

## CAPITOLO PRIMO I PRESUPPOSTI

SOMMARIO: 1. *Le modifiche del capitale.* – 2. *L'invalidità prima della riforma.* – 3. *La vicenda costitutiva dell'aumento reale e i «soggetti» coinvolti. Le tesi contrattuali e la prospettiva organizzativa.* – 4. *Invalidità dell'atto e invalidità dell'operazione. L'attenzione mostrata agli «effetti esterni».* – 5. *Invalidità ed interessi in conflitto. Il problema degli effetti della pronuncia di invalidità per « i terzi ».* – 6. *Impugnazione dell'atto, attività successiva ed effetti dell'invalidità: il mancato chiarimento degli «effetti interni».* – 7. *L'invalidità post riforma: cenni sui profili di novità rilevanti nello studio.*

### **1. Le modifiche del capitale**

L'accostamento al tema generale delle modifiche dell'atto costitutivo consente di rinvenire due modalità per determinare tale effetto <sup>1</sup>.

Una prima modalità è quella in cui, non occorrendo altro che la delibera, la modifica si costituisce in funzione di essa.

La seconda è quella in cui la delibera, pur necessaria, da sola non è sufficiente a determinare l'effetto giuridico sperato, la modifica determinandosi al verificarsi di altri e ben diversi presupposti di volta in volta individuati dal legislatore.

L'aumento del capitale è operazione che reca una modifica incrementale di un valore del netto – contabilizzato nella relativa posta di bilancio – tradotto in regola nell'organizzazione capitalistica delle società di capitali <sup>2</sup>. La relativa

---

<sup>1</sup> Sul tema v. MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6\*, Torino, 1993, 65 ss.; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, 251.

<sup>2</sup> Sulla rilevanza organizzativa del capitale v. SPADA P. – SCIUTO M., *Il tipo della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 31 ss.; PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*, Torino, 2004, 1 ss.; SPOLIDORO M. S., (voce) *Capitale sociale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, 195 ss.; FERRI G. jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, 757 ss.; CAMPOBASSO G.

vicenda, assai articolata e parecchio complessa per poterla adeguatamente rappresentare in queste brevi notazioni introduttive, in chiave generale, tuttavia, la si può perfettamente ricondurre entro le sommarie premesse fatte sul tema delle modifiche dell'atto costitutivo; ciò, da lungo corso, poteva affermarsi rispetto alle s.p.a., ora più chiaramente, con la riforma, anche per le s.r.l.<sup>3</sup>.

Su simili e sottili differenze tra le due discipline considerate tuttavia non interessa qui soffermarci; interessa piuttosto individuare i profili strutturali delle relative operazioni di aumento che possono incidere sul tema dell'invalidità dell'aumento e delle partecipazioni in ragione dell'operazione create.

Nei limiti di tali essenziali osservazioni del fenomeno considerato, meritano d'essere richiamati, pur in estrema sintesi, le due operazioni di aumento, poi soprattutto nel senso che il loro rispettivo perfezionamento può condurre a *formare* nuove partecipazioni, o comunque ad incrementare il valore di quelle già in precedenza formate.

L'aumento *gratuito* è operazione incrementale di quel valore del netto nient'affatto incentrata sul conseguimento di nuove risorse. L'impiego di porzioni disponibili del patrimonio, già contabilizzate in bilancio, consente di aumentare il valore del capitale imputandone la relativa consistenza nella sua

---

F., *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2009<sup>7</sup>, 8.

<sup>3</sup> Nel regime pregresso i profili delle modifiche dell'atto costitutivo erano sostanzialmente comuni, salvo qualche piccola differenza, per s.p.a. ed s.r.l.; una serie di rinvii contenuti nella disciplina di questa (sui quali, in generale, v. ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, nel *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, vol. 8°, Padova, 1985, *passim*), nel vecchio regime, come noto, rendevano ad essa applicabili alcune delle prescrizioni per la s.p.a. (la formulazione pregressa dell'art. 2495 c.c., ad es., non richiamando l'art. 2442, non chiariva la fattibilità della relativa operazione di aumento gratuito in s.r.l.). Ora la riforma, al dichiarato fine di emancipare la relativa fattispecie, è intervenuta sul tema delle modifiche del capitale di s.r.l. le quali, oggi ricevono una propria disciplina (2481 – 2481-ter) anche per regolare l'aumento gratuito.

posta <sup>4</sup>. La decisione modificativa in discorso è sufficiente per i fini dell'operazione <sup>5</sup>; è questa la ragione per cui tale fattispecie di aumento la si può ricondurre entro la prima modalità di modifica pocanzi segnalata.

Con l'aumento a pagamento, invece, occorre alla società far confluire al suo patrimonio nuove risorse <sup>6</sup>; è proprio in ragione di ciò che la disciplina muove a considerare, oltre la delibera, altri presupposti necessari che determinano l'inquadramento di tale operazione nell'ambito della seconda modalità di modifica dell'atto costitutivo <sup>7</sup>.

Ebbene, a questo proposito, per la concreta modifica del capitale occorre la sottoscrizione dell'aumento da parte di coloro cui tale diritto è attribuito <sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Sul regime di indisponibilità della parte del patrimonio imputata a capitale v. PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., 14 s.; TANTINI G., *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, *passim*.

<sup>5</sup> La competenza decisoria è dell'assemblea sia nelle s.p.a. sia nelle s.r.l. (v., rispettivamente, dopo la riforma, l'art. 2365 e l'art. 2479-*bis*); ma si discute tutt'oggi circa la possibilità o meno di delegare la relativa decisione agli amministratori. In senso permissivo v. GUERRERA F., *sub artt. 2438-2447*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1191; ZANARONE G., *sub art. 2481, Della società a responsabilità limitata*, t. II, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato e già diretto da Piero Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2010, 1489 ss.

<sup>6</sup> O perché, in effetti, occorre aumentare la porzione attiva del patrimonio, come nelle ipotesi di accertata perdita di cui agli artt. 2446 e 2447, o per esigenze diverse di volta in volta presupposte (ad es.: è intenzione far divenire socio un soggetto già creditore della società, o estromettere o sminuire le minoranze: per un cenno su queste ipotesi v. TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, cit., 234 nt. 30). Tale risorse, per il fatto che confluiscono sotto veste di conferimento in denaro o in natura, nel primo caso, fanno conseguire una maggiore disponibilità di riserve finanziarie, mentre, nel secondo, la disponibilità di determinati beni per l'esercizio dell'attività produttiva (BUSI C.A., *S.p.a.-S.r.l., Operazioni sul capitale*, Milano, 2004, 135 s.).

<sup>7</sup> Unanime la dottrina sul punto. Cfr. MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, cit., 65; BELVISO U., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 17, Torino, 1985, 89; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, cit., 250 s..

<sup>8</sup> Sul diritto d'opzione, ora qualificato in materia di s.r.l. come diritto di sottoscrizione dell'aumento, v. NOBILI R., *Contributo allo studio del diritto d'opzione nelle società per azioni*, Milano, 1958, *passim*; BELVISO U., *Le modificazioni dell'atto*

Per addivenire all'esercizio di esso con la sottoscrizione diversa è la disciplina in materia di s.p.a. ed s.r.l..

La disciplina della s.p.a. prescrive un'offerta di sottoscrizione dell'aumento che va pubblicata nel registro delle imprese a cura degli amministratori (art. 2441); l'offerta si sostanzia in un prospetto nel quale sono dichiarati la quantità di azioni, il prezzo di sottoscrizione, le modalità di versamento, il termine iniziale dal quale si potrà sottoscrivere, il termine finale per l'esercizio dell'opzione, ecc.

Nella s.r.l., invece, è la decisione di aumento che prevede le modalità ed i termini entro i quali può essere esercitato il diritto di sottoscrizione <sup>9</sup>.

Ebbene, i soggetti aventi diritto di sottoscrizione, che mostrano concreto interesse a sottoscrivere l'aumento, possono esternare tale dichiarazione, e per suo tramite, in misura che deriva dal capitale effettivamente sottoscritto, acquisteranno una certa quantità di azioni o una determinata quota con il pagamento del prezzo richiesto dalla società, che si sostanzia nel concreto versamento del corrispondente valore in conferimento <sup>10</sup>.

Il perfezionarsi dell'operazione, poi, dipende, come noto, dalla tipologia di aumento: inscindibile o scindibile. Mentre nell'ipotesi di aumento inscindibile l'operazione diviene efficace con la sottoscrizione totale, nell'ipotesi di

---

*costitutivo nelle società per azioni*, cit., 99 ss.; GUERRERA F., *sub* artt. 2438-2447, cit., 1172 ss.

<sup>9</sup> Nel vecchio regime l'art. 2495, facendo rinvio solo al primo comma dell'art. 2441 c.c., escludeva la pubblicità dell'offerta in opzione per le s.r.l.. Ora il nuovo art. 2481-*bis* c.c. non fa più riferimento a tale offerta, seppure, su previsione dell'atto costitutivo, prescrive che l'aumento possa essere attuato mediante l'offerta di quote di nuova emissione ai terzi.

<sup>10</sup> Sull'effetto insito nell'operazione di aumento a pagamento, di consentire l'ingresso ad un nuovo socio o di ampliare la partecipazione del socio preesistente (ovvio per cui il presupposto che l'operazione formi le relative partecipazioni sociali), v., per tutti, BELVISO U., *Realità e consensualità nel contratto di sottoscrizione*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 329.

aumento scindibile l'operazione diviene efficace decorso il termine per le sottoscrizioni fissato nella delibera <sup>11</sup>.

Su simili basilari osservazioni può essere già chiaro che in entrambe le operazioni segue alla deliberazione un'attività esecutiva degli amministratori; tuttavia, mentre tale attività, ai fini dell'aumento gratuito, riguarda l'*emissione* delle nuove azioni <sup>12</sup>, ai fini dell'aumento a pagamento tale attività esecutiva è più prossima alla *creazione* del rapporto partecipativo con i sottoscrittori <sup>13</sup>. È questa un modo di ragionare della dottrina giustificato dalla diversità di struttura delle due operazioni modificative qui considerate <sup>14</sup>.

Ciascuno, riflettendo sul punto, può intuire i riflessi di ciò portati dalle due operazioni di aumento del capitale sulla formazione delle relative partecipazioni.

---

<sup>11</sup> Così, v. MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, cit., 67 ss. Tra le questioni più dibattute sull'argomento generale delle modifiche dell'atto costitutivo vi era certamente, prima della riforma, la questione della decorrenza degli effetti della deliberazione modificativa. La soluzione prescelta dal legislatore di riforma è stata nel senso di modificare il testo poco chiaro dell'art. 2436 c.c. (il quale conteneva un rinvio recettizio ad alcuni commi dell'art. 2411) prescrivendo oggi che gli effetti della delibera si producano con l'iscrizione della medesima nel registro delle imprese, e già si è avuto modo di precisare che ciò non riguarderebbe soli i terzi ma anche i soci che hanno avuto conoscenza della delibera prima di tale momento (e v., in tal senso, Trib. Verona, 8 aprile 2005, in *Società*, 335). Sul che, comunque, v., in luogo di molti altri, GUERRERA F., *sub art. 2436 c.c.*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1102 ss.; MARASÀ G., *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 138.

<sup>12</sup> Così già MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 275.

<sup>13</sup> La questione è nota e basta un cenno al riguardo. La partecipazione sociale è anzitutto un rapporto giuridico. Tale rapporto viene poi variamente rappresentato. Perciò creazione del rapporto ed emissione delle azioni sono concetti diversi. Sul che v. VISENTINI B., voce *Azioni di società*, in *Enc. dir.*, IV., Milano, 1959, 969 s.; ANGELICI C., *Le azioni*, nel *Commentario al cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, 256 s.

<sup>14</sup> Sul che cfr. ancora MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, cit., 67; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, cit., 251.

E proprio sul punto, rispetto all'aumento a pagamento, la legge non chiariva (e per vero ancora non chiarisce) in cosa si sostanzia l'operazione nei rapporti complessi istaurati con i sottoscrittori a cura degli amministratori dotati di rappresentanza nella esecuzione della decisione. Ciò, come evidente, aveva ingenerato nella discussione degli studiosi indubbi problemi, sui quali a breve, e comunque più diffusamente nel Terzo Capitolo, torneremo a ragionare. Quel che occorre ora evidenziare è che questi temi, affrontati più da vicino e più diffusamente osservando le delibere assembleari di aumento del capitale reale, avevano fatto sorgere nella letteratura la consapevolezza circa l'affinità dei medesimi rispetto alle delibere consiliari di aumento del capitale di s.p.a. *ex art. 2443 c.c.*<sup>15</sup>; ad esse dunque, nello sviluppo del tema, cercheremo di dare adeguato rilievo, non solo al fine di evidenziare le comuni conseguenze insite nelle ricostruzioni offerte dalla dottrina sulla fase costitutiva dell'aumento reale, ma anche per evidenziare i riflessi di ciò sul versante della invalidità delle relative delibere (questioni per lungo tempo chiarite solo in materia di s.p.a.).

## ***2. L'invalidità prima della riforma***

Più di quanto si può credere ad un primo e superficiale accostamento al tema osservato, la vicenda costitutiva dell'aumento reale è stata influenzata parecchio da circostanze ben riassumibili osservando il tema dell'invalidità

---

<sup>15</sup> V. d'altronde loro considerazione già in ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, 156 ss.. Era invece controversa la possibilità di poter addivenire alla delega per l'aumento del capitale nelle s.r.l. ove il che non era affatto chiarito dalle sue prescrizioni originarie (cfr. il vecchio art. 2495 c.c.). Sulla questione, e per la tesi negativa prevalente nell'ordinamento pre-riforma, v. BELVISO U., *Delega per gli aumenti del capitale sociale e riforma organica delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2004, 1321 ss.; ma in senso permissivo si esprimeva già R. SACCHI, *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall'art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, 853 ss.). Ora la riforma ha ciò risolto ammettendo tale facoltà per le s.r.l. ai sensi dell'art. 2481 c.c.

delle relative delibere. È il caso perciò di anteporre a tali tesi una concisa rappresentazione di quest'ultimo tema.

Al proposito, non ci si attarda a costatare che, in mancanza di una disciplina speciale, l'invalidità delle delibere di aumento del capitale era valutata nel contesto generale della discussione sulle invalidità delle delibere assembleari e consiliari di s.p.a.<sup>16</sup>. Per le delibere assembleari di aumento del capitale di s.p.a. ed s.r.l. i *limiti* di impugnazione erano quelli recati dagli art. 2377-2379 (per le s.r.l. il rinvio recettizio a queste norme era contenuto nel suo vecchio art. 2486).

Si trattava, come noto, di un sistema che assegnava all'annullabilità la violazione dei vizi di procedimento, la cui contestazione, a cura dei soggetti interni alla compagine sociale, poteva avvenire entro brevi termini. Che, per contro, assegnava alla nullità i vizi di contenuto o di oggetto, la cui contestazione era ammessa a cura di chiunque ne avesse avuto interesse senza limiti di tempo<sup>17</sup>.

Tale sistema, per la sua rigidità e per la sua incompletezza (volendo talvolta causata dalla prima), aveva dato luogo a gravi incertezze interpretative.

Sotto un primo profilo, la tenuta di questo apparato di norme di cui agli art. 2377-2379 c.c., (vizi di procedimento, da un lato, vizi sostanziali, dall'altro), era stata allentata da frequenti incursioni della giurisprudenza che, con numerose pronunce, mosse dalle esigenze concrete di tutelare l'istante,

---

<sup>16</sup> Come noto, nella versione originaria del codice la disciplina delle s.p.a. era unitaria; il che aveva fatto sorgere problemi noti alla discussione degli studiosi per comprendere il prototipo assunto ad oggetto della disciplina da parte del legislatore. Sul che, per il momento, ampia documentazione v. in ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., 50 ss.; SPADA P. – SCIUTO M., *Il tipo della società per azioni*, cit., 81 ss.

<sup>17</sup> La netta distinzione in discorso era difesa da G. FERRI, *Le società*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vasalli, Torino, 1971, 457 ss., con un'impostazione di vertice, poi in effetti assai condivisa da gran parte degli interpreti, che ravvisava a) la regola nelle anomalie di procedimento e b) l'eccezione nelle anomalie sostanziali.

aveva più volte spostato gli equilibri del regime di impugnazione delle delibere assembleari rendendo poco chiaro quale regime disciplinava in concreto il caso di specie (e si pensi, per un caso esemplare, alle cause di inesistenza, ma non solo a queste) <sup>18</sup>.

Sotto altro profilo, tali norme avevano determinato non poche difficoltà sul versante degli *effetti* delle delibere viziate.

Un primo aspetto riguardava il regime degli effetti *medio tempore* prodotti dalla delibera annullabile e nulla. Un cenno al riguardo fa comprendere l'attenzione specifica rivolta al regime di annullabilità nella discussione concernente l'invalidità della delibera di aumento del capitale. Si trattava di una valutazione diffusissima, ben nota alla discussione, quella per cui tale aspetto poteva risolversi affidandosi al comodo parallelo concettuale con l'invalidità dei negozi, rispetto al quale la disciplina delle delibere assembleari di società si era posta in rapporto di specialità; a giustificare tale posizione, peraltro, era il diffuso, e per lungo tempo indiscusso, orientamento che riteneva di poter ricondurre le delibere di società nella categoria dei negozi <sup>19</sup>,

---

<sup>18</sup> Sul che, cui torneremo rispetto al nuovo regime, v., per una approfondita osservazione degli orientamenti giurisprudenziali prima della riforma, ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3\*\*, Torino, 1993, 187 ss.. È noto, comunque, il diffuso ricorso alla categoria dell'inesistenza la quale aveva determinato forme ulteriori di *invalidità procedimentale* conformate ai tratti specifici della nullità *oggettuale* (in ciò la preoccupazione di accettare tale categoria nel sistema, e la contestazione ad essa rivolta, proprio da G. FERRI, in *Le società, op. ult. cit.*, 459 ss.; ma la Cassazione, ad es. con sentenza del 24 gennaio 1995, n. 835, in *Società*, 1995, 2493, aveva applicato alle ipotesi di inesistenza le disposizioni sulla delibera nulla, per cui la legittimazione estesa a chiunque ne aveva interesse, la rilevabilità di ufficio, l'imprescrittibilità e l'insanabilità).

<sup>19</sup> V., al riguardo, anche per una critica autorevole rivolta a tale indirizzo, FERRO-LUZZI P., *La conformità delle delibere assembleari a legge o statuto*, Milano, rist., 1993, 24 ss., e lo sviluppo dei suoi risultati, ma in tema di effetti dell'invalidità, compiuto da MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, *passim*.



per cui le delibere annullabili si ritenevano dotate di un'efficacia immediata ma precaria, quelle nulle dotate di un'inefficacia originaria <sup>20</sup>.

Un secondo aspetto riguardava le conseguenze (ovvero gli effetti) discendenti dalla pronuncia di invalidità.

Ora è noto che le difficoltà, al riguardo, erano centrate sul fatto che, mentre per quella annullabile, l'art. 2377 prescriveva che «in ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione», non altrettanto era prescritto per la delibera nulla; per cui, rispetto ad essa, soprattutto la dottrina, aveva formulato molteplici proposte volte a risolvere l'inconveniente della mancata disciplina, proponendo a tal fine *i)* di estendere, ove si fosse trattato di delibere modificative, il regime di cui all'art. 2332 c.c. <sup>21</sup>, *ii)* di applicare la regola richiamata di cui all'art. 2377 <sup>22</sup>, infine *iii)* di applicare il regime degli effetti concernenti il negozio nullo <sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Su questa diffusissima conclusione v., in luogo di molti, G. FRÈ - G.SBISÀ, *sub art. 2377-79, Delle società per azioni*, tom. I, nel *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997<sup>6</sup>, *passim*, ma per maggiori e più ampi ragguagli di dottrina v. G. MEO, *op. ult. cit.*, 21 ss. Da ciò dipendeva anche lo studio delle eventuali responsabilità degli amministratori che avevano portato ad esecuzione l'atto viziato dannoso, pur potendolo impugnare. Sul tema della competenza degli amministratori a dare (o astenersi dal dare) esecuzione alle delibere e sui riflessi in punto di loro responsabilità, v. ampiamente CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nelle società per azioni*, Milano, 1985, 183 ss., spec. 194 ss.; nonché l'efficace sintesi di ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 325.

<sup>21</sup> Lo sosteneva T. ASCARELLI, *Vizi delle deliberazioni assembleari e tutela dei terzi*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1954, 133 ss.

<sup>22</sup> Lo sostenevano MIGNOLI A., *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 305 ss.; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962<sup>5</sup>, 355, 364; Cass. 3 dicembre 1970, n. 2530, in *Giust. civ.*, 1971, I, 239 (con riguardo alle delibere consiliari, ma con riferimento, in motivazione, anche a quelle assembleari).

<sup>23</sup> Così G. FRÈ - G.SBISÀ, *sub art. 2377-79*, cit., 737. È evidente che il peso di tali questioni avevano determinato l'opinione del CAMPOBASSO G. F., *Le obbligazioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 5, Torino, 1988, 419 ss. il quale, per quanto all'ipotesi di annullamento, aveva fatto applicazione della relativa disciplina prefigurando la non opponibilità del vizio ad alcuni terzi; ed

In un simile, composito quadro la discussione coinvolgeva pure le delibere del consiglio; anche per esse tuttavia – a motivo di un tessuto normativo troppo conciso per essere chiarificatore del relativo regime d’impugnazione, retto sul solo caso di cui all’art. 2391 c.c. – la relativa discussione non aveva conseguito risultati sufficientemente condivisi <sup>24</sup>; non solo e non tanto perché vi era un’equivalente regola, rispetto a quella già richiamata per l’art. 2377, che aveva determinato problemi analoghi in materia di aumento del capitale delegato <sup>25</sup>, quanto e soprattutto perché, reagendo ai *limiti* delle sue prescrizioni, era corrente nella dottrina e nella giurisprudenza la tesi che ammetteva ulteriori ipotesi di invalidità sulla scorta del regime più ampio e generale prescritto per le delibere assembleari <sup>26</sup>. In tal modo, e per certi versi, tale prospettiva importava i dubbi appena segnalati con riguardo agli effetti delle delibere assembleari viziate e della loro pronuncia di invalidità nel contesto delle delibere illegali del consiglio.

---

invece, per quanto alle ipotesi di nullità, aveva ritenuto il vizio pienamente opponibile a tutti. A supporto di quest’ultima tesi, in effetti, vi era che l’art. 2379 c.c. probabilmente rendeva superfluo indugiare oltre sul punto a motivo del rinvio recettizio ad *alcune* ben precise norme del negozio; ciò poteva far ritenere *più che significativo* il rinvio a tali prescrizioni rispetto ai limiti insiti nelle medesime norme. V. in tal senso ZANARONE G., *L’invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 457 ss., sia per regolare gli effetti delle delibere nulle sia nella ricerca di ulteriori cause di nullità.

<sup>24</sup> Invero, pur facendo il vecchio art. 2487 rinvio all’art. 2391 (invalidità delle delibere del consiglio), non era affatto pacifico per le s.r.l., come già visto, poter procedere alla delega dell’aumento del capitale agli amministratori (v. § 1); per cui, non chiaramente in questa discussione si calavano le relative delibere di aumento. Ora, invece, sulla scorta del riformato art. 2481 c.c., è doveroso considerare anche l’invalidità della delibera di aumento del capitale delegato in s.r.l.

<sup>25</sup> L’ultimo comma dell’art. 2391 c.c. prescriveva che «in ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione»; sul tema v. ABBADESSA P., *La gestione dell’impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., 160 ss.

<sup>26</sup> Sulla questione, oramai in parte superata dalla riforma, v. per il momento SALANITRO N., *L’invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione*, Milano, 1965, *passim*; FERRO-LUZZI P., *La conformità delle delibere assembleari a legge o statuto*, cit., 183 ss.; e più di recente IRRERA M., *sub art. 2388*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, \*, Zanichelli, 2004, 724 ss.

Simili basilari richiami del quadro normativo e delle difficoltà degli studiosi venivano ad incidere sul tema dell'invalidità della delibera di aumento del capitale. Tanto di ciò che si è appena detto, infatti, ha influenzato le tesi concernenti la vicenda costitutiva dell'aumento reale; ma non di meno, in fondo, come vedremo ha determinato talune scelte compiute dal legislatore della riforma. Sia per l'uno che per l'altro aspetto, dunque, credo utile considerare quanto abbiamo già detto e ancora diremo come *presupposti* conoscitivi essenziali per meglio comprendere la nostra vicenda.

A considerare una tale evoluzione sul tema dell'invalidità dell'aumento, in rapida sintesi, si osserverà sullo sfondo, talvolta lasciando intuire in questa fase introduttiva, il fronte delle *conseguenze* delle tesi in campo. Ma su simili aspetti si dovrà necessariamente ritornare nello sviluppo dell'apposita parte dedicata a questo tema <sup>27</sup>.

### **3. La vicenda costitutiva dell'aumento reale e i «soggetti» coinvolti. Le tesi contrattuali e la prospettiva organizzativa**

Emerge, come già avvertito, al riguardo, la formulazione di tesi, spesso recepite dalla giurisprudenza, influenzate fortemente dalla disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari e del consiglio; in specie formulate al fine di evitare l'applicazione degli artt. 2377 e 2391 c.c., ove in entrambi si rinveniva l'inciso: «in ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione» (corsivo aggiunto).

Come già in parte emerge da quanto in principio detto, il legislatore, nel regolare l'aumento reale, aveva focalizzato l'attenzione (così ancor'oggi) sui profili organizzativi interni <sup>28</sup>; a partire dallo studio di tali profili la dottrina ha

---

<sup>27</sup> Sul che v. Cap. III.

<sup>28</sup> La possibile causa di ciò, per GINEVRA E., *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle Spa*, Milano, 2001, 23 ss., starebbe nella "generale tendenza legislativa ... di prendere come termine di riferimento per la regolamentazione dell'affare sociale

progressivamente chiarito il ruolo degli amministratori e il valore dei loro atti nella vicenda costitutiva dell'aumento reale.

Si prendeva atto, d'altronde, che l'operazione di aumento reale, perfezionatasi con le sottoscrizioni, dava luogo alla *formazione* di nuove partecipazioni sociali <sup>29</sup>; esse, in fondo, giustificandosi nell'operazione, avrebbero risentito negativamente dei suoi difetti, sicché l'invalidità della delibera di aumento si sarebbe riflessa su di loro <sup>30</sup>. Ciò che però destava perplessità, al riguardo, era *come* intendere il contributo degli amministratori nella loro formazione. Ad assecondare una certa tesi, infatti, si sarebbero potute differenziare le sorti per alcune delle partecipazioni coinvolte in caso di pronuncia di invalidità della delibera di aumento che ne aveva determinato la creazione.

Occorre considerare, a questo proposito, che l'art. 2441 faceva riferimento ad una *offerta* di azioni in opzione; il collocarsi nella prospettiva del negozio, a torto o a ragione, avrebbe consentito di vedere in ciò una proposta negoziale <sup>31</sup>.

Sono note, d'altronde, le ricadute di tale positiva qualificazione.

Dal fatto di ritenere che le sottoscrizioni fossero accettazione di tale proposta <sup>32</sup>, ne è derivata la diffusa tesi che ha visto, nella fattispecie

---

l'attività in esso programmata senza ... esplicitare le conseguenze soggettive destinate a prodursi nella sfera dei partecipanti alla medesima”..

<sup>29</sup> Sul che, ancora, v. chiara evidenza in BELVISO U., *Realità e consensualità nel contratto di sottoscrizione*, cit., 329.

<sup>30</sup> Si dava invece per implicito correttamente che simili problemi non avrebbe posto la delibera di aumento del capitale rimasta priva di esecuzione. Il mancato perfezionamento della modifica, infatti, come ben si evidenziava (v. COLOMBO G.E., *Il bilancio d'esercizio*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*, Torino, 1994, 364 s.), non avrebbe mutato la consistenza originaria del capitale, per cui non avrebbe determinato la formazione di nuove partecipazioni.

<sup>31</sup> Così, tra gli altri, BELVISO U., *Realità e consensualità nel contratto di sottoscrizione*, cit., 329.

<sup>32</sup> Due al riguardo gli indirizzi. Per il primo la singola sottoscrizione avrebbe concorso a determinare l'accettazione ma essa non sarebbe stata da sola accettazione (lo

dell'aumento del capitale reale, niente di più e di diverso che un contratto, tra la società che aveva deciso l'aumento, da una parte, ed i sottoscrittori che avevano aderito ad esso, dall'altra <sup>33</sup>: il c.d. *contratto di sottoscrizione* <sup>34</sup>.

Dal fatto che la legge non chiariva quale organo doveva provvedere a formulare tale offerta, venivano affermandosi nella dottrina sia la competenza degli amministratori (nell'attività esecutiva) sia la competenza dell'assemblea (nell'attività decisoria) <sup>35</sup>; in specie, dall'argomento che riferiva tale offerta

---

ha sostenuto CHIOMENTI F., *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1975, 168 ss.); per il secondo ciascuna sottoscrizione avrebbe accettato la proposta, implicando tanti negozi di sottoscrizione quante erano le sottoscrizioni ricevute (lo hanno sostenuto BELVISO U., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, cit., 92 s.; MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, cit., 67; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, cit., 253 s., ponendo i problemi di efficacia della singola sottoscrizione, se cioè il sottoscrittore era legittimato ad esercitare i diritti afferenti le azioni di nuova emissione appena esse sottoscritte; problema risolto oramai in termini di inefficacia, sia nel caso di aumento inscindibile sia nel caso di aumento scindibile in pendenza dei relativi presupposti di efficacia complessiva dell'operazione: v. MARASÀ G., *op. ult. cit.*, 67 s.; *Massima* n. 96 – 18 maggio 2007, in CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria. Elaborate dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società*, Milano, 2010<sup>4</sup>, 327 ss.).

<sup>33</sup> Lo stesso per l'ipotesi di aumento reale delegato agli amministratori ex art. 2443 c.c..

<sup>34</sup> Sul quale v. BELVISO U., *Realità e consensualità nel contratto di sottoscrizione*, cit., 327 ss.; PACIELLO A., *Considerazioni sulla struttura del contratto di sottoscrizione*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1983, II, 91 ss. (lo studio dei quali è indicativo dei dubbi esistenti circa il momento in cui tale contratto si perfezionerebbe, ed è noto che, al riguardo, si contrappongono la *tesi consensuale*, che ritiene determinarsi tale effetto in ragione del consenso ai sensi dell'art. 1376 c.c. per cui il conferimento sarebbe esecutivo del contratto di sottoscrizione già perfezionato, e la *tesi reale*, la quale invece ritiene tale effetto determinarsi con il versamento dei conferimenti ai sensi dell'art. 2439 c.c.; la giurisprudenza è da tempo favorevole alla tesi consensuale, e v.: Cass., 19 ottobre 2007, n. 22016, in *Società*, 2007, 159; Cass., 15 settembre 2009, n. 19813, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 187). Sul punto, vi era forse l'esigenza di dar veste causale allo spostamento patrimoniale insito nell'operazione e di giustificare il nuovo vincolo partecipativo in favore del sottoscrittore, assegnando a tale regolamento contrattuale la *fonte costitutiva* della fattispecie di aumento reale del capitale. Per una critica recente a tale impostazione, v. già GINEVRA E., *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle Spa*, cit., 62 ss.

<sup>35</sup> Su simili questioni, e rispettivamente nell'ordine del testo, v. NOBILI R., *Contributo allo studio del diritto d'opzione nelle società per azioni*, cit., 68; ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., 156 ss., con attenzione specifica alla delibera del consiglio; ma anche BELVISO U., *Realità e*

agli amministratori dipendeva la precisa consapevolezza di attribuire ad essi la formazione del vincolo partecipativo, destando i problemi segnalati in caso di pronuncia di invalidità dell'aumento del capitale rispetto alle due norme in principio richiamate.

A questa concezione, via via se ne erano aggiunte altre, le quali non trascuravano il problema di riferire agli amministratori la formazione delle partecipazioni legate all'aumento del capitale.

Una concezione negoziale più ampia e per certi versi allargata rispetto a quella sin qui considerata, consentiva di ritenere applicabile alla fattispecie osservata l'istituto dell'*adesione al contratto aperto* di cui all'art. 1332 c.c.<sup>36</sup>; e, quindi, sul presupposto di ravvisare nelle società forme di esecuzione del contratto fondativo esse, in ragione della delibera di aumento, si sarebbero aperte alle adesioni dei sottoscrittori. Con la conseguenza, anche in questo caso, di evitare di riferire agli amministratori la fase costitutiva concernente la formazione del vincolo partecipativo.

Ebbene, chiunque intuisce già che, per il fatto di porsi entrambe nella prospettiva di applicare tematiche tipiche del contratto, da ciò i medesimi indirizzi erano chiamati a trarre conseguenze coerenti al tema dell'invalidità di tale atto<sup>37</sup>.

È noto, all'opposto, che veniva maturandosi, nello studio delle società, un filone che proponeva un deciso distacco rispetto alla materia contrattuale<sup>38</sup>; il

---

*consensualità nel contratto di sottoscrizione*, cit., 329, riferiva tale proposta alla deliberazione assembleare.

<sup>36</sup> Così, da ultimo, GINEVRA E., *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle Spa*, cit., 83 ss.; ma la tesi già era sostenuta ad es. da F. GALGANO, *Aumento di capitale solo parzialmente eseguito*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 499 ss.

<sup>37</sup> Ma, in senso evolutivo del ragionamento dell'A., v. le precisazioni sul tema svolte successivamente in GINEVRA E., *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 257 ss..

<sup>38</sup> Su simili fondamentali prospettive di studio v. FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971, *passim*, con sviluppi significativi, tra gli altri, da parte di ANGELICI C., tra le cui opere v. ora *Le basi contrattuali della società per azioni*, nel

considerare tale diversa prospettiva, sul tema dell'invalidità delle delibere sociali, ha profondamente inciso sugli schemi costitutivi fin qui rappresentati: sia nel senso di escludere per le delibere sociali la natura di proposta contrattuale, sia definendo diversamente i rapporti tra i soggetti coinvolti dalla vicenda. E proprio l'osservazione di quest'ultimo profilo ha permesso di ricondurre la delibera di aumento reale nelle deliberazioni «fattispecie» non nelle «decisioni»<sup>39</sup>, assumendo nel caso di specie mancante un atto che propriamente seguiva la delibera e che si poneva come diretta fattispecie dell'effetto<sup>40</sup>.

Se questo, in estrema sintesi, è il quadro degli orientamenti formatisi nell'ordinamento pregresso in materia di aumento reale, ancora una volta – come in generale per lo studio delle società – si rinveniva la collocazione dell'operazione tra il contratto e l'organizzazione<sup>41</sup>. Il fatto di determinare tale ambigua collocazione – merita sin d'ora avvertire – ha inciso inevitabilmente sul versante dell'invalidità.

---

*Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 100 ss..

<sup>39</sup> Cfr. FERRO-LUZZI P., *La conformità delle delibere assembleari a legge o statuto*, cit., 106 ss.. Le deliberazioni «fattispecie» sarebbero per l'A. quelle che realizzano valori tipicamente societari e che si pongono come diretta fattispecie dell'effetto, mentre le «decisioni» sarebbero quelle deliberazioni con le quali si intendono realizzare valori tipicamente individuali. In tal caso, per l'A. la decisione non richiede più “di essere eseguita ma di essere seguita da un altro atto .... che non ha carattere esecutivo in senso tecnico della deliberazione stessa, costituendo invece propriamente la fattispecie, l'elemento materiale del particolare valore che la deliberazione tende a realizzare .....”.

<sup>40</sup> Cfr. ancora FERRO-LUZZI P., *op. ult. cit.*, 114 nt. 139. Ma pure ANGELICI C., (voce) *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1002, distingue “tra posizioni giuridiche derivanti dalla “deliberazione”, per le quali neppure la situazione soggettiva di buona fede consente una salvezza, e quelle, ove invece è possibile, derivanti da «atti compiuti in esecuzione della deliberazione».

<sup>41</sup> È tanto noto il problema cui si accenna nel testo che si potrebbe sorvolare sul punto. Tuttavia, per mero scrupolo di precisione, sul che v. almeno diversamente GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 107 ss.; PESCATORE S., *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, 58 ss.; FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, cit., *passim*; ANGELICI C., *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., *passim*; ABBADESSA P., *Disposizioni generali*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 5 ss.

#### **4. Invalidità dell'atto e invalidità dell'operazione. L'attenzione mostrata agli «effetti esterni»**

Dunque, ben avvertiti della notevole differenza tra l'invalidità dell'atto deliberativo di aumento e l'invalidità dell'operazione già perfezionata, gli studiosi andavano delineando un preciso chiarimento su quale interesse, tra quelli in concorso, era da prediligere nella soluzione del problema dell'invalidità<sup>42</sup>.

È vero, bisogna ammettere, che l'impugnazione si rivolgeva all'atto, ma non mancava evidenza del fatto che questa avrebbe rischiato di coinvolgere tutta l'operazione: o perché, pendente il giudizio, si dava corso all'esecuzione della delibera, o perché l'impugnazione veniva proposta allorché la modifica si era già perfezionata, insomma l'operazione poteva cadere tutta, ivi comprese le partecipazioni di nuovo conio determinate dall'aumento<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Sulle difficoltà concernenti il regime di invalidità dell'operazione di aumento del capitale già perfezionata, prima della riforma, v. G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, cit., 341 ss.; PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. it.*, 2003, 400 ss. Il problema – senza che occorra per il momento dilungarsi sul punto – è comune ad altre ipotesi che trascendono l'interesse più prossimo all'impugnante. Si consideri, in questa prospettiva, fusione e scissione (v. SANTAGATA R., *La fusione*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*\* 1, Torino, 2004, 599 ss.; DE ACUTIS M., *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 729 ss.; ANGELICI C., *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 267 ss.), la trasformazione (v. GENOVESE A., *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 217 ss.), e, per certi versi, il bilancio (v. COLOMBO G.E., *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, in *Riv. soc.*, 2006, 935 ss.).

<sup>43</sup> Mette conto avvertire, al riguardo, che l'impugnazione della delibera non ha mai provocato l'effetto di sospendere la sua esecuzione. L'art. 2378, 4° co., richiedeva a tal fine un'apposita domanda giudiziale, per cui, se non si istaurava il rimedio cautelare per la sospensione di essa, o, pur istaurato, esso non era accolto, la pronuncia giudiziale poteva intervenire ad operazione di aumento reale già perfezionata. Così pure, nel regime pregresso della nullità era possibile, dopo tanti anni che qualcuno lamentasse l'invalidità presentando un'azione quando l'operazione si era già perfezionata. Su questi profili generali insiste particolarmente, come avremo modo d'evidenziare, G. MEO, *op. ult. cit.*, 54 ss.



Ma, oltre ai diretti interessi (l'impugnante, da un lato, e la società, d'altro), correva l'obbligo di considerare altri soggetti; i sottoscrittori anzitutto, e poi coloro che, prima della pronuncia di invalidità dell'aumento, fossero stati immessi, dai primi, nel possesso delle azioni emesse in esecuzione dell'aumento, in tal modo esponendo il nuovo possidente alle medesime conseguenze della pronuncia di invalidità dell'aumento <sup>44</sup>; ciò, più in generale, implicava la considerazione dell'interesse alla stabilità del mercato delle partecipazioni e dell'affidamento dei terzi nell'acquisto di esse. Vi erano, infine, i creditori, possibilmente coinvolti dall'invalidità dell'aumento sulla scorta di una precisa valutazione della funzione del capitale come oggetto di loro garanzia <sup>45</sup>, quasi che fosse di necessità provvedere, in casi come questi, ad una riduzione corrispondente al relativo valore incrementato.

Sotto questo aspetto, lo studio si era soffermato sui c.d. *effetti esterni* della pronuncia di invalidità <sup>46</sup>.

##### ***5. Invalidità ed interessi in conflitto. Il problema degli effetti della pronuncia di invalidità per « i terzi »***

A questo proposito, tuttavia, il versante delle conseguenze di tale pronuncia è rimasto indiscusso a lungo sulla scorta di presupposti concettuali difficili da superare.

---

<sup>44</sup> Per esigenze di chiarezza espositiva attuali, e poi di organizzazione complessiva del lavoro, ciò si vedrà meglio nel prosieguo. V. Cap. III.

<sup>45</sup> Al riguardo, non essendo né utile né profittevole per l'economia del lavoro ripercorrere il relativo dibattito, ma essendo fondamentale conoscere le opinioni formatesi in argomento, v., per maggiori e completi riferimenti della dottrina, PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., 15 ss.; TANTINI G., *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, cit., 11; SPOLIDORO M. S., (voce) *Capitale sociale*, cit., 218 ss; G. FERRI jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, cit., 749 ss..

<sup>46</sup> Ciò, ovviamente, per le delibere assembleari, ma il che si era posto pure per le delibere del consiglio. Sul punto v. ancora ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., 170 ss..

Se si osservano gli effetti della pronuncia di invalidità per i « terzi », il problema, che coinvolgeva la discussione degli studiosi, era vedere nel sottoscrittore un soggetto « terzo » al quale si poteva applicare l'inciso dell'art. 2377 c.c. (o dell'art. 2391) «in ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione»<sup>47</sup>. Risultava problematico coordinare tale regola con quella del primo periodo della medesima norma secondo cui “l'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci”.

In effetti, era già possibile qualificare come terzo il sottoscrittore ma la vera difficoltà era coordinare le due norme per garantire un trattamento omogeneo per tutti i soci coinvolti dall'operazione di aumento del capitale<sup>48</sup>.

Insomma, il rischio di differenziare le sorti delle partecipazioni in caso di invalidità dell'aumento in ragione del quale erano state create, e la resistenza di talune stratificate concezioni del tempo, aveva indotto ad evitare l'applicazione della norma richiamata al fine di consentire che l'annullamento potesse esplicare i propri effetti verso tutti i soci.

D'altro canto, lo sviluppo del tema delle *eccezioni cartolari* afferenti le azioni, sia nel regime delle prescrizioni di cui all'art. 1993 c.c. sia in quello dedicato ai titoli dematerializzati (dapprima regolati con l'art. 33, d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213), si aggiungeva alla discussione, prendeva atto delle preoccupazioni che muovevano gli studiosi del diritto societario e, per certi versi, le confermava, proponendo di ravvisare nell'invalidità dell'aumento

---

<sup>47</sup> Come noto, ad influenzare le tesi era l'opinione secondo cui la disposizione dell'art. 2377 che consideriamo si sarebbe riferita agli atti intercorsi fra i terzi e gli «amministratori aventi la rappresentanza sociale nei casi in cui il potere di deliberazione apparteneva all'assemblea». Sul che v. MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 124.

<sup>48</sup> Su questi temi ha fornito importanti chiarimenti ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 358 ss..

un'eccezione *comune* a tutti i prenditori delle relative partecipazioni emesse in ragione dell'aumento, che la società avrebbe potuto a costoro opporre <sup>49</sup>.

