse ricostruzioni sono tutt'altro che secondari.

La qualificazione dell'intervento esperito dal socio nel giudizio di impugnazione della delibera (da altri promosso) incide infatti sui poteri esercitabili dal terzo intervenuto nonché sul regime di preclusioni applicabile all'intervento stesso cioè, in definitiva, sulla stessa esercitabilità dell'azione da parte del terzo nel processo in corso.

Infatti, il rito societario , contrariamente a quanto previsto per il rito ordinario e per quello del lavoro, differenzia la preclusione ad intervenire a seconda che l'intervento sia autonomo o adesivo dipendente.

La divergenza di opinioni sulla qualificazione dell'intervento non dovrebbe, invece, influire sul tema dei rimedi concessi al socio "ex post". Al socio che non ha partecipato al giudizio di impugnazione rimarrebbe pur sempre la sola opposizione di terzo revocatoria.

²⁵⁵ Si veda, in particolare, PROTO PISANI, *Dell'esercizio* cit. p. 1154 nt. 32.

²⁵⁶ Proposta da FABBRINI (*Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964., p. 188),

²⁵⁷ In tal senso ZANARONE, op cit., p.395 e ss., in particolare nota n. 68. Per l'idea che il problema della eventuale titolarità da parte dei soci di rapporti giuridici dipendenti da quello deciso non possa essere risolto a

2.- I rapporti tra l'intervento dei terzi e la titolarità del solo diritto al risarcimento del danno.

La previsione contenuta nel 3° co dell'art. 2377 c.c., secondo cui l'impugnazione può essere proposta da tanti 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 nelle altre, ha suscitato molti dubbi interpretativi in dottrina che coinvolgono anche il tema dell'intervento dei terzi.

Ci si riferisce in particolare alla possibilità di utilizzare l'intervento dei soci per fini diversi rispetto a quelli propri dell'istituto e cioè per temperare la previsione legislativa che nega la tutela reale al socio minoritario.

Bisogna , infatti, chiedersi se all'intervento del socio possa essere attribuita un eventuale funzione “conservativa “ degli effetti della domanda di annullamento in due casi: 1) nel caso in cui l'impugnazione ex art. 2377 c.c. sia proposta dal socio non titolare della menzionata soglia di capitale ; 2) nel caso, precedentemente trattato, su cui si ritornerà nei paragrafi successivi, di cessione

priori con una regola di carattere generale, ma che tutto dipenda dalla concreta situazione a volta a volta presa in esame dalla disciplina sostanziale (RICCI, op. cit. p. 17)

della partecipazione azionaria rilevante, da parte dell'impugnante, in corso di causa

Per quanto riguarda la prima ipotesi, la disposizione che prevede che l'impugnazione debba provenire, "congiuntamente", dai soci titolari della frazione di capitale prevista dalla legge è stata variamente interpretata dalla dottrina.

Secondo alcuni, essa istituirebbe una sorta di "litisconsorzio necessario" fra i soci impugnanti²⁵⁸, secondo altri, vi sarebbe una possibilità di automatica qualificazione della domanda introduttiva del processo, da annullamento a risarcimento del danno²⁵⁹, secondo un'altra opinione essa ammetterebbe la proponibilità, da parte del socio che da solo non raggiunga la quota di capitale prescritta, di una domanda di annullamento della deliberazione "condizionata" alla proposizione di identica domanda da parte di altri soci in possesso di un numero sufficiente di azioni a raggiungere il quorum richiesto.²⁶⁰

A tale riguardo è stato osservato che, nonostante la evidente opportunità di adottare soluzioni interpretative che non comprimano eccessivamente la possibilità per il socio di ottenere una sentenza di annullamento della deliberazione viziata, la disposizione contenuta nel 3° co. dell'art. 2377 c.c. dovrebbe essere interpretata nel senso che le eventuali impugnazioni provenienti da più soci dovrebbero essere contenute in un unico atto "di guisa che i vari soci

²⁵⁸ Così C. FERRI, op.cit. , 56 e ss.

²⁵⁹ Su questi temi si veda SPAGNUOLO, op. cit. p. 349 ess.; LIBERTINI, *Tutela invalidativi e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.* Il nuovo diritto societario a cura di Genovese, Torino, 2004, p. 16 e ss.

²⁶⁰ LENER, in *Società di Capitali* cit., p. 551.

rappresentino una parte necessariamente complessa “.²⁶¹

Gli elementi che condurrebbero in tale direzione sono vari. Innanzitutto , il 1° co. dell’art. 2378, secondo cui i soci oppositori dovrebbero dimostrarsi possessori delle azioni “al tempo dell’impugnazione”, sembrerebbe una previsione incompatibile con la possibilità di una eventuale somma delle diverse azioni proposte. Ma , soprattutto, i dubbi relativi alla possibilità che il “cumulo condizionale” di domande possa avvenire attraverso un evento estraneo al rapporto processuale, come la riunione delle impugnazioni (ex art. 2378 5° co.).

Ed infatti, “non è possibile attribuire al provvedimento, di carattere meramente ordinatorio, di riunione delle impugnazioni il significato di sopperire alla mancata titolarità del diritto vantato in giudizio da uno degli attori; come è noto, infatti, la riunione delle impugnazioni non incide sulla autonomia delle rispettive azioni, sia pure temperata dalla necessità di un’ unica sentenza che definisca il giudizio”²⁶²

Pertanto, visto che l’accoglimento dell’impugnazione non può dipendere da un

²⁶¹ Così SCALA op. cit. p. 278. Si noti che, al contrario, in materia di denuncia la tribunale ex art. 2409 c.c. (vecchio testo) la giurisprudenza riteneva che “fossero idonee ad attivare i poteri decisionali attribuiti al giudice... anche due distinte denunce di gravi irregolarità nella gestione societaria presentate, contestualmente o in successione, da diversi soci o gruppi di soci, purchè questi ultimi rappresentino, complessivamente considerati, almeno un decimo del capitale sociale” A. Napoli, 23 novembre 2003, V, Giur. Merito, 2004, 2212.

²⁶² Così SCALA, op. cit. p.277. il quale rileva, inoltre, come un ulteriore motivo di perplessità ad accogliere la tesi dell’ammissibilità di una somma tra le impugnazioni proposte sia rinvenibile nel riferimento all’art. 111 c.p.c., operato dal 2° co. dell’art. 2378 c.c.. La regola contenuta nell’art. 111 c.p.c. risulterebbe, infatti , difficilmente applicabile ove si ammettesse al somma delle azioni possedute dagli impugnanti , ai fini del rispetto del requisito posto dall’art. 2377. “Se il processo prosegue fra le parti originarie (e ciascun socio impugnante acquista autonomamente la qualità di parte) non si può mai verificare il caso in cui per effetto del trasferimento viene meno il diritto degli altri soci ad ottenere l’annullamento della deliberazione. Al contrario, se si legge l’espressione congiuntamente , di cui all’art. 2377, nel senso che tutte le impugnazioni proposte devono eventualmente essere contenute in un unico atto (...) il richiamo all’art. 111 c.p.c. assume (...) un maggiore significato. Infatti, posto che il processo è introdotto da un’ unica impugnazione (...) se per effetto del trasferimento si riduce il numero di azioni possedute dalla parte (complessa) che ha proposto l’impugnazione , il giudizio proseguirà tra le parti originarie , senza però che sia più possibile (a meno che l’avente causa non decida di intervenire e proseguire il giudizio nei suoi termini originari , come gli consente il comma 1° dell’art. 111 c.p.c.) ottenere l’annullamento della delibera, dovendosi il giudice pronunciare solo sull’eventuale domanda di risarcimento del danno . se invece, nonostante il trasferimento delle azioni, non viene scalfito il complessivo quorum imposto dall’art. 2377 , il processo prosegue nei suoi termini originari”.

evento estraneo al rapporto processuale, resta da chiedersi se tale accoglimento possa invece dipendere da un evento interno al processo stesso come l'intervento del socio (o dei soci) volto ad integrare la soglia di partecipazione prevista dal 3° co dell'art. 2377.

