



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA  
Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche  
e studi internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO  
INTERNAZIONALE, DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO

–XXVIII CICLO–

**IL DANNO DA DELIBERAZIONE  
INVALIDA NELLE S.P.A.**

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa MANUELA MANTOVANI

Supervisore: Ch.mo Prof. STEFANO DELLE MONACHE

Dottorando: MARCO VERBANO

## INDICE

INTRODUZIONE. ....	3
I. LA TUTELA DEGLI AZIONISTI A FRONTE DI DELIBERAZIONI INVALIDE, FRA RIMEDI DEMOLITORI E RIMEDI RISARCITORI. ....	7
I.1. L'evoluzione degli strumenti rimediali dell'azionista a fronte delle deliberazioni illegittime, dall'unità d'Italia al Progetto Mirone. ....	7
I.2. Il quadro normativo vigente. ....	27
I.3. Il panorama comparatistico. ....	35
II. LA NATURA DELLA TUTELA OBBLIGATORIA DEGLI AZIONISTI A FRONTE DELLE DELIBERAZIONI ASTRATTAMENTE INVALIDE. ....	49
II.1. Il criterio orientativo di fondo. ....	49
II.2. Un problema di legittimità costituzionale. ....	61
II.3. L'ipotesi della responsabilità aquiliana. ....	67
II.4. L'ipotesi della responsabilità contrattuale. ....	78
II.5. Obbligazione legale di manleva e sua discussa natura indennitaria. ....	86
III. I PROFILI SOSTANZIALI DELLA TUTELA. ....	99
III.1. Il soggetto attivo. ....	99
III.2. Il soggetto passivo e le responsabilità in rivalsa. ....	119
III.3. L'oggetto. ....	134
III.4. I profili temporali: prescrizione e decadenza. ....	146
IV. I PROFILI PROCESSUALI DELLA TUTELA (CENNI). ....	155
CONCLUSIONI. ....	165

BIBLIOGRAFIA. ....	171
<i>ABSTRACT.</i> .....	183

## INTRODUZIONE

Uno dei tratti caratterizzanti della Riforma del diritto societario attuata fra il 2003 e il 2004 dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, nonché dai seguenti decreti cc.dd. correttivi, è rappresentato dalla previsione, all'interno della disciplina delle invalidità assembleari, di una serie di restrizioni della legittimazione dei singoli azionisti ad impugnare le deliberazioni astrattamente invalide, compensate dalla previsione del diritto degli azionisti stessi ad un *risarcimento* del danno patito per effetto delle delibere medesime.

Tale combinazione fra restrizione dell'accesso dei soci ai rimedi demolitori ed espressa attribuzione di un rimedio di indole risarcitoria è prevista in generale in relazione alle delibere annullabili (la cui caducazione può essere oggi ottenuta esclusivamente da azionisti che detengano partecipazioni che congiuntamente rappresentino non meno del 5% del capitale sociale nelle s.p.a. "chiuse" e non meno dell'1‰ nelle s.p.a. "aperte"), nonché, con alcune variazioni concernenti soprattutto il tipo di restrizione della legittimazione alle impugnazioni, da una serie di norme di carattere speciale, relative a deliberazioni invalide individuate in ragione del loro peculiare oggetto.

Queste innovazioni del sistema proprio della previgente disciplina codicistica del 1942 – dall'adozione delle quali sono ormai trascorsi più di dieci anni – si inseriscono, peraltro, nel più ampio quadro di una serie di interventi di riforma tesi, da un lato, ad assicurare un più saldo controllo della gestione sociale nelle mani del *management* (e, in minor misura, dell'azionariato di controllo); dall'altro, a proteggere le minoranze azionarie in forme diverse da quelle tradizionali, nonché ad incentivare una loro

maggior partecipazione alla vita sociale <sup>1</sup>, la cui graduale adozione ha lasciato aperta un'ampia serie di questioni interpretative, anche di carattere sistematico.

Con riferimento al tema che sarà oggetto della presente trattazione, è la stessa qualificazione giuridica di fondo dei rimedi risarcitori previsti accanto alle restrizioni della legittimazione all'impugnazione delle delibere assembleari ad essere tuttora oggetto di vivace dibattito dottrinale, riscontrandosi contrastanti ipotesi ricostruttive in chiave di responsabilità aquiliana, responsabilità contrattuale, tutela indennitaria, o ancora di responsabilità oggettiva *sui generis*, di diretta fonte legale. Come è chiaro, poi, dalle divergenze in merito al carattere dogmatico dell'istituto dipendono altre significative differenze d'opinione in ordine alla sua disciplina, sia sotto il profilo sostanziale che processuale. Rimane fortemente incerto, infine, se la nuova forma di tutela sul piano obbligatorio possa effettivamente garantire un sufficiente grado di protezione agli azionisti privati dell'accesso alle tutele reali, rappresentando uno strumento efficace ed una strada concretamente praticabile per la difesa dei loro interessi.

È evidente come si tratti di uno snodo di non trascurabile importanza all'interno della vita e della disciplina delle società per azioni, suscettibile di risultare addirittura decisivo nella definizione dello *status* dei piccoli azionisti al loro interno e nella riflessione in ordine alla misura della persistenza, nel nostro ordinamento, dei principi di democrazia azionaria e di eguaglianza fra le partecipazioni azionarie.

Il presente lavoro si propone, quindi, una volta dato conto dell'evoluzione storica e normativa che ha gradualmente condotto all'adozione della disciplina oggi vigente, di offrire una ricostruzione della logica adottata dal sistema con riferimento ai problemi

---

<sup>1</sup> Su tutto ciò, v., per tutti le riflessioni di COTTINO, *Dal "vecchio" al "nuovo" diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 5 ss.

oggetto d'analisi, procedendo alla ricerca di una confacente qualificazione dogmatica della responsabilità da deliberazioni astrattamente invalide e facendone poi discendere una coerente definizione dei suoi profili sostanziali e (nei loro tratti essenziali) processuali; per riflettere, infine, circa l'adeguatezza del grado di protezione garantito ai piccoli azionisti dalla nuova tutela di indole obbligatoria.



## **I. LA TUTELA DEGLI AZIONISTI A FRONTE DI DELIBERAZIONI INVALIDE, FRA RIMEDI DEMOLITORI E RIMEDI RISARCITORI.**

### **1. L'evoluzione degli strumenti rimediali dell'azionista a fronte delle deliberazioni illegittime, dall'unità d'Italia al Progetto Mirone.**

L'attuale disciplina delle invalidità assembleari, con la sua caratteristica restrizione della legittimazione all'impugnazione delle delibere da parte degli azionisti e la parallela previsione di tutele risarcitorie in favore dei non legittimati, rappresenta il punto di arrivo (probabilmente provvisorio) di un lungo percorso di evoluzione storica, segnato da una costante dialettica – e da un costante tentativo di bilanciamento – fra istanze di segno opposto: da un lato la legalità dell'azione sociale, la tutela delle minoranze e – pari di poter aggiungere – la coerenza logica dell'ordinamento; dall'altro, la stabilità delle decisioni degli enti, la tutela dell'affidamento dei terzi e del mercato e (in certa misura) la certezza delle situazioni giuridiche soggettive.

Tale dialettica si è tradotta in un costante dialogo fra la tradizionale – e, almeno agli occhi del giurista di *civil law*, naturale – attribuzione ai soci dissenzienti di rimedi demolitori<sup>1</sup>, importanti la rimozione, con efficacia reale, delle delibere non assunte in conformità con la legge o lo statuto da un lato; e dall'altro proposte, sempre più numerose ed insistenti, che miravano a venire incontro a percepite esigenze dei mercati

---

<sup>1</sup> Sulla lettura in chiave rimediale dell'ordinamento, v. (siapur con riferimento al diritto dei contratti) DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 1 ss.



riducendo invece – sul piano soggettivo, oggettivo o temporale – gli spazi della tutela reale, optando per una regolazione dei conflitti incentrata sull’attribuzione ai soci dissenzienti di rimedi di marca risarcitoria, idonei, in linea di principio, a riportare i loro patrimoni alla condizione nella quale si sarebbero trovati in assenza delle delibere astrattamente viziate, ma senza intaccare la stabilità della volontà sociale; proposte, queste ultime, gradualmente fatte proprie dal legislatore, con conseguente, progressivo arretramento della tutela reale in favore di quella risarcitoria <sup>2</sup>.

Al principio di questo percorso evolutivo si riscontra, per quanto concerne la disciplina riservata dall’ordinamento ai fenomeni di nostro interesse, una situazione tuttaffatto ancorata alla tutela reale dei soci dissenzienti, con esclusiva attribuzione ad essi di rimedi di carattere in ampio senso demolitorio <sup>3</sup>. Così, in vigenza del primo codice di commercio del nostro paese – che laconicamente si limitava a stabilire, all’art. 149, che «*le deliberazioni prese dall’assemblea generale entro i limiti dello statuto sociale sono obbligatorie per tutti gli azionisti non intervenuti*» – la giurisprudenza individuava, in capo all’azionista, un diritto individuale alla legalità della volontà sociale (tanto sul piano della sua formazione procedimentale, quanto su quello del suo assetto sostanziale) che si traduceva nel riconoscimento dell’azione di nullità contro ogni delibera astrattamente illegittima <sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Con riferimento alla riforma del diritto societario del 2003, v. SACCHI, *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di Benazzo, Patriarca e Presti, Milano, 2003, 155 e *passim*.

<sup>3</sup> Ove per “in senso ampio” significa che vi si ricomprendono sia le azioni miranti ad ottenere sentenze a carattere dichiarativo, sia quelle finalizzate all’ottenimento di pronunce di marca costitutiva.

<sup>4</sup> PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*, in *Liber Amicorum Abbadessa*, 1, Torino, 2014, 851; VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1902, 100 s.

Si trattava di un modo di ragionare estremamente lineare, e fin quasi naturale, almeno per il giurista di tradizione continentale<sup>5</sup>: il legislatore stabilisce entro quali limiti (quelli validamente posti dai soci con lo statuto, nonché, *va da sé*, quelli posti dal legislatore medesimo, in primo luogo con la disciplina dedicata al procedimento assembleare) le decisioni collegiali siano vincolanti per i socie e per l'ente, così indicando gli elementi costitutivi della fattispecie "delibera assembleare"; all'infuori di quei limiti – ossia in mancanza degli elementi costitutivi della fattispecie – l'atto non può dirsi correttamente formato ed è, quindi, invalido, con conseguente possibilità, per gli interessati, di agire per la sua caducazione<sup>6</sup>. È dunque sottesa a questo modo di ragionare l'idea – particolarmente coerente con una temperie storica e politica in cui il liberalismo si accompagnava, nel continente europeo, con una marcata centralità dello Stato<sup>7</sup> – per cui, poiché è la legge a conferire efficacia vincolante ("forza", secondo il linguaggio tuttora utilizzato dall'art. 1372 c.c.) agli atti dei privati, sia giocoforza ritenere che i comportamenti che non integrino i caratteri in virtù ed in presenza dei quali la legge stessa garantisce tale efficacia semplicemente non entrino – almeno in quanto tali – nel traffico giuridico<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Si avrà modo fra breve di evidenziare le differenze di fondo con l'impostazione data al problema nel mondo anglosassone.