#### **6. Impugnazione dell'atto, attività successiva ed effetti dell'invalidità: il mancato chiarimento degli «effetti interni»**

Ora la dottrina, come si comprende da quanto già rappresentato, aveva in qualche modo superato la possibile tutela dei « terzi » in materia di invalidità dell'aumento del capitale; le ragioni di ciò sono varie e per il momento si lasciano semplicemente intendere. L'invalidità della delibera di aumento, quindi, avrebbe potuto esplicitare i suoi effetti a ritroso non tenendo conto della posizione di questi.

Ciò, giustificandosi nella corrispondente vicenda negoziale, avrebbe potuto in concreto travolgere tutti gli effetti fino a quel momento prodotti dalla delibera di aumento, senza soffermarsi sulle *conseguenze* che una tale prospettiva avrebbe potuto in concreto determinare per la stabilità dell'azione sociale e, dunque, per la certezza dei rapporti giudici incardinati successivamente con i terzi anche in funzione degli effetti determinati dall'aumento viziato.

In fondo, la ragione di ciò è stata più volte rilevata.

Il fatto di ricondurre le delibere di società nella categoria dei negozi <sup>50</sup>, e di vedere il loro statuto di regole in rapporto di specialità rispetto a quelle negoziali, consentiva di ritenere che l'annullabilità avrebbe operato *ex tunc* facendo venire meno *tutti* gli effetti fino a quel momento prodotti dalla

---

<sup>49</sup> Anche in questo caso, per esigenze di chiarezza espositiva attuali, e poi di organizzazione complessiva del lavoro, il punto si vedrà meglio nel prosieguo diffusamente.

<sup>50</sup> Cfr. ad es. FRÈ G.- SBISÀ G., *sub art. 2377-79, Delle società per azioni*, cit., 737.

delibera, mentre la nullità avrebbe reso la delibera inidonea a potere produrre i propri effetti fin dall'origine <sup>51</sup>.

Il far uso di tali concetti ha finito per influenzare, come già evidente, il versante delle conseguenze, lasciando *intuire* che, su questo fronte, il vizio della delibera, dichiarato od accertato, avrebbe potuto fare cadere l'atto e *tutti* gli effetti giuridici e materiali da esso determinati, inclusi gli atti successivi *collegati* al primo <sup>52</sup>.

Influenzati da questi stratificati presupposti, non seguivano ovviamente precisi chiarimenti né sulla sorte dei diritti già esercitati dai soci né sulle conseguenze patrimoniali che avrebbe determinato tale provvedimento <sup>53</sup>; insomma – bisogna ammettere – il versante degli *effetti interni* della vicenda della invalidità dell'operazione di aumento del capitale risultava intrinsecamente il portato di una costruzione negoziale dell'operazione.

In tempi più prossimi alla riforma del 2003, tuttavia, il legislatore aveva in parte posto un freno alla prospettiva del negozio in materia di invalidità di fusione e scissione. La preoccupazione, o forse la consapevolezza che si sarebbero potuti applicare in materia gli effetti *ivi* elaborati, ha indotto il legislatore a prevedere la preclusione alla pronuncia di invalidità rispetto a tali

---

<sup>51</sup> Su questa diffusissima e pressoché pacifica conclusione in materia negoziale v., in luogo di molti altri, TOMMASINI R., (voce) *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, § 6; BIANCA C.M., *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000<sup>2</sup>, 609 ss.; GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, II, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, Torino, 2006, 1407 ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007<sup>13</sup>, 987 ss.. Conclusione alla quale, notoriamente, è collegata la natura costitutiva per l'azione di annullamento e dichiarativa per l'azione di nullità.

<sup>52</sup> L'influenza determinata dalla teoria generale del negozio sul tema dell'invalidità delle delibere, caratterizza, prima della riforma, l'importante studio di G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., *passim*, al quale, per una completa rappresentazione di esso, non può che farsi rinvio.

<sup>53</sup> Ampia riconsiderazione, prima della riforma, dei problemi del testo v. già in MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., *passim*; PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., 400 ss..

operazioni <sup>54</sup>, lasciando per il resto immutato il quadro delle difficoltà concettuali per risolvere i problemi segnalati negli altri casi.

In una prospettiva di rivisitazione complessiva del tema degli effetti, rispetto all'invalidità della delibera di aumento del capitale, tuttavia si rinveniva già una precisa consapevolezza che l'applicazione delle teorie negoziali avrebbe condotto “ a conseguenze non soltanto squilibrate, favorendo, in ipotesi, il solo interesse dell'impugnante e sacrificando ad esso qualunque altra posizione soggettiva e gli stessi interessi del mercato, ma anche irrealistiche, non essendo in grado la realtà di seguire ciò che la logica giuridica vorrebbe ” <sup>55</sup>.

### ***7. L'invalidità post riforma: cenni sui profili di novità rilevanti nello studio***

Deve dirsi, in quanto indispensabile già ora, che tanto di ciò detto a proposito dell'invalidità di delibere di società è cambiato profondamente con la riforma. Note sono le innovazioni, per cui, al riguardo, mi limito ad un veloce ma significativo cenno sui profili che direttamente possono coinvolgere il presente studio <sup>56</sup>.

A questo proposito, trascurò di evidenziare l'accorpamento dei vizi di procedimento a quelli di contenuto nell'art. 2379, perché è nota la matrice

---

<sup>54</sup> Cfr. così, con piglio critico, MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 296 s.

<sup>55</sup> Così, prima della riforma, G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 341.

<sup>56</sup> Sul tema è già notoriamente ricca la letteratura: v. per il momento per tutti STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 169 ss.; PIAZZA G., *Il regime delle invalidità delle delibere assembleari nel nuovo diritto societario (Prime riflessioni di un civilista)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, t. IV, Milano, 2004, 2949 ss.

diretta ad assorbire il ricorso alla categoria dell'inesistenza <sup>57</sup>. E trascurato, poiché integralmente nuove, le numerose norme aggiunte dal legislatore in materia di invalidità delle delibere di collegi riuniti in s.p.a. ed s.r.l.. A queste nuove disposizioni nello sviluppo dello studio sarà data adeguata rilevanza <sup>58</sup>.

Ora, per quanto all'impianto originario contenuto negli art. 2377 e 2379 c.c., sul versante degli *effetti* due profili occorre già ora marcare in sintesi in quanto coinvolti dalla riforma e rilevanti nel presente studio.

Sotto un primo profilo, le forme di invalidità consegnate dalla riforma, annullabilità e nullità, sono state, sotto più aspetti, avvicinate. Il regime giuridico delle delibere "nulle" di cui all'art. 2379 è centrale in questa prospettiva. Il legislatore ha eliminato in esso il rinvio recettizio alle norme in materia d'invalidità dei negozi prima presente, avendo avuto di mira abolire l'imprescrittibilità dell'azione e l'insanabilità per i relativi vizi. Le ragioni sono note e attengono all'esigenza di dare maggiore stabilità all'attività societaria e maggiore certezza ai rapporti giuridici incardinati con i terzi.

L'art. 2379, in questa direzione, prevede un termine di decadenza di tre anni per promuovere l'azione (l'unica ipotesi in cui permane la possibilità di contestare il vizio senza limiti di tempo è il caso in cui la delibera introduca un oggetto sociale illecito od impossibile); esso prevede perciò, per la maggior parte dei casi, un meccanismo di sanatoria del vizio. Ma un meccanismo di sanatoria delle "nullità" è prescritto altresì nell'art. 2379-bis, 2° co., c.c. in casi di mancanza di verbale.

---

<sup>57</sup> Secondo la *Relazione*: "l'individuazione legislativa delle ipotesi di invalidità, richiesta dalla legge delega, corrisponde ad una sorta di riserva di legge al riguardo, volta ad escludere ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza delle deliberazioni assembleari .... Si è perciò formulato il principio di tassatività delle ipotesi di invalidità delle deliberazioni assembleari previste dalla legge ... I casi tassativi di nullità delle deliberazioni assembleari sono stati accresciuti, anche al fine di confermare la superfluità della pronuncia di inesistenza ...".

<sup>58</sup> V. Cap. II.

Sotto un altro profilo, l'art. 2379, ult. co., fa rinvio, con il limite della compatibilità, al settimo ed ottavo comma dell'art. 2377 c.c. Non mi soffermo sulla sostituibilità di delibere "nulle" (prima della riforma l'applicabilità aveva già acceso la discussione e la circostanza non manca ancora di destare più che d'una perplessità in taluni), mi soffermo brevemente sull'estensione ad esse della regola che fa salvi i diritti acquistati dai terzi in base ad atti di esecuzione di delibere "nulle", poiché, in tal modo, ricorrendone le condizioni, può venire meno anche la possibilità di opporre *erga omnes* la "nullità". La possibilità che gli amministratori, nonostante il vizio che infici la delibera, diano ad essa esecuzione, implica prevedere un meccanismo di tutela e protezione per costoro (i terzi, appunto) anche rispetto alle delibere "nulle"<sup>59</sup>.

In un così fertile terreno di novità, anche le "nulle" oramai sono atti che possono conseguire prima o poi effetti, come già quelle annullabili<sup>60</sup>.

Sono questi imprescindibili aspetti di novità sui quali preliminarmente occorreva dare giusto rilievo, prima d'intraprendere un percorso argomentativo in cui spesso si dovrà far capo a problemi di efficacia delle deliberazioni e di esecuzione delle medesime entro un'operazione in cui è stretto (non che non lo sia altrove) il collegamento tra atti interni

---

<sup>59</sup> Il tema dell'esecuzione di delibere nulle era condizionato dal regime della loro inefficacia. Esse, perciò, nel regime pregresso facevano ritenere mancante un dovere di esecuzione da parte degli amministratori. Sul che v. chiaramente CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nelle società per azioni*, cit., 199 s., il quale rileva anzi, come prevalente, l'orientamento che riscontrava un dovere di *non* esecuzione e quindi, in caso contrario, valutava le responsabilità degli amministratori qualora, dall'attuazione della delibera, ne fosse derivato un danno alla società.

<sup>60</sup> Su questo aspetto, per il momento solo accennato ma che rende già l'idea di come sia divenuto evanescente il concetto di inefficacia dell'atto nullo in materia societaria, v. le opposte opinioni di STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.. La nuova disciplina*, cit., 169 ss., e CENTONZE M., *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 309 ss. E ciò non può che avere refluenze sulla discussione concernente le responsabilità degli amministratori per l'esecuzione delle delibere illegali. Sul che cfr. ancora CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nelle società per azioni*, cit., 199 ss.

all'organizzazione delle società per addivenire all'aumento del capitale, collegamento non indifferente nel presente studio.

Vediamo adesso di approfondire lo studio partendo dall'individuazione dei *nuovi* e più complessi *limiti* d'impugnazione delle delibere di aumento del capitale.



## CAPITOLO SECONDO I LIMITI

SOMMARIO: 8. *Considerazioni introduttive sui limiti di impugnazione della delibera di aumento* – 9. *L'art. 2379-ter e la sua ratio* – 10. *Problemi posti dall'accostamento delle due norme: i modelli di s.p.a. coinvolti dal regime d'impugnazione del primo comma dell'art. 2379-ter* – 11. *Segue: problemi posti dall'accostamento delle due norme per quanto ai vizi delle delibere e per quanto ai termini d'impugnazione* – 12. *Inquadramento del valore speciale delle norme nel sistema in cui si inseriscono. La disciplina dei profili non regolati nell'art. 2379-ter c.c.* – 13. *La disciplina per rinvio applicabile alle s.r.l.* – 14. *Sull'eccezionalità delle sanatorie: conferma del loro valore speciale. I limiti oggettivi. La possibilità di estendere le regole considerate ai casi: di aumento gratuito, di emissione di nuove azioni senza variazione del capitale, di aumento a servizio e di dematerializzazione facoltativa* – 15. *Segue: la possibilità di estendere le regole considerate alle delibere consiliari di aumento del capitale di s.p.a.* – 16. *L'impugnazione delle delibere del consiglio viziate da un interesse dell'amministratore* – 17. *La sanatoria e la stabilità degli effetti dell'aumento* – 18. *Accertamento dell'invalidità non più pronunciabile: il risarcimento del danno* – 19. *Conclusioni sui limiti*

### **8. Considerazioni introduttive sui limiti di impugnazione della delibera di aumento**

Nel solco della discussione pocanzi esposta viene ad incidere profondamente la riforma «organica» delle società di capitali.

Per quanto alla delibera di aumento del capitale, il segnalato effetto dell'intervento di riforma riguarda sia l'introduzione di un'apposita disciplina dedicata all'invalidità della delibera assembleare di s.p.a. (art. 2379-ter), sia l'introduzione di regimi nuovi di impugnazione in materia di decisioni dei soci di s.r.l. (art. 2479-ter), di delibere consiliari di s.p.a. (art. 2388) e di delibere consiliari di s.r.l. (art. 2475-ter); un effetto che si riscontra anche con la mera modifica di norme preesistenti alla riforma (art. 2391). Come si vede dal prospetto di sintesi di tali norme, posto in relazione al sistema precedente (v. *supra* § 2), il tema è ampiamente nuovo sotto più profili sia per le s.p.a. sia per le s.r.l..

In un simile, articolato contesto di norme occorre evidenziare una

comune tendenza che un po' caratterizza tutte queste novità; il fatto cioè che il legislatore, inserendosi in un percorso già battuto in precedenza, ha ribadito le limitazioni della tutela reale, riducendo, per quanto alle delibere assembleari (e forse vedremo anche, per certi versi, per le delibere consiliari), gli spazi ad essa assegnati in precedenza.

Già da lungo corso, come noto, l'uso indiscriminato di tale tutela, potenzialmente destabilizzante l'azione sociale e il mercato, si era ritenuta non sempre equilibrata per disciplinare gli interessi in conflitto in materia societaria <sup>61</sup>, e nella consapevolezza degli interpreti e delle scelte del legislatore aveva già determinato un suo concreto arretramento <sup>62</sup>.

Esemplari significativi di tale tendenza riduttiva del rimedio reale già si rinvenivano nell'impianto dell'art. 2332 c.c. ed in quello dell'art. 2504-*quater* <sup>63</sup>; il suo abbandono aveva talvolta fatto emergere l'utile impiego di altre e ben differenti tutele <sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Sul tema generale dei conflitti societari v. per tutti JAEGER P.G. – DENOZZA F. – TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2006<sup>6</sup>, 197 ss..

<sup>62</sup> Di arretramento della tutela reale (in favore di quella obbligatoria) ha cominciato a parlare in dottrina D'ALESSANDRO F., *Il diritto delle società dai battelli sul Reno alle navi vichinghe*, in *Foro it.*, 1988, V, 51 ss.; ID., «*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*».  *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 43 ss., da altri riproposto in molti dei commenti dedicati alla nuova disciplina della invalidità delle delibere assembleari. Cfr.V. in tal senso, tra gli altri, NIGRO A., *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881 ss.; SACCHI R., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 135 ss.

<sup>63</sup> Su simile evoluzione della disciplina v., in luogo di molti, NIGRO A., *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., 881 ss.

<sup>64</sup> V. ad es., in materia di violazione dei limiti per l'acquisto di azioni proprie, la scelta che ciò non avrebbe dato luogo a nullità del contratto di compravendita delle relative azioni ai sensi dell'art. 1418 c.c., ma all'obbligo di alienazione delle azioni in eccedenza acquistate. Cfr., sul punto, BIONE M., *sub art. 2357*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 350 ss.; sul tema più generale dei rimedi v. PERRINO M., *I rimedi societari*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 83 ss.

Su simile prospettiva di riduzione del rimedio reale, si era scelta, come noto, in materia di fusione, con l'art. 2504-*quater*, una corsia preferenziale, rispetto al rimedio demolitorio, per quello risarcitorio; tale ultimo rimedio, alla stregua della commissione che ne aveva curato l'introduzione con appositi precetti normativi, venne inteso come maggiormente proporzionato a soddisfare la tutela del singolo istante *danneggiato* da un'operazione che abbracciava molteplici interessi, il tener conto dei quali non poteva lasciare al singolo l'aspirazione di comprometterli *tutti* mediante l'esperimento di un rimedio demolitorio <sup>65</sup>.

Il legislatore della riforma ha esteso un simile avvicendamento di rimedi ad altre fattispecie, come la trasformazione (art. 2500-*bis*), le operazioni sul capitale e quelle di emissione delle obbligazioni (art. 2379-*ter*, 2° co.), con l'effetto di *ribadire* un sistema di tutele che aveva dato luogo a serie preoccupazioni tra gli operatori, ma che, appunto per la conferma, dovrebbe fare abbandonare a coloro che nel rinnovato contesto vengono ad affrontarne le relative questioni. Vedremo, tuttavia, nell'approfondire il tema rispetto all'art. 2379-*ter*, che tali preoccupazioni non hanno effettivamente abbandonato i ragionamenti degli studiosi.

Su simili prospettive di avvicendamento di rimedi (quello risarcitorio in luogo di quello reale) ci soffermeremo lì dove occorra. Certo è però che il quadro complessivo appena tratteggiato non può non influenzare talune questioni che appaio già pertinenti a questo contesto di novità per la scelta di possibili rimedi nel caso di specie esperibili <sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> V., d'altronde, il sostrato di questa scelta rappresenta in D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 707 ss., il quale notoriamente ha presieduto la commissione che ha introdotto tale disposizione.

<sup>66</sup> V., in questo scenario, i recenti dubbi per determinare la sanzione da applicare al caso di mancata motivazione delle decisioni di cui all'art. 2497-*ter*, ove è prescritto che «le decisioni delle società soggette ad direzione e coordinamento, quando da queste influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione...». Sul che v. R.

Ora, a noi interessa, in questa sede, individuare e stabilire con priorità i *limiti* di impugnazione della delibera di aumento del capitale in tutti i casi in principio richiamati. Sul medesimo terreno, tuttavia, rinveniamo spunti di un disegno per certi versi coerente volto ad imprimere maggiore *stabilità* all'azione sociale e *certezza* nei rapporti giuridici incardinati con i terzi per effetto dell'esecuzione di tali atti<sup>67</sup>; pur se non è il caso d'insistere oltre modo su questo fronte, in tale profilo vi è certamente una chiave di lettura dell'intero apparato di norme che oggi regolano l'invalidità delle delibere dei collegi che vengono a riunirsi nelle società di capitali.

Profonde, si è già detto, sono le novità che rilevano nella nostra ricerca. Disticarsi in così tante, frammentarie scelte, non è agevole, anche considerando il mancato coordinamento legislativo tra le varie norme considerate. Nonostante ciò, l'impressione immediata, che può precocemente formarsi osservando questo sistema, è una graduazione del rimedio dell'impugnazione in funzione degli interessi valutati come rilevanti nei casi di specie; un sistema costellato da impedimenti e sanatorie, dove va prendendo corpo una terminologia per vero inconsueta negli studi classici dedicati all'invalidità, cioè la preclusione alla pronuncia di invalidità.

Nello studio di questo tema è oggi *centrale* l'art. 2379-ter; tanto di quello che si dirà coinvolgerà più o meno direttamente tale norma.

---

PENNISI, *La motivazione delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, 112 ss. ove maggiori riff. di letteratura sui due diversi orientamenti che vanno profilandosi al riguardo, di cui il primo, ancorché non previsto dalla legge, tende ad affermare il possibile esperimento del rimedio demolitorio, di cui il secondo, preferito dall'A., il solo possibile impiego del rimedio risarcitorio.

<sup>67</sup> Tali esigenze, come noto, caratterizzavano già l'impianto originario delle invalidità delle delibere assembleari (v. D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., 708), ma varie circostanze, in parte in principio evidenziate (v. *supra* § 2 Cap. I), avevano attenuato lo spirito originario della disciplina. Da qui l'esigenza di ripristinare condizioni effettive di stabilità e certezza dell'azione sociale.

La disposizione impiega una tecnica sobria, forse troppo sibillina, nel regolare un tema di cotanta importanza considerata la frequenza con la quale operazioni di aumento del capitale sono nella prassi decise. In essa si rinvengono due distinte norme entrambe centrate sull'illegalità delle relative delibere di aumento del capitale.

Il primo regime prescrive i (*nuovi*) termini per impugnare la delibera di aumento del capitale al fine di ottenere una pronuncia di invalidità (tecnica sulla quale si conformano le altre disposizioni, con i rispettivi vizi, che passeremo pure a considerare: artt.2479-*ter*, 2388 e 2475-*ter* c.c.).

La seconda norma, invece, non chiarisce affatto i termini in cui una tale azione può essere proposta (dovremo meglio comprendere la funzione che essa ha nel sistema riformato delle invalidità delle delibere), e, perentoriamente, prescrive il momento in cui viene a maturarsi la *preclusione per la pronuncia di invalidità* della delibera di aumento del capitale.

L'*accostamento* delle due norme desta parecchie difficoltà tra gli studiosi. Un chiarimento su alcuni degli aspetti coinvolti da entrambe può derivare da un'indagine preliminare circa la loro rispettiva *ratio*.

Sotto altro profilo, anche la *collocazione* della disposizione nel sistema è nient'affatto chiara. Avendo cura di comprendere la disciplina d'assieme dedicata all'impugnazione delle delibere di aumento del capitale, si dovrà meglio stabilire i rapporti delle norme recate dall'art. 2379-*ter* rispetto a quelle ad esse precedenti contenute negli artt. 2377-2379-*bis*.

Ora, come abbiamo sommariamente visto, netta è la differenza tra le ipotesi regolate nel primo comma e quelle regolate nel successivo comma dell'art. 2379-*ter*.

Chiarire quali fattispecie deliberative ricadono nell'uno o nell'altro regime, ovvero in nessuno dei due, è fatto di particolare rilevanza.

Alla soluzione di tale problema il legislatore non ha dato adeguata risposta con le norme di rinvio recettizio all'art. 2379-*ter* c.c. Esse risolvono il profilo

materiale di estensione *soggettiva* della disposizione ad altri *tipi* di società. Non chiariscono invece il profilo *oggettivo*, cioè a *quali* fattispecie deliberative si rivolge la relativa disciplina. Non stupirà perciò l'impegno che dedicheremo a comprendere tale ultima questione poiché – è evidente – l'uscita da queste prescrizioni può determinare una loro diversa disciplina, e ciascuno può intuire le conseguenze di ciò per l'invalidità delle deliberazioni assembleari e del consiglio coinvolte.

A queste ampie e complesse questioni ora rivolgiamo lo studio in dettaglio, sia per le s.p.a. sia per le s.r.l. e loro rispettive deliberazioni, incominciando con il comprendere la *ratio* delle norme recate dall'art. 2379-ter.

## **9. L'art. 2379-ter e la sua ratio**

Come già visto nel Primo Capitolo dedicato ai *presupposti*, i problemi che il legislatore aveva sul tavolo erano davvero tanti e complessi da regolare. La scelta adottata è stata nel senso di introdurre *frammenti* di disciplina per le delibere di aumento del capitale adottate in tutti i modelli di s.p.a.<sup>68</sup>, stante il rinvio operato da parte delle rispettive norme, essa peraltro trova applicazione, nei limiti della compatibilità, in altri tipi di società di capitali<sup>69</sup>.

Ad esaminare il contenuto della disposizione – un po' ribadendo quanto già rilevato in premessa –, per la delibera di aumento del capitale, nel primo comma, si rinviene una *riduzione* dei termini rispetto ai casi di cui all'art. 2379, mentre, nel secondo, una prescrizione netta che suggerisce la maturazione precoce della preclusione alla pronuncia di invalidità concernente la medesima delibera. Entrambi i regimi paiono imperniati su collegamenti

---

<sup>68</sup> La disposizione in verità offre regole anche alla delibera di riduzione del capitale ai sensi dell'art. 2445 e alla delibera di emissione di obbligazioni; a tali fattispecie, tuttavia, non è dedicato il presente studio.

<sup>69</sup> Sul che v. § 12 con specifica attenzione alle s.r.l..

reciproci nella formulazione della rispettiva disciplina, collegamenti che ciascuno non tarda a valutare raffrontando le due norme. Dicevo in principio, tuttavia, che lo studio della *ratio* delle rispettive norme può aiutare a comprendere se tali collegamenti è giusto continuare a considerare.

Deve almeno ricordarsi che nell'impianto originario le problematiche concernenti l'invalidità dell'aumento erano identiche per *tutte* le s.p.a.. La riforma, prendendo atto delle divaricazioni esistenti tra i vari *tipi* della realtà<sup>70</sup>, ha tradotto in precetti normativi la disciplina del codice per modelli di s.p.a.<sup>71</sup>; in questa prospettiva organica, si è collocata la nuova disposizione di cui all'art. 2379-ter. Le soluzioni accolte nelle sue due norme, diversificate per modelli di s.p.a., possono lasciare evidenziare una *netta* differenza della loro rispettiva *ratio*.

Per comprendere il perché dell'attuale formulazione della seconda norma, dedicata alle *società aperte* (quotate e non *ex art. 2325-bis*)<sup>72</sup>, dobbiamo gettare uno sguardo alla fase di *esecuzione* della delibera che decide di addivenire all'aumento del capitale. Il fatto d'imputare all'attività degli amministratori la formazione delle partecipazioni, come già visto in precedenza, poteva determinare situazioni sostanziali difficili da gestire se queste si fossero *differenziare* applicando l'art. 2377 c.c. (in specie la regola

---

<sup>70</sup> Sul tema generale che veniva delineandosi prima della riforma v. ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, 50 ss.; ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, nel *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, vol. 8°, Padova, 1985, 19 ss.; SPADA P. – SCIUTO M., *Il tipo della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 81 ss.

<sup>71</sup> Su questa essenziale novità v. P. ABBADESSA - E. GINEVRA, *sub art. 2325-bis*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1 ss.; ma pure SPADA P. – SCIUTO M., *op. ult. cit.*, 87 ss.

<sup>72</sup> La norma si applica quindi sia alle società con azioni quotate in mercati regolamentati sia alle società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante *ex art. 2325-bis*; l'individuazione di quest'ultimo modello, di ridotta ricorrenza, è affidato ad una serie di rinvii. V. al riguardo l'art. 111-bis disp. att. c.c. e il rinvio in esso contenuto all'art. 116 T.u.i.f. (d.lgs. 24.2.1998, n. 58). Su precisi chiarimenti sul tema v. ancora P. ABBADESSA - E. GINEVRA, *sub art. 2325-bis*, *cit.*, 15 ss.

per cui «in ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione»). Rischio tanto più avvertito considerando che il sottoscrittore delle azioni di nuova emissione, prima della pronuncia di invalidità dell'aumento, avrebbe potuto compiere atti di disposizione delle azioni emesse in sua esecuzione, esponendo il nuovo possidente di tali azioni alle medesime conseguenze della pronuncia di invalidità dell'aumento del capitale. La valutazione complessiva di questi rischi e l'esigenza di apprestare una maggiore stabilità al mercato delle relative partecipazioni, avrebbero così indotto il legislatore ad evitare tali inconvenienti, impedendo l'applicazione dell'art. 2377 con la preclusione alla pronuncia di invalidità<sup>73</sup>.

È questo un modo di vedere il sostrato dell'intervento, percepibile già considerando la discussione sui *presupposti* innanzi assecondata. A questo proposito, tuttavia, il quadro normativo, al momento della riforma, si presentava ben più ampio ed articolato. Occorreva considerare, per tali società, il regime di *dematerializzazione* obbligatoria delle relative partecipazioni azionarie<sup>74</sup>. Le importanti riflessioni che avevano accompagnato, dapprima lo studio dei titoli di credito e poi le successive scelte di riforma del legislatore, avevano, questi, indotto ad introdurre, con riguardo a tali società aperte, la disciplina di cui all'art. 33 d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 (Decreto Euro), fatta

---

<sup>73</sup> In questa prospettiva v. MARCHETTI P. G., *sub art. 2379-ter*, nel *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi- F. Ghezzi – M. Notari, vol. Assemblea a cura di A. Picciau, Milano, 2008, 322.

<sup>74</sup> Su tale regime v. SPADA P., *La circolazione della ricchezza assente alla fine del millennio. (Riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1999, I, 407 ss. ; CIAN M., *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2007, I, 641 ss.; DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, Torino, 2007, 333 ss..



confluire di recente, per esigenze di semplificazione e coordinamento, nell'art. 83-*septies* t.u.i.f.<sup>75</sup>.

Essa, con l'inciso «l'emittente può opporre le eccezioni personali al soggetto ... [in favore del quale è avvenuta la registrazione] e quelle *comuni* a tutti gli altri titolari degli stessi diritti», aveva riguardo a vicende organizzative in grado di incidere sul rapporto associativo *comune* a tutti i portatori dei diritti inerenti agli strumenti finanziari, comprese le azioni ai sensi dell'art. 1, co. 2°, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (in breve T.u.i.f.); e l'invalidità dell'aumento del capitale ricadeva tra queste ipotesi<sup>76</sup>.

Per l'effettiva opponibilità di tali vicende implicanti l'invalidità dell'aumento, tuttavia, era già rilevata nella letteratura una difficoltà: essendo le relative partecipazioni per legge dematerializzate, non era possibile distinguere le partecipazioni emesse in ragione dell'aumento da quelle precedentemente in circolazione<sup>77</sup>. Ciò, rendeva nient'affatto agevole assumere le conseguenti misure di esecuzione del giudicato formatosi in conseguenza della pronuncia di invalidità<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Su tale novità (determinata dal D.lgs. 27 gennaio 2010 n. 27), v. DE LUCA N., *La nuova disciplina della gestione accentrata e della legittimazione degli azionisti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 254 ss.

<sup>76</sup> Cfr. DEVESCOVI F., *Tre dubbi sulla tutela cartolare nei tempi di dematerializzazione*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2003, I, 715 ss.; DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, cit., 94.

<sup>77</sup> La difficoltà era segnalata, prima della riforma, da MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 362 nt. 189, avvalendosi di spunti della dottrina tedesca. Il problema, segnalava l'A., non riguardava idealmente i sottoscrittori, nei confronti dei quali, essendo ben identificabili, l'invalidità dell'aumento poteva opporsi, ma riguardava l'ipotesi in cui le loro partecipazioni avessero circolato, circostanza che non rendeva più possibile distinguere le azioni vecchie da quelle nuove. Di tale difficoltà tengono conto, rappresentandola a supporto della novità legislativa di cui nel testo, SPAGNULO D., *sub art. 2379-ter*, in *La riforma delle società*, I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 385 ss.; PUPO C.E., *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 607 s..

<sup>78</sup> Per tal ragione G. MEO, *op. ult. cit.*, 362 nt. 189, si domandava se, nei casi di dematerializzazione, poteva avere rilievo un'azione cautelare, eventualmente *ante causam*, per evitare la commistione delle azioni vecchie con quelle nuove, “sulla base

In effetti, per la migliore spiegazione di ciò, sarebbe il caso di considerare, in rapida sintesi, il problema delle *conseguenze* sulle partecipazioni sociali emesse in ragione dell'aumento invalidato, ed in specie l'effetto del loro *annullamento*. Ma simile questione, per un verso, non riguarda più le s.p.a. aperte, a motivo, per loro, della preclusione alla pronuncia di invalidità in discorso; e, per altro verso, per le restanti società (chiuse) vi è la scelta di riservare l'approfondimento di simili essenziali temi ad un successivo momento <sup>79</sup>. Ad ogni buon conto, ad una conclusione di tal tipo, nel vecchio regime, era facile accostare la sopra specificata difficoltà di procedere materialmente all'annullamento delle partecipazioni dematerializzate <sup>80</sup>, circostanza che può avere indotto il legislatore ad escludere detto effetto precludendo la pronuncia del vizio in tali società.

Alla luce delle ragioni espresse, dunque, si ha l'impressione che, con la preclusione in discorso, il legislatore ha inteso tutelare interessi *diversi* da quelli immediatamente coinvolti dall'operazione <sup>81</sup>. L'effetto determinato dalla preclusione in discorso va poi riscontrato rispetto al regime "cartolare", nel quale, per le materie regolate dall'art. 2379-ter, 2° co., c.c., opera una *deroga* all'applicazione dell'art. 33, d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 (oggi fatto confluire

---

dell'evidente pericolo di perdita dell'individualità che consenta di rendere operanti le misure susseguenti al giudicato di invalidità della delibera di aumento".

<sup>79</sup> Sul tema v. ampiamente Cap. III.

<sup>80</sup> A provvedere all'annullamento delle azioni, in esecuzione della pronuncia di invalidità, erano ovviamente gli amministratori; il rischio su di loro incombente di annullare partecipazioni in danno di soggetti in definitiva estranei alla vicenda non era quindi da escludere, per cui l'effetto della preclusione, in tali società, è stato anche rivolto ad escludere un dovere e, per ciò, una possibile voce di responsabilità per costoro.

<sup>81</sup> Sulla questione cui si accenna v. ampiamente Cap. III. Deve essere già chiaro così, che, rispetto alle s.p.a. aperte, la circostanza ha risolto con nettezza il problema degli effetti retroattivi dell'invalidità. Cfr. MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 301. Problema che, d'altro canto, riguarda oggi le sole società chiuse.

nel testo dell'art. 83-*septies* t.u.i.f.), nel senso di sottrarre alla società emittente le relative eccezioni.

Simili perplessità di fondo, invece, non caratterizzavano la vicenda *nelle società chiuse*. Le ragioni di ciò, in effetti, possono essere composite: sia per la tecnica di rappresentazione (non dematerializzata) del rapporto, sia per l'esiguità dei soggetti che compongono le relative compagini sociali, sia, ancora, per uno scambio più modesto delle relative partecipazioni (azioni e quote), è parso più agevole *controllare* la loro circolazione per individuare quelle che, in concreto, emesse in ragione dell'aumento del capitale, si sarebbero dovute annullare<sup>82</sup>. E così, non essendo irrisolvibili i problemi in tali società, l'attività di ripristino giuridico e materiale *post* pronuncia di invalidità dell'aumento del capitale, nei limiti in cui ciò si possa poi realizzare, è parsa al legislatore più agevole da compiere. Ma, per evitare il permanere a lungo di uno stato di incertezza complessiva, il legislatore ha deciso di abbreviare, rispetto ad alcune particolari delibere viziate, i termini di impugnazione preesistenti<sup>83</sup>, in tal modo mostrando di volere semplicemente *attenuare*, non escludere, i problemi concernenti la fattispecie qui studiata; qui – incisivamente è stato detto – al legislatore è parso conveniente introdurre una riduzione dei termini, per dedurre il vizio in giudizio, al fine di un rapido consolidamento degli effetti della deliberazione ovvero per una loro sollecita definizione<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> È evidente che tale controllo spetti, nel sistema articolato di competenze, agli amministratori chiamati a seguire la catena della circolazione per annullare le partecipazioni sociali emesse in ragione dell'aumento invalidato.

<sup>83</sup> Parla di decadenze brevi, per esemplificare il tenore della nuova disposizione, SANZO S., *sub* art. 2379-*ter*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, \*, Zanichelli, 2004, 661.

<sup>84</sup> Cfr. LENER R., *sub* art. 2379-*ter*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 576, il quale però parla di “sollecita rimozione” degli effetti, formula che tuttavia scegliamo di non impiegare, almeno per il momento, perché sottende una conclusione inopportuna in questa fase di studio: che, cioè, gli effetti della deliberazione viziosa si possano rimuovere, senza specificare quali, tutti o alcuni, potrebbero essere eliminati, e a quali condizioni eventualmente tale

### ***10. Problemi posti dall'accostamento delle due norme: i modelli di s.p.a. coinvolti dal regime d'impugnazione del primo comma dell'art. 2379-ter***

Sul piano qualificatorio, potremmo dire già, l'operatore si trova ad operare con una disposizione che reca più norme <sup>85</sup>. Ciascuna di esse appare avere chiari destinatari e precisi contorni di fattispecie. Le cose, tuttavia, a mio avviso, non stanno proprio così.

È frequente tra gli studiosi leggere le norme in correlazione. L'impiego di questo metodo, largamente usato, porta a talune opinioni che occorre vagliare attentamente in questa sede. Per un verso, secondo taluni, il primo comma dell'art. 2379-ter riguarderebbe le sole s.p.a. chiuse (che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) <sup>86</sup>; per altro verso il secondo comma appresterebbe una disciplina dedicata al solo regime giuridico della nullità <sup>87</sup>; infine, per altri, entrambe le norme avrebbero determinato una nuova disciplina dei termini per impugnare le relative delibere <sup>88</sup>.

Uno studio un po' più attento sui punti richiamati, a mio avviso, può evidenziare i problemi posti da questo metodo di studio delle due norme.

Per quanto ai *modelli* di s.p.a. cui si rivolge il primo comma, il ragionamento che porta ad escludere le s.p.a. aperte pare un po' questo. Se la

---

rimozione sia possibile. Problemi sui quali non possiamo che rinviare allo sviluppo delle *conseguenze*, approfondito, in questo lavoro di tesi, nel Cap. III.

<sup>85</sup> Sul punto v. GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, nel *Trattato del diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, 100 ss.

<sup>86</sup> Il rilievo è tanto diffuso quanto frettoloso: v. MUSCOLO G., *sub art. 2379-ter*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Giovanni Lo Cascio, 4, Milano, 2003, 428; GUERRIERI G., *sub artt. 2379-2379-ter*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 612; MARCHETTI P. G., *sub art. 2379-ter*, cit., 325; PISANI MASSAMORMILLE A., *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 62..

<sup>87</sup> Pur nella consapevolezza che sia oramai modesta la differenza sostanziale di regimi tra nullità ed annullabilità, lo sostengono: LENER R., *sub art. 2379-ter*, cit., 576; COTTINO G., *Diritto societario. Diritto commerciale*, vol. I, tom. II, con la collaborazione di O. Cagnasso – A. Monteverde – L. Quattrocchio, Padova, 2006<sup>5</sup>, 371.

<sup>88</sup> Lo sostiene in fondo MARCHETTI P. G., *sub art. 2379-ter*, cit., 325.

finalità del secondo comma è quella di precludere la pronuncia di invalidità di delibere assorbite in un'operazione già conclusa, è *contraddittorio* ammettere tale pronuncia sostenendo l'applicazione del primo comma alle s.p.a. aperte; la disposizione da ultimo considerata conterrebbe così una disciplina del regime d'impugnazione delle delibere adottate in s.p.a. chiuse.

Al riguardo, non si possono omettere alcune perplessità sulla condivisibilità del ragionamento sopra riportato.

In primo luogo, sul piano tecnico normativo, l'argomento fa intendere che il legislatore, rispetto all'art. 2379, ha introdotto una regola speciale nell'art. 2379-ter, 1° co., dedicata alle società chiuse; è noto però, con la riforma, che tale tecnica caratterizza la disciplina dedicata alle aperte: tale disciplina, apprestata per specialità a tale ultimo modello, si *aggiunge* allo statuto generale rivolto a tutte le s.p.a.<sup>89</sup>.

In secondo luogo, il riferito ragionamento non chiarisce quale sia il regime giuridico dell'invalidità di talune delibere di aumento del capitale di s.p.a. aperte.

La *ratio* della disposizione è significativa nel chiarire ciò che è compreso nella fattispecie regolata nell'art. 2379-ter, 2° co.. Cerchiamo però di valorizzare il dato normativo.

Va rilevato, al riguardo, che *l'impugnazione* delle delibere aventi gli oggetti di cui all'art. 2379-ter è una prerogativa insita pure nelle prescrizioni del secondo comma. Il fatto di ritenere la preclusione rivolta al giudice<sup>90</sup> non

---

<sup>89</sup> Ciò, è fatto riscontrabile diffusamente nell'odierna formulazione della legge. V. ad es., in tal senso, tra le molte altre norme, l'art. 2341-ter c.c., che si aggiunge, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (non quotate), allo statuto pressoché generale di cui all'art. 2341-bis. V. nel senso precisato P. ABBADESSA - E. GINEVRA, *sub* art. 2325-bis, cit., 10, ove è chiarito che alle s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio "sono applicabili le norme generali sulle s.p.a. e in aggiunta le regole speciali che riguardano specificatamente questa seconda fattispecie", in cui gli AA. riconducono esplicitamente l'art. 2379-ter, co. 2°.

<sup>90</sup> Lo affermano ad es. PRESTI G. - RESCIGNO M., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 163; PISANI MASSAMORMILLE A.,

può che avere la conseguenza di sottendere la possibilità che un'impugnazione in concreto sia esperita anche rispetto alle ipotesi di questo comma <sup>91</sup>. Il testo, peraltro, si differenzia rispetto all'art. 2377, nel senso che, mentre per quest'ultimo «non sono legittimati a proporre l'impugnativa», per l'art. 2379-ter «l'invalidità... non può essere pronunciata», per cui la differenza evidenziata mette in chiara luce che, ai fini di quest'ultima norma, taluni «sono legittimati a proporre l'impugnativa» ma «l'invalidità... non può essere pronunciata» per una preclusione *ex lege*.

La disposizione del secondo comma dunque consente d'impugnare la delibera.

Bisogna ammettere però che, a rimanere entro la sua fattispecie, è preclusa la pronuncia d'invalidità. Occorre dunque chiarire quando si applichi la norma.

Essa prescrive che «nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'invalidità della deliberazione di aumento del capitale non può essere pronunciata dopo che a norma dell'art. 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito». Sviluppando ora ulteriormente la sua portata posta in relazione all'art. 2444 possiamo confermare che essa si riferisce chiaramente alle delibere che stanno ricevendo esecuzione. La preclusione per esse si viene a determinare con la pubblicità dell'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito <sup>92</sup>; l'attestazione porta l'informazione circa l'avvenuta

---

*Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, cit., 65; LENER R., *sub art. 2379-ter*, cit., 577.

<sup>91</sup> Il rilievo è diffuso: v. MUSCOLO G., *sub art. 2379-ter*, cit., 431; FERRARA F. JR. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006<sup>13</sup>, 565.

<sup>92</sup> Nell'interpretare tale inciso in verità sono due gli aspetti dell'esecuzione che potrebbero rilevare: sia le sottoscrizioni ed i versamenti (v. MARCHETTI P. G., *sub art. 2379-ter*, cit., 326 s.; GUERRIERI G., *sub art. 2379-2379-ter*, cit., 616); sia l'attività materiale di esecuzione, dell'aumento già perfezionatosi, compiuta dagli amministratori con la creazione delle relative azioni dematerializzate (v. SPAGNULO D., *sub art. 2379-ter*, cit., 385 s.; LENER R., *sub art. 2379-ter*, cit., 576).

sottoscrizione dell'aumento, per cui, dopo la relativa pubblicità, non è più possibile pronunciare l'invalidità<sup>93</sup>.

Ciò che intendo rilevare, così, è che la disposizione *non* trova applicazione in quei casi concreti di mancata esecuzione della delibera, possibili per varie ragioni; l'aspetto più evidente che emerge da essa è, cioè, che la norma non ha motivo di intervenire ove la mancata esecuzione si mantenga per tutto il corso del giudizio d'impugnazione della relativa delibera fino all'effettiva pronuncia d'invalidità che la riguarda.