La questione riecheggia il problema, antico e noto²⁶³, dell'intervento del legittimato nel processo condotto dal non legittimato. La giurisprudenza tende ad ammettere tale intervento intendendolo come intervento *ad excludendum* ex art. 105 1°co.c.pc. Nel caso posto dalla disciplina degli artt. 2377 e 2378 c.c., è evidente che l'eventuale intervento di altri soci finalizzato al raggiungimento della quota di capitale che legittima alla tutela reale non avrebbe di certo la caratteristica della incompatibilità con la posizione della parte principale (bisognerebbe forse distinguere il caso dell'intervento del socio che da solo sia già titolare del diritto all'annullamento (assimilabile a quello ad excludendum) da quello del socio, di per sé non titolare di tale diritto , ma che consenta alla “parte necessariamente complessa” di acquisirlo (assimilabile a quello ad adiuvandum) ; si porrebbe quindi in ogni caso un problema di inquadramento sistematico della fattispecie (e di disciplina applicabile). Come sostenuto autorevolmente “ la verità è che in questi casi si ha una singolarissima utilizzazione dell'intervento a fini diversi da quelli propri dell'istituto, e cioè a fini di mera economia processuale”.

In questi giudizi cioè bisognerà chiedersi se si potrà “ammettere la tendenza giustificativa (ad) attribuire effetti conservativi all'azione irregolarmente

²⁶³ Si veda SATTA, *L'intervento* cit. p. 554.

proposta”²⁶⁴.

Per sciogliere questo dubbio bisogna , ancora una volta, soffermarsi sul modo di intendere la previsione secondo cui il requisito del possesso della soglia di capitale rilevante dovrebbe sussistere “al tempo della impugnazione”.

È stato, infatti, rilevato come la eventuale possibilità di un “progressivo raggiungimento “ della quota di capitale prevista dalla legge frustrerebbe la ratio stessa della norma e, soprattutto, finirebbe per aggirare la previsione del termine di decadenza per la proposizione dell’impugnazione²⁶⁵.

A tal proposito si potrebbe, forse, valutare la possibilità di ritenere la domanda originaria come validamente proposta nell’ipotesi in cui l’integrazione della soglia di partecipazione avvenga attraverso l’intervento volontario del socio, purchè questo sia spiegato prima dello spirare del termine di decadenza previsto dal 6° co dell’art. 2377 c.c..

Ciò potrebbe avvenire nell’ipotesi in cui l’impugnazione sia stata tempestivamente proposta (immediatamente dopo, cioè, che la deliberazione sia stata presa o che sia avvenuto il deposito o l’iscrizione nel registro delle imprese). Si potrebbe, infatti, verificare che l’intervento spiegato dal socio nel termine individuato dall’art. 14 del d. lgs. N. 5/2003 (ma anche eventualmente nel termine previsto dall’art. 15, se si dovesse ritenere che si tratti di intervento adesivo dipendente) avvenga prima dello spirare del termine di decadenza per

²⁶⁴ Così SATTÀ , op. loc. ultt. cit., p. 555.

²⁶⁵ Così IANNICELLI, op. cit. , p. 1130 e ss.

l'azione²⁶⁶.

Così facendo si avrebbe che il possesso del requisito previsto dal 3° co. dell'art. 2377 c.c. dovrebbe sussistere , più che “al tempo dell'impugnazione” , alla “scadenza” del tempo, concesso dalla legge, per l'impugnazione. La proposizione tempestiva della domanda di annullamento, cioè, non “consumerebbe” definitivamente l'azione poiché vi sarebbe un, sia pur breve, lasso di tempo (fino alla scadenza dei novanta giorni) di “quiescenza” dell'azione in cui potrebbe esserci l'integrazione del fatto costitutivo del diritto alla impugnazione della deliberazione invalida indicato dall'art. 2377 3° co..

Con la precisazione che, questa sorta di effetto conservativo attribuito all'intervento, potrebbe operare solo ove la domanda, originariamente proposta dal socio, non titolare del cinque per cento del capitale (o dell'uno per mille, nelle società aperte) , fosse una domanda di annullamento e non di risarcimento del danno apparendo , infatti, problematica la ipotizzabilità di una eventuale conversione della domanda in corso di causa.

²⁶⁶ Osserva a tal proposito IANNICELLI (op. cit. p. 1128) che , vista la brevità del termine fissato dall'art. 14 d. lgs. N. 5/2003 per l'intervento autonomo, potrebbe accadere che , in caso di tempestiva proposizione della impugnazione , quest'ultimo termine sia decorso prima dello spirare del termine di decadenza previsto dall'art. 2377 c.c.. Ciò potrebbe indurre i soci a proporre autonoma impugnazione piuttosto che ad utilizzare lo strumento dell'intervento “litisconsortile”. Ma ,se si verificasse la ipotesi ora prospettata, di fronte cioè ad una dichiarazione di inammissibilità dell'intervento, che , vista la struttura del rito societario potrebbe avvenire dopo che sia decorso il termine di decadenza per l'azione, sarebbe possibile assegnare all'intervento una “doppia efficacia “consentendo così la conservazione – conversione dell'atto equiarandolo ad una impugnazione tempestivamente proposta? (sul tema della “doppia efficacia “ dell'atto di intervento dichiarato inammissibile - con riferimento, però, a diritti il cui esercizio sia soggetto a prescrizione- si veda CONSOLO, *Estromissione nelle fasi di impugnazione del chiamato in causa* , Riv. dir. civ. 1981, II, p. 162 nota 70, il quale rileva come l'esigenza che l'atto di intervento inammissibile possa produrre effetti anche al di fuori del processo pendente è soddisfatta se si condivide la tesi che anche le sentenze di rito giovino ai fini della interruzione –sospensione della prescrizione , tema su cui si veda ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione* , Napoli, 1977, p. 240 n. 27).

Nel nostro caso, tuttavia, innanzitutto la decisione di inammissibilità dell'intervento potrebbe essere di “merito” e non semplicemente di rito, ma, soprattutto, bisognerebbe valutare gli effetti di tale pronuncia sulla “consumazione” del potere di impugnazione.

In questo modo si consentirebbe un, sia pur minimo, temperamento alla rigidità della regola che consente l'esercizio dell'azione di annullamento delle deliberazioni assembleari invalide solo ad una minoranza qualificata.

3.- I presupposti per intervenire in via “litisconsortile” (ovvero esercitando gli stessi poteri delle parti originarie), dopo la riforma.

Le limitazioni al diritto a ottenere l'annullamento della delibera contenute nel novellato art. 2377 c.c., si riflettono anche sul diritto di intervento del socio nei giudizi di impugnazione delle delibere assembleari. Per la verità, il problema della valutazione della “legittimazione” all'intervento adesivo autonomo, nell'ambito dei giudizi ex art. 2377 e ss. c.c., si poneva anche prima della riforma del diritto societario. Si riteneva infatti che anche l'interveniente, come l'opponente, fosse onerato del deposito di almeno una azione ai sensi dell'art. 2378 2° co vecchio testo.²⁶⁷ La valutazione della “legittimazione” ad intervenire si spiegava (e si spiega) perché il socio interventore ha una posizione autonoma rispetto a quella delle parti originarie, e quindi ha la facoltà di coltivare il procedimento nei vari gradi anche in presenza di una rinuncia agli atti o di una acquiescenza alla sentenza ad opera di queste ultime.

La pienezza di poteri sicuramente concessa all'interveniente adesivo autonomo deriva ovviamente dal fatto che questi avrebbe potuto esperire l'azione fin

²⁶⁷ Si veda a tal proposito ZANARONE , op. cit. p. 382 e ss

dall'inizio.

Alla luce delle novità introdotte dalla riforma, bisognerà, dunque, ritenere che sia necessario il requisito del possesso della frazione di capitale prevista dall'art. 2377 III° co. c.c., (insieme, naturalmente, a quello del rispetto del termine di decadenza di cui al 6° co dell'art.2377 cc., come si vedrà in seguito), oltre che per impugnare in via principale la delibera, anche per intervenire nel processo, in via litisconsortile, (se si ammette l'esistenza della categoria), ovvero esercitando gli stessi poteri processuali delle parti originarie.

Pertanto, anche l'intervento autonomo, come l'impugnazione in via principale, dovrà provenire da una "parte necessariamente complessa"²⁶⁸.

Anche per l'atto di intervento si porrebbe quindi il problema, relativo alla interpretazione dell'avverbio "congiuntamente", contenuto nel 3° co. dell'art.2377 c.c., della proponibilità di un atto di intervento "condizionato" alla proposizione di eventuali altri atti di intervento fino a raggiungere la soglia di partecipazione rilevante.

Va subito precisato a tal proposito che, anche al di là della pur condivisibile opinione che, negando la proponibilità di una domanda condizionata, ritiene che l'impugnazione della delibera dovrebbe essere contenuta in un unico atto di citazione con una unica procura alle liti, il problema, per l'atto di intervento, difficilmente si porrebbe nella pratica visto il così breve termine di decadenza previsto dall'art. 14 d.lgs. n.5/03.

²⁶⁸ Così SCALA, op. cit. p. 276.