<sup>6</sup> Così riconducibile, in sostanza, al fenomeno della dichiarazione della nullità degli atti di diritto privato generale.

<sup>7</sup> PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 40 ss.

<sup>8</sup> Così parte della dottrina civilistica configura la nullità in generale: *e multis*, v. GENTILI, *Le invalidità*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tr. contratti Rescigno-Gabrielli*, I.2, Torino, 2006, 1454 ss.; IRTI, *Norme e fatti. Saggi di storia generale del diritto*, Milano, 1983, 149 ss. IUDICA, *Impugnazione contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 79 ss.; MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 38 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tr. Sacco*, 510 ss.; VENOSTA, *Le nullità contrattuali*

D'altra parte, l'ampiezza della tutela reale riconosciuta ai soci<sup>9</sup> era perfettamente in linea con il diritto vigente – e vivente – a quel tempo anche in altri ordinamenti europei, non solo di area francese (rispetto alla quale le somiglianze erano abbastanza scontate, data l'immediata derivazione della nostra codificazione di allora dai modelli napoleonici<sup>10</sup>), ma anche di area germanica, come rivela l'analisi della giurisprudenza tedesca di quel periodo<sup>11</sup>.

---

*nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004, I, 66 ss. Non manca peraltro chi ravvisi invece nella nullità un fenomeno non di insussistenza, bensì di qualificazione negativa della fattispecie; v. in tal senso: BIANCA, *Diritto civile – 3. Il contratto*, Milano, 2001, 613 ss.; CARRESI, *Il contratto*, in *Tr. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1987, 615 ss.; MAZZONI, *Invalidità* (voce), in *Enc. giur.*, XVII, 1 ; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 242 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, 330 ss. Come è noto, è invece diversa l'odierna impostazione (anche e prima di tutto legislativa) delle invalidità di diritto societario: ma sul punto v. *infra* nel testo.

<sup>9</sup> PINTO, *op. cit.*, 851.

<sup>10</sup> Come si avrà modo di riferire nei paragrafi seguenti, l'ordinamento d'Oltralpe è tuttora caratterizzato dalla piena attribuzione a tutti i soci di rimedi demolitori a fronte della non conformità della delibera alla legge o allo statuto.

<sup>11</sup> Cfr. ad es. la giurisprudenza del *Reichsoberhandelsgericht* della seconda metà dell'Ottocento: ROHG 20 ottobre 1877, in *ROHGE*, 23 (1878), 273; ROHG 9 novembre 1879, in *ROHGE*, 25 (1890), 307; RG, 19 febbraio 1881, in *RGZ*, 3 (1881), 123. Non dissimile anche la giurisprudenza del *Bundesgericht* svizzero, in epoca appena successiva ai precedenti tedeschi appena menzionati: BG 13 ottobre 1894, in *BGE* 20 (1894), 930; BG 17 dicembre 1897, in *BGE* 23 II (1897), 1825; BG 22 giugno 1901, in *BGE*, 27 II (1901), 231. Su tali filoni giurisprudenziali, v. PINTO, *op. cit.*, 851, il quale alla nt. 11 richiama le considerazioni di PAEFGEN, *Unternehmerische Ermessen und Rechtsbindung der Organe in der AG*, Colonia, 2002, 296 ss., nonché di STAUBER, *Das Recht des Aktionärs auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung und seine Durchsetzung in schweizerischem Recht*, Zurich, 1985, 167 ss.

La situazione non mutò radicalmente con l'introduzione del nuovo codice di commercio del 1882, che si differenziava dal precedente per la previsione di una speciale azione cautelare sospensiva (art. 163, comma secondo, cod. comm.<sup>12</sup>), in virtù della quale ogni socio poteva fare opposizione, avanti al presidente del tribunale di commercio<sup>13</sup>, alle deliberazioni “manifestamente contrarie” all'atto costitutivo, allo statuto e alla legge, per ottenerne – una volta che questi avesse sentiti gli amministratori e i sindaci – un provvedimento di sospensiva.

Rimaneva ancora in ombra la disciplina delle azioni di merito attivabili in presenza di delibere di tal fatta, delle quali comunque era riconosciuta, in via interpretativa, l'invalidità, che ogni socio – sia per logico parallelismo con la generale legittimazione espressamente prevista in ambito cautelare, sia per l'assenza di specifiche previsioni contrarie – avrebbe potuto far valere. Mentre l'unica restrizione della tutela demolitoria ricavabile dalla disciplina positiva, consistente nel fatto che avrebbero potuto essere accolte le sole opposizioni a delibere *manifestamente* contrarie alla legge o allo statuto<sup>14</sup> doveva ritenersi confinata, appunto, all'ambito della tutela cautelare, rientrando pienamente nella logica della cognizione sommaria, ed in particolare essendo riconducibile al requisito del *fumus boni iuris*, ordinariamente richiesto in tale contesto.

Rimaneva, inoltre, del tutto aperto il problema della specifica individuazione della tutela reale da riconoscersi agli azionisti. In dottrina, la preoccupazione per le conseguenze negative dell'applicazione della nullità condusse più di un autore a tentare

---

<sup>12</sup> Così testualmente la disposizione: «*Alle deliberazioni manifestamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto o alla legge, può essere fatta opposizione da ogni socio, e il presidente del tribunale di commercio, sentiti gli amministratori ed i sindaci, può sospendere l'esecuzione mediante provvedimento da notificarsi agli amministratori*».

<sup>13</sup> Unificato ai tribunali ordinari con la l. 25 gennaio 1888, n. 5174.

<sup>14</sup> MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 6.

percorsi interpretativi diversi. Si cercò così di sostenere che la previsione di una disciplina specifica dovesse sottendere il riconoscimento di un'azione di impugnativa in senso stretto, cui applicare, in quanto compatibili, le regole sull'annullamento, addirittura individuando dei punti di contatto con l'*actio pauliana* e persino con la disciplina di carattere processuale dell'opposizione del terzo e del contumace alle sentenze <sup>15</sup>.

Ai dubbi circa la natura dei vizi delle delibere non conformi alla legge o allo statuto – e dell'azione spettante ai soci che avessero voluto farli valere in giudizio – si aggiunse poi, nel periodo interbellico, una crescente consapevolezza del pericolo rappresentato – soprattutto per le società di maggiori dimensioni – da impugnazioni mosse da fini ricattatori o fraudolenti, o comunque fondate su argomenti del tutto speciosi <sup>16</sup>.

I pratici tendevano allora a temperare il problema con l'introduzione, all'interno degli statuti, di limiti temporali al potere di impugnazione degli azionisti <sup>17</sup>, con soluzione avallata dalla giurisprudenza <sup>18</sup>. Si trattava però di un rimedio parziale e certo non privo di controindicazioni con riferimento ai vizi più gravi, in presenza dei quali un

---

<sup>15</sup> Per tutto ciò v. MOSSA, *L'inefficacia della deliberazione dell'assemblea nelle società per azioni*, *Riv. dir. comm.*, 1915, 1, 441 ss., ed in particolare 452. Cfr. anche le successive osservazioni di GRIPPO, *Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare*, in *Riv. soc.*, 1971, 882 ss. e MEO, *op. cit.*, 12 ss.

<sup>16</sup> DONATI, *L'invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, 7, nt. 1.

<sup>17</sup> PINTO, *op. cit.*, 852, nt. 13.

<sup>18</sup> Ne dà conto ASCARELLI, *L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria. Vizi del voto, vizi della deliberazione; nullità e annullabilità*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 87 s., ed ivi ogni riff.; cfr. anche quanto riferisce MEO, *op. loc. ult. cit.*

limite temporale all'attivabilità del rimedio demolitorio poteva essere inopportuno<sup>19</sup>. Toccò quindi al legislatore farsi carico di rispondere alle esigenze del mondo degli affari ed agli interrogativi dei giuristi – elaborando una disciplina più dettagliata del fenomeno in discorso.

I vari progetti di riforma del diritto societario elaborati in quel periodo furono accomunati dall'intento di dettare una disciplina più dettagliata delle invalidità delle delibere assembleari, che definisse in maniera più netta la patologia di tali atti e i rimedi concessi agli azionisti che se ne ritenessero pregiudicati, al tempo stesso limitandone l'esperibilità<sup>20</sup>, nel tentativo di contemperare le due opposte necessità, da un lato di presidio della legalità dell'azione sociale (con protezione dei diritti individuali degli azionisti), dall'altro di stabilità degli atti e certezza delle situazioni giuridiche soggettive sorte in seguito all'adozione delle delibere<sup>21</sup>.

La disciplina del codice civile unificato del 1942, che raccolse l'esito di queste riflessioni, tracciò dunque un sistema che – pur tuttora ancorato all'idea che delle deliberazioni non conformi a legge o statuto non potesse che predicarsi l'invalidità, riconoscendo agli azionisti una tutela sul piano reale – cercava di contenere l'instabilità degli atti e delle situazioni giuridiche che necessariamente da tale impostazione derivava. Si trattò, in buona misura, di una positivizzazione di soluzioni (cui, poco sopra, si è in parte fatto cenno) già invalse nella pratica ed ammesse dalla giurisprudenza: si sancì dunque una netta bipartizione delle fattispecie di patologia delle deliberazioni assembleari fra quelle più gravi (individuate esclusivamente

---

<sup>19</sup> MEO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>20</sup> Così l'art. 220 del Progetto Vivante (1922), l'art. 215 del Progetto D'Amelio (1925), l'art. 233 del Progetto Asquini (1940) ed ancora l'art. 314 del Progetto preliminare del Libro sull'impresa e sul lavoro.