Si pensi:

(i) alla delibera di aumento del capitale adotta in presenza di *azioni in precedenza emesse ma non integralmente liberate*: ai sensi del nuovo art. 2438 c.c. tale delibera «non può essere eseguita»<sup>94</sup>;

(ii) alla possibilità, per vero largamente accolta dagli studiosi, di domandare una *tutela cautelare* che inibisca gli amministratori dal dare esecuzione alla delibera di aumento del capitale<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Il legislatore ha voluto istaurare la preclusione alla pronuncia di invalidità *prima* della creazione materiale delle relative partecipazioni dematerializzate al fine di rendere *certa* la loro immissione nel mercato della circolazione una volta che già sia divenuta incontestabile la validità del relativo rapporto.

<sup>94</sup> Come noto, l'inciso del vecchio art. 2438 c.c., “non si possono emettere nuove azioni fino a che quelle emesse non siano interamente liberate”, aveva determinato l'opinione che la società non potesse adottare la delibera di aumento quando l'ammontare iniziale del capitale, o la sua porzione successivamente aumentata, non fosse stata integralmente liberata (sul tema v. MARCHETTI P.G., *Problemi in tema di aumento di capitale*, in *Aumenti e riduzioni di Capitale*, Milano 19 maggio 1984, Milano, 1984, 55 ss.). Il fatto che ora tale articolo dica invece che “un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano integralmente liberate”, ha lasciato preferire la tesi della legittimità dell'adozione della delibera di aumento, spostando sul piano della responsabilità degli amministratori la eventuale attività di esecuzione in violazione di tale norma. E v. al riguardo, in motivazione, *Massima* n. 70 del 22 novembre 2005, in CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria. Elaborate dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società*, Milano, 2010<sup>4</sup>, 251 ss. Per cui, non prevedendo la norma un impedimento assoluto per l'esecuzione – gli amministratori potrebbero come no rispettarlo – è opportuno domandare in sede di giudizio un rimedio che inibisca gli amministratori dal compiere qualsivoglia attività di esecuzione.

Su queste basi, credo, la disposizione del secondo comma *aggiunge*, ad un sistema dell'impugnazione che andiamo delineando, cioè: se la relativa delibera trova esecuzione e pendente il giudizio sia pubblicata l'attestazione, non si può più procedere nel merito, essendosi maturata la preclusione alla pronuncia di invalidità; se invece la relativa delibera non trova esecuzione e tale circostanza si mantenga per tutto il corso del giudizio d'impugnazione, la pronuncia di invalidità è possibile. La disposizione, quindi, si occupa di null'altro che *fatti*, cioè l'esecuzione di delibere di aumento del capitale di s.p.a. aperte e la pubblicazione ex art. 2444, il concreto riscontro di essi genera l'improcedibilità o l'improponibilità della domanda a seconda che tali fatti intervengano dopo o prima dell'esperimento dell'azione <sup>96</sup>.

Ne segue, se non erro, che tali fatti *non* incidono sul regime d'impugnazione della relativa delibera: essi, o sopraggiungono o precedono l'impugnazione. Dunque, sotto questo profilo, il primo comma avrebbe riguardo a tutti i modelli di s.p.a., come e d'altronde "nei casi di cui all'art. 2379" <sup>97</sup>, con la conseguenza che sembra ammessa la pronuncia di invalidità di delibere di aumento del capitale di s.p.a. aperte (ineseguite) ai sensi dell'art. 2379-ter, 1° co., c.c. <sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> In senso permissivo v. SALAFIA V., *L'aumento del capitale: deliberazione, vizi e difetti, rimedi*, in *Società*, n. 8/2009, 958; GUERRIERI G., *sub art. 2379-2379-ter*, cit., 614 nt. 143; LENER R., *sub art. 2379-ter*, cit., 577. Permissiva è anche la dottrina in materia di fusione. Cfr. GENOVESE A., *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, 109 ss.; SANTAGATA R., *La fusione*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*\* 1, Torino, 2004, 618 ss.; PARRELLA L., *Art. 2504 – quater, c.c.: dieci anni di giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 369 ss..

<sup>96</sup> Cfr. sul punto GENOVESE A., *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 234.

<sup>97</sup> Condividono il risultato SANZO S., *sub art. 2379-ter*, cit., 662; MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 307.

<sup>98</sup> L'art. 2379-ter, 1° co., perciò, deve ritenersi idoneo a disciplinare la pronuncia d'invalidità sia nei casi in cui la delibera di aumento riceva esecuzione sia nei casi in cui *non* riceva una tale esecuzione: in quest'ultimo caso anche per le s.p.a. aperte.



### ***11. Segue: problemi posti dall'accostamento delle due norme per quanto ai vizi delle delibere e per quanto ai termini d'impugnazione***

L'accostamento interpretativo delle due norme, come già rilevato, implica ulteriori problemi nel definire l'estensione dei vizi delle delibere impugnabili nei due regimi di cui all'art. 2379-ter.

A questo proposito, è immediato costatare che, con l'inciso «nei casi previsti dall'art. 2379», il legislatore, ai fini del primo comma, si riferisce al regime giuridico della nullità. Manca invece, per il secondo comma, una così chiara delimitazione dei vizi delle relative delibere, adottate in s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, alle quali si applichi l'anzidetta preclusione della pronuncia di *invalidità*.

In effetti, a volere ragionare su questo punto, vi sono una serie di difficoltà che si frappongono alla soluzione piana del problema: a determinarle è sempre la lettura combinata delle due norme. La collocazione della disposizione e l'accostamento dei due commi fanno pensare al solo regime di nullità; la prescritta delimitazione soggettiva delle due norme, invece, può far pensare al solo regime di annullabilità<sup>99</sup>.

La questione, tuttavia, appare nient'affatto scontata se si fa attenzione ad un preciso indirizzo della dottrina il quale ha fatto rilevare che il legislatore, nel secondo comma, avrebbe riguardo al regime giuridico della nullità<sup>100</sup>. Ben si comprende che la conclusione *potrebbe* apparire plausibile sulla scorta di alcuni elementi conoscitivi.

---

<sup>99</sup> Se invero, come già rilevato, il primo comma prescrive la "nullità" per le delibere adottate in tutti i modelli di s.p.a. (v. *supra* § 9), potrebbe ritenersi che, ai fini dell'applicazione del secondo comma, dedicato espressamente alle s.p.a. aperte, residui il solo regime di annullabilità. D'altronde, a delimitare in tal senso il relativo regime giuridico, avrebbe potuto contribuire la proposta del Notaio Enrico Bellezza del 15 gennaio 2002, formulata in seno alla sottocommissione di riforma, la quale si sostanzialmente nella collocazione, dell'odierno secondo comma dell'art. 2379-ter, tra le norme dell'art. 2377. Su tale proposta v. A.A. V.V., *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, Milano, 2006, 2801.

<sup>100</sup> Cfr. ancora LENER R., *sub* art. 2379-ter, cit., 576; COTTINO G., *Diritto societario. Diritto commerciale*, cit., 371.

La discussione del testo in bozze dell'art. 2379-ter, dapprima, si era incentrata sul regime della nullità, forse per il fatto che, nelle prime formulazioni di tale articolo, venne proposto di fissare un termine di impugnazione per le deliberazioni di aumento del capitale delle società aperte<sup>101</sup>; tuttavia, per esigenze di coordinamento più volte sollevate nella discussione preparatoria rispetto alle norme in materia di fusione, si è poi determinata la scelta di prevedere la preclusione alla pronuncia di *invalidità*<sup>102</sup>.

Il nuovo corso normativo, peraltro, veniva qualificato nella *relazione* ministeriale al decreto di riforma rappresentando l'introduzione con l'art. 2379-ter di azioni di nullità soggette a più brevi termini per alcune delibere<sup>103</sup>.

La letteratura successiva all'entrata in vigore della riforma, dicevo, ha già esponenti della tesi che limita il regime giuridico della disposizione del secondo comma alla sola nullità; a tal fine si è fatto rilevare che, nel testo vigente, il termine *invalidità* compare nella disciplina dell'art. 2379, non invece in quella dell'art. 2377 c.c.<sup>104</sup>. La conseguenza, se ben comprendo, sarebbe che il giudice, adito per l'impugnazione di una delibera di aumento

---

<sup>101</sup> V. la bozza proposta dal Prof. Galgano nella riunione del 1° febbraio 2002, in A.A. V.V., *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, cit., 2758. Lo stesso Prof. Galgano, in successive riunioni, presentando il testo in bozze dell'art. 2379-ter, rilevava che “per una serie di deliberazioni in cui maggiore è l'esigenza di protezione del mercato con una adeguata stabilità dell'atto, si sono previste norme speciali, che fissano termini di decadenza ancora più brevi per l'esercizio dell'*azione di nullità*”, con distinzione dei termini a seconda che la società faccia o meno appello al mercato del capitale di rischio. Sul che v. la bozza in discussione nella riunione del 12 febbraio 2002, in A.A. V.V., *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, cit., 633.

<sup>102</sup> L'intervento di Pietro Trimarchi, nella riunione del 12 settembre 2002, dà conto della differenza di regime tra il primo ed il secondo comma dell'art. 2379-ter in cui si era già introdotta la preclusione alla pronuncia di *invalidità*. Su ciò v. ancora A.A. V.V., *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, cit., 1870.

<sup>103</sup> Si precisava che “qui *l'azione di nullità* è soggetta ai brevi termini di decadenza di cui all'art. 2379-ter, anche qualora possa eventualmente configurarsi una illiceità dell'oggetto” (corsivo aggiunto).

<sup>104</sup> Cfr. LENER R., *sub art. 2379-ter*, cit., 576 nt. 3.

del capitale di s.p.a. aperta gravata da vizi del regime di annullabilità, dovrebbe pronunciarsi ai sensi dell'art. 2377 c.c..

Su simile conclusione, tuttavia, possiamo avanzare alcune perplessità.

Sul versante della *ratio*, mi pare si prospetti un regime dell'impugnazione, conducente all'invalidità della delibera considerata, che si pone con essa in chiaro contrasto <sup>105</sup>.

D'altro canto, si è rilevata, in seno alla discussione preparatoria, l'esigenza di coordinamento con le norme in materia di fusione; ora occorre considerare gli equivalenti precetti in materia di scissione e trasformazione. Ebbene, nel *sistema* considerato, si riscontra la tendenza ad un'applicazione delle relative forme di preclusione alla pronuncia di invalidità la più ampia possibile, *non* essendosi posta fin qui la questione di limitarne l'applicazione ai soli vizi di nullità <sup>106</sup>.

Un'ulteriore considerazione è possibile rivolgere al dato *letterale*. Come noto, attraverso le nuove prescrizioni dell'art. 2379 c.c. (richiamato in parte

---

<sup>105</sup> V. quanto rilevato *supra* § 9. Per LIBERTINI M., *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina. Atti del Convegno di Catanzaro del 23 maggio 2003* a cura di A. Genovese, Torino, 2004, 24, nonostante tale regime sia dettato con riferimento all'azione di nullità, «le preclusioni in essa disposte si devono applicare *a fortiori*, se e in quanto compatibili, anche ad eventuali azioni di annullabilità».

<sup>106</sup> Ciò, in materia di fusione, anche se la terza direttiva (78/855/CEE del 9 ottobre 1978) prevedeva un regime di «nullità» (art. 22); in sede di suo recepimento, avvenuto con il d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, il legislatore ha preferito adottare la più ampia categoria della invalidità per attrarre, nell'ambito di applicazione dell'art. 2504-*quater* c.c. tutte le possibili fattispecie di vizio (v. SCOGNAMIGLIO G., *La nullità della fusione nella direttiva CEE e nello schema di legge di attuazione*, in *Riv. not.*, 1990, I, 888; SANTAGATA R., *La fusione*, cit., 611 ss.; GENOVESE A., *L'invalidità dell'atto di fusione*, cit., 85 s.). Anche per scissioni e trasformazioni, in conseguenza dell'analoga formulazione del testo, possono affermarsi risultati non dissimili. In materia di bilancio invece il legislatore, con l'art. 2434-*bis* c.c., ha definito una preclusione espressa ed identica per il regime di nullità e di annullabilità. Si è fatto rilevare tuttavia che «qui, il riferimento all'annullabilità non ha molto significato perché – salvo ipotesi eccezionali – al momento dell'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo il termine di tre mesi dal deposito sarà certamente già decorso». Così, PRESTI G. - RESCIGNO M., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, cit., 162.

qua a sostegno dell'opposta tesi), il legislatore ha certamente inteso andare oltre la disciplina della sola nullità dell'oggetto per assorbire in esso i vizi di procedimento che avevano dato luogo ad ipotesi di *inesistenza* giuridica<sup>107</sup>. Se ne intuisce, perciò, che, nel testo dell'art. 2379 l'invalidità rappresenta una sintesi verbale di varie forme di patologie<sup>108</sup>; tale constatazione, all'opposto di quanto fa credere la tesi restrittiva, può far palesare la specifica volontà d'aver voluto introdurre un'unica disciplina per *tutti* i vizi, di procedimento e sostanziali, con le prescrizioni dell'art. 2379-ter, 2° co.<sup>109</sup>.

A questo proposito – si può aggiungere – va prendendo campo un'importante rivisitazione della distinzione tra i vizi nel quadro post

---

<sup>107</sup> Sul passo della *Relazione* che giustifica la scelta v. *supra* Cap. I. § 7. Ora, mette conto evidenziare che l'inesistenza delle delibere e delle decisioni dei soci, per la scelta legislativa in discorso, è categoria che tende ad essere esclusa tra gli studiosi (tuttavia v., all'opposto, CIAN M., *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2004, 759 ss.); essa, invero, sarebbe in parte assorbita dalla disciplina dell'invalidità procedimentale delle delibere di cui agli artt. 2379 e 2377, essendo “che, tutti quei vizi procedimentali della deliberazione assembleare, che non rientrano fra i due cui la legge riconnette espressamente l'applicazione del regime giuridico della nullità, non possono che comportare l'applicazione del regime giuridico delineato nell'art. 2377 c.c.” (così STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 178, 200 s., il quale riduce il problema della rilevanza dell'inesistenza, giuridica e materiale, soltanto a quest'ultima). Sul tema generale dell'inesistenza delle delibere assembleari, v. comunque più diffusamente CENTONZE M., *L'inesistenza delle delibere assembleari di s.p.a.*, Torino, 2008, *passim*.

<sup>108</sup> In tal senso, in chiave generale, v. TOMMASINI R., (voce) *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, § 1.

<sup>109</sup> La dottrina è largamente orientata in favore della più ampia estensione del regime giuridico della disposizione. Cfr. MARCHETTI P. G., *sub art. 2379-ter*, cit., 325; RESCIO G. A., *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in A.a. V.v., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008<sup>4</sup>, 204; DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, cit., 89; ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 119; GENOVESE A., *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., 220; GUERRIERI G., *sub art. 2379-2379-ter*, cit., 612; SANZO S., *sub art. 2379-ter*, cit., 662; SPAGNULO D., *sub art. 2379-ter*, cit., 386; MUSCOLO G., *sub art. 2379-ter*, cit., 429; LIBONATI B., *Assemblea e patti parasociali*, in *La riforma del diritto societario. Atti del convegno di Courmayeur*, Milano, 2003, 149; PRESTI G. – RESCIGNO M., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, cit., 156.

riformato delle invalidità societarie <sup>110</sup>. S'è fatto rilevare, al riguardo, che la riforma avrebbe appianato le differenze più importanti tra le due patologie dell'atto (effetti e sanatoria), avrebbe reso promiscue le anomalie di procedimento e sostanziali, lasciando in definitiva spazio ad un'unica fattispecie di impugnazione delle delibere gravate da vizi aventi tra loro modeste differenze.

Ebbene, a questa conclusione, credo sia piuttosto coerente sostenere il superamento della distinzione di regimi anche rispetto alla preclusione in discorso <sup>111</sup>.

La verifica fatta su questo punto può ora rendere plausibile una soluzione diversa; non tanto importava appuntare l'attenzione sui vizi, quanto bloccare le *comuni* conseguenze che avrebbe imposto la pronuncia di invalidità.

La questione appare più complessa se volgiamo ora l'attenzione ai presunti termini d'impugnazione presupposti nel secondo comma dell'art. 2379-ter <sup>112</sup>. Esso, in specie, su questo aspetto, determinerebbe una deroga a quanto prescritto dai precedenti regimi d'impugnazione per l'annullabilità e la nullità. Tale termine, se ben intendo, potrebbe collocarsi tra due momenti ben individuabili, ovvero tra l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese (per regola generale) e la pubblicazione dell'attestazione di cui all'art. 2444. Una visione di questo tipo sembrava trovare giustificazione in principio della

---

<sup>110</sup> Su simile fondamentale rivisitazione v. STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, cit., 169 ss.; PISANI MASSAMORMILLE A., *Invalidità delle delibere consiliari*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 515 ss.; ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 115 s.; PORTALE G.B., *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007<sup>2</sup>, 221; PIAZZA G., *Il regime delle invalidità delle delibere assembleari nel nuovo diritto societario (Prime riflessioni di un civilista)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, t. IV, Milano, 2004, 2949 ss.; LIBONATI B., *Assemblea e patti parasociali*, cit., 150; DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2003, 266 ss.

<sup>111</sup> Così, in definitiva, v. DI SABATO F., *op. ult. cit.*, 272; ANGELICI C., *op. ult. cit.*, 115 s. e 119.

<sup>112</sup> Cfr. ancora MARCHETTI P. G., *sub art. 2379-ter*, cit., 325.

discussione preparatoria del testo in bozze dell'art. 2379-ter, nella proposta di diversificare il regime dei termini per impugnare le delibere di s.p.a. chiuse ed aperte. Questa scelta però, come già visto, è stata abbandonata.

Ora, se consideriamo questo presunto termine, esso non sarebbe né fisso (dipendendo dalla pubblicazione *ex art.* 2444), né *certo* nella sua consumazione (potendo non intervenire la pubblicazione *ex art.* 2444 dopo l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese). Insomma, la norma, considerata quest'ultima notazione significativa, finirebbe per non chiarire il regime d'impugnazione di delibere di aumento del capitale che, dopo l'iscrizione, non siano poste in esecuzione <sup>113</sup>.

È forse il caso che si cambi prospettiva nello sviluppo del tema.

Il metodo di osservazione combinata delle due norme, infatti, come spero avere evidenziato, pone parecchi inconvenienti.

## ***12. Inquadramento del valore speciale delle norme nel sistema in cui si inseriscono. La disciplina dei profili non regolati nell'art. 2379-ter c.c.***

A questo proposito, occorre chiarire come si atteggia la tecnica di formulazione dei rispettivi regimi nel sistema in cui essi vengono ad inserirsi.

Nel primo regime la regolamentazione delle relative delibere, tra le quali quella di aumento del capitale, è affidata al rinvio recettizio all'art. 2379; con l'inciso “nei casi di cui all'art. 2379” il legislatore recepisce *alcune* delle prescrizioni di tale norma ai fini dell'applicazione dell'art. 2379-ter, 1° co.: talune sono recepite palesemente, altre invece un po' meno (per esempio, tacendo sul punto, la norma non chiarisce la questione dei modelli di s.p.a. cui si rivolge il primo comma dell'art. 2379-ter, ma v. cionondimeno i chiarimenti contenuti *supra* § 9).

---

<sup>113</sup> V. al riguardo *supra* § 9: per i casi di cui all'art. 2438, di rimedio cautelare di sospensione dell'esecuzione, ovvero per la stessa volontà – che nulla impedisce si formi nella decisione – di non eseguire immediatamente la delibera.

Vediamo i corollari immediati di questo inciso che possono confermare la nostra convinzione circa il valore nel sistema di tale norma <sup>114</sup>.

L'art. 2379 si rivolge a disciplinare i *vizi più gravi*: i casi di oggetto illecito od impossibile e di mancanza di convocazione e di verbale. Una lettura piana del rinvio in discorso conduce a considerare impugnabili le delibere di aumento del capitale, ai sensi del primo comma dell'art. 2379-ter, se gravate da questi più gravi vizi.

In effetti, al riguardo, il lettore sarà al corrente della difficoltà di indagare l'estensione dei vizi di contenuto che rilevano ai fini dell'applicazione dell'art. 2379, non solo per le difficoltà poste, ben note alla discussione, in riferimento al concetto di oggetto illecito od impossibile della delibera, ma anche per il diffuso atteggiamento di definire i limiti di tale norma ponendola in relazione all'art. 2377 <sup>115</sup>. Su simili problemi d'assieme non è il caso di soffermarci in questa sede, sia perché è insito il rischio di perdere gli obiettivi che si vogliono raggiungere, sia perché qualsivoglia risultato in punto di tesi rischia

---

<sup>114</sup> Merita avvertire in principio che parte della dottrina (PUPO C.E., *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, cit., 606), ha ritenuto che, per la natura della deliberazione disciplinata, siano marginali i casi di cui all'art. 2379. Un cenno delle ipotesi coinvolte da tale rinvio può forse far concludere diversamente, evidenziando una prospettiva opposta.

<sup>115</sup> Impostazione diffusa e maggioritaria, che v. ad es. adottata in FERRI G., *Le società*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vasalli, Torino, 1971, 457 ss., e, all'opposto, in ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3\*\*, Torino, 1993, 420 ss.; in quest'ultima opera, in specie, v. una rappresentazione dell'indirizzo giurisprudenziale tutt'ora corrente che, per delimitare la portata dell'illiceità dell'oggetto della delibera, volge l'attenzione agli interessi generali presupposti nell'art. 2379, ritenendo invece quelli particolari, di volta in volta riscontrati, di pertinenza dell'art. 2377. Così, ad esempio, Cass., 20 gennaio 2011, n. 1361, in *Mass. Foro it.*, 2011, ha ritenuto che "la deliberazione assembleare di aumento del capitale sociale di una società per azioni, che sia stata assunta con violazione del diritto d'opzione, non è nulla, ma meramente annullabile, in quanto tale diritto è tutelato dalla legge solo in funzione dell'interesse individuale dei soci ed il contrasto con norme, anche cogenti, rivolte alla tutela di tale interesse determina un'ipotesi di mera annullabilità". Per maggiori riferimenti in tema di violazione del diritto d'opzione v. A. DE PRA, (*Rassegna di giurisprudenza*) *Aumento del capitale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 755 s.; GUERRERA F., *sub artt. 2438-2447*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1176 s..

d'essere assai opinabile in concreto al cospetto delle multiformi sfaccettature della realtà. Ad ogni buon conto, risulta oramai corrente la tesi che ravvisa, nell'oggetto, il contenuto sostanziale della delibera, o il complesso delle determinazioni in essa dedotte <sup>116</sup>, per cui, con riguardo ad esso, occorre di volta in volta, innanzi a casi particolari, valutare in concreto (ciò che all'evidenza è impossibile in questa sede) i profili d'illiceità o quelli d'impossibilità della delibera di aumento del capitale <sup>117</sup>.

Per contro, con riguardo ai vizi di procedimento di cui all'art. 2379, deve aversi riguardo ai limiti del 3° co. dell'art. 2379 c.c.. Perciò, la delibera di aumento può essere nulla per mancanza di convocazione quando il relativo avviso non provenga da un componente degli organi sociali e non sia idoneo a consentire l'intervento in assemblea dei legittimati; mentre per mancanza di verbale quando esso non contenga la data della deliberazione, l'oggetto e le sottoscrizioni (del presidente dell'assemblea, del presidente del consiglio di

---

<sup>116</sup> Lo sostiene ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 416 ss., ove un'ampia critica al diverso e minoritario indirizzo, riferibile in dottrina al Galgano, che ravvisava nell'oggetto la «materia intorno alla quale l'assemblea è chiamata a deliberare».

<sup>117</sup> Solo a titolo d'esempio, possono ricadere “nei casi di cui all'art. 2379” questioni attinenti ai conferimenti (tema spinoso per i profili di illiceità o di impossibilità: v. M. MIOLA, *I conferimenti in natura*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*\*, Torino, 2004, 3 ss.; G. FERRI jr, *La nuova disciplina dei conferimenti in natura in società per azioni: considerazioni generali*, in *Riv. soc.*, 2009, 253 ss.), e questioni che attengono al bilancio che attesta una falsa perdita, nei casi di cui all'art. 2446 e 2447, determinando l'aumento (v. Cass., SS. UU., 21 febbraio 2000, n. 27, in *Giur. Comm.*, 2000, II, 73 ss., con nota di P.G. Jaeger; ipotesi verificabile pur in presenza di maggiori limiti per impugnare le delibere di bilancio e di aumento del capitale). Discussa è invece la legittimità dell'operazione decisa in stato di liquidazione (v.: A. DE PRA, (*Rassegna di giurisprudenza*) *Aumento del capitale*, cit., 740; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, 250), e di quella decisa in presenza di perdite che richiedono una riduzione del capitale nei casi di cui agli art. 2446 – 2447 (legittima nel caso in cui la perdita sia inferiore al terzo, v. A. DE PRA, (*Rassegna di giurisprudenza*) *Aumento del capitale*, cit., 732 ss.; controversa nei casi in cui è obbligatoria la riduzione del capitale; ma v. la recente posizione affermativa nella *Massima* n. 122 – 18 ottobre 2011, CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, in *Notariato*, n. 6/2011, 719 ss.).



amministrazione o del consiglio di sorveglianza e del segretario o del notaio)

<sup>118</sup>.

Il regime sostanziale richiamato, peraltro, prescrive il *termine* di tre anni per impugnare le delibere; in sua deroga la disposizione del primo comma dell'art. 2379-ter introduce una *riduzione* del medesimo a centoottanta giorni o novanta giorni per il caso di mancata convocazione.

Il primo termine, come nel regime recepito, ha decorrenza dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese <sup>119</sup>. Il secondo termine, per le peculiarità della materia oggetto d'impugnazione, decorre dall'approvazione del bilancio dell'esercizio in cui la delibera è stata anche parzialmente eseguita <sup>120</sup>; in tal modo, il legislatore consegna un criterio di *presunta conoscenza* della delibera in favore di determinati soggetti – prima di approvare il bilancio in discorso, essi non erano legalmente informati dell'aumento adottato

---

<sup>118</sup> Per LENER R., *sub art. 2379-ter*, cit., 576, la mancanza del verbale è difficile a verificarsi con riferimento a deliberazioni soggette a iscrizione presso il registro delle imprese. Per le sottoscrizioni del verbale notarile, comunque, per questioni di infelice formulazione della legge, si discute, ai fini della validità della delibera, se occorre la sottoscrizione di tutti i soggetti menzionati dalla legge: del presidente dell'assemblea, del presidente del consiglio di amministrazione ... e del segretario o – lì dove ne occorra l'intervento – del notaio facente funzioni di segretario; ovvero se occorre la sola sottoscrizione del notaio, anche in funzione del suo ministero. In quest'ultimo senso v. *Massima* n. 45 – 19 novembre 2004, in CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria. Elaborate dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società*, cit., 173 ss.; F. GUERRERA, *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 114 s., ove più ampi riff..

<sup>119</sup> Per la delibera di aumento del capitale il fatto dell'iscrizione rileva sia per costituire i suoi effetti *ex art. 2436* sia per far decorrere i termini per impugnare. Il legislatore disciplina un regime d'impugnazione delle delibere efficaci. Da ciò GUERRIERI G., *sub art. 2379-2379-ter*, cit., 615 s. ne ricava che l'azione per fare dichiarare l'inefficacia di tali delibere può proporsi senza limiti di tempo.

<sup>120</sup> L'esecuzione dell'aumento introduce la nuova regola del capitale nella società; il suo valore è contabilizzato nel bilancio, per cui l'approvazione di questo, con delibera dell'assemblea, consente ai soci d'essere informati sull'attuale consistenza del capitale, e quindi sulle variazioni di esso nell'esercizio cui si riferisce il bilancio. Sul valore informativo della documentazione di bilancio, v. COLOMBO G.E., *Il bilancio d'esercizio*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*, Torino, 1994, 34 ss.

dall'assemblea in mancanza di loro convocazione –, con l'effetto di dar loro un regime d'impugnazione della delibera che ha decorrenza dall'approvazione del bilancio dell'esercizio in cui la delibera è stata eseguita, e che può esperirsi entro i successivi 90 giorni <sup>121</sup>.

Sulla scorta di quanto già rilevato va prendendo corpo una *modesta* deviazione dal regime richiamato sui profili considerati.

Lo sviluppo di queste modeste differenze s'evidenzia tanto più considerando la mancanza di *pezzi* di disciplina. Segnalo ad esempio: l'individuazione dei soggetti legittimati ad impugnare, i limiti della rilevabilità d'ufficio del vizio, il regime degli effetti della pronuncia di invalidità, l'ammissibilità di forme diverse ed alternative di sanatoria, ecc.

Su simile questioni, per vero, autorevolmente nella dottrina si è proposto di ravvisare un rapporto di specie a genere tra l'art. 2379-*ter* (tutto, integralmente) e le norme che lo precedono (artt. 2377-2379-*bis* c.c.) per integrare la nuova disciplina nel tessuto delle prescrizioni generali <sup>122</sup>.

La soluzione opposta, invece, sembra scaturire dalla convinzione secondo cui l'art. 2379-*ter* «risulta introdotto nel sistema in funzione di assoluta autonomia rispetto alle norme che la precedono» <sup>123</sup>. In effetti, tale ultima opinione, non andando oltre un livello assertivo, risulta fraintendibile; per le ragioni chiarite, che comunque si lasciano per il momento intendere, non mi sento però di condividere pienamente simile conclusione.

All'inciso “nei casi di cui all'art. 2379”, in fondo, possiamo far dire ben altro e molto di più di quanto fin qui rilevato; con esso il legislatore ha determinato una *quasi* piena compenetrazione del regime giuridico dell'art. 2379 in quello del primo comma dell'art. 2379-*ter*; le poche deviazioni

---

<sup>121</sup> Sulle peculiarità di questo aspetto della norma v. SPAGNULO D., *sub* art. 2379-*ter*, cit., 385.

<sup>122</sup> Lo suggerisce MARCHETTI P. G., *sub* art. 2379-*ter*, cit., 325.

<sup>123</sup> Lo sostiene SANZO S., *sub* art. 2379-*ter*, cit., 661.

riguardano – in definitiva – i termini entro i quali impugnare, nei cui limiti si confina la rilevabilità d’ufficio del vizio <sup>124</sup>.

Ne discende un *completamento* di quei pezzi di disciplina all’evidenza mancanti nell’art. 2379-ter, 1° co. <sup>125</sup>.

L’impostazione apre la via ad *ulteriori limiti* d’impugnazione, inespressi dall’art. 2379-ter c.c. ma desumibili dalle norme generali.

Si tratta, “nei casi di cui all’art. 2379”, di applicare alla delibera di aumento del capitale quanto prescritto dall’art. 2379-bis <sup>126</sup>.

Sotto altro aspetto, la valorizzazione del criterio proposto per comprendere i rapporti tra norme, può far intendere altresì che, con l’inciso in parola, ai fini del regime d’impugnazione, il legislatore non si sia sovrapposto ai casi di cui all’art. 2377 c.c. <sup>127</sup>; con i limiti e le precisazioni già fatte per i modelli di s.p.a. (v. *supra* § 9), la norma risulta perciò applicabile alle delibere di aumento del capitale <sup>128</sup>, con l’effetto di impedire l’impugnazione a taluni soci ai sensi del suo 5° co..

---

<sup>124</sup> Cfr. GUERRIERI G., *sub art. 2379-2379-ter*, cit., 613 nt. 135; SPAGNULO D., *sub art. 2379-ter*, cit., 386.

<sup>125</sup> Vedremo l’incidenza di ciò per quanto agli effetti della pronuncia di invalidità nel Cap. III..

<sup>126</sup> Non interessa ai nostri fini che segnalare la circostanza. Sulla disposizione v. LENER R., *sub art. 2379-bis*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d’Alcontres, Napoli, 2004, 572 ss.; GUERRIERI G., *sub art. 2379-2379-ter*, cit., 605 ss.; SANZO S., *sub art. 2379-2379-bis*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, \*, Zanichelli, 2004, 657 ss. Con la conseguenza di riscontrare, per le delibere di aumento, rispetto al primo comma, una *preclusione ad impugnare per certi soggetti ed una legittimazione ristretta ad altri*, e rispetto al secondo comma, *qualora non sia esperita l’azione, una preclusione ad impugnare*.

<sup>127</sup> É rilievo diffuso: v. MUSCOLO G., *sub art. 2379-ter*, cit., 429; MEO G., *Gli effetti dell’invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 307.

<sup>128</sup> Sono frequenti pronunce di invalidità di delibere di aumento del capitale ai sensi dell’art. 2377 c.c. Cfr. ad es. le ipotesi di abuso di maggioranza (v. Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. Comm.*, 1996, II, 329 ss., con note di P.G. Jaeger, C. Angelici, A. Gambino, R. Costi e F. Corsi, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*; GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 274 ss.; ABBADESSA P., *Disposizioni generali*, nel *Trattato dir. priv.*

Occorre a questo punto argomentare il valore che riteniamo avere l'art. 2379-ter, 2° co., nel sistema in cui si inserisce. Esso, a nostro avviso, introduce, prescindendo dai vizi delle relative delibere, *fatti che*, se verificati nel corso del giudizio, impediscono la pronuncia di invalidità. La norma *aggiunge* al delineato sistema dell'impugnazione delle delibere di aumento (annullabili e nulle) in cui si inserisce che, ove già proposta la relativa azione osservando le norme degli artt. 2379, 1° co., e 2377, essa, per le s.p.a. aperte, a motivo di quei fatti sopravvenuti (di esecuzione della delibera e di pubblicità dell'attestazione *ex art.* 2444), diviene improcedibile: il giudice non potrà perciò pronunciare l'invalidità della delibera <sup>129</sup>; dice pure d'altro canto che, ove quei fatti si siano già verificati, l'azione sarà sempre improponibile. Non stupirà allora vedere in ciò qualcosa di ben diverso dai canonici regimi d'impugnazione delle delibere esistenti nel nostro ordinamento <sup>130</sup>: concettualmente, all'opposto, il legislatore ha scelto la preclusione alla pronuncia di invalidità in conformità al regime previgente in materia di fusione <sup>131</sup>. Il che, a mio avviso, può significare una tecnica di formulazione

---

diretto da P. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 5 ss.; ) e le ipotesi di esclusione del diritto di opzione (v. Cass., 20 gennaio 2011, n. 1361, cit.; GUERRERA F., *sub artt.* 2438-2447 c.c., cit., le riconduce ad un caso di abuso della maggioranza; v. nell'opera anche rife. circa l'indirizzo che vede in ciò un caso d'inefficacia della deliberazione).

<sup>129</sup> Se quei fatti invece non sopravvengono – quindi la deliberazione di aumento del capitale rimanga ineseguita – essa, se gravata da vizi di procedimento, potrà essere annullata in ragione dell'art. 2377 c.c., se gravata dai vizi di cui all'art. 2379, 1° co., c.c., potrà ricevere una pronuncia di “nullità”. Al riguardo, sarà decisivo l'accoglimento della sospensione cautelare degli effetti della delibera cui pocanzi si è fatto cenno; il suo rigetto implicherà un effetto negativo sulla relativa azione: ove l'esecuzione si venga a determinare, il sopraggiungere di quei fatti già chiariti determinerà la preclusione alla pronuncia di invalidità.

<sup>130</sup> Su simili conclusioni credo si attesti pure GENOVESE A., *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., 234.

<sup>131</sup> Valorizzano le affinità con il regime di fusione, PRESTI G. - RESCIGNO M., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, cit., 163 ss.; PORTALE G.B., *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, cit., 222; ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 119.

anche qui *speciale* della relativa norma, che fa *più precocemente* maturare un effetto, la preclusione alla pronuncia di invalidità <sup>132</sup>, già considerato, con diversa tecnica, dalle norme precedenti; analogamente cioè al decorso infruttuoso dei termini per impugnare le relative delibere <sup>133</sup>.

Si tratta, dunque, di una norma di chiusura del micro sistema d'invalidità delle delibere che dispone, in chiusura appunto, *come* incidono quei fatti, riguardanti società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, sui regimi d'impugnazione, già proposti o proponibili in futuro, a norma degli artt. 2377 e 2379-ter, 1° c.c.

### ***13. La disciplina per rinvio applicabile alle s.r.l.***

Al fine di apprestare un chiarimento circa l'*estensione soggettiva* delle norme considerate volgiamo l'attenzione, specialmente, alle s.r.l. entro la cui disciplina la riforma ha fatto espresso rinvio recettizio all'art. 2379-ter <sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Per ciascun vizio: v. ad es. la sottolineatura per gli abusi di maggioranza da parte di SANZO S., *sub art. 2379-ter*, cit., 663

<sup>133</sup> Per qualche deduzione aperta da questa prospettiva, e per un suo sviluppo ulteriore, v. i successivi paragrafi di *questo* Capitolo.

<sup>134</sup> Mette conto precisare che l'art. 2379-ter, in ragione del diffuso impiego della tecnica del rinvio, si applica sia alle società in accomandita per azioni (giusto il loro art. 2454) sia alle società cooperative in forma azionaria per l'art. 2519, 1° co.: in entrambi i casi, tuttavia, non credo ci siano particolarità tali da impegnare una specifica trattazione in questa sede. Ove invece, ai sensi dell'art. 2519, 2°, le cooperative operino in forma di s.r.l., ad esse si applicherà, in quanto compatibile, l'art. 2479-ter c.c., e per suo tramite anche l'art. 2379-ter. Su questa diffusa tecnica in materia societaria v. ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, cit., *passim*; ora ID., *sub art. 2478-bis*, *Della società a responsabilità limitata*, t. II, in *Il Codice Civile. Commentario* fontato e già diretto da Piero Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2010, 1211 ss. Il problema che essa in concreto pone è che, nel caso di variazione della disciplina richiamata, non è chiaro quale sia la conseguenza per la disposizione che contiene il rinvio (se si ritiene il rinvio *statico* non si realizza alcun cambiamento della disciplina considerata; se il rinvio è *dinamico*, la disposizione che contiene il rinvio cambia in funzione dei cambiamenti della disciplina richiamata). Cfr. ora ZANARONE G., *sub art. 2478-bis*, *op. ult. cit.*, 1211 ss..

L'attenzione verso questa ipotesi richiede un esame appena più attento delle peculiarità determinate dalla disciplina recepita per l'impugnazione della delibera *assembleare* di aumento del capitale di s.r.l.<sup>135</sup>.

A parte questa preliminare notazione, intendiamo qui affrontare i problemi posti dal regime recepito sulla disciplina dei vizi e su quella dei termini già contenuta nell'art. 2479-ter; concluderemo considerando il risarcimento dei danni nel caso in cui maturi la preclusione. Per evitare di appesantire l'esposizione dell'argomento dico subito che, del regime recepito non è affatto compatibile il secondo comma dell'art. 2379-ter c.c.<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> La modifica del capitale non può essere adottata con metodo semplificato; se essa fosse così adottata sarebbe viziata per ragione di procedimento (sul punto, riscontra un vizio di procedimento con riferimento a decisioni necessariamente assembleari, ZANARONE G., *sub art. 2479-ter, Della società a responsabilità limitata*, t. II, in *Il Codice Civile. Commentario* fontato e già diretto da Piero Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2010, 1402): la relativa disciplina del vizio, quindi, sarebbe quella del primo comma dell'art. 2479-ter, con la conseguenza che la decisione potrebbe essere impugnata nei novanta giorni decorrenti dalla sua trascrizione nel libro dei soci.

<sup>136</sup> Su questa constatazione v. ZANARONE G., *sub art. 2479-ter*, cit., 1407, 1430 testo e nt. 83; PALMIERI G., *Invalidità delle decisioni dei soci*, nel *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, IV, Padova, 2009, 160; la legge delega ha inteso differenziare la s.r.l. dalla s.p.a. anche facendo divieto alla prima di ricorrere al mercato del capitale di rischio (v. art. 3, comma 2, lett. g) l. 366/2001). Le ragioni di ciò sono ben note. Sull'afferenza impersonale di tutti i diritti alle azioni v. ANGELICI C., *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 205 ss.; BIONE M., *Le azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2\*, Torino, 1991, 5 s.. Sul regime semplice e rapido di circolazione delle azioni v. DE FERRA G., *La circolazione della partecipazione azionaria*, Milano, 1964, 73 ss.; ANGELICI C., *La circolazione della partecipazione azionaria*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2\*, Torino, 1991, 99 ss.; DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, Torino, 2007, *passim*. Sulla rilevanza delle persone dei soci nell'organizzazione della s.r.l. v. invece PERRINO M., *La « rilevanza del socio » nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 810 ss.; ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 75 ss.; MARASÀ G., *La s.r.l. come società di capitali e suoi caratteri distintivi dalla s.p.a.*, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005, 107 ss.. Su tali profili d'assieme v. comunque chiaramente MARASÀ G., *op. ult. cit.*, 116 ss.

Il regime recepito, relativo ai casi di cui all'art. 2379, viene a prospettare l'introduzione di *cause di invalidità* della delibera di aumento del capitale di s.r.l. *simili* a quelle più gravi già prescritte dal terzo comma dell'art. 2479-ter<sup>137</sup>; come evidente, essendo comune ad entrambi i regimi giuridici considerati la causa dell'oggetto illecito od impossibile, le perplessità della tecnica del rinvio, nel caso che ci riguarda, si concentrano sulle «decisioni ... prese in assenza assoluta di informazione».

A questo proposito, come noto, è tutt'ora in corso la discussione per definire l'estensione di tale norma<sup>138</sup>. Il dato letterale, che emerge evidenziando parte della richiamata formulazione legislativa, ha consentito alla dottrina di ritenere coinvolti i soli casi di mancanza di convocazione<sup>139</sup>.

La domanda che però ci si pone al cospetto di tale interpretazione della lettera è se, in effetti, a suo supporto vi siano altre ragioni sostanziali che possono confermare una tale deviazione rispetto al regime delle s.p.a., ove l'accorpamento dei vizi di procedimento a quelli sostanziali, come già rilevato, è valso ad evitare pronunce di inesistenza delle relative delibere. A parte la rilevanza del problema dell'*inesistenza* anche in materia di s.r.l., sul *quadro normativo* si può riflettere ulteriormente. Per un verso, l'assenza assoluta di informazione caratterizza la mancata documentazione delle decisioni già prese<sup>140</sup>, il mancato compimento di tale attività può dunque apparire pertinente ai vizi più gravi; per altro verso, l'art. 2479-ter contiene un rinvio recettizio all'art. 2379-bis ove, in caso di mancanza del verbale, si ha riguardo al regime

---

<sup>137</sup> Non ha senso prospettare, nei casi del primo comma dell'art. 2479-ter, una riduzione a 180 gg. o 90 gg., ove già, in tale norma, il termine per impugnare è fissato a novanta giorni dalla trascrizione della decisione nel libro delle decisioni dei soci.