Il fatto che, come il potere di azione, anche il potere di esperire intervento adesivo autonomo sia un diritto, non più del singolo socio ma di una minoranza qualificata, sembra una conclusione coerente con le finalità della disciplina prevista dalla nuova formulazione degli artt. 2377 e ss. c.c.. Infatti, il valore della stabilità delle deliberazioni assembleari, fortemente perseguito dal legislatore sostanziale, non potrebbe essere fino in fondo preservato se si desse la possibilità al socio interventore (non titolare della soglia di partecipazione prevista dall'art. 2377 3°co.) di impugnare la sentenza che rigetta la domanda di annullamento. E' infatti evidente che così facendo si darebbe a quest'ultimo la possibilità di produrre per la società gli stessi effetti conseguibili tramite l'impugnazione della deliberazione.

Del resto, anche nella giurisprudenza formatasi nell'ambito dell'applicazione dell'art. 2409 c.c. (vecchio testo), campo in cui, sia pur con le dovute differenze, si ha dimestichezza con l'esercizio di poteri da parte di una minoranza qualificata, emerge una tendenza a ritenere ammissibile l'intervento dei soci solo se titolari di una quota di capitale superiore al 10%.²⁶⁹

A tal proposito, bisognerebbe forse riflettere sulla questione della eventuale rilevabilità d'ufficio (e non ad istanza di parte, come sembra desumibile dall'art. 13 4° co. d lgs 5/03), della eccezione relativa alla decadenza dal potere di intervento autonomo nel processo. In particolare bisognerebbe chiedersi se tale eccezione (visti gli effetti ricollegati all'intervento del "legittimato d agire" ad es.

²⁶⁹ Da ultimo si veda Trib. Brescia 17-7-2000, in Foro it. 2000, I, 3384. A . Brescia, 8 febbraio 2001, in Foro it. 2001, I, 3383 ritiene, incidentalmente, ammissibile l'intervento dei soci a prescindere dalla circostanza che questi sostengano le ragioni del ricorrente o della o si oppongano all'accoglimento del ricorso ex art. 2409 c.c.

in caso di rinuncia della parte principale) possa essere assimilata a quella di decadenza dall'impugnazione (secondo l'opinione preferibile rilevabile d'ufficio.)²⁷⁰.

Riguardo, poi alla eccessiva brevità del termine per intervenire previsto dall'art. 14 per l'intervento autonomo, (come sarebbe da qualificare quello del socio titolare della partecipazione al capitale prevista dall'art. 2377 3° co, effettuato prima dello spirare del termine di decadenza), bisogna notare che, l'adesione alla tesi secondo cui il rapporto fra socio e società di capitali sarebbe inquadrabile nello schema della pregiudizialità dipendenza, consentirebbe di applicare a questo caso il termine, meno restrittivo, previsto dall'art. 15 1° co. (si ovierebbe così a quel pericolo di "cancellazione" degli interventi cui si accennava sopra). Lo stesso risultato potrebbe forse essere ottenuto se, forzando indubbiamente il tenore letterale delle norme, si aderisse all'idea che, essendo il diritto fatto valere dal socio di natura "autodeterminata", l'intervento non introduca una domanda nuova all'interno del processo.

Una ulteriore questione che si pone riguarda l'eliminazione dell'obbligo del deposito di almeno una azione (obbligo che, come si è accennato, gravava anche sull'interventore). Infatti, come era necessario, prima della riforma, il deposito di almeno una azione anche per intervenire in via litisconsortile nei giudizi di annullamento di deliberazioni assembleari, così, dopo la riforma, il socio interveniente dovrà "dimostrarsi possessore" del numero di azioni richiesto dalla

²⁷⁰ (così SCALA, op. cit. p. 274).

legge.

Il fatto che tale prova possa essere data con qualunque mezzo e non necessariamente in limine litis potrebbe fare sì che le parti originarie del processo (verosimilmente, quella non adiuvata dall'intervento del socio, cioè la società²⁷¹) possano proporre istanza di fissazione di udienza affinché venga decisa la questione di ammissibilità dell'intervento stesso, ex art. 14 3° co. d.lgs. n. 5/2003 (oppure il cosiddetto "incidente di intervento" potrebbe essere sollevato congiuntamente dalle parti originarie ex art. 11, fatti salvi, naturalmente, i problemi di coordinamento fra le due norme). Le parti potrebbero, cioè, sicuramente contestare la mancanza del possesso della soglia di capitale prevista dalla legge provocando l'interveniente a fornire la prova contraria (è evidente che, in questo caso, si riproporrebbero gli stessi dubbi relativi alla possibilità che la prova del possesso della soglia di capitale rilevante sia data "con ogni mezzo", e, specialmente, attraverso prove costituende).

Riguardo, poi, ai poteri esercitabili dal giudice in relazione all'intervento spiegato nel processo, bisogna rilevare che, secondo l'opinione preferibile, questi potrebbe esercitare un controllo d'ufficio sulla ammissibilità dell'intervento²⁷²

Si è, inoltre, già accennato al fatto che, nonostante il 4° co. dell'art. 13 d. lgs. N. 5/2003 che sembrerebbe contenere la regola per cui le decadenze possano essere

²⁷¹ Ciò avverrebbe nell'ipotesi in cui il socio intervenga per sostenere le ragioni dell'impugnante. Ma il socio potrebbe anche intervenire a fianco della società quando avesse interesse a sostenere la validità della deliberazione. Nonostante i dubbi emersi in dottrina e giurisprudenza circa la ammissibilità di un intervento a favore della società, questa possibilità è stata espressamente riconosciuta da Cass. n. 6193/2005 in *Le Società* 2006, p. 473 n. SPALTRO)

²⁷² Sostiene la rilevanza ex officio in primo grado delle cause di inammissibilità dell'intervento, anche coatto, oltreché per mancanze formali, anche e soprattutto per carenza dei relativi presupposti CONSOLO, *Estromissione* cit., p.143.

eccepite solo dalla parte interessata, la decadenza dal potere di intervenire in via litisconsortile potrebbe essere rilevata anche d'ufficio.

Un dubbio sui poteri ufficiosi del giudice potrebbe sorgere, però, proprio riguardo al controllo del requisito previsto dal 3° co dell'art. 2377 c.c., se si ritiene che si tratti di materia disponibile per le parti. .

L'importanza dell'accertamento della sussistenza delle condizioni per intervenire rileva soprattutto in relazione alla opportunità di una rapida estromissione del terzo dal processo vista le difficoltà, particolarmente rilevanti nei processi che si svolgono secondo il rito societario, di “stralciare” l'attività del terzo (si pensi , ad esempio, al potere , di proporre istanza di fissazione di udienza ex art. 8 3° co. d. lgs. N° 5/2003).

Bisogna , inoltre, precisare che la decisione sulla inammissibilità dell'intervento, per mancanza della quota di capitale prevista dalla legge, avrebbe natura di merito (perché accerterebbe la mancanza di un fatto costitutivo del diritto azionato dall'interveniente)e non di rito ²⁷³.

4.- Il problema della equiparazione dei poteri processuali concessi agli interventori “autonomi” e a quelli “adesivi dipendenti” .

La disciplina dell'intervento dei terzi prevista dal cosiddetto “rito societario”

²⁷³ La soluzione della questione relativa alla natura della sentenza che dichiara la inammissibilità dell'intervento dipende dall'idea che si ha in tema di legittimazione ad agire (su cui si veda COSTANTINO, *Legittimazione* cit. , p. 9) . Se si ritiene che la legittimazione costituisca condizione di fondatezza della domanda piuttosto che solamente della sua trattabilità nel merito, allora, la sentenza di inammissibilità dell'intervento sarà una decisione di merito. La prevalente dottrina è però in senso contrario (si veda sul punto CONSOLO, *Estromissione* cit. p. 160 nonché ORIANI, *Processo di cognizione* cit. , p. 240)

sembra caratterizzata da una sorta di visione unitaria dell'istituto da parte del legislatore. Ed, infatti, mentre nella formulazione degli artt. 14 e 15 si recepiscono le tradizionali distinzioni fra interventi autonomi e dipendenti, sul piano della disciplina, si assiste ad una equiparazione dei poteri processuali concessi agli intervenienti che potrebbe far pensare ad una unificazione dell'istituto²⁷⁴.

A tal proposito, una delle maggiori novità introdotte dal d. lgs n.5/03, consiste nell'aver concesso anche al terzo che interviene in via adesiva dipendente il potere di impugnare la sentenza(ex art. 15 2° co).