<sup>21</sup> Così ancora DONATI, *op. cit.*, 7.

nell'impossibilità o illiceità dell'oggetto), che erano ricondotte alla nullità di diritto comune, con espressa previsione dell'applicabilità delle regole circa la legittimazione di chiunque ne avesse interesse a far accertare il vizio, l'imprescrittibilità della relativa azione e l'inammissibilità della convalida; e quelle meno gravi («*non [...] conformità della legge o dell'atto costitutivo*»), definite in termini di annullabilità e fatte oggetto di una disciplina specifica, la quale, pur riconoscendo il diritto potestativo ad attuazione giudiziale di ottenere l'annullamento ai singoli azionisti assenti o dissenzienti al momento della votazione <sup>22</sup>, stabiliva per il suo esercizio un termine decadenziale di tre mesi, facendo, inoltre, salvi i diritti acquisiti in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione annullata.

La portata innovativa della nuova disciplina – già in sé non molto marcata, nel senso che tendeva, appunto, più a recepire e consolidare il diritto vivente nel tempo in cui fu elaborata, che non ad introdurre regole diverse – fu peraltro frustrata, nei decenni successivi, dall'atteggiamento della giurisprudenza, allora forse più che mai attenta a (e disposta ad intervenire per) garantire la tutela reale degli azionisti (peraltro in ciò incoraggiata dal nuovo assetto costituzionale, nel quale tanto il principio di uguaglianza, quanto la garanzia della tutela giudiziale di diritti ed interessi legittimi assumevano centralità evidentemente maggiore rispetto all'epoca immediatamente precedente).

Se il testo del codice, infatti, pareva tratteggiare un sistema all'interno del quale – all'opposto di quanto si riscontra nel diritto dei contratti – la nullità sarebbe stata l'eccezione, mentre l'annullabilità, comminata per ogni ipotesi di non conformità con la legge o lo statuto, sarebbe stata patologia generale e residuale – potenziandosi così al massimo grado gli effetti di quelle disposizioni che, all'interno della disciplina ad essa

---

<sup>22</sup> Ivi compresi quelli con diritto di voto limitato, ma non gli assenzienti, cui non era dunque riconosciuto alcuno *ius poenitendi*

dedicata, erano rivolte a garantire le esigenze di certezza del diritto e di stabilità degli atti (e quindi non solo del termine trimestrale di decadenza e della salvezza dei diritti acquisiti in buona fede dai terzi, appena menzionati, ma anche della possibilità della sanatoria e dell'esclusione della legittimazione dei soci assenzienti) – tale impostazione fu stravolta dall'uso che, in sede pretoria, fu fatto della categoria dell'inesistenza. Come è noto, a tale nozione<sup>23</sup> vennero ricondotti dai giudici, nell'ambito che qui interessa, tutti i casi in cui mancassero – o fossero gravemente viziati – uno o più elementi essenziali della fattispecie “delibera assembleare”<sup>24</sup>, nella cui individuazione, peraltro, non si mancava di largheggiare<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Nozione, peraltro, strettamente connessa, nel diritto comune, con quella di nullità, come già segnalato *supra* nelle note.

<sup>24</sup> Tale impostazione non mancava, indubbiamente, di trovare delle evidenti ragioni dogmatiche, né si può misconoscere, sul piano della teoria generale del diritto, il suo rigore. Nondimeno, essa fu presto oggetto di numerose critiche da parte della dottrina giuscommerciale (*e multis*: GRIPPO, *op. cit.*, 874 ss.; ID., *L'assemblea nella società per azioni*, in *Tr. Rescigno*, 16, 1985, 425; LENER, *L'invalidità delle deliberazioni*, in *Tr. Bessone*, 2000, XVII, 215; CHIAPPETTA, *Art. 2377*, in PICCIAU (a cura di), *Assemblea*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2008, 262 ss., ed ivi ampli riff. nelle note), tanto per il fatto che si allontanava dalle già segnalate esigenze del mondo della pratica, quanto perché si distaccava eccessivamente dalla disciplina positiva, che proprio a quelle esigenze aveva cercato di dare, in parte, risposta, stabilendo, in sostanza, che le fattispecie di delibere assembleari che presentassero elementi di difformità dal modello legale diversi dall'illiceità o impossibilità dell'oggetto fossero bensì invalide, ma annullabili anziché nulle, e che, per conseguenza, dovessero comunque produrre effetto fino all'intervento di un'eventuale sentenza a carattere costitutivo, ottenibile solo agendo in giudizio entro il termine trimestrale di decadenza, solo in assenza di sostituzione della delibera con altra presa in conformità della legge e dello statuto, solo su iniziativa dei soggetti a ciò legittimati dal secondo comma dell'art. 2377 c.c. allora vigente e solo, infine, nel rispetto delle regole sul procedimento di impugnazione dettate dall'art. 2378 c.c.).

Va peraltro notato che, anche seguendo un'interpretazione così “fedele” alla lettera della legge allora vigente, non sarebbe stato impossibile individuare dei casi di inesistenza della delibera, perlomeno



È chiaro come il sistema delle invalidità assembleari sancito con la codificazione del 1942 risultasse del tutto sconvolto – ed in buona sostanza rovesciato – dall’applicazione della forma in assoluto più grave di patologia negoziale, con conseguente riconoscimento, a chiunque vi avesse interesse, in un amplissimo numero di casi, di un *imprescrittibile* diritto di chiedere l’accertamento giudiziale dell’invalidità, come dell’originaria inefficacia degli atti in questione.

Tutto ciò non faceva che esasperare il perdurante del problema (o timore) delle impugnazioni “ricattatorie” dei piccoli azionisti <sup>26</sup>, che la il codificatore aveva cercato, con prudenza, di contenere attraverso la ricezione delle soluzioni già invalse nel diritto

---

quando fossero mancati gli elementi minimi della fattispecie (manifestazioni di volontà dirette a regolare l’organizzazione della società; conformazione ai tratti essenziali degli schemi procedimentali eventualmente richiesti dalla legge; riferibilità dell’atto alla sua società, ossia collocazione in un contesto societario) : e v. a tal proposito le riflessioni di M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 759 ss., condotte con riferimento al regime successivo alla riforma del 2003 (il quale, come subito si avrà modo di illustrare, è stato dettato con la dichiarata intenzione di ridurre quanto più possibile l’ambito di operatività di tale categoria concettuale).

<sup>25</sup> I casi di annullabilità finivano allora, in sostanza, per ridursi ai vizi procedimentali di minor gravità, a dispetto dell’ampiezza della definizione data dal legislatore e dell’attenzione da questo spesa nel definirne la disciplina. V. ancora CHIAPPETTA, *op. cit.*, 263, ed in particolare nt. 7.

<sup>26</sup> V. ad esempio la denuncia del fenomeno contenuta nella Relazione al Progetto De Gregorio, di cui fra breve si dirà: «L’esigenza di procedere alla revisione della disciplina attualmente vigente in tema di impugnazione delle deliberazioni assembleari appare indilazionabile. La norma contenuta nell’art. 2377 cod. civ., infatti, consentendo che la impugnazione possa essere proposta anche dal titolare di una sola azione espone la società, e per essa tutti i soci, al danno che può derivare dalla eventuale impugnazione della deliberazione da parte di azionisti operanti in contrasto con l’interesse sociale, quando addirittura non siano animati da motivi meno giustificabili: danno che spesso deriva dal solo fatto che l’azione è proposta, indipendentemente dal risultato, e quindi anche se essa verrà poi respinta dal giudice» (Relazione allo schema di disegno di legge concernente la riforma della disciplina delle società commerciali, in *Riv. soc.*, 1966, 140).

vivente (ed in particolare la blanda limitazione dell'accesso alla tutela reale, sia sul piano temporale, con l'introduzione del menzionato termine di decadenza trimestrale per l'esercizio dell'azione di annullamento, sia, marginalmente, su quello soggettivo, con l'esclusione della legittimazione attiva dei soci assenzienti).

Lo sbilanciamento del sistema a favore delle minoranze dissenzienti, con eclatante compressione (e compromissione) delle istanze di stabilità e certezza delle situazioni giuridiche, condusse allora la riflessione *de jure condendo* all'elaborazione di progetti di riforma del diritto societario che muovevano con decisione, da un lato, nel senso di una restrizione della legittimazione dei singoli azionisti ad agire per la rimozione (o l'accertamento del vizio) delle deliberazioni, con individuazione di tecniche rimediali diverse a mezzo delle quali proteggere i loro interessi; dall'altro (in una fase successiva), a rispondere alla predilezione dei giudici per la categoria dell'inesistenza tentando una più dettagliata formulazione delle fattispecie di nullità ed annullabilità, che consentisse di (o costringesse a) ridurre in maniera sostanziale l'ambito di applicazione da essi riconosciuto alla prima.

Nella prima direzione mosse, in particolare, il progetto elaborato dalla commissione De Gregorio nel 1966<sup>27</sup>, il quale, al primo comma dell'art. 13, dedicato all'impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea, stabiliva che le delibere non conformi alla legge o all'atto costitutivo potessero essere impugnate, oltre che dagli amministratori e dai sindaci, dai soci assenti o dissenzienti che rappresentassero una parte del capitale non minore (i) del 5% nelle s.p.a. con capitale inferiore ad 1 miliardo di lire, (ii) del 2,5% (cui corrispondesse un valore nominale di almeno 50 milioni di lire)

---

<sup>27</sup> Il Progetto, nella versione approvata in Consiglio dei Ministri, fu pubblicato, con ampio corredo di pareri dottrinali, nonché di enti pubblici ed organismi rappresentativi di categorie produttive, in *Riv. soc.*, 1966, 93 ss.

nelle s.p.a. con capitale compreso fra 1 e 10 miliardi di lire e (iii) dell'1% (cui corrispondesse un valore nominale di almeno 250 milioni di lire) nelle s.p.a. con capitale sociale superiore a 10 miliardi di lire; mentre il successivo art. 14 disponeva che ciascun socio assente o dissenziente potesse chiedere il danno che gli era derivato dalle deliberazioni assembleari contrarie alla legge o all'atto costitutivo, anche se non impugnate <sup>28</sup>.