<sup>138</sup> Cfr. PALMIERI G., *Invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 208 ss.; G. ZANARONE, *sub art. 2479-ter*, cit., 1424 nt. 76.

<sup>139</sup> Cfr. G. PALMIERI, *op. ult. cit.*, 209.

<sup>140</sup> Sul che v. GUERRERA F., *Il verbale di assemblea*, cit., 95 ss.

giuridico dei vizi più gravi di cui all'art. 2379 affine a quello del 3° co., dell'art. 2479-ter<sup>141</sup>.

Quel che però desta maggiori perplessità, rispetto al regime recepito, è il fatto che, in fondo, la tesi in discorso reca l'effetto d'introdurre un *doppio regime d'impugnazione* per le decisioni gravate dai vizi di procedimento considerati: la mancanza di verbale sarebbe attratta nel regime del primo comma, mentre la mancanza di convocazione nel regime del terzo comma, con tutte le conseguenze che ciascuno inevitabilmente può intuire. Ora, nonostante l'effetto in parola sia in parte attenuato da una valutazione complessiva del regime di invalidità delle decisioni dei soci, che conduce la stessa dottrina a superare la distinzione tra annullabilità e nullità sotto *alcuni* profili<sup>142</sup>, vi è comunque da rilevare, a questo proposito, che tale doppio regime d'impugnazione *non* caratterizza le prescrizioni dell'art. 2379-ter, ove i due vizi di procedimento seguono una disciplina dell'impugnazione per le relative delibere complessivamente *unitaria*. Anche sotto questo profilo, dunque, si può credere preferibile mantenere, come sulla scorta del regime recepito, un sistema unitario incentrato sul terzo comma dell'art. 2479-ter per tutti i vizi di procedimento considerati.

Il regime recepito, poi, prescrive due *termini*: 180 giorni e 90 giorni per i casi di mancata convocazione. Per le stesse ragioni che valgono in materia di s.p.a., tale ultimo criterio dovrebbero valere per le s.r.l.; per esse, invero, l'impiego della pubblicità interna<sup>143</sup> potrebbe determinare una situazione

---

<sup>141</sup> Sulla portata significativa del rinvio recettizio all'art. 2379-bis, per la soluzione del problema in discorso, v. G. ZANARONE, *sub* art. 2479-ter, cit., 1424 nt. 76, ove ampi riferimenti.

<sup>142</sup> Cfr. ancora PALMIERI G., *Invalidità delle decisioni dei soci*, 173.

<sup>143</sup> Così nella *Relazione*: il tipo s.r.l. è « ... caratterizzato dalla partecipazione personale dei soci, presuppone una loro presenza attiva nella vita della società: sicché, a differenza di quanto avverrebbe nell'ipotesi di un mero investitore estraneo all'attività sociale, maggior rilievo assume una sorta di pubblicità interna come quella rappresentata dai libri sociali rispetto ad altre forme di pubblicità esterna quale per esempio quella realizzata con l'iscrizione nel registro delle imprese ».



troppo *penalizzante* per il socio non convocato: i 90 giorni per egli prenderebbero a decorrere dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci. Ora, non essendo da escludere che ciò non sia sufficiente a far conoscere tale delibera al socio, anche qui il termine dovrebbe decorrere dall'approvazione del bilancio dell'esercizio in cui l'aumento è stato anche parzialmente eseguito <sup>144</sup>.

Negli altri casi considerati, per l'impugnazione delle delibere di aumento del capitale di s.r.l. la decorrenza del termine di 180 gg. dovrebbe essere affidata alla trascrizione della delibera nel libro delle decisioni dei soci, come prescritto dall'art. 2479-ter <sup>145</sup>. Il fatto è che, per le decisioni aventi oggetto illecito od impossibile e per quelle prese in assenza assoluta di informazioni, la legittimazione ad impugnare è riconosciuta a chiunque vi abbia interesse. Il rispetto delle regole non rileva solo per i soci, ma pure per i *terzi*, legittimando costoro ad impugnare le relative delibere. Questi, però, pur potenzialmente legittimati ad impugnare sono concretamente impossibilitati a consultare il libro delle decisioni dei soci. Dunque, per costoro, il termine potrebbe spirare a motivo della mancata conoscenza della delibera.

Serve perciò un (ulteriore) correttivo della disposizione.

Secondo un primo indirizzo, si potrebbe impiegare direttamente il criterio, presente in materia di s.p.a., che fa decorrere i termini dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese <sup>146</sup>.

Secondo un altro indirizzo, si potrebbe applicare l'art. 2935 c.c., secondo cui «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere

---

<sup>144</sup> V. *supra* § 12 quanto rilevato per le s.p.a.

<sup>145</sup> Ciascuno intuisce, perciò, la scelta di avere considerato il rispetto delle regole di procedimento e sostanziali diretta alla cura dell'interesse esclusivo dei soci; in questa prospettiva, la violazione di tali regole avrebbe richiesto un regime di tutela, ad istanza dei soci e degli organi sociali, del tutto interno alla società. Per una concezione contrattuale del *solo* procedimento, v. ABBADESSA P., *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 300 ss.

<sup>146</sup> Cfr. Trib. Verona, 10 dicembre 2004, in *NDS*, 2005, 49; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di U. Morera, G. Olivieri, M. Perassi, G. Presti e F. Vella, Bologna, 2009<sup>3</sup>, 271.

fatto valere», facendo decorrere il termine per i terzi dalla conoscenza della decisione <sup>147</sup>; tale conoscenza, per le delibere modificative dell'atto costitutivo, sarebbe verosimilmente legata alla loro iscrizione nel registro delle imprese; perciò, da tale momento, i terzi potrebbero impugnare la delibera di aumento del capitale entro centoottanta giorni.

Ebbene, come si vede, entrambi giungono in fondo allo stesso apprezzabile risultato: far decorrere i termini dall'effettiva conoscenza della delibera, come d'altronde suggerisce il regime recepito di cui all'art. 2379-ter sia con l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, sia per le delibere di aumento del capitale adottate in mancanza di convocazione. Perciò esso può trovare conferma per i terzi legittimati ad impugnare le decisioni dei soci di s.r.l. viziata ai sensi dell'art. 2479-ter, 3° co.

Tocca adesso vedere se per tale tipo societario sia compatibile il terzo comma dell'art. 2379-ter.

La questione è complicata da un preciso indirizzo che ritiene di giustificare tale rimedio ove sia impossibile ottenere una tutela demolitoria <sup>148</sup>. Poiché tale circostanza caratterizza la sola ipotesi del secondo comma dell'art. 2379-ter, diverrebbe impossibile conciliare tale rimedio risarcitorio con la contraria possibilità di impugnare le delibere di aumento del capitale di s.r.l. ai sensi del regime recepito di cui al primo comma dell'art. 2379-ter.

Si fa constatare, al riguardo, che tale rimedio per le s.r.l. trova applicazione già quando tali società siano coinvolte in operazioni di fusione, scissione e trasformazione invalide <sup>149</sup>. L'impossibilità di avvalersi di questo parallelo si evidenzia però considerando la maggiore ampiezza delle preclusioni dei regimi di invalidità di fusione, scissione e trasformazione, non ristretti, come

---

<sup>147</sup> Cfr. PALMIERI G., *Invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 198.

<sup>148</sup> Cfr. D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., 707 ss.

<sup>149</sup> Lo rilevano PALMIERI G., *Invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 166; ZANARONE G., *sub art. 2479-ter*, cit., 1404 nt. 35.

invece quella del secondo comma dell'art. 2379-ter, alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

La ragione che si propone per una diversa conclusione, per giustificare la compatibilità del terzo comma dell'art. 2379-ter nel contesto della disciplina del tipo s.r.l., può essere invece la seguente. Che, entrambi i regimi considerati, quello del primo comma e quello del secondo comma dell'art. 2379-ter, conducono, come già visto ricorrendo i rispettivi presupposti, ad una preclusione alla pronuncia di invalidità delle rispettive delibere; e se ciò giustifica l'azione per il risarcimento del danno nelle ipotesi del secondo comma, vi potrebbe essere spazio per riconoscere il medesimo rimedio nelle ipotesi del primo comma, esso intervenendo, in entrambi i casi, quando oramai in definitiva la via demolitoria è preclusa dalla legge <sup>150</sup>.

Un'ultima considerazione: anche per le s.r.l. come per le s.p.a. (v. *supra* § 11), le decisioni di aumento del capitale potranno essere impugnate ai sensi del primo comma dell'art. 2479-ter c.c.; e perciò, in entrambi i casi, la loro complessiva disciplina richiederà l'applicazione del 7°, 8° e 9° comma dell'art. 2377 c.c. cui fa rinvio l'art. 2479-ter, ult. co., <sup>151</sup>.

***14. Sull'eccezionalità delle sanatorie: conferma del loro valore speciale. I limiti oggettivi. La possibilità di estendere le regole considerate ai casi: di aumento gratuito, di emissione di nuove azioni senza variazione del capitale, di aumento a servizio e di dematerializzazione facoltativa***

L'approfondimento che precede ha consentito di chiarire la collocazione delle norme, recate dall'art. 2379-ter, nel microsistema delle invalidità delle delibere di s.p.a. e delle decisioni dei soci di s.r.l. Lo sviluppo del tema può adesso proseguire gettando uno sguardo più ampio ai *limiti oggettivi* delle norme considerate essendovi la possibilità di farvi confluire la disciplina di

---

<sup>150</sup> Per un maggiore approfondimento di questa prospettiva v. § 18.

<sup>151</sup> Preciseremo meglio nel Cap. III la disciplina degli effetti delle decisioni dei soci invalidate.

delibere concernenti *materie affini* o di potere estendere la relativa disciplina ad altre fattispecie deliberative concernenti la *stessa materia*; delibere che, se non fossero riconducibili alla relativa disciplina, verrebbero ad essere traslate in altri ordinamenti della materia, con le conseguenze che ciascuno può intuire considerando, per un verso, l'impianto degli artt. 2377-2379-*bis*, e, per altro verso, l'art. 2388 per le delibere del consiglio di s.p.a. adottate in tema di aumento del capitale.

Per sviluppare tali questioni, tuttavia, occorre tenere in debita considerazione un orientamento interpretativo il quale rischia di vanificare la possibilità di ampliare la fattispecie portata dalle norme di cui all'art. 2379-*ter*.

Nell'affrontare la questione deve avvertirsi subito, per le ragioni di cui appresso, che “le leggi ... che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati” (art. 14 preleggi). Un diffuso orientamento, infatti, ritiene di qualificare le sanatorie in discorso come *eccezionali*, impedendo così l'applicazione ad altre, pur possibili ipotesi, non espressamente regolate <sup>152</sup>.

La possibile ragione di tale reazione, che delimita nettamente la portata delle norme, può forse rintracciarsi nel fatto che i limiti in parola restringono, fino al punto di escludere, il diritto di difesa, di cui all'art. 24 Cost., per ottenere un rimedio reale/demolitorio della delibera. In fondo non è nuova la dottrina a prospettare in vario modo un'attenuazione dei limiti introdotti dal legislatore, soprattutto osservando l'ampio regime delle preclusioni per fusioni e scissioni <sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Lo sostengono SPAGNULO D., *sub art. 2379-ter*, cit., 385, e MUSCOLO G., *sub art. 2379-ter*, cit., 430; lo condivide GUERRIERI G., *sub art. 2379-2379-ter*, cit., 615, seppure, diversamente dai primi, ammette talvolta un'interpretazione estensiva delle norme.

<sup>153</sup> Cfr. OPPO G., *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 514; SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*\* 2, Torino, 2004, 371 s., 382 ss., ove ampi ragguagli dei tentativi di ridimensionamento variamente assecondati rispetto all'art. 2504-*quater*.

Tale opinione è stata tuttavia criticata, oltre che dalla dottrina <sup>154</sup>, anche dalla giurisprudenza, che più volte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata in via di eccezione nel corso di giudizi concernenti l'impugnazione delle delibere di fusione <sup>155</sup>. L'argomento forte di questa critica attiene essenzialmente ad una scelta consapevole che il legislatore avrebbe preso per adeguare, rendendo più proporzionata, la tutela del singolo a vicende nelle quali si andava ben oltre l'interesse di questi; il tener conto della molteplicità di soggetti coinvolti non poteva mettere in mano del singolo uno strumento, appunto demolitorio conducente alla pronuncia di invalidità, che avrebbe potuto compromettere e pregiudicare tutti gli altri interessi. Con l'effetto, a tutti noto, di avere *mutato* l'estensione del diritto di difesa entro la più delimitata e proporzionata area del risarcimento del danno <sup>156</sup>.

Ora, anche i limiti da ultimo introdotti per l'impugnazione delle delibere di aumento del capitale possono ricevere una tale giustificazione, limitare variamente l'impiego del rimedio reale, in una prospettiva comune ad entrambe le tecniche considerate (*ex art. 2379-ter*). Le loro rispettive peculiarità, d'altronde, le abbiamo evidenziate nel sistema in cui si inseriscono <sup>157</sup>. E poiché determinano preclusioni *accelerate*, più veloci e quindi

---

<sup>154</sup> V. ad es. un ottimo riepilogo in SANTAGATA R., *La fusione*, cit., 603 ss.

<sup>155</sup> Così ad es. è stato sostenuto che «deve ritenersi manifestamente infondata la questione di costituzionalità [postasi rispetto all'art. 2504-*quater* c.c. con riguardo all'art. 24 Cost.] ... atteso che la scelta del legislatore, razionalmente giustificata nell'intero sistema delle fusioni, ha inteso bilanciare i diversi interessi in gioco, incanalando l'azione individuale nell'azione risarcitoria, consentendo ai soci o ai terzi pur sempre di agire per il ristoro patrimoniale». Cfr. Trib. Genova, 21 dicembre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1933 ss.

<sup>156</sup> Così ad es. per App. Milano 18 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 790, «l'improponibilità della domanda di invalidità determina un sacrificio dell'interesse del singolo socio che si configura in termini soltanto qualitativi e non assoluti, e non assume rilevanza costituzionale, giacché il diritto di far valere i vizi delle deliberazioni che non sono state prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo non viene soppresso, ma solo modificato, potendo il socio dissenziente agire per il risarcimento dei danni».

<sup>157</sup> Sul punto v. *supra* § 12.

anticipatorie rispetto ai regimi d'impugnazione di parte generale, si sono visti in ciò soltanto connotati di *specialità*.

La conferma di tale qualificazione, quindi, ci consente lo sviluppo del tema nel senso già anticipato, cioè ritenendo, sul piano tecnico, aperta la possibilità di disciplinare fattispecie ulteriori, anche lì dove non espressamente regolate dall'art. 2379-ter, avvalendoci, ove occorra, dell'*argomento analogico*<sup>158</sup>.

Incominciamo con il valutare, a tal fine, le questioni sorte attorno all'*aumento gratuito*.

Per quanto al primo comma dell'art. 2379-ter, l'operazione appartiene – secondo un primo indirizzo – alla fattispecie di aumento del capitale, perciò riceverebbe una disciplina da questa norma<sup>159</sup>.

In senso opposto, se ben intendo, tutte le fattispecie regolate avrebbero riguardo ad operazioni determinate da una delibera che richiedono poi la sua attuazione, così per l'aumento oneroso, così per la riduzione *ex art.* 2445; nel mentre ciò, per certi versi, non caratterizza l'art. 2446, ove la perdita opera di per sé, e, per altri versi, non caratterizza l'aumento gratuito *ex art.* 2442, ove manca l'attuazione<sup>160</sup>.

La costruzione così prospettata, se ben comprendo, è raffinata e va tenuta in dovuta considerazione; ma, a rifletterci, non credo ci siano effettive ragioni di ostacolo per la disciplina dell'aumento gratuito sul versante della *ratio* della disposizione. Mentre l'operazione chiaramente conduce alla formazione di nuove partecipazioni sociali o all'aumento del valore nominale di quelle già emesse, l'invalidità della relativa delibera si rifletterebbe sul rapporto di

---

<sup>158</sup> Su tale complessa tecnica dell'ermeneutica, circa i presupposti della relativa argomentazione, v. per tutti GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 154 ss., ove il significativo inciso per ricorrervi quando «la formulazione legislativa non rifletta la “reale” volontà del legislatore (“lex minus dixit quam voluit”)».

<sup>159</sup> Lo ritiene MARCHETTI P. G., *sub art.* 2379-ter, cit., 323.

<sup>160</sup> In questo senso *pare* GENOVESE A., *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., 241 s.

partecipazione da essa determinato. Perciò, l'esigenza di stabilizzare *più precocemente* il rapporto fondamentale della delibera di aumento del capitale gratuito dovrebbe riscontrarsi pure nel caso in cui sia gratuita l'operazione per i beneficiari del vincolo partecipativo.

Per il secondo comma, invece, l'operazione pare esclusa dal fatto che la norma si riferisce a quei *fatti*, di *esecuzione* e di pubblicità dell'*attestazione* di cui all'art. 2441 c.c., tipici dell'aumento oneroso <sup>161</sup>.

Come già visto, tuttavia, la norma ha inteso sottrarre all'emittente l'eccezione di cui all'art 33 Decreto Euro per esigente di certezza nelle negoziazioni dei titoli (dematerializzati) emessi in ragione di un rapporto fondamentale viziato. Simili esigenze, per identità di *ratio*, dovrebbero valere anche rispetto all'aumento gratuito (viziato), al quale, perciò, la preclusione alla pronuncia di invalidità si può applicare con l'argomento dell'*analogia legis*. Qui, il *fatto* più simile a quello contemplato nell'art. 2444, è il deposito dello statuto recante la cifra del capitale *post* aumento <sup>162</sup>.

Il problema della possibile estensione della nuova disciplina può riguardare anche le *emissioni di nuove azioni indipendentemente da un contestuale aumento del capitale* <sup>163</sup>. Anche in tal caso, essendovi coerenza con la *ratio* delle disposizioni recate dall'art. 2379-ter c.c., pare possibile applicare il suo regime alla fattispecie considerata con la medesima

---

<sup>161</sup> L'argomento letterale lascia concludere "inequivocabilmente", per PUPO C.E., *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, cit., 603 nt. 43, nel senso di escludere l'aumento del capitale gratuito.

<sup>162</sup> Così, MARCHETTI P. G., *sub* art. 2379-ter, cit., 323, il quale però sembra trattare ciò come termine ultimo per l'impugnazione. Ai fini del presente lavoro è invece qualcosa di identico a quanto abbiamo già rilevato supra § 12.

<sup>163</sup> Si ha riguardo a società le quale abbiano optano per il regime delle azioni senza valore nominale ad origine o con successiva modifica dell'atto costitutivo. Su questo regime v. G. FIGÀ-TALAMANCA, *Euro e azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*\*, Torino, 2004, 218 ss.

argomentazione analogica <sup>164</sup>. Anche qui il *fatto* più prossimo a quello *ex art.* 2444 è il deposito dello statuto recante indicazione del diverso numero di azioni successivamente alla deliberazione.

Il problema, ancora, si può porre per le *delibere di aumento del capitale a servizio*.

Tali delibere, come noto, prendono parte ad operazioni di fusione, scissione e trasformazione, ovvero di emissione di obbligazioni convertibili; tali operazioni hanno già un regime speciale di invalidità, per cui occorre chiarire, con riguardo alle delibere di aumento a servizi di queste operazioni, se esse siano disciplinate dal regime di cui all'art. 2379-ter ovvero da quello delle rispettive operazioni in cui si vengono ad inserire.

Sul problema ci sembra offra un apprezzabile criterio di soluzione il Prof. Marchetti, il quale, esaminando la questione con riguardo all'emissione di obbligazioni convertibili, ha prospettato una sorta di *criterio assorbente*, nel relativo regime di impugnazione, della delibera di aumento a servizio. Per cui, “verificatasi la decadenza per l'impugnazione della delibera ... dell'emissione obbligatoria, si verifica anche la decadenza per la delibera di aumento del capitale ancillare. E ciò sempre in funzione della prevalenza della disciplina più (rapidamente) stabilizzante” <sup>165</sup>.

Ciò, com'è ovvio, non implica escludere la possibilità di impugnare la delibera di aumento a servizio, ma piuttosto dire che, nel caso in cui si realizzino quei *fatti* cui la legge ricollega la preclusione per l'operazione “maggiore”, risulterà preclusa anche l'operazione “minore” di aumento del capitale a servizio.

Un cenno ultimo con riguardo alla possibilità di estendere le prescrizioni osservate concerne il caso in cui s.p.a. chiuse aderiscano al regime di

---

<sup>164</sup> Contrario, sul presupposto dell'eccezionalità della norma, SPAGNULO D., *sub art.* 2379-ter, cit., 385.

<sup>165</sup> Cfr. così MARCHETTI P. G., *sub art.* 2379-ter, cit., 324.



dematerializzazione facoltativa <sup>166</sup>. In casi come questi, non diversamente da ciò che caratterizza il problema e le difficoltà salienti nelle s.p.a. aperte (v. *supra* § 9, per procedere ad annullare titoli dematerializzati), credo di dovere ritenere anche qui applicabile la preclusione di cui all'art. 2379-ter, 2° co., c.c. mediante argomentazione analogica.

***15. Segue: la possibilità di estendere le regole considerate alle delibere consiliari di aumento del capitale di s.p.a.***

Sui medesimi presupposti di tesi, possiamo ora valutare la questione per le delibere illegali del consiglio adottate in esecuzione della delega di aumento del capitale *ex art.* 2443 c.c. in tutti i modelli di s.p.a. <sup>167</sup>.

Devo al riguardo ammettere, per ragione di chiarezza espositiva, che il regime d'impugnazione di cui all'art. 2379-ter, 1° co., non mi sembra rilevante ai fini delle delibere osservate. In senso opposto a ciò, tuttavia, nutriti argomenti sono portati da una parte della dottrina *correggendo* la portata dell'art. 2388 <sup>168</sup>.

È appena il caso di notare, a questo proposito, la continuità con il vecchio tentativo di reagire ai limiti d'impugnazione recati dall'originario art. 2391 <sup>169</sup>. Nel vecchio ordinamento, infatti, andava maturandosi tra gli interpreti la

---

<sup>166</sup> Su questa possibilità v. DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, cit., 333 ss.

<sup>167</sup> Nel disciplinare il regime d'invalidità delle delibere consiliari in s.r.l. (ex art. 2475-ter), non si pone invece, come si vedrà, un problema di estensione alla relativa fattispecie dell'art. 2379-ter. Sui limiti d'impugnazione concernenti tali delibere v. oltre § 16.

<sup>168</sup> La norma si applica, oltre che al sistema tradizionale, alle decisioni adottate dai rispettivi organi dei modelli monistico e dualistico, modelli in cui l'art. 2388 c.c. è richiamato - nel sistema monistico - dall'art. 2409-noviesdecies c.c., e - per il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico - dagli artt. 2409-undecies e 2409-quaterdecies c.c.

<sup>169</sup> La disposizione, pur rinnovata ed ampliata dalla riforma, contiene ancora, accanto all'art. 2388, cause d'impugnazione delle delibere del consiglio di s.p.a.; occorrerà quindi valutarla nel prossimo paragrafo.

consapevolezza che il suo stringente limite, non bilanciato da altri sufficienti rimedi, fosse *inadeguato* per la tutela degli interessi sostanziali in gioco. La reazione ad esso, quindi, faceva collocare gli operatori in una prospettiva di integrazione delle sue tutele a misura di quanto già era concesso, in chiave generale, dalla disciplina delle delibere assembleari <sup>170</sup>.

Ora, osservando il regime d'impugnazione della delibera di aumento del capitale si evidenziano *differenze* tra l'art. 2388 e l'art. 2379-*ter*, 1° co., sia per quanto ai termini (più ridotti) sia per quanto alla legittimazione (più ristretta).

Ad una diversa e più articolata conclusione giunge la dottrina che ha ritenuto le prescrizioni dell'art. 2388 relative ai soli *vizi di procedimento*, vedendo in ciò un regime di annullabilità; lì dove invece si presentino anomalie di contenuto, esse, per analogia, sarebbero disciplinate dall'art. 2379 <sup>171</sup>.

Diremo appresso perché non ci convince tale lettura stringente delle violazioni considerate nell'art. 2388. Per il momento, occorre considerare che, per altri, sarebbero da escludere dalla sua disciplina le delibere relative a *competenze assembleari*: per esse – si ritiene – l'invalidità verrebbe regolata dagli art. 2377-2379-*ter* con qualche indispensabile adattamento <sup>172</sup>. Altri,

---

<sup>170</sup> Su tale rilevante indirizzo v., tra i molti, MIGNOLI A. – NOBILI R., (voce) *Amministratori di società*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, § 16, 140; Cass., 24 gennaio 1990 n. 420, *Foro it.*, 1990, I, 1551; ampi e dettagliati riferimenti, anche per l'indirizzo opposto, v. comunque in VENTORUZZO M., *sub art. 2388*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi- F. Ghezzi – M. Notari, *Amministratori* a cura di Federico Ghezzi, Milano, 2005, 314.

<sup>171</sup> Lo sostiene NAZZICONE L., *sub art. 2388*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Giovanni Lo Cascio, 5, Milano, 2003, 94 ss., la quale per tal via soggiunge l'applicazione dell'art. 2379-*ter* c.c. alle delibere del consiglio.

<sup>172</sup> Lo afferma IRRERA M., *La patologia delle deliberazioni consiliari*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1139, per il quale «non appare coerente un sistema che consenta forme di reazione diverse di fronte ad una causa di invalidità, in base unicamente al tipo di organo che, in quel determinato caso, ha assunto la deliberazione». Gli adattamenti proposti dall'A., comunque, riguardano la *legittimazione* ad impugnare le delibere che presentano vizi di procedimento non radicali (prevarrebbe quella di cui all'art. 2388) e la *decorrenza del termine* ad impugnare le delibere dalla loro iscrizione nel registro delle imprese.

infine, escludono, tra le delibere disciplinate nell'art. 2388, quelle di *emissione delle obbligazioni* ordinarie; l'emissione di obbligazione, ai sensi dell'art. 2410 c.c., è deliberata, nel regime legale, dagli amministratori, per cui – si ritiene – l'art. 2379-ter, almeno per questa materia, riguarderebbe una delibera del consiglio <sup>173</sup>.

Tali motivazioni, ad un attento vaglio, appaiono tuttavia, a mio avviso, insufficienti per fondare una deviazione dal regime dell'art. 2388 c.c. rispetto alle vicende invocate.

Del primo argomento si può considerare intrinsecamente debole e preconcepita la distinzione tra vizi di procedimento e di contenuto. Già, come già evidenziato (*supra* § 2 Cap. I), tale distinzione era stata inclinata dalla giurisprudenza: sia con le pronunce d'inesistenza, sia con altro atteggiamento, ripetuto ancora di recente <sup>174</sup>, con l'effetto di aver spostato sull'art. 2377 c.c. la disciplina delle anomalie di contenuto che incidono su interessi particolari <sup>175</sup>. Ora, in questo senso, la nuova formulazione dell'art. 2379 contribuisce a determinare una vigorosa frattura nella distinzione tra vizi di procedimento e sostanziali nel quadro *delle invalidità delle delibere* <sup>176</sup>.

---

L'esclusione delle delibere del consiglio relative a competenze assembleari si fonda, seconda altri, sul regime delle deleghe. E v., in tale prospettiva, CERRATO S. A., *Le deleghe di competenze assembleari nelle società per azioni*, Milano, 2009, 501 ss.

<sup>173</sup> Avanza tale argomento MARCHETTI P. G., *sub art. 2379-ter*, cit., 325 s., ritenendo «irrazionale una soluzione che limitasse la disciplina stabilizzante solo a delibere assunte in sede assembleare»; rafforzativo di ciò, per l'A., anche il fatto che l'art. 2388 richiama *alcune* norme del sistema in cui si inserisce l'art. 2379-ter.

<sup>174</sup> Cfr. Cass., 20 gennaio 2011, n. 1361, cit..

<sup>175</sup> Cfr. sul punto ancora ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 420 ss..

<sup>176</sup> Sul punto v. chiaramente STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.. La nuova disciplina*, cit., 175. Non distinguono d'altronde i relativi vizi, e ritengono l'ampia disciplina idonea a comprendere sia quelli di procedimento sia quelli di contenuto, VENTORUZZO M., *sub art. 2388*, cit., 321 s.; PISANI MASSAMORMILLE A., *Invalidità delle delibere consiliari*, cit., 521; GUERRIERI G., *sub art. 2388*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 735; MOSCO G. D., *sub art. 2388*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 632 s.; Trib. Ferrara, 22 dicembre 2006, in

Non può destare sorpresa un diverso risultato anche intendendo esattamente le *ragioni* che hanno condotto all'introduzione dell'art. 2388 c.c.; rispetto ad esse, credo, gli argomenti invocati paiono nient'affatto coerenti.

Se con l'art. 2388 si sono bilanciati nel sistema i maggiori e più ampi poteri dell'organo gestorio <sup>177</sup>, tale circostanza sottende la ragione dell'introduzione di un regime *generale* d'invalidità per tutti gli atti considerati dal legislatore. A questo proposito, credo incoerente fare eccezione ad esso proponendo l'applicazione dell'art. 2379-*ter* riguardante le *sole* delibere assembleari.

D'altra parte, il legislatore era al corrente delle conseguenze dell'estensione del regime di nullità alle delibere del consiglio (per i termini e la legittimazione ad impugnare); quindi, anche sulla scorta dell'atteggiamento degli interpreti richiamato rispetto al vecchio regime a sua conoscenza, in senso opposto ad esso il legislatore ha inteso *limitare* l'impugnazione per determinare maggiore stabilità agli atti e certezza nei rapporti giuridici <sup>178</sup>.

Ben si comprende, dunque, che le tesi considerate risultano, rispetto a tali scelte, incoerenti poiché giungono ad *ampliare* il regime d'impugnazione delle delibere del consiglio con l'applicazione degli artt. 2379 e 2379-*ter* <sup>179</sup>.

---

RDS, 3/2008, 598 ss., con nota di A. Postiglione, ritiene più coerente alla volontà legislativa ritenere la disposizione rivolta a “*tutte* le fattispecie contrarie alla legge o allo statuto”.

<sup>177</sup> Lo chiariscono F. D'ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*». *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, cit., 46 e LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in RDS, 2008, 221.

<sup>178</sup> Ciò credo rifletta la “reale” volontà del legislatore, di cui parla GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 154, per impedire l'argomento dell'analogia.

<sup>179</sup> Su simili considerazioni v. VENTORUZZO M., *sub* art. 2388, cit., 321 s.; PISANI MASSAMORMILLE A., *Invalidità delle delibere consiliari*, cit., 517; Trib. Milano, 19 febbraio 2009, in *Società*, n. 10/2009, 1269 ss., con nota di M. Centonze; Trib. Ferrara, 22 dicembre 2006, in RDS, 2008, 598 ss., con nota di A. Postiglione. L'ostacolo che si poneva all'ampliamento delle ipotesi di invalidità delle delibere in oggetto, per PISANI

Ora, sulla scorta di queste brevi notazioni, l'art. 2388 è norma che appresta un regime *generale adeguato* a regolare *tutte* le fattispecie considerate dal legislatore; vi possono quindi ricadere sia le deliberazioni delegate per l'aumento del capitale (eseguite e non) adottate in s.p.a. chiuse, così come pure le delibere concernenti questa materia (non eseguite) in s.p.a. aperte <sup>180</sup>.

La questione può prendere una piega diversa per le delibere *eseguite* di s.p.a. aperte.

L'invalidità della relativa delibera, se fosse pronunciabile, recherebbe problemi identici a quelli della delibera assembleare di aumento del capitale (v. *supra* § 9); per cui, ricorrendo i *fatti*, di esecuzione e di pubblicità dell'attestazione *ex art.* 2444, pendente l'impugnazione proposta *ex art.* 2388, il giudice incontrerebbe il medesimo impedimento, per identità di *ratio* rispetto al secondo comma dell'art. 2379-*ter* c.c., a pronunciare l'invalidità della delibera di aumento del capitale; così pure, ove tali *fatti* intervengano

---

MASSAMORMILLE A., *op. ult. cit.*, 516 nt. 2, «era il rischio di esporre ... l'organo gestorio a possibili iniziative ostruzionistiche della minoranza e di pregiudicare l'efficienza dell'azione societaria ... ». È noto d'altronde che, nel vecchio regime, un certo indirizzo escludeva la possibilità d'integrare le tutele apprestate dall'art. 2391 c.c. Cfr. ad es. GALGANO F., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. VII, Padova, 1988<sup>2</sup>, 275 ss.

<sup>180</sup> V. *supra* § 10. Il che significa, in estrema sintesi, limitare per esse l'impugnazione entro 90 giorni dalla loro adozione con azione ristretta agli amministratori assenti o dissenzienti, al collegio sindacale ed ai soci; per questi ultimi, limitatamente alle sole delibere che siano nei loro confronti lesive di diritti (ad es. esclusione illegittima del diritto di opzione), con il probabile correttivo di fare nei loro confronti decorrere il termine, giusto il rinvio all'art. 2377 contenuto nell'art. 2388, dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese. Non pare da trascurare, al riguardo, il fatto che i soci, a mente dell'art. 2422 c.c., non hanno diritto d'ispezionare il libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione (ovvie le ragioni per esigenza di segretezza della gestione; tema sul quale ampia documentazione v. in A. STAGNO D'ALCONTRES, *Informazione dei soci e tutela degli azionisti di minoranza nelle società quotate*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 314 ss.; nonché in MANGANO R., *sub art.* 2422, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 974 ss.).

prima dell'azione, il giudice dovrebbe ritenere essa improponibile. Qui, in fondo, ricorrono i presupposti per l'argomento dell'*analogia* <sup>181</sup>.

Su simili considerazioni, oltre al secondo comma dell'art. 2379-ter c.c., credo risulti compatibile alla fattispecie osservata il terzo comma di tale disposizione.

### ***16. L'impugnazione delle delibere del consiglio viziate da un interesse dell'amministratore***

Un caso particolare – va riconosciuto rispetto all'art. 2388 – è quello in cui variamente rileva un interesse dell'amministratore nell'operazione decisa dal consiglio (art. 2391) <sup>182</sup>; la circostanza, riproposta ora per le s.r.l. con l'art. 2475-ter, 2° co., mette a rischio d'impugnazione le relative delibere <sup>183</sup>. In questi casi, lì dove si vedrà l'emersione di un interesse particolare dell'amministratore nell'operazione (interesse in conflitto nelle s.r.l., di qualunque tipo nelle s.p.a., rispetto a quello sociale alla cui cura è preposto)

---

<sup>181</sup> La mancata regolamentazione del caso di specie non riflette la “reale” volontà del legislatore. Sul punto, v. ancora GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 154. Giunge al risultato del testo anche GUERRIERI G., sub art. 2379-2379-ter, cit., 615.

<sup>182</sup> Pure particolari, d'altra parte, sono le impugnazioni delle delibere assembleari (di aumento del capitale) adottate con il voto determinate del socio in conflitto d'interessi nei due casi di cui agli artt. 2373 e 2479-ter, 2° co. rispetto al regime generale di cui agli artt. 2377 e 2479-ter, 1° co., vigente per s.p.a. ed s.r.l..

<sup>183</sup> Sul tema considerato, anche per una compiuta individuazione delle differenze tra le rispettive discipline di s.p.a. ed s.r.l., v. ampio resoconto in ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 166 ss.; M. VENTORUZZO, sub art. 2475-ter, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi- F. Ghezzi – M. Notari, *Società a responsabilità limitata* a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 600 ss.; PERRINO M., *Il conflitto d'interessi degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 559 ss.; IRRERA M., *La patologia delle deliberazioni consiliari*, cit., 1140 ss.; ABBRIANI N., *Conflitto d'interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 416 ss.

anche le deliberazioni concernenti l'aumento del capitale delegato saranno soggette a tali regimi d'impugnazione <sup>184</sup>.

A questo proposito – in continuità con quanto già chiarito rispetto all'art. 2388 – in atto, come noto, vi è il tentativo d'*integrare* il regime recato dall'art. 2475-ter con ulteriori cause d'invalidità <sup>185</sup>. Gli espedienti interpretativi proposti per conseguire tale risultato sono due: rispettivamente l'art. 2388 e l'art. 2479-ter <sup>186</sup>. Il presupposto comune ad entrambi gli orientamenti considerati è che si tratti di un regime *lacunoso* il quale richieda una corrispondente integrazione <sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> Il tema degli interessi degli amministratori è talmente generale che una compiuta individuazione di questi, in operazioni di aumento del capitale, rischia di appesantire lo sviluppo del tema. Ciascuno tuttavia può intuire che gli amministratori potrebbero portare interessi particolari nell'operazione di aumento: ad es. in quanto diretti creditori della società per convertire il loro diritto in capitale di rischio; ovvero per fare acquisire al patrimonio sociale un bene in natura di cui loro, o persone ad essi vicine, siano proprietari. Basta ciò per rendere la questione rilevante ai nostri fini.

<sup>185</sup> La disciplina, riproponendo in parte qua il vecchio art. 2391 c.c., *limita* l'impugnazione al solo caso di delibere del consiglio adottate con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società.

<sup>186</sup> Riferisce chiaramente tale duplice percorso DACCÒ A., *Invalidità delle decisioni degli amministratori nella s.r.l.*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 794; più diffusamente è accolta l'applicazione dell'art. 2388: v. IRRERA M., *La patologia delle deliberazioni consiliari*, cit., 1143; Trib. Terni, 15 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 168 s.; Trib. Parma (ord.), 23 dicembre 2004, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Trib. Verona, 1 settembre 2004, in *Giur. merito*, 2006, 124 s.; *contra*, per la sua inapplicabilità, Trib. Lodi 13 marzo 2009, in *Corr. merito*, n. 7/2009, 745 ss., con nota di R. Ambrosini.

<sup>187</sup> Critico verso l'atteggiamento di rinvenire lacune nel nuovo regime è STELLA RICHTER jr. M., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione della nuova disciplina per la società a responsabilità limitata*, in *La «nuova» società a responsabilità limitata* a cura di Massimo Miola, Napoli, 2005, 51 ss.. Come noto, la possibilità di colmare le lacune avvalendosi delle disposizioni del tipo s.p.a. era ampiamente accolta nel regime pregresso. Cfr. ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, cit., *passim*. Ora vi è la possibilità di attingere ad un ragionamento analogo (proponendo l'applicazione dell'art. 2388), ovvero ad un ragionamento diverso (proponendo l'auto-integrazione dell'art. 2475-ter con l'art. 2479-ter, come in passato per l'art. 2391 si faceva impiegando gli artt. 2377-2379). Sulla questione in verità è ancora aperta la discussione sui criteri per integrare la disciplina dedicata alle s.r.l.: cfr. quindi, variamente, ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., 82 ss.; SPADA P., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 503 ss.;

È vero al riguardo che tra la vecchia e la nuova disciplina dedicata alla s.r.l. non vi è una marcata continuità; è pur vero, tuttavia, che, lì dove si è profilata in concreto un'esigenza effettiva di completamento della sua disciplina, il legislatore l'ha risolta avvalendosi di rinvii recettizi a norme (soprattutto) prescritte per le s.p.a: in tal senso – bisogna ammettere – il mancato rinvio all'art. 2388 ha un significato non trascurabile<sup>188</sup>.

D'altro canto, come già anticipato per sintesi, nel vecchio regime il ragionamento che consentiva l'estensione delle cause di invalidità di cui all'art. 2391 era legato al fatto di ritenere *inadeguati* i rimedi diversi per reagire all'azione illegale degli amministratori<sup>189</sup>.

È un fatto, al riguardo, che la disciplina delle s.r.l., ricevuta dalla riforma, ha introdotto taluni *rimedi che interferiscono con l'azione degli amministratori* e possono essere esperiti dal singolo socio a prescindere della misura della sua partecipazione al capitale. Siffatta valorizzazione della persona del socio nell'organizzazione della s.r.l. trova esemplari significativi nell'art. 2476 c.c.<sup>190</sup>. Pur non potendoci addentrare nel loro specifico commento, basta considerare: il potere di controllo individuale del socio non amministratore su chi invece amministra (tanto penetrante da resistere all'introduzione dell'organo di controllo) ed i poteri, altrettanto individuali, che consentono l'esperimento dell'azione di responsabilità contro gli amministratori e, sul presupposto che questi abbiano commesso gravi

---

RIVOLTA G.C.M., *Profili della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2003, I, 683 ss.; STELLA RICHTER jr. M., *op. ult. cit.*, 51 ss.; BENAZZO P., *La «nuova» s.r.l. tra rivoluzione e continuità: il ruolo degli interpreti*, in *Riv. soc.*, 2006, 662 s.

<sup>188</sup> Vedono in ciò la precisa scelta di limitare il relativo regime d'impugnazione PERRINO M., *Il conflitto d'interessi degli amministratori di s.r.l.*, cit., 577; M. VENTORUZZO, *sub art. 2475-ter*, cit., 656; ABBRIANI N., *Conflitto d'interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, cit., 418 s.

<sup>189</sup> V. il punto per sintesi riassunto *supra* § 15 con riguardo alle s.p.a.

<sup>190</sup> Per un quadro complessivo di essi v. PERRINO M., *La « rilevanza del socio » nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, cit., 816 ss.



irregolarità nella gestione, la loro revoca in via cautelare nel giudizio contro di loro istaurato.

Sotto altro profilo, il regime convenzionale, in misura delle regole che i soci possono introdurre nell'atto costitutivo, può incidere su tale problema in certo qual modo risolvendolo. È largamente condiviso tra gli studiosi, a questo proposito, la possibilità di richiamare, tra le prescrizioni applicabili all'azione futura degli organi sociali di s.r.l., talune disposizioni prescritte in altri tipi societari <sup>191</sup>. A torto o a ragione, quindi, i soci, insoddisfatti del regime legale, hanno modo di integrare il medesimo con un regolamento privato che introduca ulteriori rimedi a protezione dei loro interessi, fin'anche procedendo ad estendere quello demolitorio oltre ai vigenti limiti di cui all'art. 2475 c.c.

Peraltro, all'opposto della ragione che ha determinato l'introduzione dell'art. 2388 c.c. <sup>192</sup>, il ricorso ad esso verrebbe fortemente ridotto dalla scelta dei soci di ampliare le proprie competenze in materia di gestione ai sensi dell'art. 2475 c.c.; in tal modo le relative decisioni, difformi a legge o "statuto", verrebbero ad essere così sanzionate dal regime di invalidità delle decisioni dei soci <sup>193</sup>.

Dunque, non solo nel regime legale vi sono rimedi alternativi efficaci per reagire all'illegalità dell'azione degli amministratori, ma anche il regime convenzionale può incidere sul problema con apposite regole. Il che, sottrae, al

---

<sup>191</sup> Propone l'adozione di una clausola statutaria di chiusura della disciplina del tipo s.r.l. STELLA RICHTER jr. M., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione della nuova disciplina per la società a responsabilità limitata*, cit., 57. Essa in concreto potrebbe sostanziarsi, credo, nel seguente inciso: «tutto quanto non sia espressamente previsto nella legge e nel presente atto costitutivo, è regolato, per volontà delle parti, dalla corrispondente disciplina vigente per le s.p.a.» (o anche per le s.n.c., ma il che non rileva ai nostri fini). In tal modo, magari specificando quale disciplina si voglia applicare, potrebbe ritenersi espressamente applicabile l'art. 2388 c.c. ovvero, volendo, con minore opportunità anche l'art. 2479-ter.