È noto che , quello dei poteri processuali dell'interventore adesivo dipendente ex art. 105 2° co. c.p.c. , costituisce uno dei temi più dibattuti, ed è altrettanto noto che dottrina e giurisprudenza sono da sempre ferme su posizioni opposte al riguardo.²⁷⁵

²⁷⁴ La tesi della "unità indissolubile" dell'intervento è stata autorevolmente sostenuta da SATTÀ, *L'intervento* . cit. p.547, Secondo l'Autore "il riconoscimento della qualità di parte all'interventore adesivo (qualità sulla quale non sembra si possa più seriamente dubitare) rende molto dubbiosi sulla legittimità, e cioè sulla rispondenza a realtà, delle (...) distinzioni dottrinali che il codice ha fatto sue (...) ciò non significa per altro che distinzioni non si possano e non si debbano fare, ma queste vanno riferite, non all'intervento, che ha carattere indissolubilmente unitario (...), bensì alle singole posizioni sostanziali che si mira a tutelare con l'intervento".

Il dubbio circa la opportunità di distinguere oramai diverse categorie di intervento sorge poiché, anche chi riteneva non condivisibile l'opinione sopra riportata, avvertiva che, "in tanto (fosse) opportuno distinguere – nell'ambito dell'art. 105- diverse categorie di intervento, in quanto tale suddivisione corrisponda non già ad esigenze scolastiche o didattiche , bensì a diversità di poteri processuali delle varie categorie di intervenienti" (PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione* cit. p. 1145).

²⁷⁵ In tema di poteri processuali dell'interventore adesivo dipendente, infatti, la giurisprudenza è ferma dagli anni '50 nel ritenere che tale interventore non possa proporre impugnazione autonoma avverso la sentenza sfavorevole alla parte principale adiuvata. Tale opinione si basa essenzialmente su tre ragioni: l'interventore adesivo dipendente, così come non potrebbe essere attore, non potrà neanche prendere l'iniziativa di impugnare la sentenza; tale interventore è una parte accessoria e non ha gli stessi poteri delle parti originarie; l'interventore ex art. 105 2° co. non può essere mai considerato soccombente (si vada Cass. Se. Un. 26-4-1955 in Riv. Dir. Proc. 1956, II, p.106, n. di DE MARINI).Questa interpretazione dell'art. 105 2° co.. è stata ritenuta non contrastante con gli artt. 3 e 24 Cost. da Corte Cost. n. 455/1997 in Riv. Dir. Proc. 1999, 293, n. D.A. BONFANTI "Intervento adesivo dipendente e potere di autonoma impugnazione della sentenza". Tuttavia una parte autorevole della dottrina è di contrario avviso.

Secondo FABBRINI, (*Note in tema di intervento adesivo*, Riv. Dir. Civ. 1967, p. 161 e ss.), infatti, il terzo titolare di un diritto dipendente rispetto a quello oggetto del processo sarebbe perciò titolare di una legittimazione,

La previsione contenuta nel 2° co. dell'art. 15 del d.lgs. n.5/03 e il nuovo assetto (individuato dal legislatore nei novellati artt. 2377 e ss. C.c.) dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria nell'ambito dei giudizi di impugnazione delle deliberazioni assembleari, si riflettono sul tema del diritto del socio ad intervenire nei giudizi di annullamento di deliberazioni assembleari evidenziando la necessità di individuare i casi in cui sia ammissibile l'intervento adesivo dipendente²⁷⁶

Già prima della riforma, si sottolineava, infatti, come, al di là delle complesse questioni teoriche che inevitabilmente pone il tema dell'intervento del socio nei giudizi di annullamento di deliberazioni assembleari, l'unico vero problema pratico riguardasse la influenza della decadenza dal potere di impugnazione sulla

straordinaria e non "originaria" ad intervenire in via adesiva dipendente nel processo stesso, che trova la sua ragion d'essere nella possibilità che la futura sentenza possa generare effetti riflessi negativi sulla posizione del terzo stesso. La contestazione giudiziale del diritto pregiudiziale farebbe sorgere in capo al terzo quindi il diritto di azione che si esplicherebbe attraverso l'intervento ex art. 105 2° co. c.p.c. Pertanto, secondo questo Autore "la struttura del processo con intervento adesivo, lungi dall'escludere tecnicamente il potere di impugnazione autonoma dell'interventore, sembra implicarlo e giustificarlo: se il potere del terzo di discutere giudizialmente del rapporto altrui trae origine e fondamento dall'attuale possibilità che la sentenza altrui produca per il terzo effetti riflessi negativi, non si vede perché tale potere dovrebbe cessare proprio nel momento in cui la presenza di una pronuncia sfavorevole alla parte adiuvata, in procinto di passare in giudicato, sta trasformando quella possibilità iniziale in una ben precisa realtà definitiva"

Più articolata la posizione di PROTO PISANI (*Dell'esercizio* cit., p. 1165 e ss.) il quale, argomentando dalla disciplina dei poteri processuali del pubblico ministero, distingue a seconda che l'interventore adesivo dipendente sia fornito o meno di legittimazione straordinaria (ed originaria) ad agire. Solo se l'interveniente ex art. 105 2° co. sia fornito di legittimazione straordinaria ad agire, potrà essere equiparato al pubblico ministero il quale intervenga nelle cause che avrebbe potuto proporre, e gli sarà riconosciuto il potere di impugnare autonomamente la sentenza. La differenza macroscopica fra queste due complesse ricostruzioni consiste nel ricollegare il potere di autonoma impugnazione del terzo che interviene in via adesiva dipendente alla sussistenza o meno della sua legittimazione straordinaria (ma originaria) a dedurre autonomamente in via principale in giudizio il rapporto giuridico altrui..

Aderiscono inoltre a questa tesi, tra gli altri, SATTA, *L'intervento* cit. p. 561, secondo cui "se il terzo ha la legittimazione ad intervenire (...) ha anche tutti i poteri processuali per la tutela del proprio interesse: e tra questi si pone in primo luogo quello di impugnare la sentenza, cioè l'atto col quale si consuma il suo pregiudizio". ; CHIZZINI, *Privato e pubblico nella ripartizione dei ruoli processuali: i poteri dell'interveniente adesivo*, in Riv. Dir. Civ. 1996, p. 335 e ss.; ID, più ampiamente, *L'intervento adesivo, premesse generali*, I, Padova, 1991, p. 425 e ss.

²⁷⁶ Come rilevato, infatti, da IANNICELLI, op. cit. p. 1102 e ss., alla luce della introduzione dell'art. 15 d.lgs. n. 5/2003 "si imporrà una attenta verifica dell'interesse previsto dall'art. 105 2° co. c.p.c.(...) al fine di evitare possibili aggiramenti delle regole di legittimazione all'impugnazione previste dal nuovo art. 2377 nell'ottica di garantire la stabilità dei deliberati assembleari"

ammissibilità ed, eventualmente, sulla qualificazione dell'intervento stesso, e cioè “se i soci intervenuti nel processo dopo la scadenza dei termini preclusionali (...dovessero avere) o meno gli stessi poteri processuali dei soci che hanno proposto tempestivamente la propria impugnazione”²⁷⁷.

La soluzione più radicale negava la possibilità che il socio decaduto dal potere di impugnare la delibera, fosse comunque legittimato all'intervento, sebbene, appunto, in via adesiva dipendente²⁷⁸.

L'idea, invece, che la decadenza dal potere di esercizio di un diritto potestativo (in ipotesi di collegittimazione all'esercizio dell'azione) faccia degradare la legittimazione ad agire a legittimazione all'intervento adesivo dipendente si incontra spesso nel pensiero della giurisprudenza- forse, più consapevolmente, al di fuori del campo societario, come in diverse fattispecie relative, ad esempio,

²⁷⁷ Così PROTO PISANI, *Dell'esercizio* cit. p. 1156. Il problema dell'intervento del terzo quando la legge pone un limite di proponibilità all'azione era affrontato anche dalla dottrina antecedente al codice di procedura civile del '40. Si veda NENCIONI, (op. cit. p. 89-93) il quale, però, si riferisce al caso dell'art. 693 codice di commercio che prevedeva il diritto di fare opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento nel termine di decadenza di trenta giorni (come è noto, infatti, il codice di commercio non prevedeva un termine di decadenza per l'esperimento dell'opposizione alle delibere dell'assemblea ai sensi dell'art. 163, questa soluzione fu adottata dal codice civile del '42 che recepì una prassi statutaria in tal senso). Si chiedeva l'Autore “ove un creditore abbia fatto regolare opposizione, può un altro creditore, decorso il termine per agire, intervenire in giudizio? alcuni pensano così: il terzo che avrebbe potuto procedere in via principale, ha rinunciato a tale diritto lasciandolo decadere. L'attività del creditore più diligente non può eliminare la perentorietà di termini stabiliti dalla legge, giacché sarebbe un eludere l'art. 693 ammettere che il terzo creditore possa fare intervento, assumendo così nel processo la stessa veste della parte principale e raggiungendo in sostanza lo stesso scopo che avrebbe raggiunto se avesse agito nel termine. Altri, partendo dalla natura del processo litisconsorziale e del principio che ogni litisconsorte, come interessato ugualmente allo svolgimento del processo, può compiere atti di impulso processuale con effetto di fronte a tutti, pensa che l'attore principale, agendo tempestivamente, salvi dalla decadenza tutti coloro per i quali la sentenza fa stato”. Il Nencioni opinava per la ammissibilità dell'intervento litisconsorziale, in caso di azione soggetta ad un termine di decadenza, anche se esperito dopo il decorso del termine per agire.