La logica era dunque, già in tale contesto, quella per la quale l'ablazione della tutela reale a una parte dei soci potesse essere compensata dall'attribuzione agli stessi di una tutela *lato sensu* risarcitoria <sup>29</sup>, che consentisse di rendere la persistenza degli effetti di

---

<sup>28</sup> *Schema di disegno di legge concernente la riforma della disciplina delle società commerciali*, *ivi*, 95. È da notare come l'art. 13 del progetto, al comma secondo, introducesse un'ulteriore restrizione della possibilità di impugnativa, valevole in questo caso per tutti i soci, indipendentemente dalle aliquote di capitale detenuto, prevedendo che «*le deliberazioni di approvazione del bilancio, per quanto attiene alla determinazione degli utili, quelle relative alla destinazione e alla distribuzione degli utili e quelle che importano esclusione o limitazione del diritto di opzione sono impugnabili anche per eccesso di potere*». Ne sarebbe risultata, da un lato, la consacrazione, in ambito societario, della discussa figura dell'eccesso di potere (per le problematiche relative alla quale, v., con riferimento all'ordinamento attualmente vigente, MIRONE, *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale* a cura di M. Cian, Torino, 2014, 409 s.); dall'altro, un opportuno restringimento della sua operatività potenziale alle deliberazioni relative ad alcune ben definite materie, rispetto alle quali era evidentemente ritenuto più facile che la maggioranza assembleare potesse porre in essere comportamenti meramente emulativi ai danni della minoranza (mancava, al novero delle situazioni in cui più tipicamente si ravvisa la sussistenza dell'eccesso di potere chi a tale nozione riconosce cittadinanza all'interno del diritto delle società, il caso dell'aumento di capitale a pagamento unicamente ordinato alla diluizione della partecipazione della minoranza alla compagine azionaria). V. per tutto ciò anche la *Relazione allo schema di disegno di legge*, *ivi*, 140 s., nonché, in senso critico, le *Osservazioni dei commissari De Gennaro e Ferri*, *ivi*, 405 s.

<sup>29</sup> Così, esplicitamente, la *Relazione allo schema di disegno di legge*, *ivi*, 140: «*l'apparente minore garanzia dei singoli trova compenso [corsivo aggiunto], oltre che nell'attribuzione dell'impugnazione a ciascun sindaco individualmente (art. 13, primo comma, e art. 24, primo comma) e, per le società con azioni quotate in borsa, anche*

delibere non conformi a legge o statuto indifferente rispetto ai loro patrimoni <sup>30</sup>, il tutto senza introdurre norme particolari circa il funzionamento del risarcimento in quest'ambito, avendo la maggioranza dei compilatori del progetto ritenuto che bastassero all'uopo i principi generali <sup>31</sup>. Ma si trattò di una scelta che, pur raccogliendo il plauso del CNEL <sup>32</sup>, non mancò di suscitare forti perplessità in più d'uno fra gli studiosi che analizzarono il progetto, sia in quanto ritenuta eccessiva rispetto al motivo dichiarato di contenere il rischio di impugnazioni pretestuose o ricattatorie <sup>33</sup>, sia in nome di esigenze di «*democrazia*» azionaria <sup>34</sup>, equità <sup>35</sup> e moralità <sup>36</sup>.

---

*all'organo pubblico di vigilanza (art. 47, lett. i), dalla introduzione dell'azione individuale di risarcimento a favore di ciascun singolo azionista (art. 14)».*

<sup>30</sup> Forse con un filo di entusiasmo di troppo, la Relazione proseguiva definendo la soluzione come «*energica tutela delle situazioni soggettive patrimoniali del socio*», atta a realizzare un «*contemperamento degli opposti interessi: da un lato non moltiplicare le occasioni che possono condurre a paralizzare, con l'impugnativa delle deliberazioni assembleari, la vita della società, o a creare comunque situazioni delicate di incertezza, e da un altro lato che il singolo che abbia subito un danno ingiusto sia reintegrato*» (Relazione allo schema di disegno di legge, *ivi*, 142).

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> V. il *Parere* reso dall'ente, *ivi*, 216 s.

<sup>33</sup> OPPO, *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, *ivi*, 1223 rileva che «*la scelta a favore della gestione e quindi del gruppo di comando [...] sottrae al singolo, come tale, l'unico valido strumento di autotutela per così dire «in forma specifica» contro la lesione del suo interesse di socio*»; GRECO, *Considerazioni generali sulla riforma delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1966, 268 s. avanza «*qualche dubbio sulla congruenza dei mezzi progettati*», chiedendo «*se non sia miglior consiglio lasciare, riguardo alla legittimazione attiva, le cose come stanno [...] per le società non quotate in borsa, e riservare la nuova disciplina prevista nell'art. 13 del progetto solo per le società quotate*»; v. infine anche le considerazioni svolte qualche tempo prima da ROTONDI, *Come fare e come non fare la riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 113.

<sup>34</sup> OPPO, *op. loc. cit.*

<sup>35</sup> GRECO, *op. cit.*, 269.

Come è noto, il progetto fu, ad ogni buon conto, abbandonato. Ma il movimento verso la riduzione delle tutele reali degli azionisti di minoranza (e la loro sostituzione con meccanismi di tipo latamente risarcitorio) non si arrestò, traendo anzi nuova forza dalla spinta delle fonti comunitarie.

La prima tappa successiva di questo percorso può dunque considerarsi la riforma dell'art. 2332 c.c. in materia di nullità del contratto di società, adottata in attuazione della prima direttiva comunitaria in tema di uniformazione del diritto societario, con d.p.r. 19 dicembre 1969, n. 1127. Siamo qui, a dire il vero, al di fuori dell'ambito che più strettamente fa oggetto di questo lavoro – e cioè degli strumenti di reazione degli azionisti di fronte alle deliberazioni illegittime; ma è d'altra parte evidente come con tale provvedimento legislativo – che ha introdotto il noto catalogo chiuso delle cause di nullità delle società di capitali iscritte nel Registro delle imprese, altresì rimodellando gli effetti del loro verificarsi sulla falsariga di quelli del verificarsi di comuni cause di scioglimento della società – si assista per la prima volta, sulla spinta del legislatore comunitario, all'abolizione di un meccanismo di tutela reale in nome di esigenze di stabilità degli atti e sicurezza dei traffici in ambito societario; fenomeno che, a distanza di pochi anni, si sarebbe ripetuto nell'ambito più direttamente di nostro interesse <sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Ancora OPPO, *op. loc. cit.* Questo Autore mise, peraltro, in discussione anche il fondamento stesso della scelta in parola, sostenendo che il pericolo di impugnazioni ricattatorie da parte degli azionisti minori fosse più paventato che reale (*ivi*, 1224); di «ratio *invertita*» parla anche PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, 2007, 620, con interessanti riferimenti alla situazione in area tedesca a pp. 617 s.

<sup>37</sup> Sul nesso (e le differenze) fra tale intervento e i successivi, v. anche CAVANNA, *La fusione*, in *Tr. dir. comm. Cottino – V.2. Le operazioni societarie straordinarie*, Padova, 2011, 494 s.

Una nuova restrizione delle tutele reali dei soci seguì poi con l'art. 6 d.p.r. 31 marzo 1975, n. 136 (poi riversato, con leggere modifiche, nell'art. 157 del T.U.F.), il quale, in deroga agli artt. 2377 e 2379 allora vigenti, stabiliva che le deliberazioni con cui l'assemblea degli azionisti di società quotate approvasse il bilancio e le relative valutazioni potessero essere impugnate solo da tanti soci che rappresentassero almeno il 5% del capitale sociale, per un valore nominale di non meno di 100 milioni di lire ove quello fosse superiore ai 2 miliardi di lire.

La previsione si distaccava abbastanza nettamente da quella del novellato art. 2332 c.c., in quanto, mentre quest'ultima si limitava a restringere il novero delle cause di invalidità e a rimodellare gli effetti ricollegati alla presenza degli elementi costitutivi delle fattispecie, la prima si ravvicinava invece alle proposte del Progetto De Gregorio, nella parte in cui introduceva uno sbarramento, per così dire, "censitario" per escludere dalle tutele invalidative i piccoli azionisti<sup>38</sup>. D'altra parte, rispetto a tale progetto, la novella del 1975 in tema di impugnazione delle delibere in materia di bilancio presentava, da un lato, una problematica estensione della compressione della tutela reale dei piccoli azionisti anche alle azioni di nullità<sup>39</sup>; da un altro, essa temperava lo svantaggio arrecato a tali soggetti introducendo la legittimazione della CONSOB, cui veniva così, in sostanza, demandato il compito di tutelare i loro interessi nell'ambito *de quo* (quando sufficientemente meritevoli e "seri", e dunque, evidentemente, filtrando ogni tentativo di impugnazione pretestuosa).

---

<sup>38</sup> Cfr. ancora *ibidem*.

<sup>39</sup> Il che si presentava indubbiamente come una soluzione più problematica sul piano della teoria generale, poiché altro era stabilire che solo alcuni soggetti potessero ottenere giudizialmente la rimozione degli effetti di un atto invalido, ma efficace; altro era invece disporre che soltanto da alcuni soggetti potesse esser fatta accertare in giudizio quella che – in linea di principio – avrebbe dovuto essere invalidità e *originaria* inefficacia di un atto.

Ancora ad una distanza di una quindicina d'anni, toccò quindi al d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22 (con il quale veniva data attuazione in Italia alla III direttiva comunitaria in materia di società, n. 78/855/CE<sup>40</sup>), introdurre un ulteriore restringimento delle tutele reali degli azionisti con la norma ora contenuta nell'art. 2504 *quater* c.c., in base alla quale, una volta eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione, la sua invalidità non può più essere pronunciata (primo comma), ma resta salvo il diritto al risarcimento del danno «*eventualmente spettante*» ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione medesima (secondo comma). In questo caso, dunque, la a far valere in giudizio l'invalidità delle delibere assembleari non fu ristretta sul piano soggettivo, per mezzo di un meccanismo di selezione "censitario", bensì sul piano meramente temporale, legando il venir meno della legittimazione medesima, per tutti i soci ed indipendentemente dalle dimensioni della partecipazione detenuta, al compimento delle formalità pubblicitarie dell'atto. Sotto tale profilo, la novella pareva dunque distaccarsi dal modello del Progetto De Gregorio; ma, per contro, ne riprendeva l'elemento – ben più rilevante ai fini di questa trattazione – dell'introduzione di una tutela risarcitoria "in sostituzione" della reale così sottratta.

---

<sup>40</sup> A dire il vero, come nota anche DI SARLI, *Art. 2404-quater*, in BIANCHI (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 950 s., il legislatore italiano si è spinto molto più in là, nel dare attuazione alla direttiva, di quanto non fosse da questa imposto. In effetti, l'art. 22 del testo comunitario altro non richiedeva agli Stati membri che di limitare la possibilità di invocare la nullità (non dunque espressamente anche l'annullamento, anche se è da notare che non tutti i sistemi giuridici europei conoscono la distinzione fra le due patologie), ad alcune fattispecie sostanziali ed entro un certo tempo (sei mesi), nonché di escludere l'efficacia retroattiva della pronuncia giudiziale, facendo salvi i rapporti intercorsi con i terzi di buona fede. Esempi di adozione pura e semplice della disciplina "minima" indicata dalla Direttiva si ritrovano nell'ordinamento francese, in quello belga ed in quello spagnolo (v. *infra*).