<sup>192</sup> Il punto v. evidenziato *supra* § 15.

<sup>193</sup> Cfr. DACCÒ A., *Invalidità delle decisioni degli amministratori nella s.r.l.*, cit., 808, per la quale tale circostanza potrebbe "contribuire a spiegare la scelta del legislatore di non prevedere, nella s.r.l., l'impugnabilità (fuori dal caso di conflitto di interessi) delle decisioni assunte dagli amministratori".

ragionamento di chi volesse dare ingresso in *chiave interpretativa* ad ulteriori ipotesi d'invalidità, la via dell'integrazione del relativo regime.

In questa prospettiva, le delibere del consiglio di s.r.l. sono impugnabili a misura che lo siano nell'unico caso prescritto dall'art. 2475-ter, 2° co.,<sup>194</sup>.

Più ampia di quella fin qui considerata è invece la possibilità d'impugnare le relative delibere ai sensi dell'art. 2391 c.c..

Essa, a rimanere fedeli alla lettera della legge, prescrive l'impugnazione di delibere consiliari adottate

- i) in mancanza d'informazione da parte degli amministratori circa il loro interesse;
- ii) pur in presenza di tale informazione, ove in esse non siano motivate le ragioni e la convenienza per la società a porre l'operazione;
- iii) con il voto determinante dell'amministratore avente qualsiasi interesse nell'operazione.

Ciò che, poi, rispetto ad entrambi i regimi considerati, funge da *limite* è il danno che, per impugnare, tali delibere devono variamente prospettare rispetto alla società; per le s.r.l. sembra trattarsi di un danno effettivo, invece solo potenziale nelle s.p.a.<sup>195</sup>. Una lettura poco più attenta del quadro normativo lascia intravedere che tale soluzione per le s.r.l. sarebbe isolata nel *sistema*: non solo non trova conforto in materia di s.p.a. (2373, 2391) ma neppure in

---

<sup>194</sup> In tal senso, oltre a coloro già citati *supra*, v. pure DACCÒ A., *op. ult. cit.*, 809, ed in motivazione Trib. Lodi 13 marzo 2009, cit..

<sup>195</sup> Nel senso che il danno di cui all'art. 2475-ter debba essere effettivo per impugnare le delibere v. IRRERA M., *La patologia delle deliberazioni consiliari*, cit., 1141; PERRINO M., *Il conflitto d'interessi degli amministratori di s.r.l.*, cit., 574. È certamente difficile che un danno derivi alla società da operazioni di aumento del capitale. L'immissione di nuove partecipazioni nel mercato, ad es., può incidere sul valore di scambio di tutte le partecipazioni e, riducendolo, può determinare un danno. Per MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 383, "non può escludersi che l'innalzamento dei mezzi patrimoniali di dotazione provochi un pregiudizio, ad esempio perché ne derivi l'esclusione della società da certe provvidenze o certi regimi agevolati, a beneficio di altra società appartenente al socio in conflitto d'interessi". Ovviamente, nel nostro caso, con riferimento all'interesse degli amministratori.

materia di s.r.l. (2479-ter, 2° co.) ove sempre si ha riguardo ad un danno potenziale.

D'altro canto, lo spirito delle norme considerate è *prevenire* possibili danni per la società: l'impugnazione dell'atto ha un senso soprattutto se correlata a questa esigenza; ad un danno già cagionato più si confanno misure risarcitorie<sup>196</sup>. In conclusione, giuste le considerazioni svolte rispetto all'art. 2475-ter, ritenere tale rimedio consentito soltanto in presenza di un danno effettivo ci pare troppo stringente per l'impugnazione delle sue delibere; anche rispetto a ciò la potenzialità del danno è dunque preferibile<sup>197</sup>.

### ***17. La sanatoria e la stabilità degli effetti dell'aumento***

Proposta l'impugnazione non sempre ad essa segue una pronuncia d'invalidità: sia perché nel merito la relativa azione può essere rigettata, sia perché, fatti che sopravvengono all'istaurazione del giudizio, possono far perdere l'interesse alla sua prosecuzione, interrompendolo con provvedimenti di rito (spese processuali secondo la regola della soccombenza).

---

<sup>196</sup> Rileva M. VENTORUZZO, *sub* art. 2475-ter, cit., 637 ss. che la *lettera* della legge non esclude che l'impugnazione delle delibere possa esperirsi qualora esse “cagionino «anche in futuro» un danno patrimoniale”.

<sup>197</sup> In entrambe le tipologie societarie i 90 giorni per impugnare decorrono dalla data di adozione della delibera potenzialmente dannosa (lo sostiene M. VENTORUZZO, *sub* art. 2475-ter, cit., 640). Per le s.r.l. la legittimazione ad impugnare sembra accordata a *tutti* gli amministratori (rileva tuttavia PERRINO M., *Il conflitto d'interessi degli amministratori di s.r.l.*, cit., 575, che “la legittimazione in parola sarebbe all'evidenza incompatibile con il generale principio di preclusione al *venire contra factum proprium*”), e, ove introdotto il collegio dei sindaci, anche a questo organo. Nelle s.p.a. la legittimazione è riconosciuta agli amministratori (sono esclusi espressamente quelli che, a conoscenza della notizia d'interesse nell'operazione, hanno consentito con il proprio voto alla deliberazione) ed al collegio sindacale. Sul punto v. comunque più diffusamente la dottrina citata in precedenza.

La *specialità* fin qui assecondata rispetto all'impugnazione della delibera di aumento del capitale, apre la possibilità di valutare l'applicazione di due *sanatorie generali* del vizio per la delibera di aumento del capitale <sup>198</sup>.

Si ha riguardo, anzitutto, all'adozione di una *delibera sostitutiva* di quella già impugnata di aumento del capitale <sup>199</sup>. È nota la difficoltà di conciliare l'istituto rispetto ai casi di delibere con oggetto illecito od impossibile; la sostitutiva, avendo un oggetto diverso, opererebbe come atto ad efficacia successiva "che integra una vera e propria revoca della precedente delibera" <sup>200</sup>. Ora, l'istituto della *revoca* si tende ad escludere per le deliberazioni di aumento del capitale ove, per effetto delle sottoscrizioni, vengano a determinarsi i nuovi diritti di partecipazione <sup>201</sup>. Dunque, in materia di aumento del capitale, pare possibile utilizzare il regime delle sostitutive in questi limiti: per sanare i vizi di procedimento, e, atteggiandosi come revoca della deliberazione di aumento viziata nel contenuto, nei casi in cui *non* siano ancora sorti i relativi diritti di partecipazione <sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> Anche in materia di s.r.l. in ragione del rinvio contenuto dall'art. 2479-ter, ult. co., al 7° comma dell'art. 2377 ed all'art. 2379-bis.

<sup>199</sup> L'utilità dell'istituto viene vanificata ove, nei casi del secondo comma dell'art. 2379-ter, all'impugnazione seguano quei *fatti* che fanno maturare la preclusione alla pronuncia di invalidità.

<sup>200</sup> Lo sostiene STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.. La nuova disciplina*, cit., 211 s.; scettico rispetto all'impiego del regime delle sostitutive nelle ipotesi considerate è LENER R., *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 97.

<sup>201</sup> V. così un cenno in RESCIO G. A., *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, cit., 201

<sup>202</sup> Sul regime delle sostitutive di delibere del consiglio la questione non è chiara; per quelle lesive di diritti dei soci vi è il rinvio all'art. 2377: ciò può far recepire in questi limiti il regime delle sostitutive ivi regolato. Sul tema v. SALANITRO N., *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione*, Milano, 1965, 236 ss., con soluzione diversificata: nel senso di accogliere l'istituto per le delibere concernenti materie attinenti alla gestione; nel senso di escluderla per le delibere concernenti competenze diverse (come nel caso di aumento del capitale irregolarmente adottata ex art. 2443).

La seconda sanatoria è quella di cui all'art. 2379-*bis*, 2° co., cioè la *verbalizzazione successiva* per le delibere di aumento già impugnate per mancanza di verbale<sup>203</sup>.

Generale è invece il tema delle sanatorie in caso di *mancata impugnazione*.

L'inutile decorso dei termini priva del potere di impugnare le rispettive delibere in futuro; se l'impugnazione fosse esperita oltre tali termini, essa, con una pronuncia di rito e non di merito, dovrebbe essere rigettata<sup>204</sup>. In chiave sostanziale, e perciò nel merito, si viene a consolidare, non diversamente dal caso del secondo comma dell'art. 2379-*ter* c.c., una preclusione alla pronuncia di invalidità. Il vizio, che in ipotesi poteva contestarsi, per effetto del decorso del termine non è più contestabile nel merito. Il che è funzionale per ritenere con ciò sanato, non solo il vizio della delibera, ma anche le regole, in ipotesi introdotte con essa, a motivo della modifica determinata allo statuto; proprio queste regole, così stabilite nell'organizzazione, dovrebbero a questo punto ritenersi *vincolanti* la successiva e futura azione sociale.

Il fatto è che, rispetto alla nuova formulazione dei regimi di impugnazione delle delibere nulle per illiceità od impossibilità dell'oggetto (artt. 2379, 2379-*ter*, 1° co., 2479-*ter*, 3° co.), va emergendo nella dottrina una forte perplessità sui riflessi che ciò potrebbe determinare sulla vita societaria futura. Il rischio di una tale conclusione diretta a sanare pure le regole introdotte dalle relative delibere sarebbe quello di consentire in ipotesi l'introduzione di regole addirittura aberranti nel vigente diritto societario<sup>205</sup>. Si è quindi proposto,

---

<sup>203</sup> Propone la sua estensione alle delibere assembleari annullabili LENER R., *sub* art. 2379-*bis*, cit., 574. Ciò può consentire forse l'estensione alle deliberazioni del consiglio non documentate.

<sup>204</sup> Si tratta di un regime di *improponibilità* della domanda. Pur considerando altre fattispecie, v. GENOVESE A., *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., 234; App. Milano 18 gennaio 2002, cit.

<sup>205</sup> Lo sostiene in estrema sintesi E. GLIOZZI, *Le condonabili deroghe a norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 16 ss.

rispetto a tali regole, a) la loro sostituzione automatica con le prescrizioni legali ai sensi dell'art. 1419 c.c.<sup>206</sup>; b) di ritenere che, l'azione sociale successiva, si debba conformare alla legge, viceversa le relative delibere, conformi alla regola dell'atto costitutivo, sarebbero certamente *contra legem*<sup>207</sup>.

Come si vede, entrambe le proposte sono largamente ancorate al sistema rimediabile dei negozi; non è su questo tuttavia che voglio insistere. Poiché si può partire dal presupposto che il loro impiego possa sempre risolvere il problema determinato dalla sanatoria delle delibere modificative, immaginiamo che sia attratto, nei proposti modi di soluzione della questione, l'operazione già perfezionata di aumento del capitale originata da una delibera, affetta da vizi di contenuto, tuttavia non impugnata.

Ora, stante l'attuale dato normativo, occorre considerare, preliminarmente, che in verità, per le delibere nulle, è ancora aperta la questione se esse siano

---

<sup>206</sup> Così GUERRIERI G., *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009, 378, nell'evidente presupposto che lo statuto sia un contratto. È noto in verità che la natura dello statuto è controversa nella dottrina, per cui è incerta l'attendibilità di una tale soluzione. V., d'altronde, per la soluzione negativa, ANGELICI C., *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 3 ss.; ID., *Le basi contrattuali della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 100 ss.; e per quella positiva IBBA C., *L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 525 ss.. La prima tesi, tuttavia, fa rilevare, con argomentazioni fondate sull'equiparazione dello statuto a legge ai sensi dell'art. 2377 c.c., «che la diversa origine di quelle regole non impedisce un loro modo di operare sostanzialmente omogeneo nella e per l'organizzazione societaria» (ANGELICI C., *Appunti sull'interpretazione*, cit., 5); la sua violazione – si ritiene – «non comporta ... l'inadempimento di un obbligo e la lesione di un diritto» – pur senza escludere che la violazione possa dar luogo ad obblighi risarcitori e quindi essere valutata in termini d'illiceità – «bensì l'illegittimo esercizio di un potere: non quindi (...) il sorgere di un problema risarcitorio, ma di uno riguardante la validità (e/o l'efficacia) degli atti compiuti» (C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., 128 ss.).

<sup>207</sup> Cfr. *Massima* n. 13 - 18 marzo 2004, CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, in *Massime notarili in materia societaria. Elaborate dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società*, cit., 87 ss.; GUERRERA F., *Le modificazioni dell'atto costitutivo. Profili generali*, nel *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, IV, Padova, 2009, 219 ss.

*medio tempore* efficaci <sup>208</sup> o inefficaci <sup>209</sup>; l'efficacia immediata altro non è che un corollario tra i più evidenti del chiaro disancoramento della nullità di specie rispetto alla corrispondente vicenda negoziale <sup>210</sup>. Quale che sia il relativo vizio, quindi, l'esecuzione della delibera di aumento implica la *formazione* di nuove partecipazioni sociali, la *creazione* e l'*attribuzione* di esse ai soci <sup>211</sup>.

A questo proposito, due sono le questioni che destano interesse per valutare l'applicazione o meno di quelle proposte al caso che ci riguarda.

La prima attiene alla *disciplina societaria*. Osservando questa, in effetti, è chiaro che la *successiva* attività sarà determinata in funzione delle nuove partecipazioni sociali <sup>212</sup>. Su questo aspetto merita dire qualcosa di più; alle

---

<sup>208</sup> Lo affermano tra gli altri STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.. La nuova disciplina*, cit., 208 ss.; ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 116 s.

<sup>209</sup> Lo preferisce CENTONZE M., *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 311 ss.; ma v. pure RESCIO G. A., *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, cit., 205.

<sup>210</sup> È questa in fondo la ragione, convincente, che conduce il primo orientamento a ritenere tali delibere immediatamente efficaci. Cfr. ancora STAGNO D'ALCONTRES A., *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.. La nuova disciplina*, cit., 208 ss.; ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 116 s.

<sup>211</sup> Sono noti alla discussione i contrasti sulla doverosità o meno dell'attività di esecuzione di delibere illegali da parte degli amministratori. Sul punto v. CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nelle società per azioni*, Milano, 1985, 199 ss.; ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 325. Il modo per arrestare l'esecuzione per MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., spec. 209 s., è avvalersi del rimedio cautelare.

<sup>212</sup> Sulla funzione organizzativa del capitale v SPADA P. – SCIUTO M., *Il tipo della società per azioni*, cit., 31 ss.; PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*, Torino, 2004, 1 ss.; SPOLIDORO M. S., (voce) *Capitale sociale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, 195 ss.; FERRI G. jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, 757 ss.; CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2009<sup>7</sup>, 8. Si rileva, d'altronde, che sarebbe illegittima "l'applicazione di maggioranze commisurate sulla situazione organizzativa anteriore, la ripartizione di utilità secondo criteri quantitativi difformi da quelli risultanti dalla nuova composizione del capitale, la

*preclusioni accelerate* per la pronuncia di invalidità (v. artt. 2379-ter, 2° co., 2504-quater, 2500-bis), il legislatore ha affidato il compito di salvare non tanto o non solo le modificazioni giuridiche determinate dall'atto quanto e soprattutto tutte le modificazioni della realtà sulla base di queste già determinate, con beneficio per la stabilità complessiva dell'azione sociale e la certezza dei rapporti giuridici incardinati con i terzi in sua esecuzione <sup>213</sup>. D'altra parte, ove ancora è permesso impugnare le delibere, per una scelta negativa compiuta dai legittimati, si giunge ad una situazione sostanziale *identica* a quella per prima evidenziata, cioè l'impossibilità *ex lege* di pronunciare l'invalidità riguardante le relative delibere (improponibilità dell'azione). Ad una situazione sostanziale così posta in relazione, credo, sia apertamente possibile accostare la sorte degli effetti, cioè il consolidamento delle situazioni giuridiche pregresse alla maturazione della preclusione in entrambi i casi in discorso.

Per una possibile conferma di ciò, peraltro, ci rivolgiamo alla seconda questione che attiene alla *disciplina cartolare*. A considerare questa, in specie, la società, a motivo della preclusione che sopravviene, e dunque della sanatoria conseguente del vizio, non dovrebbe avere più eccezione alcuna da opporre ai prenditori delle relative partecipazioni <sup>214</sup>. La partecipazione azionaria, per il che, sembra salva da qualsivoglia contestazione; così come, d'altronde, è già fatta salva in ragione del secondo comma dell'art. 2379-ter,

---

non ammissione dei sottoscrittori dell'aumento del capitale all'esercizio dei diritti sociali...". Cfr. MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 345 nt. 158.

<sup>213</sup> Per MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 296 ss., la tecnica della preclusione è valsa ad evitare il rischio di applicare alle relative delibere gli effetti negoziali, cioè l'eliminazione retroattiva di tutti quelli già prodotti dall'operazione.

<sup>214</sup> Già in questo senso, autorevolmente, si poneva MARTORANO F., *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, nel *Trattato del diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2002, 445; ora v. così pure DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, cit., 85.



ove la relativa preclusione alla pronuncia di invalidità ha derogato, come già detto, l'art. 33, d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 (oggi fatto confluire nel testo dell'art. 83-*septies* t.u.i.f.), con l'effetto di sottrarre all'emittente il regime delle eccezioni portate da questa norma.

Insomma, sia sul versante degli effetti societari sia su quello cartolare delle azioni, acquista credito la tesi che valorizza un comune modo di operare delle preclusioni considerate, sebbene diverso sia il criterio legale che di volta in volta le determina. Non si crede dunque possibile ammettere l'applicazione di quei rimedi proposti dalla dottrina al caso che ci riguarda.

Veniamo ora a considerare un altro profilo in tema di effetti della stabilità così garantita all'azione sociale.

Merita chiarire se la stabilità degli effetti in discorso sia *relativa* al regime d'invalidità dell'atto o sia invece *assoluta* e, perciò, emancipata dal regime di invalidità che tale stabilità ha determinato. Se fosse assoluta, la società potrebbe avvalersi di tale stabilità anche in casi estranei alla validità dell'atto.

Il problema si pone essendo in letteratura presente la tesi per cui la stabilità degli effetti della scissione sarebbe assoluta <sup>215</sup>, cioè riguarderebbe anche ipotesi che in fondo nulla hanno a che vedere con la sua invalidità. Si portano ad esempio le ipotesi delle azioni revocatorie e lavoristiche le quali inciderebbero sull'effetto finale dell'operazione, fondandosi tuttavia su presupposti diversi dall'invalidità della scissione.

Credo tuttavia che questo modo di ragionare, giustificabile in quella materia, sia invece eccessivo nella nostra; il risultato tracciato dalla tesi travalicherebbe oltre modo i limiti delle disposizioni che hanno determinato tale stabilità, in cui – credo doveroso – si debbano confinare. Ritenere di opporre tale stabilità a soggetti non legittimati ad impugnare le delibere, i quali non hanno interesse ad avvalersi della relativa tutela, d'altronde non

---

<sup>215</sup> Cfr. SCOGNAMIGLIO G., *Le scissioni*, cit., 366 ss.

riceverebbe un sicuro appiglio normativo <sup>216</sup>. Se il legislatore fa prevalere la stabilità della delibera viziata rispetto al contrario interesse demolitorio, non altrettanto fa prevalere la stabilità rispetto ad ipotesi che non attengono all'invalidità della delibera. L'esclusione assoluta di ogni tutela con riguardo alle situazioni sostanziali coinvolte dall'operazione sanata pare per cui eccessiva.

Fuori dall'invalidità, quindi, altri rimedi dovrebbero potere soccorrere alle esigenze di tutela mostrate dall'agente. Si pensi, ad esempio, in ipotesi di aumento del capitale non più contestabile essendo preclusa la pronuncia di invalidità, all'azione revocatoria e all'azione di evizione per i conferimenti in natura <sup>217</sup>.

### ***18. Accertamento dell'invalidità non più pronunciabile: il risarcimento del danno***

Ora, ancorché sanato il vizio e preclusa la pronuncia di invalidità, l'accertamento dell'illegalità della delibera può continuare a rilevare ai fini del

---

<sup>216</sup> Una tesi interpretativa che merita al riguardo d'essere considerata concerne la possibilità riconosciuta all'interprete di ampliare le ipotesi di opponibilità oltre quelle legali (sul che v., in definitiva, Lodo arbitrale, 7 giugno 2000 (arbitri: Portale *Pres.*, Bianchi e Sacchi), in *Giur. it.*, 2001, 1210). Per regola fondata sulla *certezza* della circolazione dei diritti, tuttavia, non può non notarsi che è il legislatore di norma a prevedere il criterio di *prevalenza* dei titoli (v. infatti, in materia immobiliare la trascrizione (2644 cc.); in materia mobiliare il principio possesso vale titolo (artt. 1153, 1994 cc.); in materia di cessione del credito o del contratto il criterio della notificazione o dell'accettazione anteriore (artt. 1265, 2559 cc.) ecc.). In argomento v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000<sup>2</sup>, 574 ss.

<sup>217</sup> L'approfondimento di questi temi v. soprattutto nel filone di studi sulla mancata attuazione dei conferimenti in natura. Cfr. PORTALE G.B., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*\*, Torino, 2004, 571 ss.; PERRINO M., *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*, Milano, 1997, 279 ss.. Ad ogni buon conto, l'azione revocatoria di conferimenti in natura attuati in esecuzione di un aumento del capitale sociale è ritenuta dalla giurisprudenza esperibile nei presupposti dell'art. 2901 c.c. Cfr. Cass., 18 febbraio 2000, n. 1804, in *Giur. it.*, 2000, 2094; Trib. Napoli, 6 febbraio 2008, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2009, II, 589, con nota di F. MARTORANO; dell'A. v. già *La revocatoria dei conferimenti in società di capitali*, Milano, 2000, *passim*.

risarcimento del danno nei limiti in cui tale azione possa essere azionata; intendo dire che, per regola fondata sull'art. 2949, l'accertamento dell'illegalità della delibera non potrà andare oltre i cinque anni decorrenti da quando il diritto al risarcimento del danno può essere fatto valere.

Sono ben note le ragioni della scelta, accennate in principio, come pure ben evidenziate le conseguenze nel sistema <sup>218</sup>. Tale azione, come ben noto, tende a riequilibrare l'istanza di tutela – del socio o, talvolta, del terzo – nei casi in cui la legge accelera la maturazione della preclusione alla pronuncia di invalidità (*ex artt. 2377, 2379-ter, 2° co., 2502-bis, 2504-quater*). Negli altri casi in cui la legge invece concede *la possibilità di ottenere la tutela reale*, non troverebbe ingresso il regime del risarcimento del danno <sup>219</sup>. Secondo questo indirizzo, l'istante della domanda di risarcimento, nel regime della

---

<sup>218</sup> È precisazione largamente condivisa che l'introduzione di tale tutela nel sistema riformato abbia recato sia vantaggi che svantaggi.

Per quanto ai vantaggi, essi consisterebbero *i)* nel dare un'arma che più si attaglia alla tutela dell'interesse del singolo il quale, viceversa, potendo ottenere l'invalidità, avrebbe a disposizione un rimedio sproporzionato perché capace di porre nel nulla atti che incidono su interessi di innumerevoli soggetti; essi peraltro consisterebbero *ii)* nel dare maggiore libertà all'azione del gruppo della maggioranza al quale non sarebbe più impedito l'adozione in assoluto dell'atto per la mancanza del presidio della invalidità; la sua adozione, tuttavia, ad essa imporrebbe una valutazione economica, essendo chiamata a valutare la convenienza dell'adozione del medesimo atto rispetto al costo che l'illegalità di esso può imporre sulla società (cfr. D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., 710).

Per quanto agli svantaggi, l'inconveniente starebbe nel fatto che la tutela risarcitoria non coprirebbe perfettamente tutti gli spazi di tutela abbandonati dal rimedio reale. Essa, infatti, oltre a richiedere un danno (che si profila di rara ricorrenza a motivo della natura organizzativa di tali atti «inidonei in genere a produrre ex se ed immediatamente effetti pregiudizievoli di natura patrimoniale»: NIGRO A., *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., 885), esso va dimostrato e quantificato; per cui, ove ciò difetti, l'illegalità dell'azione sociale potrebbe rimanere priva di sanzione: v. D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., 712; pure SACCHI R., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, cit., 151.

<sup>219</sup> È l'opinione di D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, cit., 710, 713 s.; in senso opposto a questo v. tuttavia. NIGRO A., *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., 882; GUERRIERI G., *sub art. 2379-2379-ter*, cit., 614; SANZO S., *sub art 2379-ter*, cit., 663.

nullità, è già legittimato ad impugnare la delibera; il risarcimento del danno, per tale soggetto, non sarebbe quindi dovuto poiché egli avrebbe potuto evitare tali danni con l'ordinaria diligenza, consistente nell'impugnazione della delibera, ai sensi dell'art. 1227, co. 2°, c.c.. In ogni caso, se ben intendo, si fa rilevare che l'inefficacia della delibera nulla renderebbe impensabile un danno quale conseguenza di tale atto <sup>220</sup>.

Le ragioni invocate da questa autorevole dottrina, tuttavia, non mi sento di condividerle pienamente.

Con l'inciso «*eventualmente spettante*», il legislatore, per il risarcimento del danno, fa rinvio ai principi generali in tema di responsabilità vigenti nel nostro ordinamento; poiché la loro esclusione non può essere implicita mentre la loro vigenza sì, si deve ritenere che tali principi valgano anche per la tutela del soggetto che lamenti di aver subito un danno in ragione della delibera illecita nelle ipotesi del primo comma dell'art. 2379-ter, anche se tale soggetto non benefici espressamente di tale tutela <sup>221</sup>.

Sotto altro profilo, non si tiene in conto che, oramai tutti, pur diversamente argomentando, accostandosi al nuovo regime della nullità concludono che la relativa delibera prima o poi consegua la relativa *efficacia* <sup>222</sup>; insomma, se questo è il problema, come si vede un danno potrebbe derivare dalla delibera nulla.

---

<sup>220</sup> V. tali duplici argomentazioni ancora in D'ALESSANDRO F., *op. ult. cit.*, 710 ss.

<sup>221</sup> La privazione del rimedio reale per taluni soggetti, nel regime di annullamento di cui all'art. 2377 c.c., ha indotto parte della dottrina ad ampliare la rispettiva tutela risarcitoria (di per sé incerta, nel riconoscimento, sulla scorta dei principi generali) qualificando essa semplicemente indennitaria (v., per una efficace rappresentazione di questo indirizzo, SACCHI R., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, cit., 155 ss.).

<sup>222</sup> Il problema è stato già accennato in precedenza. V. *supra* § 16. Anche l'indirizzo opposto all'efficacia immediata pare ritenere che la delibera consegua i suoi effetti una volta che, trascorsi infruttuosamente i termini, non sia più possibile far valere la nullità. Così pare CENTONZE M., *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, 311 ss..

Poco si considera, d'altro canto, la *discussione del testo in bozze* dell'art. 2379-ter. In quella sede, postasi la questione in discorso, gli argomenti portati dai Professori Trimarchi ed Angelici lasciavano ben comprendere la consapevolezza che il rimedio risarcitorio si sarebbe potuto applicare anche alle ipotesi del primo comma dell'art. 2379-ter<sup>223</sup>.

Orbene, ancorché sia indubbio che le relative preclusioni non maturino così celermente come in altri casi (*ex artt. 2377, 2379-ter, 2° co., 2502-bis, 2504-quater*), credo qui utile l'accostamento concettuale in precedenza avvalorato per risolvere la questione; nei limiti in cui, cioè, la preclusione si determini, credo sia comunque possibile ammettere l'esperimento di una tutela risarcitoria.

Tale prospettiva è stata già affermata rispetto alle decisioni dei soci di aumento del capitale gravate dai vizi più gravi di cui all'art. 2479-ter, 3° co. (*v. supra* § 13); ora, lo sviluppo di questa prospettiva, può condurre alla sua estensione in *tutte* le altre ipotesi considerate ove si venga a maturare una preclusione alla pronuncia di invalidità. In fondo, in tutti i casi il diritto spetterebbe eventualmente; ricorre poi l'esigenza di bilanciare l'impossibilità di ottenere una pronuncia di invalidità rispetto ad una delibera illegale, come nelle preclusioni più celeri (ad esempio quella di cui all'art. 2379-ter, 2° co., c.c.).

---

<sup>223</sup> V. i rispettivi interventi, nella riunione del 12 settembre 2002, in A.A. V.V., *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, cit., 1870 ss., lì dove, in specie, il Prof. Trimarchi rilevava il problema di un possibile concorso tra l'azione di nullità e l'azione risarcitoria, le quali potevano essere proposte da più soggetti senza un adeguato coordinamento delle due azioni come in materia di annullabilità; dove invece il Prof. Angelici rilevava che, nei primi sei mesi, le due azioni si sarebbero dovute intendere come alternative, dopo i sei mesi si sarebbe potuto solo chiedere il risarcimento del danno.

È questa una prospettiva che può essere solo abbozzata nelle riflessioni del presente lavoro, il quale non è centrato su tale eventuale spettanza del risarcimento del danno <sup>224</sup>.

Al proposito, tuttavia, un'ultima notazione occorre.

Per la delibera viziata ai sensi dell'art. 2377 c.c. è imposto l'esperimento dell'azione risarcitoria entro novanta giorni dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese <sup>225</sup>. Un limite equivalente non è invece prescritto nella disciplina di cui al terzo comma dell'art. 2379-ter c.c. La già chiarita sovrapposizione del secondo comma dell'art. 2379-ter rispetto al regime giuridico di annullabilità di cui all'art. 2377, induce per cui a ritenere esperibile l'azione risarcitoria, nei casi dell'art. 2379-ter (in effetti tutti), entro il termine di prescrizione di cinque anni di cui all'art. 2949 c.c. <sup>226</sup>.

## **19. Conclusioni sui limiti**

Lo sviluppo del tema dei limiti riguardanti il regime di invalidità della delibera di aumento del capitale ha richiesto di esaminare l'art. 2379-ter c.c.

Nello studio di esso, un'attenzione particolare è stata dedicata all'estensione della relativa fattispecie. Sotto un primo versante non è parso corretto affrontare lo studio delle due norme contenute nell'art. 2379-ter in correlazione tra di loro: l'effetto di restringere le relative fattispecie credo sia

---

<sup>224</sup> Si fa quindi rinvio alle opere dedicate all'argomento per i problemi concernenti la natura (contrattuale o extracontrattuale) dell'azione, la legittimazione passiva, la responsabilità di altri soggetti ecc. Cfr. NIGRO A., *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, cit., 891 ss.; ENRIQUES L. – ZORZI A., *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 1 ss.; con attenzione al regime della fusione SANTAGATA R., *La fusione*, cit., 644 ss.

<sup>225</sup> Poiché il termine è comune a quello prescritto per l'impugnazione, tale limite è oggetto di severe critiche. Cfr. PISANI MASSAMORMILLE A., *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, cit., 59; LENER R., *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, cit., 85.

<sup>226</sup> V. in tal senso SANZO S., *sub art. 2379-ter*, cit., 663.

stato evidenziato sia rispetto ai modelli ed alle deliberazioni di s.p.a. regolate nel primo comma dell'art. 2379-ter sia rispetto ai vizi del suo secondo comma. Se ora valorizziamo qui gli opposti risultati della ricerca, che conducono alla maggiore estensione dei due profili esaminati, possiamo proporre, se non si erra nella valutazione finale, un diverso metodo per il loro studio; l'art. 2379-ter, 1° co., regola per specialità il regime d'impugnazione delle delibere di aumento del capitale "nei casi di cui all'art. 2379"; l'impugnazione "nei casi di cui all'art. 2377" è invece retta da questa norma; l'art. 2379-ter, 2° co., ci dice, in chiusura, *come* reagiscono quei fatti, riguardanti società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, sui regimi d'impugnazione, già proposti o proponibili in futuro, a norma degli artt. 2377 e 2379-ter, 1° co.: il tener conto di ciò toglie l'imbarazzo di risolvere i problemi posti dal fatto di far dialogare tra di loro le due norme.

Sotto un secondo versante, non è parso corretto vedere, nelle rispettive norme, precetti eccezionali. L'impegno assecondato per evidenziarne la natura *speciale* ha consentito di valutare l'estensione della fattispecie ad altre vicende deliberative viziate; estensione accolta nei limiti precisati talvolta avvalendoci dell'argomentazione analogica. Sul piano dei presupposti, va ora valorizzata l'armonia di questa prospettiva con talune precise scelte della riforma, stante che l'estensione ha recato l'effetto di limitare l'impugnazione, e perciò la rilevanza del rimedio reale, per altre delibere, in coerenza al disegno complessivo della riforma.

I tratti di evidenziata *specialità* delle due norme di cui all'art. 2379-ter, più in generale, hanno consentito di completare il regime complessivo di impugnazione delle delibere assembleari ivi regolate (art. 2377-2379-bis): la specialità della norma ha quindi giustificato l'accenno fatto circa gli *ulteriori* limiti di impugnazione desumibili dalle norme di parte generale, e sulle forme ulteriori e diverse di *sanatorie* del vizio delle rispettive delibere.

Un breve cenno merita inoltre in questa fase di conclusioni sui limiti il

regime d'impugnazione delle delibere del consiglio di s.p.a., all'evidenza articolato nelle due norme di cui agli artt. 2388 e 2391 c.c., mancanti tuttavia di coordinamento da parte del legislatore; cionondimeno, quest'ultima norma si è ritenuta prescrivere casi particolari nell'insieme delle ipotesi considerate dall'art. 2388: ebbene questa prospettiva può rendere comuni a tutte le deliberazioni di questo organo le disposizioni, appunto generali, contenute nell'art. 2388 (non importa ai nostri fini evidenziarle), ma ciò che più importa qui sottolineare è l'estensione alle ipotesi di cui all'art. 2391 dei risultati interpretativi conseguiti osservando specialmente l'art. 2388. In specie, mi riferisco al doppio regime che variamente conduce ad una preclusione alla pronuncia di invalidità. Come si ricorderà, un primo regime, retto sull'art. 2388, si rivolge alle deliberazioni oggetto di delega per l'aumento del capitale (eseguite e non) adottate in s.p.a. chiuse, così come pure alle delibere concernenti questa materia (non eseguite) in s.p.a. aperte: esse possono condurre ad una pronuncia di invalidità; un secondo regime, retto sull'art. 2379-ter, 2° co., si rivolge a disciplinare, pendente l'impugnazione ex art. 2388, quei *fatti*, di esecuzione della delibera e di pubblicità dell'attestazione ex art. 2444, il cui sopraggiungere preclude al giudice la pronuncia di invalidità; così come ne impedisce l'azione, rendendola improponibile, ove tali fatti siano intervenuti prima di essa. Credo perciò che questa impostazione, concludendo, debba valere pure rispetto ai casi particolari di cui all'art. 2391 c.c.

Sembra, però, che ciò su cui occorre ulteriormente insistere, per darvi giusto rilievo, nelle presenti conclusioni sia il comune operare di *tutti* i regimi delle preclusioni per la pronuncia di invalidità; poco importa chiarire il *perché* si giunge a tal risultato, quanto piuttosto *come* tutti, effettivamente, operano sul versante sostanziale.

Al riguardo sono due gli aspetti che possono emergere da quanto precede.

Sul *versante societario*, il fatto che *tutte* le preclusioni, una volta



determinate, fanno maturare la stabilità all'atto, ivi comprese tutte le conseguenze materiali che questo hanno assunto a presupposto; ciò, per quanto agli *effetti*, significa l'impossibilità di operare a ritroso eliminando quelli giuridici e materiali già prodotti. La stabilità in discorso è determinata dal regime delle preclusioni alla pronuncia di invalidità; in tale regime si è formata ed in esso, credo, si debba esaurire. Il corollario di ciò è quindi sottrarre alla società la possibilità di opporre la stabilità di che trattasi al di là di vicende che attengono all'invalidità.

Ciò, implica pure, sotto altro profilo, se non si erra nella valutazione finale, la possibilità di legittimare l'esperimento dell'azione risarcitoria in quei casi in cui sia più lento il formarsi della preclusione alla pronuncia di invalidità; in fondo, così come nelle preclusioni *accelerate*, anche nelle altre preclusioni diviene impossibile esperire il rimedio reale, per cui, appena essa matura, per identità di *ratio*, anche qui dovrebbe ammettersi tale rimedio.

Sul *versante cartolare*, e dunque per le azioni, il fatto che ora, per la società emittente, che assiste alla stabilizzazione dei propri atti in ragione della preclusione maturata per la pronuncia d'invalidità, vi è l'impossibilità di potere opporre, al prenditore del titolo, alcuna eccezione al riguardo; la partecipazione sociale emessa in ragione dell'aumento del capitale, venutosi a stabilizzare a motivo della preclusione, rimarrà dunque salva, anche se creata sulla scorta di una delibera ad origine viziata, quale che sia la modalità di rappresentazione della partecipazione azionaria<sup>227</sup>.

Nei limiti di quanto chiarito, dunque, è possibile sviluppare ulteriormente il tema passando ad esaminare il versante delle conseguenze della pronuncia di invalidità.

---

<sup>227</sup> Qui si ha attenzione, ovviamente, alla rappresentazione in titoli azionari, rispetto all'art. 1993 c.c., e alla rappresentazione in azioni dematerializzate, rispetto all'art. 33, d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 (oggi fatto confluire nel testo dell'art. 83-*septies* t.u.i.f.); ma non è dubbio che il problema dell'invalidità dell'aumento del capitale riguardi, infine, sebbene non sul versante cartolare, il caso delle partecipazioni azionarie non emesse.

## CAPITOLO TERZO LE CONSEGUENZE

SOMMARIO: 20. *Gli effetti dell'invalidità. La regola di salvezza dei diritti dei terzi come regola generale degli ordinamenti vigenti delle invalidità. Invalidità come tutela dell'individuo e invalidità come tutela della collettività.* – 21. *Attività successiva alla delibera e rapporti tra atti di decisione e di esecuzione. Invalidità della delibera ed invalidità delle singole partecipazioni legate all'aumento. La prospettiva negoziale e la tutela dell'individuo.* – 22. *Invalidità e tutela dell'individuo: inquadramento del problema.* – 23. *La proposta di applicare l'art. 2332 alle delibere modificative dell'atto costitutivo.* – 24. *Attività esterna dell'impresa societaria e vicenda incrementale del suo patrimonio.* – 25. *Tutela degli interessi non riconducibili alle parti immediate del rapporto. Indifferenza dei vizi delle delibere sulla validità dell'azione estrinsecata dagli amministratori. Gli artt. 2383, 5° co., e 2357.* – 26. *Segue: la salvezza dei diritti acquistati in buona fede dai terzi.* – 27. *Gli effetti dell'invalidità della delibera di aumento del capitale.* – 28. *Gli opportuni provvedimenti: annullamento delle partecipazioni e conseguenze patrimoniali. La mancata adozione degli opportuni provvedimenti.* – 29. *Conclusioni sulle conseguenze*

### ***20. Gli effetti dell'invalidità. La regola di salvezza dei diritti dei terzi come regola generale degli ordinamenti vigenti delle invalidità. Invalidità come tutela dell'individuo e invalidità come tutela della collettività***

L'esame che precede ha evidenziato i limiti d'impugnazione di tutte le delibere che decidono di aumentare il capitale sociale.

Rivolgiamo adesso attenzione agli effetti della pronuncia d'invalidità di deliberazioni di aumento del capitale adottate in *società chiuse*, e ciò è ovvio in ragione della preclusione alla pronuncia d'invalidità vigente per quelle aperte, al fine di comprendere cosa accada nel caso in cui, in accoglimento della domanda d'impugnazione, sia pronuncia l'invalidità della relativa deliberazione di aumento. È ovvio che l'attenzione sarà qui dedicata al caso in cui l'operazione a pagamento fosse già perfezionata al momento della pronuncia, poiché è questa la fattispecie problematica tra le due in ipotesi prospettabili. Si trascura quindi di considerare la pronuncia di invalidità della delibera per la quale sia rimasta incompiuta la sua attività

d'esecuzione dal momento che non implica concretamente problemi di sorta sul versante delle conseguenze <sup>228</sup>.

È costatazione frequente quella che ravvisa, a ragione, nell'operazione di aumento del capitale a pagamento una vicenda cui fanno capo una molteplicità d'interessi.

L'impugnazione dell'atto, nel caso che riguarda, istaura un contrasto immediato tra l'impugnante e la società; l'uno promuove l'azione al fine di ottenere la pronuncia di invalidità così perseguendo un interesse *individuale*, l'altra resiste a tale iniziativa <sup>229</sup> con eventuale beneficio proprio e di quanti mostrano interesse alla conservazione dell'operazione, sostenendo in giudizio una difesa in fondo *collettiva*. Occorre al riguardo tenere conto – un po' riprendendo quanto già detto in principio – che rileva, oltre a quello sociale, l'interesse specifico dei sottoscrittori (non è detto che sia qualcuno di essi ad impugnare) e l'interesse di coloro che questi hanno fatto subentrare nella compagine societaria cedendo le partecipazioni legate all'aumento prima della pronuncia d'invalidità; non trascurando, più in generale, l'interesse del mercato (ove ve ne sia nelle società chiuse) alla stabilità delle contrattazioni, e l'interesse dei creditori, con un preciso intendimento sulla funzione del capitale, a non vedere ridotta la propria *garanzia* come eventuale misura di attuazione del giudicato di invalidità <sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> Sulle cause della mancata esecuzione di tali delibere è necessario qui richiamare quanto già detto *supra* § 10 e 11 Cap. II. Ciò che implica la vicenda da ultimo considerata nel testo è l'eliminazione di un atto dall'ordinamento delle società che non ha mutato la consistenza del capitale e, quindi, non ha determinato la creazione di nuove partecipazioni sociali. Chiarissimo al riguardo COLOMBO G.E., *Il bilancio d'esercizio*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*, Torino, 1994, 364 s.

<sup>229</sup> Sul che d'altronde, ricorrendo i presupposti *ex lege* per agire e resistere in giudizio, si fonda la legittimazione attiva dell'attore e la legittimazione passiva del convenuto, temi generali del processo sui quali v. per tutti MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*, Padova, 2004<sup>3</sup>, 147 ss.