Sul tema si veda, recentemente, IANNICELLI op. cit. p. 1128 secondo cui “nella pratica non è però presumibile che il legittimato all'opposizione (in particolare il socio) faccia spesso ricorso all'intervento dovendo, comunque, rispettare il termine decadenziale di cui all'art. 2377 affinché tale iniziativa sia ammissibile”.

²⁷⁸ Secondo una parte della dottrina, il socio decaduto dal potere di impugnare la deliberazione non sarebbe titolare neanche di un interesse (ex art. 105 2°co. c.p.c.) a sostenere le ragioni del socio impugnante e pertanto non potrebbe spiegare alcun tipo di intervento. Sostengono questa tesi, tra gli altri, CHIZZINI, *Intervento in causa* cit. p. 128; ZANARONE, op. cit., p. 401

all'intervento nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento o all'intervento nel giudizio di opposizione allo stato passivo²⁷⁹.

Questa tesi, pur in astratto condivisibile, potrebbe, tuttavia, dare luogo a delle incongruenze alla luce del riconoscimento all'interventore adesivo dipendente del potere di autonoma impugnazione della sentenza,

Infatti, la ragione per cui, sotto l'imperio del vecchio testo dell'art. 2377 c.c., si tendeva ad ammettere l'intervento del socio decaduto dal potere di impugnazione, incasellandolo nell'area dell'art. 105 2° co. c.p.c., risiedeva, probabilmente, nel fatto che a tale interventore non venivano riconosciuti gli stessi poteri processuali delle parti originarie. (Questi infatti non poteva disporre della lite e soprattutto,

²⁷⁹ In materia fallimentare, infatti, emerge più chiaramente l'idea che la decadenza dal potere di impugnazione di un atto costituisca il discrimine fra intervento litisconsortile (o adesivo- autonomo) e intervento adesivo dipendente. Si veda Cass. n. 9549/1992, in Fallimento 1993, p.161, che, in una fattispecie di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento in cui vi era stato l'intervento dell'amministratore della società fallita, ha precisato che "una volta decorso il termine perentorio (per l'opposizione) residuava la legittimazione (dell'amministratore) ad intervenire nel giudizio pendente, non per far valere un diritto proprio (...) ma per sostenere le ragioni della società opponente. Tale intervento sarebbe da qualificarsi come adesivo dipendente e non come litisconsortile "il quale implicherebbe, comunque, (Cass. n. 8501/1987) la possibilità di proporre una azione autonoma, da far valere anche in separato giudizio, che nella specie gli sarebbe preclusa per il decorso del termine stabilito dall'art. 18 l. fall.". Nello stesso senso Cass. n. 4698/1997 in Fallimento 1998 p.151, secondo cui, decorso il termine ex art. 18 l. fall., "il terzo (nel caso concreto un creditore) indirettamente interessato alla revoca del fallimento decade dal potere di azione (...) onde il suo intervento in causa (...) non può che trovare il proprio fondamento giuridico nel disposto della norma generale fissata dal 2° co. dell'art. 105 c.p.c." (La decisione si segnala anche per un altro profilo. Essa infatti chiarisce che l'intervento del terzo è da considerarsi come adesivo dipendente, e quindi ammissibile, sia nel caso in cui il terzo voglia contrastare l'opposizione, sia nel caso in cui il terzo si schieri a favore dell'opponente. Nel caso, invece, dei giudizi di annullamento di deliberazioni assembleari la giurisprudenza, per lo meno prima della riforma, non sempre ammetteva, come già accennato, l'intervento del socio a favore della società che si opponesse, quindi all'annullamento della delibera (in senso favorevole a tale intervento da ultimo, la già citata Cass. 6193/2005 retro nota 271). Bisogna precisare che queste idee si riferiscono, ovviamente, alla giurisprudenza anteriore alla riforma delle procedure concorsuali operata con il d. lgs. 9-1-06 n.5. Il nuovo art. 18 l. fall. che prevede, non più la opposizione verso la sentenza dichiarativa di fallimento, ma l'appello, potrebbe porre il problema dell'intervento ex art. 344 c.p.c.. Nel campo delle invalidità delle delibere assembleari bisogna, invece, rimarcare l'importanza dell'art. 21 del d.lgs. n.5/03, secondo cui, fermo quanto disposto dall'art. 344 c.p.c., nel giudizio di appello è ammesso altresì l'intervento dei terzi che hanno interesse a sostenere le ragioni di alcuna delle parti. A tal proposito, infatti, la Cassazione (sent. N. 2335/1994 in rep. foro it. 1994, v. Appello civile, n. 22) aveva espressamente escluso, facendo, per la verità applicazione dei principi generali in tema di rapporto fra opposizione di terzo e intervento in appello) che, nel giudizio di impugnazione delle deliberazioni di assemblea delle società, il socio, che non è stato parte del giudizio di primo grado, sia legittimato ad impugnare la pronuncia resa inter alios né ad intervenire adesivamente in appello, essendo il suo intervento ammesso solo quando egli possa proporre opposizione ai sensi dell'art. 404 c.p.c..

secondo l'opinione dominante, non poteva impugnare autonomamente la sentenza).

Di fronte alla attuale parificazione dei poteri processuali degli intervenienti, cui si accennava sopra, non ha più senso aggrapparsi alla distinzione fra intervento adesivo autonomo e dipendente, (il problema della qualificazione dell'intervento si porrebbe solo riguardo al termine di preclusione per intervenire; questione tutt'altro che secondaria, viste le rilevanti differenze fra la disciplina prevista dall'art. 14 e quella prevista dall'art. 15); cosicché, se si ammettesse l'accessione al processo del socio decaduto dal potere di impugnazione, si finirebbe per aggirare la disciplina del termine di decadenza di cui all'art. 2377 6° co c.p.c. .Concedere infatti anche a tale socio il potere di impugnare autonomamente la sentenza che rigetta la domanda di annullamento della deliberazione assembleari equivale evidentemente a concedere il potere di impugnare l'atto fin dall'inizio. Una interpretazione delle norme processuali che sia coerente con il principio della stabilità delle deliberazioni assembleari presuppone che sia limitata anche la possibilità di impugnazione della sentenza di rigetto della domanda di annullamento²⁸⁰.

280 Ed infatti, il contenuto del giudicato, nel caso di annullamento di deliberazioni assembleari, è per sua stessa natura inscindibile. Al diritto potestativo di impugnare concesso dall'art. art. 2377 c.c., corrisponde una tutela giurisdizionale attuata tramite sentenze costitutive estintive (in tal senso MICHELI, op. cit. . p.399). Pertanto, in questo caso, non è possibile distinguere fra effetti dell'acquiescenza prestata dalle parti originarie ed effetti dell'impugnazione della sentenza da parte dell'interventore adesivo dipendente, perché quest'ultimo ha il potere di provocare un giudizio sull'intero rapporto di cui sono contitolari gli altri soci..Ciò appare ancora più evidente se si pensa al problema dell'impugnazione delle deliberazioni assembleari a contenuto "negativo". In questo caso l'effetto dell'impugnazione potrebbe non essere meramente estintivo. Anzi, la sentenza del giudice produrrebbe gli stessi effetti che avrebbe prodotto la deliberazione se fosse stata approvata. Si pensi al caso, non infrequente nella giurisprudenza, della impugnazione della delibera che respinge la proposta di promuovere l'azione di responsabilità verso l'amministratore, in cui giudice che accerti che la delibera è stata assunta col voto determinante di un socio in conflitto di interesse, può (almeno secondo una parte della giurisprudenza) dichiarare approvata la proposta respinta.