A dire il vero, il tenore letterale del testo non suggerisce in maniera univoca che l'intenzione del legislatore fosse quella di surrogare il rimedio demolitorio con l'introduzione di un rimedio risarcitorio; ed anzi, l'accento al risarcimento *eventualmente* spettante potrebbe ben suggerire una diversa lettura della disposizione, che vi ravvisasse un mero richiamo ad altre norme già esistenti, una sorta di "promemoria"<sup>41</sup> lasciato dal legislatore all'operatore giuridico perché, una volta preclusa la possibilità di ottenere la caducazione della delibera, non trascuri di ricercare nell'ordinamento la presenza di un *eventuale* diritto al risarcimento del socio di minoranza pregiudicato dagli effetti, ormai cristallizzati, della delibera astrattamente invalida. Cionondimeno, significative testimonianze circa i lavori della commissione in seno alla quale la riforma fu elaborata attestano che la volontà del legislatore storico fosse proprio quella di *introdurre* un rimedio risarcitorio per "compensare" la privazione di quello demolitorio ablativo<sup>42</sup>.

Tale soluzione non incontrò unanime apprezzamento presso la dottrina, ove più di una voce si levò a segnalare i rischi insiti nell'idea di garantire un salvacondotto «*ad abusi o irregolarità di ogni genere*»<sup>43</sup>, soprattutto in considerazione delle difficoltà ricostruttive ed applicative cui sarebbe andato incontro chi avesse tentato di attivare il

---

<sup>41</sup> Con riferimento alla tutela risarcitoria di cui attualmente al quarto comma dell'art. 2377 c.c. l'ipotesi è accennata (e motivatamente scartata), fra gli altri, da VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, 666, nt. 105.

<sup>42</sup> V. soprattutto D'ALESSANDRO, *Tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 2003, 709 ss.; cfr. nello stesso senso DI SARLI, *op. cit.*, 961 s.: «*può osservarsi come detta disposizione abbia inteso prevedere una «compensazione» a fronte del limitato rilievo della tutela reale*».

<sup>43</sup> Così SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società: lo schema di legge di attuazione delle direttive Cee*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, 109. V. anche BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 1993, 584 ss. e DE ACUTIS, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, 729 ss.



rimedio risarcitorio “sostitutivo”, di cui si avrà modo di dare ampiamente conto nel prosieguo. Già allora, inoltre, vi fu chi ipotizzò l’illegittimità costituzionale della norma, per violazione dell’art. 24 Cost.<sup>44</sup>; ma la giurisprudenza si mostrò sorda a tali argomentazioni<sup>45</sup>; di più, di lì a qualche anno, una conferma dell’opportunità della tecnica utilizzata dal legislatore italiano nel dare attuazione alla III direttiva in materia di società giunse la direttiva 2005/56/CE sulle fusioni transfrontaliere, in base alla quale, testualmente, «non può essere pronunciata la nullità di una fusione transfrontaliera che ha acquisito efficacia»<sup>46</sup>.

I tempi erano ormai maturi perché i sostenitori della riduzione delle tutele reali dei piccoli azionisti rilanciassero l’idea di una generalizzata restrizione della legittimazione dei piccoli azionisti ad agire per far valere l’invalidità delle delibere assembleari di una generalizzata introduzione del rimedio risarcitorio “sostitutivo”.

Un primo tentativo in tal senso fu operato, al principiare del millennio, con il Progetto Mirone, riversato nel Disegno di legge n. 7123, presentato alla Camera dei Deputati il 20 giugno del 2000 e contenente la delega al Governo per la riforma del diritto societario<sup>47</sup>, il cui art. 7, alla lett. b), indica che la riforma avrebbe dovuto essere

---

<sup>44</sup> BUTTARO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>45</sup> Sull’insussistenza di una violazione dell’art. 24 Cost.: Trib. Genova 21 dicembre 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 1933; Trib. Roma 23 settembre 1998, in *Società*, 1999, 458; Trib. Milano 14 maggio 1992, in *Giur. Comm.*, 1993, II, 988. Sulla legittimità della disciplina anche *ex art. 41 Cost.*: Trib. Milano 13 maggio 1999, in *Società*, 2000, 75.

<sup>46</sup> SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tr. Colombo-Portale*, 7, 2004, 597 ss., ripreso da DI SARLI, *op. cit.*, 952, nt. 12.

<sup>47</sup> Il testo del d.d.l., presentato dal Ministro della Giustizia di concerto con i Ministri del Tesoro, dell’Industria e delle Politiche comunitarie, è consultabile presso il sito *internet* istituzionale della Camera

diretta a «disciplinare i vizi delle deliberazioni in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale, individuando le ipotesi di invalidità, i soggetti legittimati all'impugnativa ed i termini per la sua proposizione, anche prevedendo possibilità di modifica ed integrazione delle deliberazioni assunte, e l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità». La Relazione, rivelava chiaramente la natura di questi *strumenti di tutela diversi*, individuati – ispirandosi dichiaratamente al modello già sperimentato con l'introduzione dell'art. 2504 *quater* c.c. – nel risarcimento del danno, che nelle intenzioni avrebbe consentito, ancora una volta, di definire un migliore equilibrio fra gli interessi in gioco, consentendo di ripristinare in termini economici ogni lesione, impedendo che il pregiudizio di interessi «anche minimi» potesse comportare il travolgimento di grandi operazioni finanziarie o industriali <sup>48</sup>, laddove peraltro il sistema vigente, imperniato sulla possibilità di provocare la dichiarazione di nullità o l'annullamento della deliberazione era ritenuto non sempre idoneo a fornire adeguata tutela agli stessi interessi dei soci dissenzienti <sup>49</sup>.

Il Progetto Mirone non fu tramutato in legge per lo spirare della legislatura; ma, a distanza di poco più di un anno, un nuovo disegno di legge (Progetto Vietti, n. 1137,

---

dei deputati, fra gli atti della XIII legislatura  
([http://leg13.camera.it/\\_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/7123.pdf](http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/7123.pdf)).

<sup>48</sup> Così al par. 4.5 della Relazione al Disegno di legge governativo n. 7123, presentato alla Camera dei Deputati il 20 giugno del 2000: «*Il progetto, al fine di definire un migliore equilibrio tra siffatti interessi, [...] apre la strada per l'adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità della deliberazione: il che soprattutto potrebbe avvenire prevedendo la possibilità (ora discussa e discutibile nel sistema vigente, ma indubbiamente coerente con un'accentuazione del significato contrattuale della società) di rimedi di tipo risarcitorio (con l'ulteriore vantaggio sia di poter ripristinare in termini economici l'interesse leso sia di impedire che l'eventuale pregiudizio di interessi anche minimi possa, a seguito di una dichiarazione di invalidità, travolgere un'intera operazione e con essa legittimi interessi anche di rilevantissima portata)*».

<sup>49</sup> *Ibidem*.

presentato il 3 luglio 2001) fu approvato dal Governo e quindi dal Parlamento, risultandone la l. 3 ottobre 2001, n. 366, contenente la delega al Governo stesso per la riforma del diritto societario e che, all'art. 4, comma 7, lett. b), riproduceva esattamente l'indicazione contenuta nell'art. 7, lett. b) del Progetto Mirone, della quale si è dato conto. Come è noto, l'esecuzione della delega, operata con l'emanazione dei d.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6 (integrati, per quanto qui interessa, dal d.lgs. "correttivo" 6 febbraio 2004, n. 37), introdusse la disciplina vigente delle società di capitali, e delle invalidità assembleari, della quale conviene ora richiamare i tratti salienti.

## 2. Il quadro normativo vigente.

Il sistema delle invalidità delle delibere assembleari e delle tutele degli azionisti da esse pregiudicati introdotto con la riforma del diritto societario del 2003, all'esito del processo evolutivo di cui si è dato conto, si articola fra un gruppo di previsioni di carattere generale, che ridefiniscono le due categorie fondamentali della nullità e dell'annullabilità, e una serie di previsioni settoriali, che, raccogliendo e conservando, all'interno del nuovo sistema, gli esiti dei primi interventi di limitazione delle tutele reali, dettano regole di carattere derogatorio con riferimento all'invalidità di deliberazioni aventi ad oggetto alcune specifiche operazioni, con riferimento alle quali le note esigenze di stabilità degli atti e di tutela dell'affidamento assumono intensità o connotati peculiari. È opportuno richiamare per sommi capi il quadro dispositivo così delineato, invero non privo di una certa complessità, e certamente molto più articolato rispetto a quello vigente avanti la riforma.

Fra le previsioni di carattere generale, è regolata innanzitutto, all'art. 2377 c.c., l'annullabilità, categoria generale e residuale tuttora definita in termini di non conformità alla legge o allo statuto, ma con espressa inclusione dei casi (precedentemente ricondotti alla categoria dell'inesistenza<sup>50</sup>) di partecipazione all'assemblea di soggetti non legittimati (non determinante ai fini del raggiungimento del *quorum* costitutivo), di quelli di invalidità di singoli voti o loro errato conteggio (non determinanti ai fini del raggiungimento del *quorum* deliberativo), ed ancora di inesattezza o incompletezza del verbale tale da impedire l'accertamento del suo contenuto, dei suoi effetti e della sua validità.

---

<sup>50</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, 267 ss.; MIRONE, *op. cit.*, 412.

L'impugnazione delle delibere affette dal vizio così ampiamente definito viene ora riservata ai soci che (pur congiuntamente) possiedano tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alle decisioni *de quibus* da rappresentare almeno i 5% del capitale sociale nelle società aperte e l'1% in quelle a partecipazione chiusa (soglie entrambe liberamente riducibili od eliminabili dall'autonomia statutaria, che tuttavia difficilmente si determina in tal senso, dato l'evidente vantaggio cui così facendo maggioranza la maggioranza finirebbe per rinunciare). Il possesso della quantità di capitale richiesta, peraltro, non solo va dimostrato al momento dell'esercizio dell'impugnazione, ma anche mantenuto per tutta la durata del processo, pena l'inaccogliabilità della domanda di annullamento (art. 2378, comma secondo, c.c.).