<sup>230</sup> Un evidente mutamento di prospettiva rispetto a questi ultimi, d'altra parte, può provenire dall'indirizzo che critica tale funzione, ravvisando la garanzia per i creditori in

Abbiamo detto, a questo proposito, che la legge ha valorizzato un'esigenza di stabilità dell'aumento del capitale con due precisi espedienti già evidenziati discutendo dei limiti. In entrambi i casi, pur con modalità diverse, il legislatore ha consentito una celere maturazione della preclusione alla pronuncia d'invalidità; essa, chiaramente riferita alla vicenda processuale dell'impugnazione, non può che determinare una stabilità dei rapporti sostanziali creati sulla scorta della delibera di aumento del capitale. L'attenzione mostrata, al riguardo, ha consentito di sostenere una stabilità rispetto alle partecipazioni legate all'aumento del capitale valorizzando sia argomenti societari sia argomenti cartolari. Proprio osservando la norma di cui all'art. 2379-ter, 2° co., abbiamo evidenziato che la stabilità introdotta è volta ad evitare l'immissione nel mercato di titoli dematerializzati a rischio d'essere annullati. Il legislatore, per evitare le conseguenze che ciò avrebbe determinato rispetto alla cerchia degli interessi coinvolti, ha scelto di precludere la pronuncia di invalidità, apprestando così una tutela *collettiva* ai relativi interessi facenti capo all'operazione.

Occorre verificare, ai fini della presente ricerca se, con *significativa* deviazione rispetto a quanto andiamo dicendo, l'ordinamento, in caso di pronuncia d'invalidità, sia disposto ora a sacrificare gli interessi tutti nascenti dall'operazione che osserviamo, a beneficio di quello individuale del singolo impugnante vittorioso in giudizio. Questo percorso di ricerca è incentrato proprio sul versante degli *effetti* della pronuncia di invalidità della delibera che stiamo osservando.

Come noto, e come peraltro già rilevato nel primo capitolo, precisi riferimenti testuali nel sistema delle invalidità delle delibere prima della

---

equilibri economico-finanziari dell'impresa (sul punto v. per tutti PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*, Torino, 2004, 19 ss.). In questa prospettiva, le operazioni sul capitale, in ipotesi richieste dall'invalidità della delibera di aumento del capitale di società chiuse, non verrebbero guardate con assoluto pregiudizio rispetto ai creditori.

riforma avevano fatto a lungo pensare che la relativa vicenda dell'invalidità, come quella negoziale, avrebbe operato a ritroso eliminando *ex tunc* gli effetti prodotti dalla deliberazione certamente nei rapporti interni <sup>231</sup>. L'attenzione alla regola che fa "salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione", faceva ritenere *a contrario* che tutto il resto delle situazioni giuridiche sarebbero cadute con l'annullamento della deliberazione <sup>232</sup>.

L'attualità del problema si delinea più marcatamente ora considerando il mutato contesto normativo.

È vero, a questo riguardo, che, nel sistema riformato delle invalidità delle delibere (assembleari e consiliari), la regola in discorso appare generalizzata. Non solo la troviamo richiamata nell'art. 2379 <sup>233</sup>, ma *tutti* i regimi considerati fanno riferimento ad essa (v. artt. 2479-ter, ult. co., 2388, 2391, 2475-ter) rendendola applicabile <sup>234 235</sup>.

---

<sup>231</sup> Cfr. FERRI G., *Le società*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vasalli, Torino, 1971, 480.

<sup>232</sup> Cfr. G. FRÈ - G.SBISÀ, *sub art. 2377-79, Delle società per azioni*, tom. I, nel *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997<sup>6</sup>, 754, ove si legge coerentemente che "questa esplicita salvaguardia che il legislatore ha ritenuto necessario stabilire è sufficiente ad eliminare ogni dubbio sulla retroattività della sentenza che pronuncia l'annullamento...".

<sup>233</sup> La sua applicabilità nel regime pregresso era sostenuta già da: MIGNOLI A., *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 305 ss.; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962<sup>5</sup>, 355, 364; Cass. 3 dicembre 1970, n. 2530, in *Giust. civ.*, 1971, I, 239 (con riguardo alle delibere consiliari, ma con riferimento, in motivazione, anche a quelle assembleari). Ora, con la sua estensione, viene meno uno dei capisaldi della nullità tradizione, cioè la possibilità di opporre a tutti il tipo di vizio che determina la "nullità".

<sup>234</sup> Per vero, qualche perplessità, per il tipo di tecnica normativa impiegata nella relativa disciplina, oggi è mostrata in materia di s.r.l., dove è stata ritenuta non applicabile la regola alle decisioni dei soci che presentano i vizi più gravi *ex art. 2479-ter*, 3° c.c. (v. ZANARONE G., *sub art. 2479-ter, Della società a responsabilità limitata*, t. II, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato e già diretto da Piero Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2010, 1432 ss.; PRESTI G.-RESCIGNO M., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 172 s.). Il problema più significativo rilevato è che l'art. 2479-ter, nel fare rinvio all'art. 2377

Uno dei corollari della tesi che abbiamo sostenuto (*supra* § 12) è quello di consentire l'applicazione di questa regola ai casi di cui all'art. 2379-ter, 1° co., c.c.: il rapporto di *specialità* evidenziato rispetto all'art. 2379 consente di applicare quei pezzi di disciplina mancanti ai casi regolati nell'art. 2379-ter, 1° co.. Tra questi profili credo pure la regola secondo cui sono “salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione”<sup>236</sup>.

---

(co. 7°, 8°, e 9°), renderebbe applicabile la disposizione del nono comma alle decisioni dei soci che presentano i vizi più gravi di cui all'art. 2479-ter 3 co., consentendo una soluzione che, nemmeno l'art. 2379, ult. co., per le s.p.a. *testualmente* ammette. Secondo tale indirizzo, in specie, buona parte del rinvio all'art. 2377 (7°, 8°, e 9° co.) avrebbe riguardo alle decisioni annullabili *ex art.* 2479-ter, 1° co., non anche alle decisioni “nulle”, alle quali sarebbe applicabile il regime negoziale per quanto agli effetti (così specialmente ZANARONE G., *sub art.* 2479-ter, cit., 1433). A questo proposito, tuttavia, non nascondo le mie perplessità circa la condivisibilità della proposta appena delineata. Non solo perché, anche a dividerla, nel regime pregresso si era ritenuto di estendere alla nullità la disciplina della annullabilità per tutto ciò che la prima non prevedeva espressamente (cfr. autorevolmente GRAZIANI A., *Diritto delle società*, cit., 355), estensione confermata oggi nel novellato art. 2379 c.c., ma perché si va sostenendo una tesi dai risvolti sistematici incoerenti rispetto a tutti gli altri regimi delle invalidità considerate. Ad ogni buon conto, l'art. 2479-ter, il quale contiene le prescrizioni di tutte le anomalie delle decisioni dei soci di s.r.l., ha fatto rinvio all'art. 2377 in un comma distinto da quello che in ipotesi regola l'annullabilità (1° co.); ciò vale a definire una scelta del legislatore diretta a regolare sia le ipotesi del 1° comma sia quelle del 3° comma. Il rinvio a tali norme dell'art. 2377, comunque, è fatto nei limiti di compatibilità. Perciò credo, al più, si possa ritenere incompatibile, nelle ipotesi dell'art. 2479-ter, 3° co., il solo nono comma dell'art. 2377.

<sup>235</sup> Sotto un altro profilo, pur non direttamente riguardante il nostro tema, la dottrina si è interrogata sulla natura contrattuale o meno delle decisioni dei soci adottate con metodo semplificato (sulla questione, per la natura non contrattuale, v. M. NOTARI, *Le decisioni non assembleari*, in AA. VV., *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, IV, nel *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, Padova, 2009, 107; A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali*, cit., 477 ss.). Mi limito a rilevare, a questo proposito, che la conclusione contrattuale potrebbe introdurre riflessioni, concernenti gli effetti, tipiche della materia negoziale nello studio di questo tipo di invalidità *ex art.* 2479-ter c.c.

<sup>236</sup> Se ben comprendo, la prospettiva che andiamo sostenendo nel testo non è condivisa da DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, Torino, 2007, 87 ss., il quale sembra far prevalere, per ragioni di specialità, la regola che fa salvi i diritti dei soci e dei terzi sul piano obbligatorio, contenuta nell'art. 2379-ter, 3° co., rispetto a quella vigente sul piano reale, contenuta nell'art. 2379. La proposta, argomenta nel senso confermativo della tradizione secondo cui l'invalidità della delibera di aumento implica l'invalidità di tutte le partecipazioni create dall'operazione, non credo di poterla

Ma, è anche vero che, d'altra parte, *non* tutti i regimi considerati contengono l'inciso "l'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci". Potrà apparire banale la circostanza ma credo che in ciò si possa trarre qualche indicazione sul versante degli effetti in tutti gli ordinamenti delle invalidità considerati.

Ora due precise opzioni, normative ed interpretative, vengono perciò delineandosi rispetto all'aumento del capitale. Una prima è quella diffusissima ancora in atto frutto dell'intendimento, innanzi rappresentato, secondo cui la società dovrebbe provvedere ad un'*indiscriminata* eliminazione di tutto quanto prodotto dall'operazione prestando attenzione al solo interesse sostanziale dell'impugnante vittorioso nel giudizio per decidere le relative misure da adottare; una seconda impostazione secondo cui la società dovrebbe contemperare un coacervo d'interessi, nel quale anche (non solo) quello dell'impugnante vittorioso nel giudizio, con proporzionate misure di ottemperanza al giudicato di invalidità<sup>237</sup>.

---

qui condividere. Essa invero generalizza l'applicazione di quella regola obbligatoria, nei casi del primo comma, anche quando sia ancora possibile promuovere la relativa azione di "nullità", la quale, per le evidenziate ragioni di specialità (v. *supra* § 12) trova i pezzi mancanti della sua disciplina reale/demolitoria nell'art. 2379 c.c.. Devo dire poi che, rispetto al primo comma dell'art. 2379-ter, abbiamo chiarito che l'applicabilità della tutela risarcitoria è ammessa a condizione che si venga a maturare la preclusione alla pronuncia della relativa "nullità" (v. *supra* § 18). In questo senso, ciascuna delle due tutele, reale ed obbligatoria, ha un proprio spazio applicativo; ciò, credo, non consente la sovrapposizione di piani considerati dall'A. citato.

<sup>237</sup> Un'importante riflessione a quest'ultimo proposito v. in MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 209 ss.; ma, nella stessa prospettiva, v. pure PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. it.*, 2003, 400 ss.

**21. Attività successiva alla delibera e rapporti tra atti di decisione e di esecuzione. Invalidità della delibera ed invalidità delle singole partecipazioni legate all'aumento. La prospettiva negoziale e la tutela dell'individuo**

A questo proposito, la maggioranza degli interpreti ha ritenuto, rispetto alla delibera di aumento del capitale, che gli amministratori, innanzi ad una pronuncia di invalidità di essa, dovrebbero procedere ad *annullare* le partecipazioni legate all'aumento e, nel compiere le attività materiali conseguenti, dovrebbero aggiornare il valore del capitale ed il numero delle azioni nello statuto; essi dovrebbero impegnarsi, altresì, a *restituire* ai relativi titolari delle partecipazioni annullate i conferimenti apportati al patrimonio della società per effetto delle sottoscrizioni dell'aumento <sup>238</sup>. È chiaro perciò, per l'effetto delle restituzioni dei conferimenti invocato, il coinvolgimento del ceto creditorio nella vicenda <sup>239</sup>.

Occorre al riguardo chiarire perché l'invalidità della delibera sia comunicata alle partecipazioni sociali create in ragione dell'aumento; perché la conseguenza necessaria dell'invalidità della delibera sia l'annullamento di tali partecipazioni sociali. E, soprattutto, perché nell'invalidità si sia riscontrato un effetto di eliminazione indiscriminata di tutto ciò che era collegato all'operazione.

---

<sup>238</sup> Cfr. così, da ultimo, GUERRIERI G., sub art. 2379-2379-ter, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 620. Ma anche PUPO C.E., *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 605, osservando l'art. 2379-ter per quanto alle società chiuse, ha rilevato la necessità di compiere un'attività restitutoria: "il ripristino della realtà materiale non può prescindere, per certi versi, dallo sviluppo di un'attività uguale e contraria rispetto a quella che ha fatto seguito all'assunzione della delibera cassata: un'attività, più nello specifico, *stricto sensu* restitutoria".

<sup>239</sup> V. un cenno sul coinvolgimento dei creditori sociali in MARCHETTI P. G., sub art. 2379-ter, nel *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi- F. Ghezzi – M. Notari, vol. *Assemblea* a cura di A. Picciau, Milano, 2008, 322; ovvio il presupposto di vedere nel capitale una garanzia, la quale verrebbe ridotta per effetto delle restituzioni in discorso. Ma, in senso diverso, v. nuovamente PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., 19 ss.



A questo proposito, una precisa ragione circa l'effetto considerato sta nei rapporti tra i singoli atti del procedimento societario che danno corso al perfezionamento della situazione finale di aumento del capitale. Abbiamo in principio chiarito che la struttura dell'aumento oneroso coinvolge particolarmente l'attività esecutiva degli amministratori. Essi sono chiamati a ricevere le sottoscrizioni dei soggetti che aderiscono all'aumento. L'effetto dell'aumento è la creazione di nuovi rapporti partecipativi da attribuire agli stessi soci ovvero ad altri soggetti cui è stato concesso il diritto di sottoscrizione. Ora, ciò che gli studiosi hanno ravvisato nel procedimento è un *collegamento* funzionale tra i singoli atti che lo compongono. Il precedente atto giustifica l'adozione del successivo in vista del conseguimento dell'effetto finale. In questa prospettiva, gli amministratori, che danno esecuzione alla delibera, in essa giustificano la propria azione. L'azione sociale di costoro, conseguentemente incardinata con le controparti dell'operazione, cioè con i sottoscrittori, verrebbe perciò a trovare la propria causa originaria nella delibera. E perciò, cadendo questa, in via derivata cadrebbe l'effetto finale: con l'operazione, quindi, anche le partecipazioni create <sup>240</sup>. È questo un modo di ragionare che può trovare indubbe conferme nella costruita fattispecie di contratto di sottoscrizione tra società e sottoscrittori. Gli amministratori, infatti, sarebbero chiamati a dare esecuzione, dando adeguata pubblicità, ad un atto di offerta contrattuale delle azioni formulato dall'assemblea <sup>241</sup>. I nuovi

---

<sup>240</sup> È noto che lo studio del procedimento sia specialmente affrontato in materia processuale ed in materia amministrativa, insomma in contesti pubblicistici. Non mancano tuttavia approfondimenti in diritto privato. Cfr. N. DI PRISCO, (voce) *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1987. Come nel testo, in diritto amministrativo si sostiene che "l'illegittimità di uno degli atti del procedimento determina in via derivata l'illegittimità del provvedimento finale". Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003<sup>5</sup>, 360.

<sup>241</sup> Cfr. ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, 173 nt. 115; BELVISO U., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 17, Torino, 1985, 93; MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 276.

rapporti di partecipazione deriverebbero così dalla deliberazione, perciò, cadendo questa, in ragione della pronuncia d'invalidità, cadrebbero anche tutte le partecipazioni sociali così determinate <sup>242</sup>.

Simile conclusione risiede in una serie di circostanze; la più importante sta nel difficile coordinamento tra i due periodi del comma (“l’annullamento ... ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori... ”; “... sono salvi i diritti acquistati ... dai terzi”). A difesa del supposto effetto retroattivo dell’annullamento rispetto a tutti i soci <sup>243</sup>, si evitava nei loro riguardi l’applicazione della norma secondo cui sono “salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione”; si coglieva con particolare chiarezza che la “norma ... non si limita a richiedere un qualsiasi atto esecutivo ma esige che il terzo abbia acquistato il diritto « in base » ad esso... che l’atto esecutivo si ponga come titolo dell’effetto esterno” <sup>244</sup>. Nel presupposto che le nuove partecipazioni sarebbero derivate dalla delibera, cadendo questa sarebbero cadute tutte le partecipazioni. Se l’acquisto invece si fosse costituito in base ad un atto di rappresentanza la norma avrebbe

---

<sup>242</sup> Che tutte le posizioni giuridiche derivanti dalla deliberazione cadano insieme alla delibera è conclusione cui giungevano anche FERRO-LUZZI P., *La conformità delle delibere assembleari a legge o statuto*, Milano, rist., 1993, 111 ss.; ANGELICI C., (voce) *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1002.

<sup>243</sup> Un atteggiamento giustificabile nel periodo in cui tali opinioni venivano formandosi per la forte influenza della disciplina generale del contratto che aveva negli studi del diritto delle società. Non era perciò indifferente nella relativa discussione la disposizione di cui all’art. 1445 c.c., che, collocandosi in un contesto nel quale indubbi sono gli effetti retroattivi dell’annullamento, prescrive che questo “non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento.”

<sup>244</sup> Così ABBADESSA P., *La gestione dell’impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., 173 nt. 115; anche FERRO-LUZZI P., *La conformità delle delibere assembleari a legge o statuto*, cit., 111 s., rilevava che “invero i diritti si acquistano in base alla fattispecie ... fondamentale, non in base ad atti tecnicamente da qualificarsi di esecuzione, e se viene meno la prima è difficile far salvo l’acquisto. La norma non fa salvi i diritti eventualmente acquistati in base *alla deliberazione*, ma in base ad *atti distinti*, che si pongono come titolo dell’acquisto”.

operato con pericolose differenze circa le conseguenze rispetto alle posizioni partecipative dei soci <sup>245</sup>.

L'effetto di annullamento di tutte le partecipazioni risultava perciò insito in queste solide convinzioni. Convinzioni che però si accingevano – bisogna ammettere – ad una difesa di un effetto *a priori* stabilito, la retroattività degli effetti della deliberazione annullata.

La sensibilità verso tali profili e la conferma della bontà dei risultati dell'indirizzo innanzi chiarito si ritrova anche negli studi cartolari dedicati alla rappresentazione del rapporto partecipativo in titoli nel modello organizzativo delle s.p.a.. L'esigenza di comprendere come poteva reagire un vizio causale sul rapporto cartolare circolante rappresentato nel titolo azionario, tanto rispetto al regime di cui all'art. 1993 c.c., quanto *poi* in quello di cui all'art. 33 del Decr. Euro, ha condotto a ritenere prevalenti le ragioni societarie su quelle cartolari <sup>246</sup>. La partecipazione azionaria era intesa come un fatto *organizzativo*, prima ancora d'essere rappresentata in un titolo circolante <sup>247</sup>, per cui se ne poteva ricavare icasticamente che, rispetto alle azioni, il “rapporto cartolare è lo stesso rapporto originario fra socio («sottoscrittore») e società” <sup>248</sup>. Il vizio del rapporto associativo sarebbe così *comune a tutti i*

---

<sup>245</sup> In questo senso v., ancora con la consueta chiarezza, ABBADESSA P., *op. ult. cit.*, 173 nt. 115.

<sup>246</sup> Cfr. PELLIZZI G. L., *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967, 36: “per le azioni di società ... le esigenze del diritto societario si contrappongono ... a quelle della sicurezza della circolazione, creando un conflitto che l'ordinamento risolve sacrificando le seconde”; anche ANGELICI C., in *Le azioni*, nel *Commentario al cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, 252 s., in fondo volge ad anteporre la rilevanza organizzativa della partecipazione rispetto alla sua rappresentazione cartolare.

<sup>247</sup> Così chiaramente ANGELICI C., in *Le azioni*, cit., 256 s.

<sup>248</sup> Così PELLIZZI G. L., *Principi di diritto cartolare*, cit., 38, ritenendo che i titoli azionari non sarebbero dotati di letteralità. Sui temi generali insiti all'argomento, e cioè sulla differenza tra titoli astratti e causali, è sufficiente ai nostri fini rinviare a: CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale, 3, Contratti. Titoli di Credito. Procedure concorsuali*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2008<sup>4</sup>, 248 ss.; MARTORANO F., *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, nel *Trattato del diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano,

titolari dei relativi diritti, per cui la società emittente poteva opporre a costoro l'eccezione afferente la causa per bloccare la pretesa dei soggetti che si presentavano come legittimati ad esercitare i diritti afferenti al rapporto sociale rappresentato <sup>249</sup>.

In questa prospettiva, dunque, era chiaro, per un verso, o per un altro, che l'invalidità della delibera si sarebbe comunicata alle partecipazioni sociali. Il singolo impugnante, in questo senso, avrebbe potuto compromettere *tutti* i rapporti di partecipazione con tutte le conseguenze *retroattive* assunte a fondamento.

## ***22. Invalidità e tutela dell'individuo: inquadramento del problema***

Nel verificare la validità dell'indirizzo in esame occorre prendere le mosse da quelle che sono le sue ultime conclusioni; e cioè che tra gli opposti interessi che abbiamo in principio delineato sia preminente l'interesse dell'impugnante, e che, nell'apprestare i relativi rimedi, non importa altro che tutelare questo, trascurando gli altri interessi che sono variamente collegati all'operazione.

Devo dire che, al riguardo, sul piano logico l'ordine di idee sottostante ad un'eliminazione integrale ed indiscriminata dell'operazione entra in crisi se si considera, rispetto all'aumento del capitale, che: *i)* ingente può essere stato l'afflusso di risorse in conseguenza dell'aumento, la cui *restituzione* implicherebbe non tanto un impoverimento delle casse sociali, non credo sia

---

2002, 141 ss.; STAGNO D'ALCONTRES A., *Il titolo di credito. Ricostruzione di una disciplina*, Torino, 1999, 130 ss.

<sup>249</sup> Sul che v.: MARTORANO F., *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, cit., 444 s.; SPADA P., *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Lezioni*, Torino, 1994<sup>2</sup>, 62; ANGELICI C., *Le azioni*, cit., 265 ss., ove ampiamente è argomentata la possibilità di ricondurre il vizio che qui consideriamo nell'eccezione della falsità della firma di cui all'art. 1993 c.c.; le critiche e le precisazioni di DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, cit., 93, il quale ritiene che la relativa "eccezione, rilevabile *erga omnes*, si aggiunge, ma non si spiega alla luce di quelle contenute nell'art. 1993 c.c.: si fonda, infatti, sul dettato degli artt. 2379-ter e 2377, comma 7, cpv. 1, c.c., i quali consentono, entro certi limiti temporali, l'annullamento delle delibere di aumento di capitale invalide, *con effetto su tutti i soci*".

infatti questo il problema, ma a rigore la sottrazione di alcuni beni strumentali all'esercizio dell'impresa <sup>250</sup>; ii) la tesi affidata alla tradizione richiede di eliminare l'elemento organizzativo essenziale, cioè la partecipazione, con effetto retroattivo, e pertanto con eliminazione di tutti i diritti che questa ha consentito di esercitare prima della dichiarazione di invalidità, sia sul versante *amministrativo* (con l'espressione del voto, l'impugnazione di delibere, e quanto altro) sia sul versante *patrimoniale* (con la percezione degli utili, la sopportazione delle perdite, gli apporti al patrimonio ecc.) <sup>251</sup>. Assecondare un apparato di rimedi reali/restitutori implicherebbe, come ciascuno intuisce, parecchi problemi, per la società e per gli stessi soci, occorrendo travolgere *tutte* le situazioni determinatesi *medio tempore* nella compagine societaria imponendo di dissolvere nei suoi vari aspetti gli atti che siano espressione

---

<sup>250</sup> Sul che v. Trib. Ancona, 18 gennaio 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 246 ss. (con nota critica, anche sul versante degli effetti, di GINEVRA E., *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili*), che prospetta la nullità di un aumento di capitale ammontante a ben 267 miliardi; nella nota di commento l'A. sostiene che “la dichiarazione di rimozione di un aumento di capitale di centinaia di miliardi ... significa l'improvvisa prospettazione ... di un rilevantissimo impoverimento della società col collegato abbattimento (retroattivo) della garanzia generica dei creditori sociali ...”.

<sup>251</sup> La valutazione dei molteplici interessi cui presta attenzione il diritto delle società per regolare le invalidità è centrale da lungo tempo negli studi della dottrina. Cfr. ANGELICI C., *La società nulla*, Milano, 1975, 340 ss., e già FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971, 359 ss.. Il contemperamento di questi, con varietà di argomentazioni, v. pure in PERRINO M., *I rimedi societari*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 92 ss.; GINEVRA E., *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili*, cit., 271 ss.; PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., 400 ss.; DOLMETTA A.A., *Sulle conseguenze civilistiche dell'acquisto di azioni proprie compiuto in violazione dei divieti di legge*, in *Riv. soc.*, 1996, spec. 344, 350; ID., *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Un frammento di storia delle idee*, in *Vita not.*, 2003, 104 s.; ma già in GENOVESE A., *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, 232 ss.; ed ovviamente in MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 238 ss., 341 ss..

dell'operazione <sup>252</sup>; al punto che, assecondando in pieno la tesi, cadrebbe anche l'attività deliberativa lungo quel periodo espressa dalla società.

Fuori dalle impressioni, cioè dalla sensazione che l'effetto retroattivo implichi più problemi di quanti in concreto riesca a risolverne, occorre prestare una rigorosa attenzione al dato normativo per vedere quale possa essere la tutela più adeguata alla collettività degli interessi che si presentano insiti in un'operazione di aumento del capitale invalidata, oggi consapevoli che non importa più il tipo di vizio che conduce ad una pronuncia d'invalidità.

Nel tentare di argomentare la nostra opinione al riguardo deve necessariamente valutarsi la proposta di estendere al nostro caso le prescrizioni di cui all'art. 2332. Sulla base di questa proposta potremo quindi sviluppare ulteriormente il tema.

### ***23. La proposta di applicare l'art. 2332 alle delibere modificative dell'atto costitutivo***

Le superiori considerazioni possono trovare maggiori e feconde argomentazioni di supporto nel rimedio di cui all'art. 2332. Una disciplina propria dell'attività – bisogna ammettere – che volge a caratterizzarsi per il fatto d'intervenire in un momento ben preciso della vicenda societaria, ossia quando l'ente è già venuto ad esistenza (*ex art. 2331*). Un momento formale, certamente, ma pregno di significato stante che prima di esso, a quella stessa vicenda, è indiscussa l'applicazione della disciplina comune dell'invalidità e dei suoi effetti per i contratti stipulati tra più parti <sup>253</sup>.

La questione che si è proposta, in una prospettiva di soluzione di un problema che non riceve chiara evidenza nella legge, attiene alla possibilità di

---

<sup>252</sup> È interessante constatare che l'ordine di problemi che andiamo delineando è assai simile a quelli tenuti presenti dal legislatore nell'apprestare l'art. 2332 c.c.. Cfr. in argomento già FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, 361.

<sup>253</sup> Su questa formale conclusione v. per tutti CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2009<sup>7</sup>, 170.

estendere, alle delibere modificative dell'atto costitutivo, le regole di cui all'art. 2332; questione notoriamente complessa e d'incerta soluzione negli studi attuali del problema <sup>254</sup>. Un problema interessante, forse anche decisivo per alcuni, al quale è stata data una soluzione diversificata, possibilista finanche rispetto ad un'applicazione di parte delle norme portate dalla disposizione considerata <sup>255</sup>.

Poiché in principio del discorso dedicato ai limiti d'impugnazione si è evidenziato l'impiego di una tecnica inconsueta negli studi tradizionali dell'invalidità, cioè quella della preclusione alla pronuncia di invalidità (v. artt 2379-ter, 2° co., 2500-bis, 2504-quater), l'importanza rivestita dalla riflessione in discorso concerne quindi le altre ipotesi in cui l'invalidità può essere ancora pronunciata <sup>256</sup>.

Come noto, la possibilità di estendere le prescrizioni di cui all'art. 2332 c.c. a fattispecie diverse da quella considerata è stata portata avanti nel nostro ordinamento almeno sotto due profili (tendendo faticosamente a superare la

---

<sup>254</sup> Come noto, la proposta risale già a T. ASCARELLI, *Vizi delle deliberazioni assembleari e tutela dei terzi*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1954, 133 ss.; la sostengono variamente dopo la riforma DOLMETTA A. A., *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Un frammento di storia delle idee*, cit., 104 s.; GINEVRA E., *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili*, cit., 280 s.; GENOVESE A., *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 230 ss. Le loro rispettive argomentazioni sono talvolta avvalorate da una discussione in atto negli studi della dottrina tedesca. Su queste tendenze nei ragionamenti più recenti della discussione straniera v. GINEVRA E., *op. ult. cit.*, 281; MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 342, ove in entrambi i necessari riff. e adeguato resoconto della tendenza mostrata in questi studi ad applicare all'annullamento delle delibere strutturali l'apparato di regole prescritte per la società nulla, ritenendo perciò che l'invalidità opererebbe con effetti *ex nunc*.

<sup>255</sup> Cfr. GINEVRA E., *op. ult. cit.*, 281 s., le cui conclusioni sono però misurate sul caso oggetto della sua nota.

<sup>256</sup> Cfr. *supra* Cap. II per quanto ai chiarimenti in materia di *limiti* d'impugnazione delle delibere di aumento del capitale.

sua qualificazione in termini di regola eccezionale rispetto a quella di diritto comune <sup>257</sup>).

È possibile così constatare un uso promiscuo della norma sia per questioni organizzative sia per questioni contrattuali. Tuttavia, né il primo né tanto meno il secondo, nella discussione attuale, si rivelano idonei per una sicura adattabilità del caso che ci riguarda a quello regolato dall'art. 2332.

Sotto un primo profilo, infatti, di estensione della relativa disciplina si è tanto discusso in materia di società di persone, per rendere *irretroattivi* gli effetti della pronuncia di invalidità concernente l'atto fondativo (appunto il contratto) delle relative *organizzazioni* ove esse avessero iniziato a svolgere l'*attività* con i terzi. Su questo fronte, per vero più prossimo alla fattispecie portata dall'art. 2332, tuttavia si sono formate resistenze di parte significativa della dottrina e della giurisprudenza <sup>258</sup>.

Sotto un altro profilo, di estensione della norma si continua a discutere per quanto all'invalidità di singole partecipazioni sociali *non* essenziali (altrimenti, per valutazione comunemente accettata, la conseguenza sarebbe lo scioglimento della società *ex art. 2484, 1° co., n. 2, c.c.*) <sup>259</sup>. Il fatto ben noto

---

<sup>257</sup> Cfr., nella prospettiva di eccezionalità della disposizione, per tutti MIGNOLI A., *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi*, cit., 308 s.

<sup>258</sup> Sono questi spunti volutamente imprecisi di una discussione nota con varietà di accenti che tuttavia danno sufficiente conferma della difficoltà attuale del nostro ordinamento a pervenire ad una sicura estensione della disciplina recata dall'art. 2332 ad altre fattispecie non regolate, anche rispetto a vicende più simili come quelle che riguardano le società di persone. Importanti sono d'altronde in dottrina ed in giurisprudenza le contrapposizioni formatesi. Ampio e dettagliato resoconto di esse v. in CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 71, che si schiera in senso permissivo. Analogamente, con estensione a tutti i fenomeni associativi, v. FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, cit., 362. In senso negativo v. invece FERRI G., *Delle società*, sub art. 2247, nel *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981<sup>3</sup>, 75 ss.; ANGELICI C., *La società nulla*, cit., 286 ss., con un ragionamento articolato che tuttavia fa pervenire l'A. a risultati accostabili alle regole di cui all'art. 2332.

<sup>259</sup> Ampia documentazione sull'argomento v. in PORTALE G.B., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*\*, Torino, 2004, 615 ss.; trattano il tema altresì PERRINO M., *I rimedi societari*, cit., 96; CAMPOBASSO G. F., *op. ult. cit.*, 173 s..



alla discussione è che, volgendo l'art. 2332 ad apprestare una disciplina speciale della nullità di qualcosa che *nasce* per contratto, i vizi di porzioni di questo riferibili ai singoli soci, che partecipano nell'unità associativa, potrebbero apertamente trovare soluzione nella disciplina di diritto comune di cui all'art. 1420 c.c.<sup>260</sup>; tuttavia, collocandosi temporalmente in un momento in cui la società come ente *organizzato* è venuta ad esistenza (art. 2331) e si appresta, o già svolge, un'attività, può richiedere di contemperare gli interessi che sono propri di questa attività. Una discussione rigorosa concettualmente ma anche qui non di sicura soluzione. Non solo perché la norma presta attenzione alla società organizzata (la sua applicazione si rivolge anche a fenomeni di società unipersonali), ma anche perché, non offrendo la norma più attenzione alle posizioni soggettive individuali insite nel negozio costitutivo di società ma a posizioni dei soci nell'organizzazione<sup>261</sup>, la circostanza rende poco sicura la possibilità di ottenere per suo tramite una pronuncia di invalidità delle singole partecipazioni<sup>262</sup>.

La deviazione dal modello di diritto comune sostenuta in ragione dell'applicazione dell'art. 2332 è tuttavia ben nota: invece che determinarsi un effetto retroattivo dell'annullamento delle partecipazioni con la restituzione del conferimento da parte della società<sup>263</sup>, la tesi opposta riconosce al socio il

---

<sup>260</sup> In questa disciplina li riconduce FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, cit., 363.

<sup>261</sup> È la tesi sostenuta da ANGELICI C., *La società nulla*, cit., 251 ss., e ribadita in *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, ora in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 14, ove leggasi, con riferimento all'art. 2332, che: “la posizione dei soci non è valutata per la loro partecipazione al contratto ... ma per la loro partecipazione all'organizzazione stessa: essi si presentano non come contraenti, e quindi *uti singuli*, ma *uti socii*”, il che significa per l'A. che, costituita la società (spec. 22), “non rileva più l'originaria posizione di *parte*, bensì, se del caso, quella di *socio*”; con la conseguenza coerente di non ritenere compatibili questioni di validità di porzioni del contratto ai sensi dell'art. 2332.

<sup>262</sup> In senso opposto v. tuttavia PORTALE G.B., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura*, 615 ss.; PERRINO M., *I rimedi societari*, cit., 96; CAMPOBASSO G. F., *op. ult. cit.*, 173 s..

<sup>263</sup> Cfr. ancora FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, cit., 363.

(ben diverso) diritto alla liquidazione della quota in base alla situazione patrimoniale esistente all'epoca dell'annullamento; insomma, in quest'ultimo caso, e con deviazione dal modello di diritto comune, l'invalidità opererebbe *ex nunc*, come una giusta causa di recesso da accertarsi giudizialmente <sup>264</sup>.

Sono questi aspetti, d'altra parte, che evidenziano una forzatura del quadro normativo per risolvere problemi della pratica cui il legislatore non ha dato (si suppone) adeguata disciplina. Il che, appare chiaramente nella prospettiva da ultimo considerata, rispetto all'invalidità delle partecipazioni sociali; qui, in fondo, è intenzione trattare un fatto della vicenda negoziale con regole dell'organizzazione, al fine di evitare soprattutto la restituzione del conferimento in caso d'invalidità.

Su queste basi, devo dire peraltro che, maggiore e più rigoroso sforzo per giustificare l'applicazione dell'art. 2332 a vicende modificative, e tra queste avendo attenzione specifica all'aumento del capitale, si trova solo in parte della dottrina. Una riflessione molto profonda giustifica l'assunto sulla scorta della rilevante persistenza che avrebbe il contratto di società in corso di esecuzione del rapporto organizzato <sup>265</sup>. Tale riflessione giustifica una precisa

---

<sup>264</sup> Cfr. ancora PORTALE G.B., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura*, 627 s.; PERRINO M., *I rimedi societari*, cit., 96; CAMPOBASSO G. F., *op. ult. cit.*, 173 s.

<sup>265</sup> GINEVRA E., *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle Spa*, Milano, 2001, 101 ss., spec. 111 s. ritiene che “niente può impedire la configurazione della persona giuridica societaria come una vera e propria “tecnica esecutiva” di un programma dell'autonomia negoziale (avente senz'altro i caratteri, se si segue quanto appena detto sopra, del contratto)...”. La riflessione cui fa capo l'A. è di quelle che hanno acceso a lungo il dibattito nella nostra materia. Si è discusso circa la rilevanza del contratto di società in corso di esecuzione del rapporto *organizzato*, dando ad esso soluzioni notoriamente non omogenee negli studi: sia nel senso di una netta cesura, sia nel senso della convivenza dei due profili richiamati. Su questi temi di portata generale ampia documentazione: v., per il primo orientamento, in GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 107 ss.; PESCATORE S., *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, 58 ss.; per il secondo in ABBADESSA P., *Disposizioni generali*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 5 ss.; FERRI G., *Delle società, sub. art. 2247*, cit., 29 ss.; FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, cit., 319 ss.; ANGELICI C., *Le basi contrattuali della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 128 ss., 136 ss.

qualificazione dell'operazione di aumento del capitale a pagamento ai sensi dell'art. 1331 c.c. (si sostanzierebbe in un'adesione a contratto aperto), sì che il suo perfezionamento determinerebbe un'innovazione di *parte* dell'originario rapporto contrattuale; e perciò, sul versante dell'invalidità, essa si presenta in fondo come un'invalidità parziale del contratto di società cui si potrebbe applicare l'art. 2332 c.c.<sup>266</sup>.

Devo dire, tuttavia, che il ragionamento, impeccabile per coerenza, non mi convince fino in fondo. Credo, infatti, che, per un verso, altra sia la funzione riservata all'art. 2332 nell'ordinamento, e, per altro verso, che l'operazione che osserviamo non possa essere guardata soprattutto sul piano della modifica del contratto.

Sotto il primo profilo, la regola verso cui tanto interesse si mostra rispetto alla fattispecie qui indagata, è quella secondo cui “la dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti *in nome* della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese”.

Si tratta di una regola che non nasconde di rilevare rispetto a vicende in cui si agisca nell'interesse di un *soggetto*, non più in esecuzione di un *atto*; si tratta di svolgere un'attività imposta dal mercato in cui l'*impresa* viene ad essere esercitata, fatti, atti e negozi che questa richiede siano compiuti dagli amministratori nell'esercizio dei loro poteri<sup>267</sup>. La norma non appresta una

---

<sup>266</sup> Intendo in tal senso orientato in conclusione GINEVRA E., *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili*, cit., 275 s.

<sup>267</sup> È frequente oramai vedere nelle società non forme di esecuzione del contratto sociale fra soci ma forme di organizzazione d'impresa collettiva. Cfr. ad es. ANGELICI C., *Società, persona e impresa*, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 351: “nella materia societaria [volge] l'autonomia privata ad organizzare non rapporti giuridici, ma l'attività imprenditoriale...”. Sull'impresa collettiva societaria v. in generale: V. BUONOCORE, (voce) *Imprenditore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 541 ss.; nota è la discussione sull'inizio della sua attività: v. CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale, I, Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2006<sup>5</sup>, 100 s., ivi per ulteriori riff. Più di recente nella disciplina societaria si è vista “la forma nella quale giuridicamente si esprime il fenomeno dell'investimento”. Così FERRI G. jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 73 ss. Non che si voglia, così, accedere ad una tesi che metta in discussione in assoluto la rilevanza del contratto nell'agire

tutela contrattuale diversa, ma una tutela del mercato in cui la società, come impresa, viene ad operare. Non v'è dubbio che la circostanza della pronuncia di nullità giudiziaria *a posteriori* potrebbe pregiudicare l'azione rappresentativa compiuta *in nome* di un soggetto giuridicamente inesistente; la mera esistenza di fatto, o materiale che dir si voglia dell'organizzazione, è però fondamentale nella valutazione della tutela apprestata ai terzi <sup>268</sup>; il prezzo di questa tutela, stante che la valenza giuridica dell'ente è compromessa con la pronuncia di invalidità, è lo scioglimento della società, la *disgregazione* del suo patrimonio; una tutela perciò del mercato in cui la società opera, una tutela dei terzi alla certezza e stabilità dei rapporti giuridici incardinati con l'ente di fatto venuto ad esistenza.

Sotto altro profilo, non credo che l'aumento del capitale sia un'operazione riducibile ad una mera modifica del contratto; penso, infatti, che, la prospettiva più vicina all'operazione sia quella incrementale di un patrimonio di un ente già *organizzato* il quale, nelle dinamiche di mercato appunto, richiede nuova ricchezza che impiegherà nella sua futura attività d'impresa: chi presti fiducia in questa futura attività e nei confronti di chi sia chiamato a svolgerla, cioè i

---

societario, ma che questo non sia così tanto centrale nel corso dell'attività, la quale deve rispondere alle esigenze imposte dal mercato. Se le società fosse forma di esecuzione del contratto i gestori dovrebbero agire nell'interesse comune a *tutti*. Ma, come ben noto, invece è connaturale un disallineamento tra interessi della maggioranza e della minoranza nell'attività dell'agente espresso dai primi. Su questi temi così generali, nel linguaggio attualmente più diffuso, qualificati in termini di «*agency problems*», v. JAEGER P. G. – DENOZZA F. – TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2006<sup>6</sup>, 197 ss. Ed è significativo che il modo per allineare tali interessi si muova non sul piano contrattuale ma sul piano economico, richiedendo agli agenti di salvaguardare lo *shareholder value*. Sul punto v. pure ANGELICI C., *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., 116 s. Generale è comunque la differenza tra contrattualismo ed istituzionalismo societario. Cfr. sul tema, P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 ss.; ma sul che più di recente v. pure G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, *Diritto commerciale. Società*, I, Milano, 2005, 2225 ss..

<sup>268</sup> Lo scioglimento è effetto che si applica ad un ente comunque venuto ad esistenza. V. chiaramente TOMMASINI R., (voce) *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, § 17.

*manager*, si appresterà a compiere il conferimento, che, tanto più nelle società aperte, tenderà ad essere trattato come espressione d'investimento <sup>269</sup>.

Sono questi spunti di un ragionamento più articolato che mi propongo di svolgere meglio nel prosieguo.

#### ***24. Attività esterna dell'impresa societaria e vicenda incrementale del suo patrimonio***

A questo proposito, d'altronde, l'impresa agisce con appositi meccanismi d'imputazione dell'attività all'organizzazione <sup>270</sup>. Il meccanismo formale esistente nel nostro ordinamento è, come ciascuno sa, la spendita del nome. L'agire in nome di un soggetto permette nel nostro ordinamento di imputare a questo gli effetti della sua attività.

Ora, a questo proposito, parte della dottrina, osservando il fenomeno societario, ha ritenuto, sebbene in ipotesi eccezionali, che le delibere di società adottate dall'assemblea potessero incidere sui rapporti intersoggettivi, e perciò divenire la fonte diretta di effetti esterni verso i terzi; l'adozione di questa prospettiva in materia di aumento del capitale a pagamento ha consentito di riferire all'assemblea la creazione delle partecipazioni sociali, rimettendo agli amministratori il compimento di attività meramente accessorie <sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> Intende, rivisitando gli studi sul conferimento (come vicenda traslativa, o come atto di destinazione), il medesimo come atto d'investimento FERRI G. jr., *Investimento e conferimento*, cit., 25 ss., spec. 44: "l'investimento indica una determinata forma di impiego del capitale fisso, la quale si caratterizza per il « rischio » a cui è sottoposto il capitale impiegato ...".

<sup>270</sup> Sul tema v. PANUCCIO V., (voce) *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, §§ 20 e 25; CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale, 1, Diritto dell'impresa*, cit., 87 ss.