L'unica soluzione per evitare conclusioni che contrastino con le tendenze affermate dal legislatore sostanziale sarebbe quella di ritenere che la decadenza dal potere di impugnazione della delibera comporti anche la perdita del potere di intervenire nel relativo processo e dunque la definitiva soggezione del socio all'efficacia della futura sentenza senza nessuna possibilità di influire sulla formazione del giudicato stesso.

A tal proposito, per cercare un temperamento alla radicalità di questa conclusione bisognerebbe riflettere sul fatto che l'insieme delle posizioni giuridiche fatte valere dal terzo, incasellabili nell'area dell'intervento adesivo dipendente, non sono omogenee, ma anzi, nell'ambito di tale categoria è opportuno fare delle distinzioni.

Si allude alla citata tesi che, in materia di poteri processuali esercitabili dall'interventore adesivo dipendente, propone di distinguere fra soggetto originariamente titolare della legittimazione (straordinaria) ad agire (titolare quindi anche della legittimazione ad impugnare la sentenza) e non, riconoscendo quindi al socio titolare della soglia di partecipazione al capitale, di cui al 3° co. dell'art.2377 c.c., ma decaduto dal potere di impugnazione, la possibilità di intervenire nel processo esercitando però solo ed esclusivamente poteri di allegazione e istruttori.

Ma questa strada sarebbe difficilmente percorribile se si dovesse riconoscere

E' evidente che, attraverso i poteri concessi dall'art. 15 2°co. all'interventore adesivo dipendente, questi potrà ottenere una tutela reale non solo di contenuto negativo, ma anche di contenuto positivo, potendo, non solo far annullare una delibera assembleare, ma anche, (nel caso di delibera negativa) far dichiarare che la delibera sia stata approvata.

che, alla luce del 2° co dell'art. 15, il legislatore abbia inteso affermare il principio generale (senza operare alcuna distinzione all'interno dell'area coperta dall'art. 105 2° co. c.p.c.) per cui all'interventore adesivo dipendente spetta il potere di impugnare autonomamente la sentenza²⁸¹.

Bisogna infine chiedersi se vi sia, nei giudizi di impugnazione di delibere assembleari, un ruolo per il socio non titolare della soglia di partecipazione prevista dal 3° co. dell'art. 2377 c.c.. Ed infatti, come notato da una parte della dottrina²⁸², l'applicazione di una norma processuale (l'art. 15 2° co d.lgs. n. 5/03), potrebbe portare al risultato di attribuire a tale socio la tutela "reale", negatagli dal legislatore sostanziale.

Non credo possa essere negata la ammissibilità dell'intervento di tale socio, (sempre che avvenga entro il termine di cui al 6° co. dell'art. 2377 c.c.), visto che la sussistenza del diritto al risarcimento del danno dipende dall'accertamento dell'illegittimità della deliberazione²⁸³. Bisogna però, in questo caso, adottare,

²⁸¹ Bisogna rilevare a tal proposito che, quantomeno il tenore letterale del 2° co. dell'art.15 d.lgs. n.5/03, in particolare l'espressione "in ogni caso", sembrerebbe deporre nel senso che il legislatore abbia concesso il potere di impugnazione a tutti i soggetti titolari di un diritto dipendente da quello oggetto del processo senza distinguere in base alla titolarità della legittimazione originaria.

La disposizione lascia comunque irrisolti una serie di problemi fra cui soprattutto, quello degli effetti dell'impugnazione proposta dall'interventore adesivo dipendente, se essi siano cioè limitati solo alla posizione dell'impugnante o si estendano anche al rapporto pregiudiziale intercorrente fra le parti originarie (problema, per la verità, in parte superato nel caso previsto dall'art. 2377 c.c. vista la "inscindibilità, in un certo senso, del giudicato). E', inoltre, opportuno sottolineare ulteriormente che il problema dell'intervento in via adesiva dipendente si pone anche nel giudizio di appello visto che questa possibilità è ora espressamente riconosciuta dall'art. 21 d.lgs. n. 5/2003.

²⁸² SCALA, op. cit. p. 290.

²⁸³ Ed, infatti, secondo SCALA (op. cit. p. 289 e ss.), la previsione del termine decadenziale, valevole anche per le azioni risarcitorie, deve essere messa in correlazione con l'art. 2378, secondo cui tutte le domande devono essere istruite congiuntamente e decise con un'unica sentenza. "L'estensione del cumulo necessario alle domande risarcitorie (sarebbe) giustificata dalla volontà di evitare in materia societaria giudicati anche solo logicamente contraddittori". In questa prospettiva "il giudizio risarcitorio (avrebbe) ad oggetto necessario solo l'accertamento dell'eventuale illegittimità della delibera, idoneo a fare stato o in una successiva fase dello stesso processo, previa separazione delle domande di annullamento da quelle risarcitorie (se il danno è già verificato), ovvero, più probabilmente in un successivo processo da promuovere nell'ordinario termine di prescrizione del diritto; in entrambi i casi, oggetto del giudizio sarà esclusivamente la prova del danno". Pertanto il legislatore avrebbe

ancora una volta, una lettura correttiva dell'art. 15 2° co., nel senso cioè che “non può essere concesso all'interventore di impugnare la sentenza, ogni qualvolta si faccia valere in via di impugnazione un risultato che non è conseguibile in via d'azione”²⁸⁴.

Al socio titolare del mero diritto al risarcimento del danno, ma che non abbia esercitato il proprio diritto nel termine di decadenza previsto dal 6° co. dell'art. 2377 c.c., bisognerebbe invece negare del tutto la possibilità di partecipare al giudizio di impugnazione poiché non sembra ravvisabile in capo a tale soggetto alcun interesse (neanche a sostenere le ragioni dell'impugnante) a partecipare al giudizio; (ciò, beninteso, sempre che si dissenta dalle opinioni che ritengono proponibile l'azione di risarcimento danni entro il termine ordinario di prescrizione).

5.- segue: altri casi di intervento adesivo dipendente nei giudizi di annullamento delle delibere assembleari.

Dubbi si registravano, fin dalla vigenza del codice di commercio²⁸⁵, sull'ammissibilità dell'intervento teso a sostenere la validità della deliberazione impugnata e , quindi, spiegato a favore della società.

sancito una necessaria pregiudizialità (non tanto fra annullamento dell'atto e risarcimento del danno , quanto piuttosto, fra accertamento della illegittimità della delibera e diritto al risarcimento del danno.

²⁸⁴ Così SCALA, op. cit. p. 290. Questa idea mi pare in accordo con la più volte citata tesi di Proto Pisani sui poteri dell'interventore adesivo dipendente.

²⁸⁵ Del problema si occupava il SEGNI (*L'intervento adesivo*, vol. I, Roma , 1919. p. 231 e ss.) il quale rilevava che “l'intervento del socio è ammesso accanto al socio opponente in primo grado senza difficoltà (...) ed è ammesso anche l'intervento del socio accanto alla società convenuta , nell'impugnativa, analoga a quella dell'art. 163 , concessa al PM dall'art. 1 del decreto Luogotenenziale 3 settembre 1916 n. 1108 contro le deliberazioni violatrici delle norme sulla distribuzione dei dividendi, stabilite in occasione della guerra”

In particolare si negava che tale intervento potesse essere qualificato come litisconsortile visto che essendo gli effetti della deliberazione imputabili alla sola società mancherebbe in capo a soggetti diversi da quest'ultima un diritto autonomo da far valere contro l'impugnativa²⁸⁶. Ed , infatti, la giurisprudenza negava la proponibilità di un autonomo appello da parte dei soci , nonché di amministratori e sindaci, eventualmente intervenuti a favore della società (con la precisazione che l'autonomia della posizione di tali soggetti doveva, invece ,essere riconosciuta nei casi in cui la delibera fosse idonea a incidere direttamente sulla posizione giuridica di tali soggetti²⁸⁷ .

La ammissibilità di un intervento spiegato a favore della società deve essere a maggior ragione affermata dopo la riforma. Appare, infatti, evidente la sussistenza di un interesse sia dei soci che degli organi sociali a sostenere la validità della deliberazione visto che l'eventuale accertamento della illegittimità della stessa potrebbe costituire fonte dell'obbligo di risarcimento del danno, che graverebbe pro quota su ciascun socio, e potrebbe inoltre essere fonte di responsabilità per gli organi sociali.

Si tratterebbe, in ogni caso, di intervento adesivo dipendente²⁸⁸; non dovrebbero, tuttavia, porsi i problemi relativi al coordinamento fra la previsione contenuta

²⁸⁶ Così ZANARONE op. cit. p. 402.

²⁸⁷ Per riferimenti a queste ipotesi si veda ZANARONE op. cit. p. 396, in particolare nota 65.