Ai soci così esclusi dall'accesso alla tutela reale (ivi inclusi quelli privi di diritto di voto), il comma quarto dell'art. 2377 c.c. stabilisce che spetti il diritto al risarcimento del danno *«loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto»*. Con formulazione non del tutto identica, la tutela risarcitoria è inoltre assegnata agli azionisti che, avendo agito per l'annullamento della delibera, abbiano successivamente alienato per atto fra vivi parte della propria partecipazione nel corso del processo, scendendo al di sotto delle soglie richieste ai fini della legittimazione attiva: in tal caso – ferma l'applicazione dell'art. 111 c.p.c. – il giudice, pur non potendo pronunciare l'annullamento, *«provvede sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto»* (art. 2378, comma secondo, c.c.). Similmente, se la delibera impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge o dello statuto, l'annullamento non può aver luogo, ma il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole a carico della società, *«e sul risarcimento dell'eventuale danno»* (art. 2377, comma ottavo, c.c.).

Infine, è previsto che tanto le domande di impugnazione, quanto quelle di nullità debbano essere proposte entro novanta giorni dall'adozione della delibera, ovvero dalla sua iscrizione nel Registro delle imprese o dal suo deposito presso la Conservatoria, a

seconda delle forme pubblicitarie cui è sottoposta, per poi essere tutte riunite e decise con unica sentenza (art. 2378, comma quinto, c.c.).

Quanto alla nullità, l'art. 2379 c.c. – all'interno del cui ambito di applicazione la riforma ha ricondotto, oltre ai casi di illiceità o impossibilità dell'oggetto della delibera (già previsti, come sopra illustrato, dalla disciplina previgente), quelli di mancata convocazione e mancanza assoluta del verbale assembleare, che con i primi formano il *numerus clausus* delle delibere affette dal vizio – presenta, rispetto alla situazione antecedente alla riforma (e ancor più rispetto al paradigma classico di teoria generale), due punti di fondamentale novità: l'uno costituito dall'introduzione, anche qui, di un termine di decadenza triennale <sup>51</sup> per ottenere la pronuncia giudiziale di accertamento <sup>52</sup>; l'altro rappresentato dalla introduzione di un'ipotesi di sanatoria delle delibere nulle per mancanza del verbale (art. 2379 *bis*, comma secondo, c.c.). In compenso, mentre in materia di annullabilità l'attuale tendenza alla restrizione dell'accesso ai rimedi demolitori – e alla loro sostituzione con altri di marca risarcitoria – si è, come visto, ampiamente manifestata, con riferimento alla nullità proprio la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione, che tuttora è espressamente attribuita a

---

<sup>51</sup> Decorrente a partire dalla iscrizione della delibera nel Registro delle imprese, ovvero dal deposito della documentazione attestante la sua assunzione presso la conservatoria, o ancora dalla trascrizione del suo contenuto nel libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari.

Ne discende che, di talché la tradizionale imprescrittibilità dell'azione di nullità risulterebbe conservata – per ragioni di coerenza con le previsioni in materia di nullità delle società di capitali, di cui all'art. 2332 c.c. (MIRONE, *op. cit.*, 421) – solo rispetto alle delibere con cui l'oggetto sociale sia stato modificato prevedendo che esso consista nello svolgimento di un'attività illecita.

<sup>52</sup> Ma anche il fatto che di pronuncia di accertamento ancora si tratti è oramai controverso: v. ampiamente sul tema CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili della disciplina*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 311 ss., ed ivi ogni necessario rif.

chiunque vi abbia interesse, si segnala come l'unico aspetto con riferimento al quale tale forma di patologia degli atti abbia mantenuto sostanzialmente intatti i propri connotati tradizionali<sup>53</sup>.

Accanto a questo impianto generale del sistema delle invalidità delle delibere assembleari, si trovano però, come accennato, una serie di previsioni di carattere speciale; ed è qui che – mercé la circostanza che alcune di esse facciano parola semplicemente di *invalidità*, senza distinguere tra nullità ed annullabilità – le tutele reali degli azionisti sembrano conoscere un restringimento (e non sempre legato all'entità della partecipazione) anche a fronte di fattispecie definibili in tema di nullità.

Così, l'art. 2379 *ter* c.c. stabilisce che l'azione di nullità delle delibere<sup>54</sup> di aumento di capitale, di riduzione c.d. "reale" del capitale o di emissione di obbligazioni possa essere proposta solo fino a centottanta giorni dopo l'iscrizione delle delibere stesse nel registro delle imprese o, nel caso di mancata convocazione, fino a novanta giorni dall'approvazione del bilancio relativo all'esercizio nel corso del quale la deliberazione è stata eseguita, anche parzialmente (primo comma). Con riferimento alle sole società "aperte", sono poi fissati due ulteriori limiti alla caducazione delle delibere in discorso, dal momento che l'invalidità delle decisioni di aumento del capitale può essere pronunciata solo fino a che non sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione *ex art. 2444 c.c.* che esso è stato eseguito (anche parzialmente); e l'invalidità di quelle di riduzione c.d. "reale" del capitale e di emissione di obbligazioni solo finché ancora non siano state (anche parzialmente) eseguite (secondo comma).

---

<sup>53</sup> Con l'unica, modesta novità della espressa esclusione della legittimazione di chi abbia acconsentito allo svolgimento dell'assemblea a chiedere l'accertamento della nullità per mancata convocazione

<sup>54</sup> Nelle parole del legislatore *«impugnativa [...] nei casi previsti dall'art. 2379»*.

Si tratta, dunque, di previsioni che – riferite, quantomeno con riferimento alle società chiuse, alla sola nullità (mentre con riferimento alle società aperte si parla genericamente di *invalidità*<sup>55</sup>) – restringono sul piano temporale la possibilità di farla valere in giudizio per tutti i soci, senza riguardo all’entità delle partecipazioni da essi detenuti, e senza peraltro introdurre – quantomeno espressamente – alcun rimedio “sostitutivo” in favore degli azionisti che non siano riusciti ad ottenere tutela prima dell’insorgere della preclusione.

Tali caratteristiche avvicinano queste norme alla previsione, conservata dopo la riforma, per la quale tanto la nullità, quanto l’annullabilità delle delibere di approvazione del bilancio non possono essere fatte valere dopo l’approvazione del bilancio relativo all’esercizio successivo a quello cui si riferisce il bilancio la cui approvazione è viziata (art. 2434 *bis*, comma primo, c.c.). Sempre con riferimento alle delibere di approvazione del bilancio, peraltro, la tutela reale è ulteriormente ristretta, in un caso particolare (ma non infrequente), anche sul piano soggettivo, nel senso che, quando il bilancio approvato sia stato oggetto di un giudizio privo di rilievi da parte del soggetto incaricato della revisione contabile, la *legittimazione ad impugnare* spetta soltanto ai soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale (art. 2434 *bis*, comma primo, c.c.). Anche in questi casi nessuna tutela “sostitutiva” è espressamente prevista in favore degli azionisti che esse privano di quella demolitoria.

---

<sup>55</sup> LENER, *Art. 2379-ter*, in *Comm. Niccolini-Stagno d’Alcontres*, I, Napoli, 2004, 576, ed in particolare alla nt. 3, ritiene che anche le regole stabilite per le società aperte si debbano applicare ai soli casi di nullità, con esclusione dell’invalidità. Di opposto avviso, e dunque per l’applicabilità di tali regole sia in caso di nullità che di annullabilità: BLANDINI, *Art. 2379-ter*, in *Comm. Fauceglia-Schiano di Pepe*, II, Torino, 2007, 616; GUERRIERI, *Artt. 2379 - 2379-ter*, in *Comm. Maffei Alberti*, Padova, 2015, 616; SANZO, *Art. 2379-ter*, in *Comm. Cottino*, I, Bologna 2004, 662 s.



Chiudono il quadro le disposizioni relative alla nullità delle operazioni straordinarie, che riprendono la disciplina speciale originariamente dettata per la fusione e la estendono (con tecnica legislativa diseguale eppure, a quanto pare, con identico contenuto) sia alla trasformazione che alla scissione. L'art. 2504 *quater* c.c. stabilisce dunque tuttora che, una volta eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione presso il Registro delle imprese dei luoghi ove hanno sede le società coinvolte nella fusione stessa, l'invalidità dell'atto di fusione non possa più essere pronunciata, ma (comma secondo) resti salvo il diritto al risarcimento del danno *eventualmente* spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione. La disposizione è replicata, con identica formulazione, a proposito della trasformazione. Quanto alla scissione, l'art. 2506 *ter* c.c., nell'elencare le norme dettate a proposito della fusione che debbono trovare applicazione anche in materia di scissione, indica, al comma quinto, anche l'art. 2504 *quater* c.c.

Se si vuole dunque tracciare una panoramica generale delle limitazioni dell'accesso alla tutela reale, da parte degli azionisti, a fronte di deliberazioni astrattamente invalide (e della sua sostituzione con rimedi di marca risarcitoria), si possono individuare due tipi di meccanismi contrapposti. L'uno consiste nella limitazione della legittimazione attiva per l'esperimento delle azioni invalidative (i) sul piano *soggettivo*, riservandola agli azionisti che posseggano partecipazioni al capitale di entità superiore a soglie individuate, rispettivamente, nel 5% per l'annullamento delle deliberazioni in generale nelle società "chiuse", nonché per l'*impugnazione*, in senso ampio, delle delibere di approvazione del bilancio con giudizio privo di rilievi, e nell'1% per l'annullamento delle delibere in generale delle società "aperte"). L'altro consiste nella sua limitazione sul piano *temporale*: vuoi (i) in dipendenza del trascorrere di un determinato arco di tempo a partire dal momento in cui l'atto viziato è stato posto in essere o è divenuto conoscibile da parte dei terzi (novanta giorni per l'esercizio dell'azione di annullamento delle delibere in generale; tre anni per l'azione di nullità,

sempre in generale; centottanta giorni per l'impugnazione delle delibere di aumento del capitale, di riduzione reale del capitale e di emissione di obbligazioni nelle società "chiuse"); vuoi (ii) direttamente a far data dal compimento delle relative formalità pubblicitarie (esecuzione delle formalità pubblicitarie relative alle operazioni straordinarie); vuoi (iii) a partire dal compimento di atti ulteriori o delle relative formalità pubblicitarie (iscrizione dell'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito per la pronuncia di invalidità della delibera che lo dispone, nelle società "aperte"; esecuzione, anche parziale, delle delibere di riduzione "reale" del capitale o di emissione di obbligazioni, sempre nelle società "aperte"; approvazione del bilancio d'esercizio successivo a quello approvato con deliberazione astrattamente invalida); vuoi, infine, (iv) una volta trascorso un certo lasso di tempo dopo il compimento di atti ulteriori (novanta giorni dall'approvazione del bilancio relativo all'esercizio nel corso del quale sia stata eseguita la deliberazione di aumento o riduzione "reale" del capitale, o di emissione di obbligazioni, in caso di mancata convocazione). Ancora – ed è distinzione, all'atto pratico, di massima importanza – in alcuni casi la previsione di termini preclusivi è volta ad indicare il momento ultimo oltre il quale i soggetti interessati debbono agire per poter vedere accolte le loro domande; in altri (con previsione evidentemente più severa), la preclusione è riferita al potere del giudice di accogliere le loro domande. Nella prima categoria rientrano i termini decadenziali previsti in generale per l'esercizio delle azioni di nullità e di annullamento, quelli per l'esercizio dell'azione di nullità delle delibere di approvazione di aumento o riduzione "reale" del capitale nelle società "chiuse" e quello per l'impugnazione delle delibere di approvazione del bilancio; nella seconda gli altri (invalidità delle delibere di approvazione di aumento o riduzione "reale" del capitale nelle società "aperte"; invalidità delle operazioni straordinarie).