<sup>271</sup> Cfr. ancora ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, cit., 160 ss. nt. 86, ove maggiori riff.; BELVISO U., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, cit., 92 ss., 101 ss. testo e nt. 88 ove, in critica alla tesi di R. Nobili, che vedremo appresso, l'A. rilevava che essa "non tiene conto del fatto che non è possibile mettere *a priori* in discussione la competenza dell'assemblea ad attività rappresentativa (o esterna)".

Delle ragioni che hanno giustificato l'indirizzo abbiamo già detto qualcosa<sup>272</sup>. Ora possiamo aggiungere che tali atti, riguardati nel lessico dell'impresa, possono qualificarsi come «atti di organizzazioni» non come «atti dell'organizzazione»<sup>273</sup>, nel senso che essi hanno rilevanza esclusivamente interna alla collettività organizzata<sup>274</sup>. Era in questo senso già presente agli studiosi la rilevanza interna all'organizzazione dell'atto assembleare; ed invero, privando la delibera dell'idoneità a potere incidere direttamente sul piano dei rapporti intersoggettivi, tale indirizzo aveva ritenuto che su tali rapporti potesse incidere esclusivamente l'amministratore dotato di rappresentanza e, con riguardo alla materia qui studiata, a lui si doveva riferire la proposta contrattuale ed a sua conoscenza i sottoscrittori dovevano portare le proprie accettazioni, sicché costui diveniva artefice dei c.d. contratti di sottoscrizione<sup>275</sup>.

Questa prospettiva, che, riprendendo quel lessico potrebbe dirsi frutto di un atto dell'organizzazione, da lungo corso ha trovato importanti sviluppi nella nostra dottrina. Il tema è di quelli tanto noti che, per esplicarlo meglio, devo rimettermi all'autorevolezza di chi, forse più di altri, ha sviluppato i relativi argomenti<sup>276</sup>.

Nello studio della fattispecie delle società per azioni si è, infatti, ritenuto necessario un approfondimento sull'*organizzazione corporativa*.

---

<sup>272</sup> V. *supra* §§ 3 e 5 Cap. I, e § 21 di questo Capitolo.

<sup>273</sup> Cfr. CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale, I, Diritto dell'impresa*, cit. 102.

<sup>274</sup> Sul che v. già CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nelle società per azioni*, Milano, 1985, 188 s., anche per maggiori rife.

<sup>275</sup> Cfr. specialmente NOBILI R., *Contributo allo studio del diritto d'opzione nelle società per azioni*, Milano, 1958, 68 ss.; v. pure, per il valore interno della volontà dei membri del collegio, CHIOMENTI F., *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1975, 84 ss.

<sup>276</sup> Cfr. SPADA P. – SCIUTO M., *Il tipo della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 50 ss.

Le regole salienti di questo codice organizzativo venivano fissate in alcuni fondamentali punti.

Anzitutto, la “prefigurazione di *uffici*”. Ciò, “nell’ambito di una formazione associativa, significa separare la *produzione dell’attività comune* (cioè i processi decisionali e dichiarativi che la scandiscono) dalle *persone* degli associati”. Ciascuno di questi uffici avrebbe una *specializzazione*, “cioè ... un rapporto «rigido» delle competenze”, e poi richiede, per il suo funzionamento, “un «reclutamento» del personale preposto”; ove viga una pluralità di preposti all’ufficio, occorre l’adozione del *metodo collegiale*”<sup>277</sup>.

Nel nuovo materiale normativo, ciò, non solo è parso valido ma enfatizzato rispetto al passato “in termini di *specializzazione dei compiti* e di (correlata) *separazione degli uffici*” considerando le reciproche modifiche all’apparato di competenze dell’assemblea (*ex art. 2364*) e dell’organo gestorio (*ex art. 2380-bis*)<sup>278</sup>.

Su simili basilari osservazioni, d’altra parte, spunti significativi di tale prospettiva venivano sostenuti anche da altra autorevole dottrina<sup>279</sup>. In un senso più prossimo al tema osservato si poneva “il quesito se la deliberazione [fosse] idonea di per sé a realizzare i valori propri e tipici degli atti individuali”. Al quesito pareva di doversi rispondere in senso negativo contrapponendo “alla fondamentale idoneità della deliberazione a realizzare valori tipicamente societari, ... [la] parallela inidoneità a realizzare valori tipicamente individuali”<sup>280</sup>. Secondo l’Autore, per costituire rapporti

---

<sup>277</sup> Cfr. SPADA P. – SCIUTO M., *op. ult. cit.*, 51.

<sup>278</sup> Cfr. SPADA P. – SCIUTO M., *op. ult. cit.*, 54 s., ove, per la s.r.l., la presa d’atto che l’organizzazione corporativa non è più, nel codice civile riformato, una componente necessaria. Ma il che non muta la nostra prospettiva d’impresa.

<sup>279</sup> FERRO-LUZZI P., *La conformità delle delibere assembleari a legge o statuto*, cit., 106 ss.

<sup>280</sup> FERRO-LUZZI P., *op. ult. cit.*, 106.

individuali occorre un “atto che non ha carattere esecutivo in senso tecnico della deliberazione ..., costituendo invece propriamente la fattispecie”<sup>281</sup>.

Ebbene, tali opinioni appena tratteggiate danno il senso di ciò che intendo rilevare; l’atto che manifesta l’iniziativa collettiva dei soci non solo costituisce un rapporto contrattuale<sup>282</sup> ma esso costituisce un’organizzazione dell’agire del gruppo, anche nei rapporti con i terzi, attraverso la *scelta* del tipo di società *ex art. 2249*. Una scelta che ha valore di riconoscibilità del soggetto nel mercato e quindi di affidamento riposto sulle sue regole da parte degli interlocutori che si relazioneranno con l’ente nelle dinamiche degli affari. Sono le regole di questo agire che, all’esterno, si manifestano con atti dell’organizzazione che permettono d’imputare ad essa l’attività svolta dal rappresentante in suo nome nei rapporti con i terzi.

È questa attività, dunque, che, volgendo lo sguardo all’aumento del capitale a pagamento, caratterizza la sua formazione. Si tratta di un’operazione finanziaria, che fa capo all’amministratore gestire, ricevendo le attribuzioni patrimoniali che originano dalle singole sottoscrizioni<sup>283</sup>; un’operazione che giunge a compimento sol quanto la società consegua quanto sperato con la decisione di aumento inscindibile, o riesca ad intercettare qualcosa nel suo patrimonio entro il termine assegnato ai fini dell’aumento scindibile. Una

---

<sup>281</sup> FERRO-LUZZI P., *op. ult. cit.*, 107.

<sup>282</sup> Un profilo d’altronde che meglio s’evidenzia considerando il complesso di regole create dai soci ed il valore ad esso attribuito dal legislatore; esso non solo ha valore interno, per la validità/invalidità degli atti (v. l’art. 2377), ma altresì ha valore esterno di rilevanza più o meno marcata nei confronti dei terzi. La rilevanza reale di questo regolamento reagisce sui rapporti con i terzi in un modo peculiare non conosciuto dalla disciplina dei contratti. L’approfondimento di questi temi v. specialmente in ANGELICI C., *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., 136 ss..

<sup>283</sup> TANTINI G., *Le modificazioni dell’atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, 224, rileva che: “la problematica del capitale (e quindi del suo aumento...) può essere considerata sotto un primo profilo strettamente in relazione con l’esercizio collettivo dell’impresa, ed alla conseguente esigenza di un rapporto ottimale tra volume degli investimenti e dimensione dell’impresa stessa”.



prospettiva di conseguimento di un valore tradotto in regola nell'organizzazione societaria.

L'operazione, quindi, guardata all'esterno, prende forma di tanti rapporti di partecipazione (non saprei altrimenti giustificare come si formano giuridicamente questi rapporti tra la società ed i sottoscrittori) costituiti dall'agente in nome della società, sospensivamente condizionati al raggiungimento dell'effetto finale <sup>284</sup>. In questa prospettiva l'antecedente logico è l'acquisizione del maggior patrimonio, la conseguenza giuridica *può* essere la modifica dell'atto costitutivo.

***25. Tutela degli interessi non riconducibili alle parti immediate del rapporto. Indifferenza dei vizi delle delibere sulla validità dell'azione estrinsecata dagli amministratori. Gli artt. 2383, 5° co., e 2357***

Ora, come ben evidente, l'art. 2332 è norma che esprime un principio di stabilità di tutto quanto sia da imputare alla società – organizzazione nei rapporti con i terzi al momento in cui sia pronunciata la sua nullità. Una norma che già esprime un principio d'indifferenza del vizio considerato sull'agire rappresentativo degli amministratori con i terzi. Il legislatore limita la propagazione della nullità temperando interessi estranei alle parti immediate del rapporto. L'esplicazione dell'attività richiede di adottare un apparato rimediale diverso da quello che è proprio dei rapporti di scambio.

È questa, d'altronde, una constatazione non certo nuova alla discussione per sottolineare l'inadeguatezza delle misure restitutorie tipiche delle operazioni di scambio (con effetto istantaneo) in materia societaria (rapporto di durata). Operazioni incentrate su spostamenti patrimoniali, per vizi riguardanti i medesimi, posso essere risolte con l'eliminazione dell'effetto, e perciò praticamente con la restituzione. Ed è corretto che sia così se si considera che

---

<sup>284</sup> Cfr. ancora TANTINI G., *op. ult. cit.*, 251 s.: “la sottoscrizione dunque, opera come condizione sospensiva della modificazione...”.

l'effetto è interno ai rapporti tra le parti sia in senso positivo, sia in senso negativo.

Sono questi rilievi fin troppo noti per richiedere ulteriori specificazioni, ma che evidenziano già il dubbio circa l'utilizzabilità di questi rimedi nel caso in cui si vada oltre gli interessi delle parti immediate il cui rapporto concretamente sia compromesso. Si tende perciò a dire che effetti di eliminazione *ex tunc*, di restituzione appunto, non potrebbero predicarsi per questioni che riguardano l'*impresa* e quindi per le società, dove in fondo il rapporto originario coinvolge una sfera d'interessi altri rispetto alle parti immediate di esso. È per questo che l'invalidità che coinvolga quel rapporto non può prescindere dal contemperare gli altri interessi. Di questa sfera d'interessi ulteriori prende atto l'art. 2332 con la regola della liquidazione dell'ente, regola che contempera le aspettative dei terzi e quelle residuali dei soci <sup>285</sup>.

Interessante è costatare, a conferma della deviazione dallo scambio ove ricorrano ulteriori interessi, che, analogamente, sotto questo profilo generale, nel panorama del codice civile, anche l'art. 2126 c.c. volge a tutelare interessi diversi da quelli immediati al rapporto, interessi che ciascuno può immediatamente intuire dalla prescrizione secondo cui “la nullità o l'annullabilità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione ...” <sup>286</sup>.

Ora, ai nostri fini, non tanto occorre dar conto di tutti i luoghi in cui concretamente emerge tale deviazione significativa dei rimedi in materia

---

<sup>285</sup> Su queste peculiarità della discussione dei rimedi in materia societaria, comandata dall'esigenza di assecondare di volta in volta interessi diversi nell'enucleazione di rimedi adatti a regolare l'invalidità del rapporto originario, v. già FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, cit., 359 ss.; e l'ampia attenzione a questi temi in ANGELICI C., *La società nulla*, cit., 340 ss., 352 ss.

<sup>286</sup> Ne danno una doverosa considerazione, negli studi specialistici delle invalidità, ANGELICI C., *op. ult. cit.*, 398 ss.; TOMMASINI R., (voce) *Nullità (dir. priv.)*, cit., § 17; considera la fattispecie, come quella di cui all'art. 2332, riconducendola entro i rapporti contrattuali di fatto BIANCA C.M., *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000<sup>2</sup>, 41 ss.

societaria <sup>287</sup>, ma intendo vedere, in quanto più prossimo al nostro studio, come in fondo l'invalidità della deliberazione reagisca sui rapporti finali dell'organizzazione costituiti con i terzi, ovvero con i soci dall'amministratore dotato di rappresentanza sociale. Il dubbio che qui ricorre è che si possa fare un'acritica assimilazione di argomenti che sono tipici dei *collegamenti* tra atti dei procedimenti, ovvero di successione di negozi, per cui l'invalidità di uno di essi si comunichi di necessità agli altri, ed in specie all'atto finale, eliminando quanto creato con effetto retroattivo <sup>288</sup>.

Il percorso argomentativo che intendo seguire, al riguardo, è incentrato a dimostrare che quell'effetto che tipicamente si riconduce all'art. 2332 non è

---

<sup>287</sup> V., volendo, un riflesso di ciò in PORTALE G.B., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura*, 633 ss., ove l'attenzione è dedicata alle conseguenze imposte da un conferimento in natura illecito od impossibile sulla (in)validità delle partecipazioni sociali, ed alla ricerca di rimedi più consoni alla conservazione degli effetti organizzativi della partecipazione e agli interessi dei creditori sociali e degli altri soci; ricerca che conduce l'illustre A. ad escludere la nullità della partecipazione (spec. 636 s.) ed a proporre una conversione forzata del pregresso conferimento con denaro ovvero, consentendo la società, con conferimento di altri beni in natura o crediti. Questione tradizionalmente affrontata osservando l'art. 2343, ma per l'A. da risolvere avvalendosi dell'analogia con i principi desumibili dagli art. 2357-*quater* e 2359-*quinquies*.

<sup>288</sup> Come è stato già rilevato, in diritto amministrativo si sostiene che "l'illegittimità di uno degli atti del procedimento determina in via derivata l'illegittimità del provvedimento finale". Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 360. Ma, come ben noto, ciò caratterizza pure la riflessione sul collegamento tra negozi. In materia societaria lo sviluppo del tema si deve soprattutto ad una compiuta definizione delle relazioni tra contratto sociale e regolamento parasociale. E v. ovviamente, tra i suoi fondamentali sul tema, G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 527 ss.. Deve costatarsi però, tra le righe dell'ineccepibile pensiero dell'autorevole A., la delimitazione del valore del collegamento negoziale alla genesi del contratto parasociale per giustificare in fondo la sua costituzione e la sua validità, quest'ultima tuttavia non sostenuta, avvalendosi del collegamento, rispetto a temi prettamente organizzativi. V. d'altronde C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, nel *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 16, t. II, Torino, 1985, 234 s.: "si tratta ... di un'ipotesi nella quale i due dati tra cui si pone il collegamento presentano una assoluta eterogeneità funzionale". Più in generale, ma sotto profili diversi da quelli qui considerati, l'importazione di temi tipici del negozio nel diritto delle società caratterizzano la c.d. *nexus of contracts theory*. Una tesi sulla quale non è possibile nemmeno abbozzare la riflessione in questo lavoro. Cfr. per tutti (in critica) ANGELICI C., *Le basi contrattuali della società per azioni*, cit., 106 ss., ove ampi riff..

oramai prerogativa esclusiva di questa norma. Ciò consente di dare un tipo d'impostazione volendo per casi, espressivo di una tendenza *unitaria* di tutela collettiva degli interessi che ricorrono, con significative deviazioni dalle tutele di diritto comune.

Sul problema, così, intendo significativi i dati restituiti da alcune norme del codice civile vigente; norme diverse, bisogna ammettere, come immediatamente vedremo, sia nella loro formulazione che nelle rispettive tutele apprestate, ma comunque segno di un apparato rimediale del tutto peculiare del diritto delle società <sup>289</sup>, in un sistema che volge a contemperare gli interessi che vengono a delinearsi con l'esercizio dell'*attività* da parte dell'organizzazione societaria.

Con questi propositi, una prima norma cui rivolgiamo attenzione è quella dell'art 2383, 5° co., c.c. <sup>290</sup>. Il legislatore, nel contemperare l'invalidità della delibera di nomina degli amministratori (per nullità e annullabilità), prescrive che una volta iscritta nel registro delle imprese la nomina le cause di invalidità che essa riguardino non sono opponibili ai terzi che ignoravano il vizio. L'invalidità della delibera non interrompe l'azione degli amministratori nell'istaurare i rapporti <sup>291</sup>, ma neppure reagisce, ricorrendo le condizioni legali, sulla validità dei relativi vincoli. L'atto finale dell'organizzazione è reputato *vincolante* a beneficio della certezza delle situazioni giuridiche acquistate dai terzi. E direi correttamente, nella misura in cui la norma risolve

---

<sup>289</sup> Una valutazione più ampia dei rimedi societari rispetto a ciò che, per il momento, qui osserviamo v. ora in PERRINO M., *I rimedi societari*, cit., 92 ss., ove attenzione anche agli artt. 2332 e 2504-*quater*.

<sup>290</sup> Su tale disposizione v. MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 109 ss.; PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., 403 ss.; più in generale sui profili di stabilità effettiva dell'azione sociale esplicita con i terzi in relazione al potere di rappresentanza (difetti, eccesso o abuso: per cui è chiaro il riferimento anche all'art. 2384) v. PERRINO M., *I rimedi societari*, cit., 92.

<sup>291</sup> È questo il profilo sul quale insiste MEO G., *op. ult. cit.*, 109 ss. per dimostrare, credo, che l'invalidità della delibera, che precede l'attività di esecuzione degli amministratori, non si riflette sulla validità dell'atto finale da questi concluso.

un problema, non di validità dell'atto, ma di sicura imputabilità del medesimo all'organizzazione in favore dei terzi, in diritto comune altrimenti occorrendo una ratifica *ex art.* 1399 c.c. In questo senso, l'esecuzione del giudicato di invalidità della delibera di nomina degli amministratori implica solo una nuova (e valida) nomina dell'amministratore <sup>292</sup>.

Un'ulteriore norma su cui è interessante soffermarci è quella dell'art. 2357 c.c. <sup>293</sup>. La ragione di essa è diversa rispetto alla norma precedente ma la prospettiva ultima in definitiva è analoga. Il legislatore, nel prescrivere le condizioni per l'acquisto di azioni proprie <sup>294</sup>, richiede una delibera che autorizzi gli amministratori a compiere l'attività di acquisto. Ora, se la delibera di autorizzazione fosse illecita, a noi non interessa chiarire quando lo sia, il negozio di acquisto tra amministratori e soci non sarebbe invalido (*ex art.* 1418 c.c.) per scelta legislativa; agli amministratori si chiede, come misura di esecuzione del giudicato, a norma dell'art. 2357, di alienare le azioni acquistate in violazione di questa norma <sup>295</sup>.

In realtà, solo in quest'ultimo caso il legislatore (occorre avvertire: come nei regimi delle preclusioni alla pronuncia d'invalidità) salva la validità del rapporto e gli effetti che ne derivano. Mentre, nel primo, non è in discussione la validità del rapporto ma la sua imputabilità all'organizzazione societaria,

---

<sup>292</sup> PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., 403.

<sup>293</sup> In argomento v.: BIONE M., *sub art.* 2357, *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 350 ss.; DOLMETTA A.A., *Sulle conseguenze civilistiche dell'acquisto di azioni proprie compiuto in violazione dei divieti di legge*, cit., spec. 344, 350: "il complesso normativo dell'art. 2357 risulta volto a tutelare una pluralità di diversi interessi..."; mentre nel vecchio regime, per la tesi della nullità dell'acquisto *ex art.* 1418 c.c., DE FERRA G., *La circolazione della partecipazione azionaria*, Milano, 1964, 189 ss.

<sup>294</sup> Sulle recenti novità della materia v. per tutti M. STELLA RICHTER jr, *Novità in tema di acquisto di azioni proprie*, in *Riv. soc.*, 2009, 286 ss. L'intervento considerato non ha modificato tuttavia il profilo che andiamo evidenziando nel testo.

<sup>295</sup> Sul che v. PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., 404.

favorevolmente accordata si giunge a stabilizzare gli effetti dell'atto altrimenti precari *ex art.* 1399. In entrambi i casi il modo per arrestare l'attività degli amministratori prima che questa addivenga alla conclusione del rapporto è il rimedio cautelare <sup>296</sup>. Se questo non intervenga, od intervenga tardivamente, i rapporti costituiti non potranno più essere messi in discussione.

## **26. Segue: la salvezza dei diritti acquistati in buona fede dai terzi**

A questo proposito, una tutela d'interessi altri non immediati al rapporto che li ha determinati può riscontrarsi anche in materia d'invalidità delle delibere; in specie lì dove, in sede di regolamentazione dell'invalidità di un atto interno all'organizzazione, il legislatore ha prescritto che “sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione” [norma che, si ribadisce, è presente in *tutti* gli articoli considerati in materia d'invalidità della delibera di aumento del capitale: v. artt. 2377, 2379-ter, 1° co., 2479-ter, 2388, 2391, 2475-ter]. Una stabilità in favore dei terzi che non fa risentire loro i vizi dell'atto interno all'organizzazione, rilevando nei loro riguardi unicamente l'attività compiuta dagli amministratori *in nome* della società-organizzazione <sup>297</sup>.

Ora, è proprio sul ruolo di sistema che avrebbe la stabilità in discorso che una recente dottrina ha inteso ricavare un capovolgimento di prospettiva in tema d'invalidità delle delibere societarie, nel fatto che qui la relativa disciplina non conterrebbe un regime di effetti ma una regola che sarebbe espressione ennesima della stabilità sostenuta <sup>298</sup>. Il ragionamento è parecchio

---

<sup>296</sup> Lo rileva efficacemente MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 209 ss.

<sup>297</sup> Anche rispetto a queste ipotesi l'unico modo per arrestare l'esecuzione di una delibera illecita è il rimedio cautelare. E v. ancora MEO G., *op. ult. cit.*, 209 ss.

<sup>298</sup> MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 238 ss.

articolato e non è il caso di riepilogarlo tutto, se non negli aspetti d'interesse coinvolti nel presente studio.

Si ricorderà, a questo proposito, che il problema degli effetti si è maggiormente delineato, in materia di s.p.a., osservando la relazione normativa tra annullamento dell'atto e soggetti coinvolti ai sensi dell'art. 2377 c.c. Una relazione tra i due periodi del comma ("l'annullamento ... ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori... "); "... sono salvi i diritti acquistati ... dai terzi") ha fatto pensare che la figura del terzo qui sembri identificata in negativo "in chi non rivesta la qualità di socio o di amministratore"<sup>299</sup>. Ad una soluzione di tal tipo si è tuttavia obiettato che essa "terrebbe conto del solo tenore letterale della norma e non della sua *ratio*"<sup>300</sup>.

Il sostrato delle esigenze valutate in questa norma (così come nelle altre norme in cui si osservano rapporti tra società-organizzazione e terzi) è quello di garantire una stabilità dei vincoli costituiti, di frequente rapportata a logiche di certezza nella riconoscibilità delle fattispecie e quindi di precomprensione delle conseguenze del proprio acquisto<sup>301</sup>; ciò significa che la loro tutela non può che essere quella più ampia possibile entro ciò che è stato consegnato dal legislatore a fondamento di essa. Se così non fosse, come ciascuno intuisce, i terzi avrebbero riluttanza a contrattare con la società, non sapendo le sorti del proprio acquisto.

Ora, su questo punto, è indubbio che soci ed amministratori possono trovarsi ad acquistare diritti verso la società intessendo rapporti dei più vari

---

<sup>299</sup> ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3\*\*, Torino, 1993, 358.

<sup>300</sup> ZANARONE G., *op. ult. cit.*, 358.

<sup>301</sup> Decisiva al riguardo può essere la discussione sulle società atipiche. V. i fondamentali sul tema in A. GRAZIANI, *Sulla ammissibilità delle cosiddette «società atipiche»*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, 467; A. DALMARTELLO, *Società tipiche e clausole atipiche*, in *Riv. dott. comm.*, 1960, 224 ss.; A. MIGNOLI, *Le probleme des types de societates en droit italien*, in *Evolution et perspectives du droit des societates. Á la lumière des différentes expériences nationales*, Milano, 1968, 388 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 72 ss..

con l'amministratore dotato di rappresentanza. E se assumiamo che il terzo nella norma indagata sia la *controparte* di un rapporto che l'amministratore, *in nome* della società, può costituire, anche l'acquisto dei soci diviene tutelato dalla norma considerata <sup>302</sup>.

A questo proposito, non manca di doversi appuntare l'attenzione su due ulteriori questioni.

La prima attiene alla prescrizione secondo cui "l'annullamento ... ha effetto rispetto a tutti i soci ... "; ritenere che il socio sia un terzo, e possa perciò far salvo l'acquisto ai sensi del secondo periodo del comma osservato, pare determinare una contraddizione, come in parte già evidenziato; la contraddizione nasce dalla tesi negoziale che vede nell'annullamento la causa di un effetto retroattivo rispetto a tutti i soci. Abbiamo già evidenziato che questa reazione, per effetto dell'annullamento delle delibere, almeno in due casi non trova riscontro normativo (v. *supra* § 25 quanto rilevato rispetto agli artt. 2383, 5° co. e 2357). Si può ora aggiungere, proseguendo in questo ragionamento, che l'inciso in discorso potrebbe non essere esplicativo di un regime di effetti nell'accezione consegnata dalla materia comune dei negozi, anzi più modestamente potrebbe richiedere un'attività esecutiva del giudicato alla società soccombente in giudizio. La norma, cioè, prescrive che la pronuncia di annullamento definitiva, formatasi nel giudizio in cui è stata parte sostanziale la società, obbliga questa ad adottare i conseguenti provvedimenti con "effetto rispetto a tutti i soci" <sup>303</sup>. Se si condivide questo modo di vedere la

---

<sup>302</sup> Cfr. ZANARONE G., *op. ult. cit.*, 359; MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 227. Limita tuttavia la tutela per i soci ZANARONE G., *op. ult. cit.*, 359, in relazione al primo periodo del comma ("l'annullamento ... ha effetto rispetto a tutti i soci ..."). L'A. valuta infatti possibile riconoscere la tutela in discorso sol quanto il socio acquisti "in virtù della sua generica capacità di diritto privato", ove invece i soci acquistino "in virtù della posizione che essi vantano all'interno della società", sarebbero coinvolti dall'effetto retroattivo.

<sup>303</sup> Intendo sia questo il risultato della riflessione sul punto svolta da MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 238 ss., spec. 243, ove l'A. conclude: "...l'effetto della sentenza invalidativa si configura così, sul piano giuridico,



norma, la contraddizione evidenziata viene meno. Non si trascuri, a questo proposito, che, una siffatta diversa prospettiva può trovare significativi riscontri proprio lì dove difetta il riferimento all'effetto che l'annullamento determina rispetto ai soci (v. artt. 2388, 2391, 2475-ter); ipotesi in cui non v'è dubbio che, potendo riguardare la relativa delibera invalidata posizioni acquistate dai soci, essendosi convenuta in giudizio la società, le relative statuizioni definitive concernenti la delibera invalida obbligherebbero questa a provvedere con "effetto rispetto a tutti i soci" con conseguenti provvedimenti di esecuzione del giudicato.

La seconda questione che intendo affrontare attiene alla modalità d'acquisto dei diritti "in buona fede"; ravvisare i presupposti della buona fede per il socio, che magari ha preso parte alla formazione della delibera e ne potrebbe conoscere i vizi, appare più difficile. L'argomento, così come formulato, è tuttavia intrinsecamente debole considerando che la buona fede del socio "è ... esplicitamente assunta a motivo di tutela ... da parte dello stesso legislatore negli artt. 2433 e 2433-bis c.c." <sup>304</sup>.

Il socio, quindi, può essere considerato una controparte che acquista in buona fede diritti verso la società, e con argomentazione affidata ai principi generali (*ex art.* 1147), tale sua condizione va *presunta* <sup>305</sup>, con la conseguenza che la società *dovrebbe* fornire la prova contraria <sup>306</sup>.

---

come un dovere dell'organizzazione di provvedere, secondo le regole che ne governano l'azione, uniformandosi al giudicato" (corsivo dell'A.).

<sup>304</sup> ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 359.

<sup>305</sup> L'argomento che fa traslare la presunzione in discorso dal possesso in buona fede all'acquisto in buona fede è normativa. Gli artt. 1153, 1155, 1159, 1160, 1161, ai fini dell'acquisto in buona fede si richiamano al principio del possesso di buona fede. Per tali rilievi v. già MIGNOLI A., *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi*, cit., 315 s., richiamandosi all'opinione del Messineo. Ma favorevole alla presunzione è anche FERRI G., *Le società*, cit., 481.

<sup>306</sup> MIGNOLI A., *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi*, cit., 316; FERRI G., *Le società*, cit., 481; ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., cit., 362. Per scrupolo di precisione, occorre rilevare che questi presupposti, rispetto al caso studiato in questa sede, posso trovare conferma

Ciò che per questa via si vuole evidenziare è che oramai probabilmente anche la riflessione complessiva di questo regime di disciplina è matura per poter ritenere che i sottoscrittori dell'aumento del capitale a pagamento, soci o terzi che siano, in caso d'invalidità della relativa delibera possano beneficiare della stabilità garantita dalla norma <sup>307</sup>. La stabilità in discorso, attenendo agli *effetti* dell'invalidità, deve riguardare altresì la posizione contrattuale derivata dal sottoscrittore che ha ceduto le relative partecipazioni.

La società, dal canto proprio, potrebbe concretamente trarre beneficio dalla stabilità che viene sostenendosi su più fronti: sia nell'intercettare i valori che si propone di conseguire dall'operazione di aumento del capitale, sia dalla circolazione delle partecipazioni legate alla medesima operazione <sup>308</sup>.

## ***27. Gli effetti dell'invalidità della delibera di aumento del capitale***

Giunti a questo punto, diviene plausibile costatare un preciso intendimento nel presente studio. Ove, in materia societaria, ricorrono interessi non

---

nell'attività di controllo di legalità, formale e sostanziale, attribuita al notaio verbalizzante a mente dell'art. 2436 c.c., prima dell'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, ed alla successiva esecuzione della delibera da parte degli amministratori. Pare ragionevole per ciò presumere che entrambi, avendo provveduto ai propri doveri, inducano un affidamento nei sottoscrittori circa la legalità sostanziale della delibera. Al riguardo non si dimentichi che “la buona fede non è qui invocata come una qualità inerente al terzo, ma come la modalità con cui il medesimo ha compiuto uno specifico atto d'acquisto”. Così ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 363.

<sup>307</sup> Così, già FERRI G., *Le società*, cit., 480 s.; G. FRÈ - G.SBISÀ, *sub art. 2377-79*, cit., 755.

<sup>308</sup> Cfr. le osservazioni, rispetto all'art. 2384, 2° co., di BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. Dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 78 s., il cui autorevole pensiero riporto per intero: “la *ratio* di questa disposizione ... è volta a proteggere la buona fede dei terzi e la sicurezza dei traffici, facendo incidere sulla società – anziché sui terzi contraenti – il rischio delle violazioni commesse dagli amministratori che non osservino le limitazioni ai loro poteri che risultino dallo statuto o da una decisione degli organi sociali..... Esso ... dando ai terzi la sicurezza che la società risponderà degli atti conclusi dai suoi amministratori ... elimina una remora alla conclusione degli affari e, perciò, consente alla società il maggior sviluppo possibile delle contrattazioni e, quindi, un più intensa valorizzazione del capitale”.

afferrabili nei tipici rapporti di scambio, non riconducibili cioè agli interessi immediati delle parti, l'ordinamento reagisce costantemente con rimedi di protezione, salvaguardia e conservazione degli *effetti* che coinvolgono sfere d'interessi diversi. Ciò, per la materia societaria, è un portato della rilevanza reale della vicenda societaria come impresa nel mercato che esprime valori non sussumibili in quelli delle parti del rapporto originario che hanno assunto la relativa iniziativa <sup>309</sup>.

Ne discende che il diritto delle società non si avvale né di quanto tipicamente si osserva nei procedimenti (l'atto finale non di necessità cade per effetto di un vizio di un atto del procedimento) né di ciò che caratterizza la riflessione comune in materia negoziale (non si riscontra di necessità la comunicazione dell'invalidità da un negozio ad un altro, e quindi non si ha alcuna eliminazione degli effetti, come la restituzione). Senza più richiamarsi alle conseguenze che derivano dal procedimento e dal collegamento tra negozi, il legislatore appresta una disciplina che conserva, se non il rapporto/l'operazione e la stabilità dei suoi effetti [così nei casi osservati *supra* § 25, così pure nei casi di preclusione alla pronuncia di invalidità: v. artt. 2377, 5° co., 2379-ter, 2° co., 2500-bis, 2504-*quater*], quanto meno *costantemente conserva gli effetti del rapporto, anche quando il medesimo sia coinvolto dall'invalidità*. Ed è questo, d'altronde, ciò che caratterizza la regola enunciata dall'art. 2332.

Ci si trova dunque innanzi ad un bivio rispetto alle conseguenze della pronuncia d'invalidità della delibera di aumento del capitale: o che essa non si rifletta sulle partecipazioni sociali le quali, così, rimarrebbero valide, o che, come nell'art. 2332, l'invalidità si rifletta sulle partecipazioni sociali, che così

---

<sup>309</sup> Cfr. FERRO-LUZZI PAOLO, *I contratti associativi*, cit., 359, ove l'A. rileva che: “è noto come in funzione delle peculiarità del fenomeno associativo, e in particolare del suo tipico rilievo esterno e dell'attività cui mette capo, sia diffusa la sensazione che la rigida applicazione dei principi generali in tema di nullità ed annullabilità alla materia porterebbe ad aberranti risultati e non sia comunque possibile”.

risulterebbero invalide. Deve dirsi, a questo proposito, che l'art. 2332 fa salvi gli *effetti* degli atti compiuti *in nome* di una società *in fatto* rivelatasi esistente nei pregressi rapporti con i terzi. Così pure, la regola di salvezza dei diritti dei terzi, in regime d'invalidità della deliberazione, fa salvi gli *effetti* degli atti compiuti *in nome* della società in esecuzione di una deliberazione *in fatto* rivelatasi esistente per la contrattazione (a ritroso viene anche qui meno il presupposto, cioè l'esistenza della deliberazione); e, dunque, come nel caso di cui all'art. 2332, consente di far salvi gli *effetti* dell'attività compiuta *in nome* dell'organizzazione ma non anche, credo, il relativo rapporto costituito.

L'art. 2332, come già visto, è norma che riguarda l'eliminazione a ritroso di un soggetto, l'impresa, dal mercato in cui essa ha fino a quel momento in via di fatto operato, apprestando una salvezza degli effetti della sua attività pregressa svolta in suo nome con i terzi; non è perciò disposizione che trova una giustificazione, a nostro avviso, contrattuale.

Ai nostri fini non si tratta di eliminare un soggetto, ma di eliminare un'operazione compiuta dal soggetto. Costantemente abbiamo notato che gli effetti degli atti imputabili a tale soggetto sono salvati dall'ordinamento in caso d'invalidità.

Ora, nel nostro caso, non possiamo giungere a ritenere che si verifichi la conservazione del rapporto; anzi, l'operazione compiuta dal soggetto ha ampliato (il suo patrimonio e perciò) la sua base partecipativa, ed è proprio a questo fatto, il rapporto costituito, che l'invalidità si rivolge: una circostanza di tal tipo di necessità deve coinvolgere i pezzi, cioè le partecipazioni sociali, di quel rapporto invalidato <sup>310</sup>.

---

<sup>310</sup> Anche qui, quindi, come negli artt. 2332 (società di fatto) e 2126 (prestazione di fatto del lavoro subordinato) c.c. l'invalidità si rivolge ad eliminare dall'ordinamento giuridico qualcosa fondata su presupposti mancanti che comunque ha determinato conseguenze eminentemente fattuali meritevoli di protezione; ciò, come nelle prescrizioni richiamate, avendo coinvolto una sfera d'interessi diversi rispetto a quelli immediati delle parti, dovrebbe garantire la stabilità degli effetti di esse. Sui rapporti contrattuali di fatto v.: con attenzione alle società di persone, ANGELICI C., *La società nulla*, 293 ss.; con attenzione agli artt. 2332 e 2126 c.c., BIANCA C.M., *Diritto Civile*. 3.

Sulla base di ciò, credo dunque sia corretto concludere che l'invalidità della delibera/dell'operazione sia anche invalidità delle partecipazioni sociali legate all'aumento del capitale<sup>311</sup>.

La vicenda è connotata, per le ragioni meglio chiarite in precedenza, dalla stabilità degli effetti pregressi. Ciò, riportato nel nostro caso, significa che il rapporto partecipativo *in fatto* costituito con l'operazione di aumento del capitale invalidata dovrà considerarsi efficace dal perfezionamento della modifica del capitale alla pronuncia di invalidità definitiva. Con la conseguenza che *tutti* gli atti o fatti intercorsi in questo periodo non verranno coinvolti dall'invalidità, rimanendo perciò intangibili: così, per fare qualche esempio, per le utilità percepite dai soci o per gli apporti da loro eseguiti al patrimonio sociale; così pure per i diritti amministrativi da questi esercitati *medio tempore*, di modo che anche la società possa beneficiare di ciò non vedendo pregiudicate le determinazioni adottate con l'espressione di quei diritti da parte dei soci.

---

*Il contratto*, 39 ss. ove spec. 41 ss. l'illustre A. specifica trattarsi "di rapporti costituiti per legge nonostante la nullità del contratto".

<sup>311</sup> Intuisco invece una soluzione opposta in MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 348 ss., ove l'A. sembra portare ad estreme conseguenze il suo ragionamento facendo salve fin anche le partecipazioni sociali legate all'aumento. Così, credo, con l'effetto di appesantire il ruolo degli amministratori (esposti ad azioni di responsabilità non trascurabili) nel valutare le misure per riequilibrare le distorsioni determinate dall'operazione di aumento del capitale integralmente salvata. La molteplicità dei vizi che possono così presentarsi nella realtà, induce l'A. a proporre per ciascuno di essi le misure che egli ritiene più adeguate al caso valutato. Per richiamare uno degli esempi portati, valutando i casi di abuso o di esclusione del diritto d'opzione, l'A. sembra proporre (spec. 392 s.) una deliberazione di aumento del capitale riservato a beneficio di coloro che abbiano lamentato la lesione. Ma, per questa via, ci si può chiedere che tipo di tutela si sia riconosciuta ai soggetti che hanno ottenuto una pronuncia di invalidità; forse ciò implica il rischio ennesimo che questi rimettano all'autorità giudiziaria la valutazione di un abuso (ulteriore) con l'impugnazione della relativa delibera ove essi non abbiano minimamente intenzione, posto che potrebbero anche non avere i mezzi, per sottoscrivere questo nuovo e riparatorio aumento del capitale a pagamento.

Dal momento in cui l'invalidità sia definitiva la società potrà opporre *per l'avvenire* il fatto ai soci rispetto alle partecipazioni legate all'aumento del capitale di cui essi siano titolari.

***28. Gli opportuni provvedimenti: annullamento delle partecipazioni e conseguenze patrimoniali. La mancata adozione degli opportuni provvedimenti***

A questo proposito, bisogna ammettere che la legge non ha mai chiarito con precisione chi sia chiamato a far cosa innanzi ad un giudicato civile di invalidità delle deliberazioni di società. Essendo la società parte del giudizio in cui si è formata tale pronuncia, è la stessa a dovere prendere i provvedimenti di esecuzione del giudicato. Nella sentenza non c'è una precisa descrizione delle attività che essa è chiamata a compiere, ma un comando, appunto di annullamento della deliberazione, che obbliga a provvedere in conformità di legge e statuto per ottemperare ad esso. Il giudicato fa stato, secondo la terminologia di cui all'art. 2909 c.c., circa l'invalidità della delibera; esso, essendosi formato in un giudizio nel quale vige il principio della domanda, non può che rendere irretrattabili le statuizioni del giudice espresse a proposito della stessa. Il giudice non può interferire nella gestione della società.

“L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci” in quanto, si ribadisce, la società dovrà provvedere rispetto a tutta la compagine sociale. L'articolazione organizzativa di competenze attribuisce agli amministratori il dovere di ottemperare. Essi, prescrive l'art. 2377, sono “obbligati a prendere gli opportuni provvedimenti sotto la propria responsabilità”. Il legislatore, con l'utilizzo di un'accezione plurale di provvedimento, lascia intuire che non si possa delineare con nettezza il tipo di provvedimento da adottare. Il caso posto all'attenzione degli amministratori suggerirà loro le misure, i provvedimenti necessari rispetto al caso di specie

<sup>312</sup>. E non è da escludere che, ove anche adottino i relativi provvedimenti richiesti dal caso, taluno possa lamentare, nel loro operato, qualche voce di responsabilità (verso la società, soci o terzi). È dunque un ruolo molto delicato quello che è chiamato a svolgere l'amministratore in questi casi. Un ruolo che denota come diverso sia l'atteggiarsi dei rimedi in materia societaria rispetto alla disciplina negoziale <sup>313</sup>.

Le conseguenze che derivano da quanto detto, rispetto al caso studiato, concernono la necessità di procedere all'annullamento delle partecipazioni legate all'aumento del capitale invalidato. Annullamento che dovrà essere compiuto dagli amministratori individuando le partecipazioni riferibili all'operazione (v. al riguardo quanto già rilevato *supra* § 9 per le società chiuse cui ci si appresta a valutare le conseguenze della pronuncia d'invalidità).

Per conseguenza di ciò, stante l'affermata stabilità organizzativa pocanzi precisata, ne devono derivare movimentazioni del patrimonio in favore di coloro le cui partecipazioni verranno annullate; ovviamente *non* nel senso restitutorio ma nel senso di liquidazione delle porzioni (del patrimonio) di cui essi sono titolari <sup>314</sup>. In questi termini, per quanto agli effetti, può essere accolta la prospettiva innanzi richiamata (*supra* § 23) di vedere, in casi simili a quelli che osserviamo, una sorta di recesso dalla compagine sociale dei soci titolari delle partecipazioni, che gli amministratori procederanno ad annullare; con la conseguenza che a mente della relativa disciplina si dovrà procedere

---

<sup>312</sup> Ampi chiarimenti al riguardo v. in MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 244 ss.

<sup>313</sup> PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., 406.

<sup>314</sup> In questi precisi termini, sulla scorta delle argomentazioni già svolte, non credo di poter condividere l'opinione della dottrina che ravvisa in questi casi una tutela restitutoria del conferimento. E v. d'altronde così la dottrina richiamata *supra* § 21 di *questo III Cap.*

alla liquidazione dei relativi valori (v. per le s.p.a. e per le s.r.l. rispettivamente gli artt. 2437-ter, 2° co., e 2473, 3° co., c.c.).

A questo fine, occorre che gli amministratori predispongano una *situazione patrimoniale aggiornata*; ed occorre altresì comprendere se la consistenza del patrimonio consenta l'impiego di valori altri rispetto a quelli del capitale, e perciò disponibili, ovvero se occorra attingere a valori vincolati al capitale.

In entrambi i casi sarà necessario *convocare* l'assemblea (sia nelle s.p.a. che nelle s.r.l.) ponendo all'ordine del giorno la discussione sugli opportuni provvedimenti da adottare in esecuzione del giudicato, allegando la predetta situazione patrimoniale aggiornata.