²⁸⁸ Secondo IANNICELLI, op. cit. p. 1126 e ss. l'orientamento che ammette tradizionalmente il socio ad intervenire ad adiuvandum per resistere all'impugnazione della delibera ai sensi dell'art. 105 2° co. "(andrebbe)

nell'art. 15 d. lgs. N. 5/2003 e il principio di stabilità delle decisioni sociali visto che il potere di impugnazione sarebbe esercitabile solo avverso una sentenza che avesse annullato la deliberazione non già verso una eventuale sentenza di conferma della delibera stessa.

6. - Il trasferimento della partecipazione sociale in corso di causa e gli effetti dell'intervento del successore a titolo particolare nel diritto controverso.

Come si è già accennato, la previsione, contenuta nel 2° co. dell'art. 2378 c.c., che consente il trasferimento della partecipazione sociale nel corso del processo di impugnazione e, quindi, la disgregazione della "parte necessariamente complessa" (con la conseguente perdita del requisito previsto dall'art. 2377 3° co. c. c.), genera, essenzialmente, due questioni: quella della qualificazione della legittimazione ad agire del soggetto (o dei soggetti) che conducono il processo; e quella degli effetti dell'intervento del successore a titolo particolare ex art. 111 3° co. c.p.c..

E' evidente che, vista la particolarità della fattispecie che ci occupa, i principi contenuti nell'art. 111 c.p.c. necessitano, in un certo senso, di un adattamento

ovviamente confermato, dopo la riforma, in relazione ad ogni singolo socio (a prescindere dalla entità della sua quota azionaria) e dovrebbe coinvolgere anche le figure dell'ex socio e del nuovo socio ".

Riguardo al primo problema, come è noto, l'opinione prevalente ritiene che l'alienante che sta in giudizio sia un legittimato straordinario e che si abbia in questi casi una ipotesi di sostituzione processuale (ex art. 81 c.p. c.)²⁸⁹ ..

Bisogna però rilevare che, contrariamente a quanto avveniva in passato, visto che è oramai stato eliminato l'obbligo del deposito di almeno una azione e che i trasferimenti di azioni dematerializzate possono avvenire tramite meccanismi non necessariamente percepibili nell'ambito del processo, l'avvenuto trasferimento della partecipazione sociale potrebbe non emergere dagli atti processuali.

A questo proposito si osservava che, se l'alienazione non è fatta constare nel processo, l'alienante continuerebbe ad agire come un legittimato ordinario ²⁹⁰.

Ma, in ogni caso, sia il concetto di legittimazione straordinaria che quello di legittimazione ordinaria non sembrano esauritivi riguardo al nostro caso e non bastano a spiegare né la posizione di colui che, nell'ambito della cosiddetta “parte necessariamente complessa”, abbia alienato la sua partecipazione , intaccando così la “soglia” necessaria di capitale sociale, né quella del soggetto (che aveva congiuntamente impugnato la deliberazione) e che “subisce”, in un certo senso, la avvenuta alienazione della altrui partecipazione.

La portata teorica del problema è estremamente rilevante e potrebbe richiamare antiche questioni, che si ponevano già prima della introduzione del codice di

²⁸⁹ Così l'opinione prevalente in dottrina . Si veda fra gli altri LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale* , Milano, 1957, I, p. 89.

procedura civile del '40, come quella della ammissibilità di una *negotiorum gestio processuale* o quella della necessità di esplorare “la zona grigia che sta tra la rappresentanza processuale e la legittimazione ad agire”^{291 292}.

In ogni caso, il risvolto pratico dell'idea , già precedentemente espressa, che la ratio del riferimento all'art. 111 c.p.c. sia quella di adottare , per quanto possibile, soluzioni “conservative “ degli effetti della domanda di annullamento originariamente proposta, consisterebbe nella impossibilità per il giudice di rigettare (immediatamente) nel merito l'impugnazione ove venisse in rilievo la perdita del requisito previsto dal 3° co dell'art. 2377 c.c. dovuta al trasferimento della partecipazione sociale.

A tal proposito bisogna, però, fare delle precisazioni.

Innanzitutto, sorge il dubbio sulla possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la avvenuta perdita della “legittimazione” a seguito della cessione della partecipazione (sempre che, ovviamente, ciò emerga dalle evidenze processuali).

²⁹⁰ Così GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, p. 207

²⁹¹ La questione è trattata da NENCIONI (op. cit. p. 89 e ss., in particolare p.91 ove anche riferimenti bibliografici) il quale cita due sentenze della Cassazione, una del 9 dicembre 1932 e l'altra dell'11 luglio 1933 (in Foro it. , 1933, I, 350 e 1129) nelle quali si trattava del problema degli effetti dell'intervento del titolare del diritto nel processo condotto da soggetto non legittimato (in una ipotesi in cui, diversamente da quella che ci occupa, il processo era stato iniziato dal non legittimato e quindi la perdita di legittimazione non era sopravvenuta). Queste sentenze affermavano che “ il giudizio promosso da chi non era titolare del diritto controverso non è nullo , sebbene la domanda debba essere respinta per difetto di legittimazione ad agire ; intervenuto poi il terzo , titolare del diritto, esso può validamente proseguire nei di lui confronti , sia che l'attore contrasti a tale intervento , sia che riconosca le ragioni dell'intervento e vi aderisca”. Riferisce il Nencioni “l'annotatore della prima decisione , il Lener, osserva che <<La ragione per negare o affermare la validità del processo preesistente e dell'intervento (più che essere ricercata nell'ammissibilità o meno di una negotiorum gestio processuale) è nella zona grigia che sta tra la rappresentanza processuale e la legittimazione ad agire che bisogna penetrare , zona spesso trascurata , mai esplorata a fondo , in cui una sola oasi è conosciuta (con approssimazione e non pacificamente , del resto): la sostituzione processuale>>

Il fatto che il possesso della quota di capitale prevista dalla legge sia un requisito “disponibile “ per le parti (visto che lo statuto può ridurre o escludere questo requisito) farebbe propendere per la sola rilevabilità ad istanza di parte, anche se, nel caso di scissione fra rapporto sostanziale e rapporto processuale, emergerebbe il profilo della legittimazione ad agire distinto da quello attinente alla titolarità del diritto sostanziale ed è pacifico che sulle questioni di legittimazione il giudice abbia poteri ufficiosi.

Sicuramente se ci fosse l'intervento spontaneo del successore a titolo particolare (cioè l'acquirente delle azioni) ex art. 111 3° co c.p.c. questo dovrebbe consentire la conservazione degli effetti della domanda di annullamento e quindi il giudice non potrebbe rigettare nel merito la domanda stessa.

Con la precisazione che andrebbe accolta l'opinione per cui l'intervento ex art. 111 c.p.c. non rientra in nessuna delle fattispecie disciplinate dall'art. 105 c.p.c. (anche se indubbiamente ,ha in comune con l'intervento adesivo dipendente la caratteristica della non facoltatività visto che il terzo sarebbe in ogni caso soggetto all'efficacia (diretta o riflessa) della sentenza)²⁹³ e, soprattutto, non dovrebbe essere sottoposto alle rigide preclusioni previste dagli artt. 14 e 15 d. lgs. N. 5/2003. Tale intervento potrebbe, inoltre, essere esperito anche in appello

²⁹² Bisognerebbe verificare, inoltre, se il ricorso alla nozione di parte complessa , elaborato nell'ambito delle riflessioni dottrinali intorno all'art. 111 c.p.c possa essere di qualche aiuto .In questo senso DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, p. 175 e ss.

²⁹³ In tal senso si veda PROTO PISANI , *Dell'esercizio cit.* p. 1238 e ss.

(conclusione, del resto, inevitabile anche se si ritenesse che si tratti di intervento adesivo dipendente vista la previsione dell'art. 21 d. lgs . n. 5/2003).

Il problema vero sorge , però, se l'acquirente non interviene spontaneamente e la società eccipisce (o, eventualmente, il giudice rileva) l'avvenuto trasferimento delle azioni e quindi la perdita del requisito previsto dall'art. 2377 3° co.

Qui si dovrebbe immaginare , come sopra già accennato, una applicazione della regola della *perpetuatio legitimationis* interna alla stessa parte processuale per tutelare il soggetto (che ha congiuntamente impugnato la deliberazione invalida) che non ha dato causa alla successione.

Ma anche in questo caso bisogna fare qualche precisazione.

Il socio che si è aggregato ad altri soci per esperire l'impugnazione, e che non ha dato causa alla successione , ma che subirebbe gli effetti di questa , perdendo il diritto all'annullamento, però, potrebbe (e forse, dovrebbe) non essere inerte nel processo.