È da notare che le restrizioni di carattere soggettivo convivono *sempre* con altre di carattere temporale, mentre non è vero il contrario.

Al contempo, alle limitazioni dell'accesso ai rimedi demolitori può o meno accompagnarsi l'espressa previsione di altri rimedi di tipo risarcitorio. Si danno quindi (a) casi in cui alla restrizione sul piano *soggettivo* si accompagna espressamente il rimedio risarcitorio (annullamento delle deliberazioni in generale), (b) casi in cui è espressamente indicata la restrizione *soggettiva*, ma senza espressa previsione di alternative di tipo risarcitorio (invalidità della delibera di approvazione del bilancio privo di rilievi), (c) casi in cui ad una restrizione sul piano meramente *temporale* si accompagna l'espressa previsione di rimedi risarcitori, sia pur indicati come *eventuali* (invalidità delle delibere relative alle operazioni straordinarie) ed infine (d) casi in cui restrizioni sul piano meramente *temporale* non sono accompagnate dalla previsione espressa di alcun rimedio di indole risarcitoria (nullità delle deliberazioni di aumento o riduzione del capitale e di emissione di obbligazioni nelle società "chiuse"; invalidità delle deliberazioni di aumento o riduzione del capitale e di emissione di obbligazioni nelle società "aperte"; invalidità delle delibere di approvazione del bilancio, in generale).

### 3. Il panorama comparatistico.

La restrizione dell'ambito applicativo delle tutele reali non è un fenomeno che caratterizzi esclusivamente il diritto societario, né l'ordinamento italiano. Si trova anzi affermato che si tratti di una tendenza che coinvolgerebbe, in generale, i sistemi giuridici dei Paesi capitalistici più avanzati<sup>56</sup>.

Non sorprende, quindi, che la dottrina statunitense, ormai da parecchi decenni, abbia avuto modo di sviluppare un'originale teoria circa i rapporti fra le diverse tecniche di tutela fronte della lesione di interessi individuali protetti dall'ordinamento<sup>57</sup>, spesso richiamata dagli autori italiani che si sono occupati della sostituzione, operata dal legislatore, della tutela reale degli azionisti ultraminoritari con un diritto al risarcimento del danno<sup>58</sup>.

Tale ricostruzione – elaborata con l'intenzione di ricostruire *Property* e *Torts* sotto una prospettiva unitaria<sup>59</sup> in relazione soprattutto alla *law of nuisance*<sup>60</sup> –

---

<sup>56</sup> SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 143; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, *ivi*, 250 s.

<sup>57</sup> Ci si riferisce al filone dottrinale sorto a partire dall'ormai celebre saggio di CALABRESI-MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 85 (1972), 1089 ss.; fra i molti interventi che vi hanno fatto seguito, riprendendone i contenuti, v. BEBCHUCK, *Property Rights and Liability Rules: the ex ante View of the Cathedral*, in *Michigan Law Rev.*, 100 (2001), 601; GOSHEN, *Voting (Insincerely) in Corporate Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2001, 2, 815 ss.; KAPLOW-SHAVELL, *Property Rules versus Liability Rules: an Economic Analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 109 (1996), 713.

<sup>58</sup> V. per tutti, ENRIQUEZ-ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 5 ss., ove se ne ritrova la trattazione più compiuta.

<sup>59</sup> CALABRESI-MELAMED, *op. cit.*, 815.

opera una fondamentale tripartizione fra le tecniche di protezione degli interessi selezionati dall'ordinamento come meritevoli di prevalere in caso di conflitto (*entitlements*), suddividendoli fra le macrocategorie delle *property rules*, delle *liability rules* e delle *rules of inalienability*. Le prime sarebbero riscontrabili ogniqualvolta il diritto stabilisca che chiunque voglia violare l'interesse protetto in via principale non possa farlo che *acquistandone* preventivamente la titolarità dal soggetto tutelato, ad un prezzo liberamente concordato fra le parti <sup>61</sup>; le seconde andrebbero riconosciute in tutti i casi in cui invece l'interesse tutelato dall'ordinamento possa essere violato (*rectius*, espropriato: «*confiscated*»), salvo l'obbligo del soggetto offensore di pagare all'offeso un prezzo determinato secondo criteri obbiettivi, indipendentemente dal valore soggettivamente attribuitovi da quest'ultimo <sup>62</sup>; le terze, infine, concernerebbero le situazioni in cui ad un soggetto sia vietato in ogni caso rinunciare, in favore di un altro, ad un interesse tutelato dall'ordinamento <sup>63</sup>.

Il presupposto di fondo della teoria è una generale fungibilità (sul piano strettamente giuridico almeno) dei tre tipi di rimedi, tale per cui, indipendentemente dalla natura intrinseca dell'*entitlement* difeso dall'ordinamento in via primaria, il legislatore (ma anche direttamente il giudice, con riferimento alla

---

<sup>60</sup> Si tratta di una branca del *Common Law* in senso stretto, tuttora retta in buona misura da principi consuetudinari e giurisprudenziali e grossomodo corrispondente alla nostra disciplina delle emissioni intollerabili, concernendo le attività del proprietario di un fondo che rechino disturbo ai vicini.

<sup>61</sup> *Ivi*, 1091 e *passim*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

*law of nuisance*) potrebbe scegliere il più adatto a seconda dei casi, in ragione di considerazioni di efficienza economica <sup>64</sup> e finanche di giustizia redistributiva <sup>65</sup>.

Proprio a partire da una simile prospettiva sembra essersi orientata – come si è visto – l’azione del legislatore italiano; ed è stato dunque naturale, per una parte della dottrina, vedere nella posizione dell’azionista ultraminoritario una forma di *entitlement* (diritto alla legalità dell’azione sociale, principio di intangibilità *nolente domino* delle sfere giuridiche soggettive...), nella tutela reale contro le deliberazioni astrattamente invalide una *property rule* e in quella risarcitoria (in quanto essa impone il risarcimento del danno provocato dalla lesione dell’entitlement) una *liability rule* <sup>66</sup>.

In realtà, tuttavia, l’impiego della riflessione in tema di *property rules* e *liability rules* per leggere la vigente disciplina delle tutele degli azionisti a fronte delle (astratte) invalidità assembleari risulta piuttosto problematico. Ciò è piuttosto naturale, se si considera che essa nasce in un sistema fortemente orientato sul piano processuale o, al più, rimediale della costruzione giuridica, e deve essere trasportata in uno orientato invece ove tuttora è forte l’attenzione al piano sostanziale delle posizioni giuridiche soggettive. Ma a ciò va aggiunto che, da un lato, le regole di validità degli atti non sembrano del tutto ascrivibili alla categoria delle *property rules*, nel senso che la tutela risiedente nel disconoscere gli effetti di un atto illegittimo (o la loro stabilità) non coincide con quella, ordinariamente procedente per ingiunzioni o condanne alla restituzione, che presidia le situazioni più nettamente proprietarie. Dall’altro, l’idea stessa della fungibilità perfetta sembra, nel settore di

---

<sup>64</sup> *Ivi*, 1093 ss.

<sup>65</sup> *Ivi*, 1098 ss.

<sup>66</sup> ENRIQUEZ-ZORZI, *op. cit.*, 5 ss.

nostro interesse, abbastanza forzata, nel senso che le regole di validità degli atti presidiano, fra l'altro, l'effettività della partecipazione dell'azionista ai processi decisionali della società, la cui lesione non si traduce necessariamente e sempre in una lesione di carattere patrimoniale: la scelta *diversa* da quella voluta dall'azionista ultraminoritario non necessariamente è per lui *pregiudizievole*; e tuttavia l'ordinamento esige, in linea di principio che possa essere adottata, vincolando anche quegli, solo nel rispetto delle norme che ne regolano la genesi, con previsione che rischia di divenire pletorica se poi l'azionista stesso non può invocare l'invalidità in giudizio)<sup>67</sup>.

In effetti, anche in ambito anglosassone, la teoria in discorso non sembra particolarmente utilizzata per leggere il fenomeno delle invalidità assembleari. Ciò trova peraltro una giustificazione diretta nella circostanza che gli ordinamenti di *Common law* siano fortemente permeati, per quanto attiene alla formazione della volontà della società, dal *General Principle of Majority Rule*, che assicura la prevalenza del volere della maggioranza, fino a porre al riparo le deliberazioni ormai assunte dal pericolo di essere rimesse in discussione in ragione della loro insufficiente conformità alla legge o all'atto costitutivo<sup>68</sup>, salvo, ma solo in casi del tutto eccezionali, il ricorso a rimedi in *equity* (*Equitable Exceptions to the General Principle of Majority Rule*)<sup>69</sup>. In tali termini è ricondotto nei sistemi giuridici in parola il

---

<sup>67</sup> V. sul punto anche la riflessione di D'ALESSANDRO, *Tutela delle minoranze*, 711 s.

<sup>68</sup> GENOVESE, *op. cit.*, 250 s., che richiama, fra altri, anche GOULDING, *Principles of Company Law*, Londra - Sidney, 1996, 279 ss., nonché STEDMAN-JONES, *Shareholders' Agreements*, Londra, 1998, 112.

<sup>69</sup> *Ibidem*, nt. 80.

problema delle invalidità assembleari <sup>70</sup>, con sensibile compressione, nella maggioranza dei casi, delle tutele degli azionisti <sup>71</sup>.