Le proposte che gli amministratori possono così rivolgere all'assemblea saranno delle più varie <sup>315</sup>.

(i) se la consistenza del patrimonio eccede quella del capitale in misura che consenta la liquidazione dei relativi valori <sup>316</sup>, gli amministratori potranno proporre una modifica dello statuto.

*Per le s.p.a.* tale modifica concerne il *numero* delle azioni ed il loro *valore* nominale, sottratte le azioni create dall'aumento del capitale invalidato; ottenuta la delibera, essi potranno procedere materialmente al ritiro di tutti i titoli, al loro annullamento, ed all'emissione di nuovi (*ex art. 2354*) in misura pari al numero indicato nello statuto aggiornato (con ovvia maggiorazione del loro valore nomina), e quindi con attribuzione ai soci (od ai loro subacquirenti) nella misura della partecipazione anteriore all'aumento del capitale; perciò si dovrà depositare lo statuto aggiornato presso il registro delle

---

<sup>315</sup> Se l'assemblea non provvede all'attività di sua competenza potrebbero ricorrere i presupposti per lo scioglimento *ex art. 2484, 1° co., n. 3*. Lo rileva MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 269 ss.

<sup>316</sup> Se, pur esistenti, tali attività non siano disponibili, occorre proporre una loro liberazione dal vincolo cui sono soggette.



imprese *ex art.* 2436 c.c.<sup>317</sup>. E quindi si dovranno compiere le relative iscrizioni nel libro dei soci, con i noti effetti di legittimazione che ne conseguono<sup>318</sup>.

*Per le s.r.l.* gli amministratori dovranno proporre una modifica della quota di partecipazione di ciascun socio per ristabilire i rapporti di partecipazione anteriori all'aumento del capitale. E quindi, ottenuta la delibera modificativa, occorrerà dare pubblicità nel registro delle imprese del nuovo testo aggiornato dell'atto costitutivo ai sensi dell'art. 2436 c.c.

(ii) se invece la consistenza attuale del patrimonio non consenta di disporre di altro fuorché del capitale, a questo punto si dovrà proporre una riduzione di esso<sup>319</sup>. Scontata non è tuttavia la fattispecie di riduzione che va impiegata concretamente sia per le s.p.a. sia per le s.r.l.

Il problema potrebbe derivare dal fatto d'aver assimilato, per quanto ad effetti, l'annullamento delle partecipazioni al recesso<sup>320</sup>. La normativa del recesso fa riferimento alla riduzione volontaria sia in materia di s.p.a. sia in materia di s.r.l. (v. rispettivamente gli artt. 2437-*quater* e 2473); per cui può

---

<sup>317</sup> Ove le s.p.a. abbiano escluso l'emissione dei relativi titoli *ex art.* 2346 c.c. (su questo regime v. ampiamente DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, cit., 259 ss), la vicenda sarà molto simile a quella appreso descritta con riguardo alle s.r.l.

<sup>318</sup> Su questo tema v. DE LUCA N., *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, cit., *passim*, nei vari regimi osservati rispetto alle chiuse e, cioè, titolo emesso e non emesso. Si ricorderà, infatti, (v. *supra* § 14), l'estensione sostenuta, per la dematerializzazione facoltativa cui si aderisce in s.p.a. chiuse, del regime di preclusione alla pronuncia di invalidità di cui all'art. 2379-*ter*, 2 co., c.c.

<sup>319</sup> Sul tema generale v. GUERRERA F., *sub artt.* 2438-2447 c.c., in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1194 ss.; NOBILI R.-SPOLIDORO M.S., *La riduzione del capitale*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6\*, Torino, 1993, 197 ss.; BELVISO U., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, cit., 121 ss.; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, cit., 270 ss.

<sup>320</sup> V. *supra* § 23 l'indirizzo che vede un'efficacia *ex nunc* per l'invalidità delle singole partecipazioni, ai sensi dell'art. 2332 c.c., come nel recesso.

apparire plausibile applicare questa disciplina, e dunque la tutela che essa appresta in favore dei creditori, cioè l'opposizione.

Simile assimilazione tuttavia non persuade pienamente a questi fini; giuste le modalità alternative che oggi sono a disposizione delle società per liquidare i valori scaturenti dall'esercizio del recesso (v. ancora gli artt. 2437-*quater* e l'art. 2473), la riduzione del capitale conseguente è volontaria, e perciò ha un senso l'opposizione concessa ai creditori. Il caso da noi studiato, invece, appare caratterizzarsi indubbiamente per la sua obbligatorietà; la società deve provvedere in esecuzione del giudicato civile che ha pronunciato l'invalidità, e se, come pur vedremo, essa può ritenersi responsabile dei danni ove non provveda, appare paradossale fare dipendere tale suo adempimento da fattori che sono estranei al suo controllo (dal fatto che *non* intervengano opposizioni da parte dei creditori).

Sulla base di questi rilievi appare possibile dare all'operazione un fondamento normativo nei casi di riduzione del capitale per perdite. L'operazione altro non fa che determinare una riduzione del patrimonio al disotto dei valori del capitale, e quindi occorre adeguare quest'ultimo alla consistenza effettiva del patrimonio. Casi di tal tipo, d'altronde, sono già presenti nel panorama normativo (v. gli artt. 2343 e 2344) ed in questi casi la letteratura riconduce le relative fattispecie, per analogia, alla riduzione del capitale per perdite<sup>321</sup>.

A questo punto, determinata la quota di liquidazione che compete a ciascun socio (di s.p.a. e di s.r.l.) gli amministratori potranno materialmente

---

<sup>321</sup> E v. così già BELVISO U., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, cit., 121; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, cit., 270; NOBILI R.–SPOLIDORO M.S., *La riduzione del capitale*, 455, osservando l'art. 2344 c.c. (socio moroso); e più di recente MIOLA M., *I conferimenti in natura*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*\*, Torino, 2004, 555, osservando il recesso del socio conferente ex art. 2343 c.c.; M. CASSOTTANA, *sub artt. 2343-2344*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Giuseppe Niccolini e Alberto Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, spec. 232, 244, rispetto ad entrambe le norme oggetto del suo commento.

consegnare loro il relativo importo (importo che va fatto confluire nuovamente nella ricchezza societaria disponibile ove si tratti di invalidità della delibera di aumento gratuito del capitale).

Rimane da valutare il caso in cui la società non adotti gli opportuni provvedimenti richiesti dal giudicato civile.

A questo proposito, deve dirsi che lungamente nel nostro ordinamento si è discusso circa la possibilità/impossibilità di dare esecuzione coattiva agli obblighi di fare, in prevalenza risolta negativamente con conseguenti rimedi di tipo risarcitorio <sup>322</sup>. L'osservazione di ciò, accompagnata dalla non utilizzabilità di altre forme di esecuzione forzata nel caso di specie, ha lasciato concludere, sul tema dell'invalidità delle deliberazioni sociali, che qui la norma, che obbliga gli amministratori a prendere i conseguenti procedimenti sotto la propria responsabilità, avrebbe "valenza di supplenza processuale" <sup>323</sup>.

La questione può ora cambiare solo che si consideri il nuovo art. 614-*bis* c.p.c.. La norma prescrive che "con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, *su richiesta di parte*, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza... Il giudice determina l'ammontare della somma ... tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile".

---

<sup>322</sup> Sul tema noto ampia documentazione v. in BIANCA C.M., *Diritto Civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, 112 ss.; RESCIGNO P., (voce) *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1978, § 58; MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*, cit., 917 s.; BORRÈ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966; MAZZAMUTO S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.

<sup>323</sup> PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., 407, il quale ritiene che la norma considerata "ha valenza di supplenza processuale ... non potendosi, qui, far luogo ad esecuzione forzata ... in ordine alle conseguenze del giudicato".

Quindi chi voglia garantire più efficacemente la sua pretesa circa l'invalidazione della delibera e gli opportuni provvedimenti societari di attuazione del giudicato, ha facoltà di formulare apposita domanda, oltre quella d'impugnazione (e se del caso di risarcimento del danno) nei termini di cui al vigente art. 614-*bis* c.p.c.

Ora, così l'esecuzione così la mancata esecuzione del giudicato, costituiscono fatti *ex lege* imputabili alla responsabilità degli amministratori (e, per quanto di competenza, dei sindaci)<sup>324</sup>. Qui, ovviamente, non è possibile stabilire a priori che tipo di responsabilità sia loro da addebitare<sup>325</sup>.

Il caso più eclatante è quello di mancata esecuzione; in questo caso, c'è spazio per azioni di responsabilità di diverso tipo e natura (azione sociale e individuale *ex art. 2395 c.c.*)<sup>326</sup>. Sul presupposto che sia grave l'irregolarità della gestione nel caso di mancata esecuzione del giudicato, possono ricorrere gli estremi della denuncia *ex art. 2409 c.c.*<sup>327</sup>.

Più delicata può apparire il caso in cui gli amministratori adottino i provvedimenti di esecuzione del giudicato. Qui, tuttavia, deve francamente escludersi che una vicenda, come quella studiata, incidente sul patrimonio della società, possa a ragione esporre gli amministratori alle azioni di responsabilità dei creditori *ex art. 2394*. Certamente alcun nocumento deriva loro dal caso in cui la società impieghi le risorse patrimoniali eccedenti la

---

<sup>324</sup> Sul tema generale della responsabilità v., nella manualistica, CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle società*, cit., 382 ss.; sull'interferenza tra illegalità delle delibere e responsabilità degli amministratori, è importanti riferirsi a CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nelle società per azioni*, cit., 199 ss.

<sup>325</sup> In argomento v. specialmente GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., 328; MEO G., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 266 s.; PISANI MASSAMORMILLE A., *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, cit., 406.

<sup>326</sup> Rileva MEO G., *op. ult. cit.*, 267, che la società stessa potrebbe promuovere un'azione di danni contro amministratori, ed eventualmente sindaci, "per essere stata a sua volta ritenuta responsabile dell'illecita inottemperanza del giudicato".

<sup>327</sup> Cfr. ancora MEO G., *op. ult. cit.*, 267 s.

porzione vincolata al capitale. Più delicata pare l'ipotesi in cui essi richiedano di attingere alle risorse vincolate al capitale, ma anche qui, riscontrandosi i presupposti dell'analogia ai sensi dell'art. 2446, dovrebbe riconoscersi un'adeguata copertura normativa al loro comportamento.

## ***29. Conclusioni sulle conseguenze***

Nell'accingersi a valutare le tesi che sono state formulate in materia d'invalidità della delibera di aumento del capitale un'impostazione di vertice indubbiamente occorre; l'operazione di aumento del capitale si inserisce nell'attività dell'*imprenditore* organizzato in forma societaria e nelle sue esigenze specifiche imposte dal mercato. L'aumento del capitale è operazione che si propone d'incrementare un valore, cui *può* derivare, nel caso in cui si consegua quanto sperato, l'ampliamento della base partecipativa e conseguentemente la modifica dell'atto costitutivo. Ciò significa che, nella scala delle priorità che si presentano di norma nell'operazione, rileva maggiormente l'esigenza di acquisire quel valore al patrimonio sociale. Il conseguimento di questo maggior patrimonio è affidato agli amministratori, i quali materialmente *gestiscono* l'operazione, come normalmente fanno rispetto ad acquisizioni di capitale di credito, sicché, loro tramite, può dirsi l'operazione imputabile alla società, con gli effetti determinati dal suo perfezionamento.

Ciò, in fondo, è un filo conduttore del ragionamento innanzi condotto; sia per escludere la tesi che ha imputato al momento deliberativo la formazione delle partecipazioni sociali, sia per escludere la tesi che ha visto nell'operazione una sorta di esecuzione del contratto da parte delle società; nell'uno, come nell'altro, una visione diversa del sistema societario ha consentito di argomentare la nostra idea: valorizzare l'organizzazione imprenditoriale dell'attività societaria e vedere, nel mercato in cui essa opera, l'esigenza di procedere ad implementare il suo patrimonio con

l'operazione di aumento del capitale; attività gestita dai suoi amministratori, con meccanismi formali di imputazione dell'attività, svolta loro tramite, all'organizzazione dai medesimi rappresentata.

Il ragionamento che ha portato alle conclusioni argomentate in precedenza prende corpo anzitutto dall'osservazione del diritto vigente; dal fatto cioè che, oramai, sono evidenti i luoghi di emersione normativa in cui l'interesse di un centro d'azione è sacrificato al fine di tutelare *altri* interessi ritenuti, dallo stesso legislatore, poziori: basta osservare quanto prescritto dall'art. 2377, 5° co., c.c. (impossibilità di promuovere l'azione in certi casi, per garantire una stabilità all'azione deliberativa espressa dal gruppo della maggioranza); ma, soprattutto, quanto discende dalle altre forme di preclusione in materia d'invalidità di operazioni organizzative. Sia in materia di fusione che, ora, in quella di aumento del capitale di società aperte (e nelle altre norme che trascuro di richiamare qui espressamente), è parso al legislatore sproporzionato sacrificare la complessità degli interessi di volta in volta ricorrenti all'interesse del singolo impugnante. In tutti questi casi, il legislatore ha riconosciuto al singolo individuo il più proporzionato *eventuale* diritto al risarcimento del danno.

Ora, ai nostri fini, si è costata una tendenza più ampia di quella già più volte considerata nel lavoro di tesi: quella cioè che devia sensibilmente dall'apparato dei rimedi comuni della materia negoziale ove occorra tutelare interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli delle parti immediate del rapporto. E questa deviazione la si è riscontrata non solo (o meglio non soltanto) in materia societaria ma anche in materia lavoristica. Gli interessi che sono estranei a questi rapporti sono fatti salvi pur essendo compromessa la validità di essi.

In realtà, era aperta la possibilità di ritenere che l'invalidità di specie, non producesse alcun effetto nemmeno sulle partecipazioni sociali, assecondando un orientamento di cesura netta con la materia negoziale. Quell'orientamento

secondo cui gli atti compiuti dal rappresentante in nome della società, per ciò imputabili all'organizzazione, sarebbero sempre salvati dall'ordinamento. Una tesi che però è artefice di una sovrapposizione di fattispecie, cui non ci è sembrato di poter ricondurre la formazione del vincolo partecipativo. È parso, infatti, che l'invalidità della delibera sia anche invalidità delle partecipazioni sociali, volgendosi ad eliminare, con efficacia *ex nunc*, l'operazione creata dal soggetto societario.

A noi è parso, in specie, che, negli ordinamenti delle invalidità, come nei casi di cui agli artt. 2332 e 2126, le relative prescrizioni, rispetto all'aumento del capitale, consentano di salvaguardare, per quanto agli effetti già prodotti, i rapporti di partecipazione (o contrattuali che dir si voglia) di fatto costituiti dagli amministratori, cioè rapporti nati sulla scorta di presupposti invalidi ma comunque esplicativi di cambiamenti della realtà rilevantissimi *medio tempore*; e così, coinvolgendo questi cambiamenti interessi non sussumibili nelle parti immediate del rapporto, è sembrato *non* corretto determinare un'indiscriminata eliminazione degli effetti prodotti da esso.

Questa prospettiva, a nostro giudizio, contempera tutti gli interessi che ricorrono nell'invalidità di deliberazioni di aumento del capitale.

Sotto un primo profilo, contempera l'interesse dell'impugnante a vedere eliminata l'operazione, per ristabilire gli equilibri di partecipazione antecedenti all'aumento, ma solo *per l'avvenire*. Una tutela concreta che, se non soddisfa le aspettative del soggetto vittorioso in giudizio, potrà trovare migliore e più feconda soddisfazione in ulteriori rimedi di stampo risarcitorio. Non è un caso forse, in tal senso, che questa prospettiva sia oggi recepita nella legislazione nei regimi delle preclusioni celeri osservati.

La prospettiva contempera pure l'interesse societario ad una stabilità di *fatti* determinatisi nella realtà, che hanno coinvolto significativamente la vicenda societaria.

Su simili presupposti, rispetto alla proposta sostenuta di liquidazione di

parte del patrimonio sociale in conseguenza dell'annullamento delle partecipazioni, non può farsi a meno che costatare un vantaggio per la società; i beni e le utilità *strumentali* all'esercizio della sua attività d'impresa societaria non verranno di necessità toccati. Se, d'altronde, come crediamo, l'operazione fa confluire ricchezza nelle casse sociali, equo appare prospettare una liquidazione di questa ricchezza in termini che non pregiudichino gli interessi della società alla prosecuzione dell'*impresa* che essa organizza.

Non di meno, la prospettiva assecondata credo possa giovare anche agli acquirenti delle partecipazioni e, perciò, al mercato in cui si svolge la relativa contrattazione. Il fatto che questi investano proprio capitale e lo sottopongano al rischio d'impresa vedrà i loro atti tutelati dal regime di efficacia *ex nunc* dell'invalidità delle partecipazioni, ma darà loro altresì il diritto di potere recuperare quanto investito con il conseguimento della quota di liquidazione ad essi spettante ai sensi della normativa sul recesso.

Per quanto ai creditori, infine, la prospettiva assecondata non credo implichi loro alcun pregiudizio. E, comunque, se pregiudizio loro ritengano di sopportare, altri e ben diversi rimedi posso azionare a protezione dei loro interessi.



## BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V., *Le operazioni sul capitale sociale: casi pratici e tecniche di redazione del verbale notarile*, Atti del convegno tenutosi a Milano il 29 marzo 2008, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, n. 3/2008.
- A.A. V.V., *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, Milano, 2006.
- AA. VV., *Il registro delle imprese* a cura di G. Marasà e C. Ibba, Torino, 1997.
- ABBADESSA PIETRO, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 300 ss.
- ABBADESSA PIETRO, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975.
- ABBADESSA PIETRO, *Disposizioni generali*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 5 ss.
- ABBADESSA PIETRO, *L'assemblea: competenza*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3\*, Torino, 1994, 1 ss.
- ABBADESSA PIETRO – GINEVRA ENRICO, *sub art. 2325-bis*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1 ss.
- ABBRIANI NICOLÒ, *Conflitto d'interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 416 ss.
- ANGELICI CARLO, *La società nulla*, Milano, 1975.
- ANGELICI CARLO, *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 195 ss.
- ANGELICI CARLO, *La costituzione delle società per azioni*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 227 ss.
- ANGELICI CARLO, *La circolazione della partecipazione azionaria*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2\*, Torino, 1991, 99 ss.
- ANGELICI CARLO, (voce) *Azioni di società, I) Diritto Commerciale*, in *Enc. giur.*, 1991, 1 ss.
- ANGELICI CARLO, *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 267 ss.
- ANGELICI CARLO, (voce) *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 977 ss.
- ANGELICI CARLO, *Le azioni*, nel *Commentario al cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1992.
- ANGELICI CARLO, *Le basi contrattuali della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 100 ss.
- ANGELICI CARLO, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006.
- ANGELICI CARLO, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 3 ss.
- ANGELICI C., *Società, persona e impresa*, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 341 ss.
- ASCARELLI TULLIO, *Vizi delle deliberazioni assembleari e tutela dei terzi*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1954, 133 ss.;

- ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di U. Morera, G. Olivieri, M. Perassi, G. Presti e F. Vella, Bologna, 2009<sup>3</sup>.
- BELVISO UMBERTO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, nel *Trattato dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 17, Torino, 1985, 59 ss..
- BELVISO UMBERTO, *Realità e consensualità nel contratto di sottoscrizione*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 319 ss.
- BELVISO UMBERTO, *Delega per gli aumenti del capitale sociale e riforma organica delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2004, 1317 ss.
- BENAZZO PAOLO, *La «nuova» s.r.l. tra rivoluzione e continuità: il ruolo degli interpreti*, in *Riv. soc.*, 2006, 647 ss.
- BONELLI FRANCO, *Gli amministratori di s.p.a. Dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- BIANCA C. MASSIMO, *Diritto Civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993.
- BIANCA C. MASSIMO, *Diritto Civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000<sup>2</sup>.
- BIONE C. MASSIMO, *Le azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2\*, Torino, 1991, 1 ss.
- BIONE MASSIMO, *sub art. 2357*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 350 ss.
- BORRÈ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966.
- BUONOCORE VINCENZO, *Riflessioni d'assieme sulle patologie degli atti d'impresa*, in *Riv. giur. sarda*, 2/2002, 527 ss
- BUONOCORE VINCENZO, (voce) *Imprenditore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970.
- BUONOCORE VINCENZO, *Impresa societaria a base capitalistica. Società a responsabilità limitata*, nel *Manuale di diritto commerciale* a cura di V. Buonocore, Torino, 2007, 345 ss.
- BUSI CARLO ALBERTO, *S.p.a.-S.r.l., Operazioni sul capitale*, Milano, 2004.
- CALANDRA BUONAURA VINCENZO, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nelle società per azioni*, Milano, 1985.
- CALANDRA BUONAURA VINCENZO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, 2, Torino, 2006, 659 ss.
- CAMPOBASSO GIAN FRANCO, *Le obbligazioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 5, Torino, 1988, 379 ss.
- CAMPOBASSO GIAN FRANCO, *Diritto Commerciale, 1, Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2006<sup>5</sup>.
- CAMPOBASSO GIAN FRANCO, *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2009<sup>7</sup>.
- CAMPOBASSO GIAN FRANCO, *Diritto Commerciale, 3, Contratti. Titoli di Credito. Procedure concorsuali*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2008<sup>4</sup>.
- CASSETTA ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003<sup>5</sup>.
- CASSOTTANA MARCO, *sub artt. 2343-2344*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Giuseppe Niccolini e Alberto Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 224 ss.
- CENTONZE MICHELE, *L'inesistenza delle delibere assembleari di s.p.a.*, Torino, 2008.

- CENTONZE MICHELE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 309 ss.
- CERRATO STEFANO A., *Le deleghe di competenze assembleari nelle società per azioni*, Milano, 2009.
- CIAN MARCO, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2004, 759 ss.
- CIAN MARCO, *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2007, I, 641 ss.
- CHIAPPETTA F., *sub art. 2377-2379-bis, Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi- F. Ghezzi – M. Notari, *Assemblea* a cura di A. Picciau, Milano, 2008, 259 ss.
- CHIOMENTI FILIPPO, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1975.
- CHIOMENTI FILIPPO, *Il titolo di credito. Fattispecie e disciplina*, Milano, 1977.
- COLOMBO G.E., *Il bilancio d'esercizio*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*, Torino, 1994, 23 ss.
- COLOMBO G.E., *L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003*, in *Riv. soc.*, 2006, 935 ss.
- CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria. Elaborate dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società*, Milano, 2010<sup>4</sup>.
- COTTINO GASTONE, *Diritto societario. Diritto commerciale*, vol. I, tom. II, con la collaborazione di O. Cagnasso – A. Monteverde – L. Quattrocchio, Padova, 2006<sup>5</sup>.
- COTTINO GASTONE, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppò)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, *Diritto commerciale. Società*, I, Milano, 2005, 2225 ss.
- DACCÒ ALESSANDRA, *Invalidità delle decisioni degli amministratori nella s.r.l., in Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 785 ss.
- D'ALESSANDRO FLORIANO, *I titoli di partecipazione*, Milano, 1968.
- D'ALESSANDRO FLORIANO, *Il diritto delle società dai battelli sul reno alle navi vichinghe*, in *Foro it.*, 1988, V, 51 ss.
- D'ALESSANDRO FLORIANO., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 707 ss.
- D'ALESSANDRO FLORIANO, «*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*». *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 34 ss.
- DALMARTELLO ARTURO, *Società tipiche e clausole atipiche*, in *Riv. dott. comm.*, 1960, 224 ss.
- DE ACUTIS MAURIZIO, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 729 ss.
- DE LUCA NICOLA, *sub. art. 2354 – 2356*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 322 ss.
- DE LUCA NICOLA, *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, Torino, 2007.
- DE LUCA NICOLA, *La nuova disciplina della gestione accentrata e della legittimazione degli azionisti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 254 ss.

- DE FERRA GIANPAOLO, *La circolazione della partecipazione azionaria*, Milano, 1964.
- DENOZZA F., *A che serve il capitale (piccole glosse a L. Enriques – J. R. Macey, Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 585 ss.
- DE PRA ALBERTO, (*Rassegna di giurisprudenza*) *Aumento del capitale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 723 ss.
- DEVESCOVI FABRIZIO, *Tre dubbi sulla tutela cartolare nei tempi di dematerializzazione*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2003, I, 715 ss.
- DI MAJO ADOLFO, *Tutela reale e risarcitoria nella riforma del diritto societario (La contendibilità dell'interesse sociale)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, t. IV, Milano, 2004, 2653 ss.
- DI PRISCO NICOLA, (voce) *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1987.
- DI SABATO FRANCO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1965.
- DI SABATO FRANCO, *Diritto delle società*, Milano, 2003.
- DOLMETTA ALDO A., *Sulle conseguenze civilistiche dell'acquisto di azioni proprie compiuto in violazione dei divieti di legge*, in *Riv. soc.*, 1996, 338 ss.
- DOLMETTA ALDO A., *Sulle invalidità delle «delibere assembleari»*, in *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, 1479 ss.
- DOLMETTA ALDO A., *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Un frammento di storia delle idee*, in *Vita not.*, 2003, 99 ss.
- ENRIQUES LUCA – ZORZI ANDREA, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 1 ss.
- ENRIQUES L. – MACEY J. R., *Raccolta del capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 78 ss.
- ENRIQUES L., *Capitale sociale, informazione contabile.....: una risposta a Denozza*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 607 ss.
- FERRARA F. JR. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006<sup>13</sup>.
- FERRI GIUSEPPE, *Le società*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vasalli, Torino, 1971.
- FERRI GIUSEPPE, *Delle società*, Art. 2247-2324, nel *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981<sup>3</sup>, 29 ss.
- FERRI GIUSEPPE, *Manuale di diritto commerciale* a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, Torino, 2007<sup>12</sup>.
- FERRI GIUSEPPE jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001.
- FERRI GIUSEPPE jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, 741 ss.
- FERRI GIUSEPPE jr., *La nuova disciplina dei conferimenti in natura in società per azioni: considerazioni generali*, in *Riv. soc.*, 2009, 253 ss.

- FERRO-LUZZI PAOLO, *I contratti associativi*, Milano, 1971.
- FERRO-LUZZI PAOLO, *La conformità delle delibere assembleari a legge o statuto*, Milano, rist., 1993.
- FIGÀ-TALAMANCA GIOVANNI, *Euro e azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*\*, Torino, 2004, 169 ss.
- FRÈ G.- SBISÀ G., *sub art. 2377-79, Delle società per azioni*, tom. I, nel *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997<sup>6</sup>.
- GAMBINO AGOSTINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987.
- GATTI S., *L'iscrizione nel libro dei soci*, Milano, 1969.
- GALGANO FRANCESCO, *Aumento di capitale solo parzialmente eseguito*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 499 ss.
- GALGANO FRANCESCO, *La società per azioni*, nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. VII, Padova, 1988<sup>2</sup>.
- GAZZONI FRANCESCO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007<sup>13</sup>.
- GENOVESE ANNA, *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997.
- GENOVESE ANNA, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 217 ss.
- GENTILI AURELIO, *Le invalidità*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, II, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, Torino, 2006, 1407 ss.
- GIANNELLI GIANVITO, *L'aumento di capitale a pagamento*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2006, 257 ss.
- GINEVRA ENRICO, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle Spa*, Milano, 2001.
- GINEVRA ENRICO, *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 257 ss.
- GLOZZI ETTORE, *Le condonabili deroghe a norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 16 ss.
- GRAZIANI ALESSANDRO, *Sulla ammissibilità delle cosiddette «società atipiche»*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, 463 ss.
- GRAZIANI ALESSANDRO, *Diritto delle società*, Napoli, 1962<sup>5</sup>.
- GUASTINI RICCARDO, *L'interpretazione dei documenti normativi*, nel *Trattato del diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004.
- GUERRERA FABRIZIO, *sub art. 2436 c.c.*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1098 ss.
- GUERRERA FABRIZIO, *sub artt. 2438-2447 c.c.*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1098 ss.
- GUERRERA FABRIZIO, *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 93 ss.
- GUERRERA FABRIZIO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo. Profili generali*, nel *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, IV, Padova, 2009, 219 ss.

- GUERRIERI GIANLUCA, *sub art. 2379-2379-ter*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 583 ss.
- GUERRIERI GIANLUCA, *sub art. 2388*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 724 ss.
- GUERRIERI GIANLUCA, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009.
- GUIZZI GIUSEPPE, *Il titolo azionario come strumento di legittimazione. La circolazione delle azioni tra diritto cartolare, diritto comune e diritto del mercato finanziario*, Milano, 2000.
- IERMANO G., *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 4, Torino, 2007, 397 ss.
- IBBA CARLO, *L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 525 ss.
- IRRERA MAURIZIO, *sub art. 2388*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, \*, Zanichelli, 2004, 724 ss.
- IRRERA MAURIZIO, *La patologia delle deliberazioni consiliari*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1132 ss.
- JAEGER PIER GIUSTO, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 ss.
- JAEGER PIER GIUSTO – DENOZZA FRANCESCO – TOFFOLETTO ALBERTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2006<sup>6</sup>.
- KUTUFÀ ILARIA, *Le deliberazioni relative ad operazioni straordinarie*, presso [http://www3.unicatt.it/unicattolica/dottorati/dirittoconmerciale/allegati/Deliberazioni\\_OpStraordinarie.doc](http://www3.unicatt.it/unicattolica/dottorati/dirittoconmerciale/allegati/Deliberazioni_OpStraordinarie.doc).
- LENER RAFFAELE, *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 79 ss.
- LENER RAFFAELE, *sub art. 2377-2379-ter*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 575 ss.
- LIBERTINI MARIO, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*. Atti del Convegno di Catanzaro del 23 maggio 2003 a cura di A. Genovese, Torino, 2004, 1 ss.
- LIBERTINI MARIO, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *RDS*, 2008, 198 ss.
- LIBONATI BERARDINO, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999.
- LIBONATI BERARDINO, *Assemblea e patti parasociali*, in *La riforma del diritto societario*. Atti del convegno di Courmayeur, Milano, 2003, 139 ss..
- MANGANO RENATO, *sub art. 2422*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 974 ss.

- MARASÀ GIORGIO, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6\*, Torino, 1993, 1 ss.
- MARASÀ GIORGIO, *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 135.
- MARASÀ GIORGIO, *La s.r.l. come società di capitali e suoi caratteri distintivi dalla s.p.a.*, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005, 107 ss.
- MARCHETTI PIER GAETANO, *Problemi in tema di aumento di capitale*, in *Aumenti e riduzioni di capitale*, Milano 19 maggio 1984, Milano, 1984, 55 ss..
- MARCHETTI PIER GAETANO, *Gli aumenti di capitale*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003.
- MARCHETTI PIER GAETANO, *sub art. 2379-ter*, nel *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi- F. Ghezzi – M. Notari, vol. *Assemblea* a cura di A. Picciau, Milano, 2008, 321 ss.
- MARTORANO FEDERICO, *La revocatoria dei conferimenti in società di capitali*, Milano, 2000.
- MARTORANO FEDERICO, *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, nel *Trattato del diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2002.
- MEO GIORGIO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998.
- MEO GIORGIO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 295 ss.
- MIGNOLI ARIBERTO, *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 305 ss.
- MIGNOLI ARIBERTO – NOBILI RAFFAELE, (voce) *Amministratori di società*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958.
- MIGNOLI ARIBERTO – NOBILI RAFFAELE, (voce) *Assemblea di società*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958.
- MIGNOLI ARIBERTO. *Le probleme des types de societas en droit italien*, in *Evolution et perspectives du droit des societes. Á la lumière des différentes expériences nationales*, Milano, 1968, 388 ss.
- MINERVINI GUSTAVO, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.
- MIOLA MASSIMO, *I conferimenti in natura*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*\*, Torino, 2004, 3 ss.
- MIOLA MASSIMO, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 1199 ss.
- MIRONE A., *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedimentali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 477 ss.
- MONTELEONE GIROLAMO, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004<sup>3</sup>.
- MOSCO GIAN DOMENICO, *sub art. 2388*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 627 ss.
- MUSCOLO G., *sub artt. 2379-2379-ter*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Giovanni Lo Cascio, 4, Milano, 2003, 409 ss.

- MODULO FILIPPO, *sub art. 2388*, in *La riforma delle società*, I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 442 ss.
- NAZZICONE LOREDANA, *sub art. 2388*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Giovanni Lo Cascio, 5, Milano, 2003, 92 ss.
- NOBILI RAFFAELE, *Contributo allo studio del diritto d'opzione nelle società per azioni*, Milano, 1958.
- NOBILI RAFFAELE–SPOLIDORO MARCO SAVERIO, *La riduzione del capitale*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6\*, Torino, 1993, 197 ss..
- NOTARI MARIO, *Le decisioni non assembleari*, in AA. VV., *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, IV, nel *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, Padova, 2009, 97 ss.
- NIGRO ALESSANDRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881 ss.
- OPPO GIORGIO, *Amministratori e sindaci di fronte alle delibere assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 225 ss.
- OPPO GIORGIO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 527 ss.
- OPPO GIORGIO, *Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 501 ss.
- PACIELLO ANDREA, *Considerazioni sulla struttura del contratto di sottoscrizione*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1983, II, 91 ss.
- PACIELLO ANDREA, *La funzione normativa del capitale nominale*, in *RDS*, 1/2010, 2 ss.
- PALMIERI GIANMARIA, *Invalidità delle decisioni dei soci*, nel *Trattato delle società a responsabilità limitata* diretto da C. Ibba e G. Marasà, IV, Padova, 2009, 147 ss.
- PALMIERI GIANMARIA, *La nullità della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 451 ss..
- PANUCCIO VINCENZO, (voce) *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970.
- PARRELLA LUCA, *Art. 2504 – quater, c.c.: dieci anni di giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 363 ss.
- PAVONE LA ROSA ANTONIO, *Il titolo di credito causale e la polizza di carico*, in *Studi sulla polizza di carico*, Milano, 1958, 255 ss.
- PAVONE LA ROSA ANTONIO, *Il registro delle imprese*, nel *Trattato di diritto commerciale* diretto da V. Buonocore, Torino, 2001.
- PELLIZZI G. L., *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967.
- PENNISI ROBERTO, *La motivazione delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, 83 ss.
- PERRINO MICHELE, *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*, Milano, 1997.
- PERRINO MICHELE, *I rimedi societari*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 83 ss.
- PERRINO MICHELE, *La « rilevanza del socio » nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 810 ss.



- PERRINO MICHELE, *sub art. 2504-quater*, in *Società di Capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1983 ss.
- PERRINO MICHELE, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 559 ss.
- PESCATORE SALVATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974.
- PESCATORE SALVATORE, *Impresa societaria a base capitalistica. Conferimenti e titoli azionari*, nel *Manuale di diritto commerciale* a cura di V. Buonocore, Torino, 2007, 262 ss..
- PIAZZA G., *Il regime delle invalidità delle delibere assembleari nel nuovo diritto societario (Prime riflessioni di un civilista)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, t. IV, Milano, 2004, 2949 ss.
- PISANI MASSAMORMILLE ANDREA, *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. it.*, 2003, 400 ss.
- PISANI MASSAMORMILLE ANDREA, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 55 ss.
- PISANI MASSAMORMILLE ANDREA, *Invalidità delle delibere consiliari*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 515 ss.
- PORTALE GIUSEPPE B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*, Torino, 2004, 1 ss.
- PORTALE GIUSEPPE B., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*\*\*, Torino, 2004, 571 ss.
- PORTALE GIUSEPPE B., *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007<sup>2</sup>, 219 ss.
- PORTALE GIUSEPPE B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, 2, Torino, 2006, 5 ss.
- PRESTI GAETANO e RESCIGNO MATTEO, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 133 ss..
- PRESTI GAETANO e RESCIGNO MATTEO, *Corso di diritto commerciale. Società*, vol. II, Bologna, 2007<sup>3</sup>.
- PUPO CARLO EMANUELE, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 586 ss.
- RAGUSA VITTORIO E., *Vizi del procedimento decisorio nelle formazioni organizzative e diritti dei terzi*, Milano, 1992.
- RESCIGNO PIETRO, (voce) *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1978.
- RESCIO GIUSEPPE A., *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in A.a. V.v., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008<sup>4</sup>, 183 ss.
- RIVOLTA GIAN CARLO M., *Profili della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2003, I, 683 ss.

- SACCO RODOLFO – DE NOVA GIORGIO, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. sacco, Torino, 2004.
- SACCHI ROBERTO, *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall'art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, 853 ss.
- SACCHI ROBERTO, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 135 ss.
- SALAFIA VINCENZO, *L'aumento del capitale: deliberazione, vizi e difetti, rimedi*, in *Società*, n. 8/2009, 945 ss.
- SALANITRO N., *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione*, Milano, 1965.
- SANTAGATA RENATO, *La fusione*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*\* 1, Torino, 2004,.....
- SANZO SALVATORE, *sub artt. 2379-2379-ter*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, \*, Zanichelli, 2004, 649 ss.
- SCALA A., *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, 2, Torino, 2007, 257 ss.
- SCOGNAMIGLIO GIULIANA, *La nullità della fusione nella direttiva CEE e nello schema di legge di attuazione*, in *Riv. not.*, 1990, I, 887 ss..
- SCOGNAMIGLIO GIULIANA, *Le scissioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*\* 2, Torino, 2004, 1 ss.
- SERRA A., *Il procedimento assembleare*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, 2, Torino, 2007, 37 ss.
- SPADA PAOLO, *La tipicità delle società*, Milano, 1974.
- SPADA PAOLO, *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Lezioni*, Torino, 1994<sup>2</sup>.
- SPADA PAOLO, *La circolazione della ricchezza assente alla fine del millennio. (Riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1999, I, 407 ss.
- SPADA PAOLO, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 489 ss.
- SPADA PAOLO – SCIUTO MAURIZIO, *Il tipo della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1\*, Torino, 2004, 1 ss.
- SPAGNULO D., *sub art. 2377*, in *La riforma delle società*, I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 343 ss.
- SPAGNULO D., *sub art. 2379-ter*, in *La riforma delle società*, I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 383 ss.
- SPOLIDORO MARCO SAVERIO, (voce) *Capitale sociale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, 195 ss.
- STAGNO D'ALCONTRES ALBERTO, *Il titolo di credito. Ricostruzione di una disciplina*, Torino, 1999.
- STAGNO D'ALCONTRES ALBERTO, *Informazione dei soci e tutela degli azionisti di minoranza nelle società quotate*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 314 ss.

- STAGNO D'ALCONTRES ALBERTO - DE LUCA NICOLA, (voce) *Obbligazioni di società*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, 2002.
- STAGNO D'ALCONTRES ALBERTO, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 169 ss.
- STELLA RICHTER MARIO jr, *Novità in tema di acquisto di azioni proprie*, in *Riv. soc.*, 2009, 286 ss.
- STELLA RICHTER MARIO jr., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione della nuova disciplina per la società a responsabilità limitata*, in *La «nuova» società a responsabilità limitata* a cura di Massimo Miola, Napoli, 2005, 45 ss.
- TANTINI GIOVANNI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973.
- TANTINI GIOVANNI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980.
- TOMMASINI RAFFAELE, (voce) *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- TOMMASINI RAFFAELE, (voce) *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- TORRENTE ANDREA – SCHLESINGER PIERO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1994<sup>14</sup>.
- TRIMARCHI G.A.M., *L'aumento del capitale sociale*, Milano, 2007.
- TRABUCCHI PIETRO, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1981<sup>5</sup>.
- VENTORUZZO MARCO, *sub art. 2475-ter*, nel *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi- F. Ghezzi – M. Notari, in *Società a responsabilità limitata* a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 599 ss.
- VENTORUZZO MARCO, *sub art. 2388*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi- F. Ghezzi – M. Notari, *Amministratori* a cura di Federico Ghezzi, Milano, 2005, 299 ss.
- VISENTINI BRUNO, (voce) *Azioni di società*, in *Enc. dir.*, IV., Milano, 1959, 967 ss.
- ZANARONE GIUSEPPE, *Società a responsabilità limitata*, nel *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, vol. 8°, Padova, 1985.
- ZANARONE GIUSEPPE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, nel *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3\*\*, Torino, 1993, 187 ss.
- ZANARONE GIUSEPPE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58 ss.
- ZANARONE GIUSEPPE, *sub art. 2478-bis*, *Della società a responsabilità limitata*, t. II, in *Il Codice Civile. Commentario* fontato e già diretto da Piero Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2010, 1211 ss.
- ZANARONE GIUSEPPE, *sub art. 2479-ter*, *Della società a responsabilità limitata*, t. II, in *Il Codice Civile. Commentario* fontato e già diretto da Piero Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2010, 1387 ss.
- ZANARONE GIUSEPPE, *sub art. 2480 c.c.*, *Della società a responsabilità limitata*, t. II, in *Il Codice Civile. Commentario* fontato e già diretto da Piero Schlesinger continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2010, 1445 ss.

WEIGMANN ROBERTO, *Le semplificazioni del diritto societario*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 85 ss.

## INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

### CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. 3 dicembre 1970, n. 2530, in *Giust. civ.*, 1971, I, 239.  
Cass., 24 gennaio 1990 n. 420, *Foro it.*, 1990, I, 1551.  
Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. Comm.*, 1996, II, 329 ss., con note di P.G. Jaeger, C. Angelici, A. Gambino, R. Costi e F. Corsi.  
Cass., 18 febbraio 2000, n. 1804, in *Giur. it.*, 2000, 2094.  
Cass., SS. UU., 21 febbraio 2000, n. 27, in *Giur. Comm.*, 2000, II, 73 ss., con nota di P.G. Jaeger.  
Cass., 19 ottobre 2007, n. 22016, in *Società*, 2007, 159.  
Cass., 15 settembre 2009, n. 19813, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 187.  
Cass., 20 gennaio 2011, n. 1361, in *Mass. Foro it.*, 2011.

### CORTE DI APPELLO

- App. Milano 18 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 790.

### TRIBUNALI

- Trib. Genova, 21 dicembre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1933 ss..  
Trib. Ancona, 18 gennaio 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 246 ss. con nota di Ginevra E..  
Trib. Verona, 1 settembre 2004, in *Giur. merito*, 2006, 124 s..  
Trib. Terni, 15 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 168 s..  
Trib. Verona, 10 dicembre 2004, in *NDS*, 2005, 49.  
Trib. Parma (ord.), 23 dicembre 2004, in *www.judicium.it*.  
Trib. Verona, 8 aprile 2005, in *Società*, 335.  
Trib. Ferrara, 22 dicembre 2006, in *RDS*, 3/2008, 598 ss., con nota di A. Postiglione.  
Trib. Napoli, 6 febbraio 2008, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2009, II, 589, con nota di F. Martorano.  
Trib. Milano, 19 febbraio 2009, in *Società*, n. 10/2009, 1269 ss., con nota di M. Centonze.  
Trib. Lodi 13 marzo 2009, in *Corr. merito*, n. 7/2009, 745 ss., con nota di R. Ambrosini.