Questi, infatti, potrebbe chiamare in giudizio l'acquirente della partecipazione ex art. 106 e 111 3° co. c.p.c..

L'eventuale utilizzo dell'art. 106 c.p.c. dovrebbe , però, essere adattato alla particolarità del caso. Infatti , tale chiamata non sarebbe assimilabile né a quella del terzo obbligato (nell'ipotesi di contestazione da parte del convenuto della

legittimazione passiva), né a quella del terzo pretendente (in caso di contestazione della legittimazione attiva).

Si rientrerebbe , forse, in una ipotesi di chiamata in causa di terzi titolari di una situazione giuridica dipendente (visto che, sicuramente, l'acquirente delle azioni subirebbe gli effetti del giudicato). Come è noto, si dubita in dottrina circa la ammissibilità dell'utilizzo dell'art. 106 c.p.c. in quest'ultima ipotesi²⁹⁴. È, tuttavia , da ritenere preferibile l'opinione contraria ²⁹⁵ anche se , nel nostro caso, la funzione della chiamata in giudizio sarebbe, più che quella di tutelare il terzo contro la possibilità di una sentenza pregiudizievole, quella di tutelare la stessa parte che provvede alla chiamata.

L'intervento coatto ex art. 106 non potrebbe, evidentemente, essere soggetto alle preclusioni previste dal rito societario in tema di interventi (a questa ipotesi, trattandosi di chiamata di un terzo da parte dell'attore, sarebbe astrattamente applicabile la preclusione prevista dall'art. 6 lett. C) d. lgs. N. 57 2003) visto che "il trasferimento del diritto controverso" potrebbe avvenire in qualunque momento, anche durante il processo di secondo grado.

²⁹⁴ Si veda , soprattutto, ANDRIOLI, *Lezioni* cit. vol. I, p. 336 e 337 secondo cui "ripugna alla logica del processo e...alla imparzialità del giudice disporre la chiamata in causa del terzo perché questi sostenga le ragioni di una delle parti originarie ". Per riferimenti al dibattito svoltosi sul tema si veda PROTO PISANI, *Dell'esercizio* cit. p. 1181 e ss.

²⁹⁵ Espressa soprattutto da PROTO PISANI , *Dell'esercizio* cit. il quale rileva che "l'obiezione secondo cui la chiamata in causa (anche per ordine del giudice) dei terzi titolari di una situazione giuridicamente dipendente sarebbe inammissibile in quanto contrasterebbe con l'imparzialità del giudice , pur contenendo una parte di vero, non ci sembra decisiva ed insuperabile : ordinando infatti la chiamata in causa di uno di tali terzi il giudice non si fa difensore delle parti originarie , poiché l'intervento (...) ha la funzione di *tutelare il terzo* contro la possibilità di una sentenza pregiudizievole , e non la parte originaria cosiddetta adiuvata.

Bisogna , inoltre riflettere, sulla utilizzabilità nel nostro caso della chiamata per ordine del giudice ex art. 107 c.p.c. (sul presupposto della utilizzabilità di questo strumento anche per i terzi titolari di rapporti giuridici dipendenti²⁹⁶). Sono due le tesi che appaiono estremamente interessanti nella nostra prospettiva : primo, la tesi²⁹⁷ che prevedeva la possibilità di utilizzare l’art. 107 c.p.c. nell’ipotesi di difetto di legittimatio ad causam; secondo, l’opinione secondo cui l’intervento iussu iudicis sarebbe diretto a tutelare la posizione dei terzi che potrebbero essere danneggiati da una decisione ingiusta e fraudolenta²⁹⁸ (come potrebbero essere i terzi acquirenti delle azioni che potrebbero ignorare la pendenza del giudizio di impugnazione)²⁹⁹ .

Ma il limite insito nella utilizzazione dell’intervento coatto (sia esso ad istanza di parte che iussu iudicis) risiede nei possibili effetti della mancata costituzione del chiamato. In particolare quali sarebbero gli effetti della contumacia (volontaria) dell’acquirente della partecipazione azionaria sulla legittimazione della parte necessariamente complessa?

²⁹⁶ Così PROTO PISANI, *Dell’esercizio cit.* , p. 1188 e ss.

²⁹⁷ Illustremente sostenuta da ANDRIOLI, *Orientamenti giurisprudenziali sulla legittimazione ad agire* , n Foro it. 1968, I, 2953-2954 il quale, però alludeva al difetto di legittimazione del convenuto.

²⁹⁸ Altrettanto illustremente sostenuta da SATTA, *L’intervento ordinato dal giudice*, in Studi sassaresi , vol XVI, p. 358-359

²⁹⁹ Si confermerebbe così la caratteristica dell’art. 107 c.p.c. (definito “uno dei piccoli misteri della procedura” REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol II, p. 100) di essere una norma di chiusura diretta a “evitare giudicati contraddittori, assicurare l’economia nell’esercizio dell’attività processuale , tutelare i terzi contro sentenze viziate da dolo o collusione a causa del cattivo funzionamento del principio del contraddittorio , (perseguire) la esigenza che il processo si concluda con una sentenza di merito e non a contenuto meramente processuale “ Così PROTO PISANI, op.loc. ultt. cit. p. 1193.

Per ovviare a questi dubbi si potrebbe ritenere che il giudice possa applicare il principio della *perpetuatio legitimationis* , nonostante la mancata costituzione del chiamato, ove ravvisi l'esigenza di tutelare il socio che aveva "congiuntamente" impugnato la deliberazione (e che, però, non abbia dato causa alla cessione) da comportamenti abusivi "interni" alla stessa parte processuale.

L'intervento per ordine del giudice ex art. 107 c.p.c. sembrerebbe essere lo strumento più adatto per tutelare, invece, l'acquirente della partecipazione sociale (che potrebbe essere allo scuro del processo in corso e che subirebbe, in ogni caso, gli effetti della sentenza), ciò anche per prevenire eventuali opposizioni di terzo revocatorie.³⁰⁰

Riguardo , poi, agli effetti della successione sui poteri processuali dell'alienante e dell'avente causa, se ne discute , soprattutto, in relazione alla rinuncia agli atti del giudizio e alla transazione o conciliazione giudiziale . Secondo l'opinione prevalente , l'alienante potrebbe rinunciare agli atti del giudizio solo nei limiti in cui ciò non comporti disposizione del diritto controverso³⁰¹ . È evidente, quindi, che nell'ipotesi di impugnazione di una delibera assembleare ex art. 2377 c.c. l'alienante non potrebbe avere tale potere visto che una eventuale rinuncia agli atti (o anche una rinuncia all'azione) comporterebbe la definitiva consumazione

³⁰⁰ Bisogna, infatti, ricordare che, già prima della riforma del diritto e del processo societario, che ha evidenziato l'importanza dell'istituto dell'intervento dei terzi nell'ambito dei giudizi di annullamento di deliberazioni assembleari, si riteneva che l'intervento per ordine del giudice troverebbe terreno di elezione proprio nell'ipotesi di cui all'art. 2377 .c.c. (così TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice* , Milano, 1984, p. 421 e ss.)

del potere di impugnazione . Ma i limiti al potere di rinunciare agli atti del giudizio riguardano, in realtà, anche l'acquirente , quantomeno nei casi in cui l'esercizio di tale potere spieghi effetti anche nei confronti degli altri soggetti che, in ipotesi, costituiscano la parte necessariamente complessa (analogo discorso andrebbe fatto per la transazione o per la conciliazione giudiziale³⁰²) .

La questione della “comunicabilità” degli effetti degli atti (siano essi sostanziali o processuali), che comportino disposizione del diritto controverso, posti in essere dai singoli soggetti che, congiuntamente, formano la soglia di capitale necessaria ad ottenere l'annullamento, resta un dubbio di fondo, posto dalla riforma del sistema delle invalidità delle delibere assembleari, che dovrebbe condurre all'approfondimento del concetto di “parte” e del modo di intendere il cosiddetto “concorso di azioni” in questo particolare caso.

Come già accennato, il principio della perpetuatio legitimationis, potrebbe forse essere utilizzato anche per neutralizzare i possibili effetti “distorti” che possono derivare dalla disgregazione della parte che ha esercitato il potere di impugnazione.

³⁰¹ Così PROTO PISANI , *Dell'esercizio* . cit. p. 1233 secondo cui l'alienante potrebbe rinunciare agli atti del giudizio solo nel corso del processo di primo grado e non dopo che sia stata emessa una sentenza di primo o

secondo grado

³⁰² Su cui PROTO PISANI, op. loc. ultt. cit. p. 1233.