Se la regola della sostituzione della tutela reale con quella obbligatoria non trova quindi riscontro in ambito anglosassone per il fatto che la tradizione degli ordinamenti che vi afferiscono è da sempre più orientata a garantire l'efficacia e la stabilità dell'azione di *governance* <sup>72</sup> – il quale quindi, nella logica propria di tali sistemi giuridici, nell'entrare in società, pare dover assumere il rischio derivante dalla circostanza di non poter impugnare le deliberazioni della maggioranza, pur quando astrattamente illegittime –, va precisato che, per ragioni di ordine del tutto opposto, al tempo della sua introduzione essa pareva rappresentare un *unicum* anche negli ordinamenti di *civil law* dell'Europa Occidentale <sup>73</sup>, presso i quali (con minime e parziali eccezioni in area tedesca, di cui si darà conto fra breve) il “palladio degli azionisti” <sup>74</sup> della legittimazione dei singoli azionisti ad agire per la rimozione (*lato sensu* intesa) delle deliberazioni invalide non pareva in alcun modo rinunciabile.

---

<sup>70</sup> Così, con riferimento all'ordinamento britannico, già HOLLINGTON, *Minority shareholders' rights*, Londra, 1999, 8.

<sup>71</sup> DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Londra, 2003, 483 e poi 510.

<sup>72</sup> Si considerino sul punto le riflessioni, rimaste fondamentali, di D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai battelli del Reno alle navi vichinghe*, in *Foro it.*, 1988, V, 48 ss.; ma v. d'altra parte anche la riflessione “in controtendenza”, favorevole ad un progressivo ampliamento del ruolo del singolo azionista, di MCCONVILL, *Piercing the «Decision-Making Sphere»: Happiness as the key to Real Shareholder Participation*, in *European Business Law Review*, 2005, 831 ss.

<sup>73</sup> PORTALE, *op. cit.*, 613 s.

<sup>74</sup> L'espressione è tratta da DONATI, *op. cit.*, 7, nt. 1.



Così, procedendo ad una rapida panoramica, si può anzitutto riscontrare la posizione dell'ordinamento francese, all'interno del quale gli artt. da L235-1 a L235-14 del *Code de commerce* dettano una disciplina dell'invalidità delle società e degli atti dei suoi organi per lo più uniformemente applicabile a tutti i tipi societari e che espressamente rimanda a quella della nullità contrattuale ove non espressamente derogata (art. L235-1). Si tratta dunque di un'invalidità che ogni interessato può far valere in giudizio, senza che alcun valore, per quanto concerne i soci, sia attribuito all'entità della partecipazione detenuta. Non manca, peraltro, rispetto alle regole sull'invalidità contrattuale, qualche temperamento, evidentemente suggerito dalla pur viva necessità di favorire stabilità e certezza delle situazioni giuridiche soggettive. Così, innanzitutto, l'art. L235-4, a mente del quale il tribunale di commercio, adito per azioni di nullità, può fissare un termine per consentire di *couvrir les nullités*, con ciò introducendosi, in sostanza, un meccanismo di sanatoria <sup>75</sup>. La tutela, inoltre, è in generale limitata sul piano temporale, poiché l'azione è sottoposta ad un termine di prescrizione triennale (art. L235-9, *al.* 1), modulato in termini più restrittivi con riferimento alle ipotesi della nullità delle deliberazioni di fusione o scissione – per la caducazione delle quali il termine è semestrale e calcolato a partire data della loro iscrizione nel *Registre de commerce* (art. L235-9, *al.* 2) –, nonché di aumento di capitale – per la pronuncia della cui nullità il termine è invece trimestrale e decorre a far conto dalla prima assemblea successiva all'adozione della delibera (art. L235-9, *al.* 3) <sup>76</sup>. Potrebbe poi apparire in qualche

---

<sup>75</sup> Il quale può richiedere, anche quando la nullità colpisca delibere assembleari (ma non solo: va ricordato che la disciplina in discorso è applicabile anche alla nullità dell'atto costitutivo della società), il voto dell'assemblea, per cui v. il comma secondo dell'articolo in parola.

<sup>76</sup> Le delibere “speciali” rispetto al regime della nullità sono dunque le stesse che nell'ordinamento italiano, con l'eccezione di quelle di trasformazione, in seguito alla caducazione

misura vicino alla regola fissata dall'art. 2377, comma quarto, c.c. il secondo *alinéa* dell'art. L235-13 *cod. comm.*, in base al quale la rimozione (tramite sanatoria) delle cause di nullità non osta «à l'exercice de l'action en dommages intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont [...] la délibération était entaché», che si prescrive in tre anni dal giorno in cui il vizio è stato rimosso («la nullité a été couverte», secondo il linguaggio del legislatore transalpino). Anche qui, dunque, la norma riconosce un rimedio di indole risarcitoria ai soci che non possano (più) ottenere la rimozione della delibera impugnata; va tuttavia evidenziata la differente ampiezza dell'ambito di applicabilità dei due rimedi, dacché quello previsto dall'ordinamento francese, a differenza di quello cisalpino, rimane espressamente confinato al caso della sanatoria delle delibere assembleari invalide, oltre ad essere più esplicitamente inquadrato in termini di azione di danni, da esercitarsi contro chi (amministratore o socio) abbia eventualmente dato causa alla nullità (caratteristiche che, come si avrà modo di illustrare, sono invece, quantomeno, estremamente dubbie con riferimento alla responsabilità prevista dall'omologa norma italiana) <sup>77</sup>.

Piuttosto scarna è la disciplina delle invalidità assembleari contenuta nel *Code des sociétés* belga, il quale comunque, all'art. 178, stabilisce che la relativa pronuncia

---

delle quali il legislatore francese non ha evidentemente ritenuto si ponessero i medesimi e gravi problemi che possono facilmente riscontrarsi in caso di invalidità delle altre.

<sup>77</sup> Completamente al di fuori del tema di nostro interesse va invece collocata la responsabilità di cui al primo comma del medesimo art. L235-13, il quale prevede una *action en responsabilité fondée sur l'annulation de la des délibérations*, esercitabile contro chi abbia dato causa all'invalidità per tre anni dopo il passaggio in giudicato della sentenza che l'abbia pronunciata; qui, come è chiaro, il rimedio, lungi dal *sostituire* la tutela reale, la *presuppone*; ed ha ad oggetto, a quanto consta, non il risarcimento dei danni derivanti al socio dalla irremovibile permanenza di una delibera astrattamente invalida, sibbene di quelli derivanti dalla sua rimozione.

giudiziale debba essere concessa *à la requête de tout intéressé* (comma 1), salva solo l'irricevibilità delle domande proposte dai soci che abbiano validamente votato a favore delle delibere viziate (a meno che la nullità non derivi dalla violazione di norme di ordine pubblico: comma 2). Qui, come in Francia, le limitazioni dell'accesso alla tutela reale operano piuttosto sul piano temporale, essendo l'esercizio della relativa azione sottoposto ad un termine di decadenza semestrale decorrente a partire dal momento in cui la delibera è opponibile all'attore, o da lui conosciuta (art. 198, § 2). Solo la nullità della fusione transfrontaliera è immediatamente preclusa a partire dal tempo in cui essa abbia avuto effetto (art. 772/5).

Nessuna disposizione simile a quella del nostro art. 2377, comma quarto, c.c. appare nell'ordinamento portoghese, il quale anzi sembra mirare ad assicurare l'impugnazione di ogni delibera viziata, prevedendo, all'art. 57 del *código das sociedades comerciais*, un meccanismo per il quale, in sede assembleare, l'organo di controllo deve comunicare ai soci l'invalidità di qualsiasi deliberazione anteriore, affinché questi la rinnovino, sanando il vizio, oppure la impugnano; e, ove ciò non avvenga entro due mesi, è legittimato e tenuto a provvedervi direttamente <sup>78</sup>.

Merita poi un cenno anche il *Kap. 7, § 52*, dell'*Aktiebolagslag* svedese, il quale, concedendo agli amministratori e a ciascun socio la legittimazione ad impugnare le delibere viziate, consente per tal mezzo di ottenere non soltanto la loro mera rimozione, ma anche la loro sostituzione, ove l'attore possa provare quale sarebbe stata la volontà dell'assemblea nel caso in cui la deliberazione fosse stata legittimamente adottata <sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> V. in punto le osservazioni di PORTALE, *op. cit.*, 616.

<sup>79</sup> Anche in merito a ciò cfr. *ivi*, 616 s.

Un ordinamento con riferimento al quale, in merito alle questioni che ci impegnano, si è assistito ad un dibattito molto simile (per tempi e contenuti) a quello che ha caratterizzato il panorama italiano è invece quello tedesco.

Anche qui l'esigenza di porre un freno alle iniziative giudiziali individuali a contenuto demolitorio degli azionisti fu sentita abbastanza presto, tanto è vero che già in sede di lavori per l'elaborazione dell'*Aktiennovelle* del 1884 si propose (pur senza successo) l'introduzione di un *quorum* basato sulla misura del capitale rappresentato per l'esercizio di tali azioni<sup>80</sup>. La proposta fu ripresa – in un contesto storico-culturale sotto non indifferenti profili particolarmente consonante ad iniziative rivolte ad introdurre forme di gerarchizzazione nella vita della società (non solo commerciale) – in occasione dei lavori preparatori dell'*Aktiengesetz* del 1937, quando si giunse ad ipotizzare addirittura la rimozione della legittimazione ad agire degli azionisti, *tout court*<sup>81</sup>, ancora una volta, però, senza successo. Il dibattito tuttavia non si spense, anche perché proprio in Germania la pratica registrò, negli anni Ottanta del Novecento, una grave recrudescenza del fenomeno delle impugnazioni ricattatorie<sup>82</sup>; cionondimeno, anche al tempo dell'elaborazione del *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts* del 2005, prevalse l'idea che la legittimazione individuale ad agire per la caducazione delle delibere assembleari costituisse un elemento essenziale ed irrinunciabile della posizione degli azionisti, atto a distinguerla da quella degli obbligazionisti e carico anche di una funzione di presidio di interessi preterindividuali, non surrogabile

---

<sup>80</sup> Cfr. ancora le osservazioni *ivi*, 617 (e v. *infra* in queste note per ulteriori riferimenti in lingua tedesca ed inglese all'intera vicenda).

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

dalla tutela risarcitoria (§ 245 *AktG*)<sup>83</sup>. Ciò non significa, però, che in quell'occasione il legislatore teutonico abbia rinunciato del tutto a rimodellare la disciplina delle invalidità assembleari, tenendo conto dei problemi segnalati dalla pratica e dagli autori; cui anzi (a parte la presenza di un termine decadenziale mensile per l'esercizio dell'azione di impugnazione: § 246, *Abs. 1*, *AktG*), con l'introduzione del *Freigabeverfahren* di cui al nuovo § 246a *AktG* ha scelto di dare una risposta che – pur confinata al solo ambito delle impugnazioni di delibere di aumento o riduzione del capitale sociale<sup>84</sup> – si segnala per particolare equilibrio, stabilendo che, in caso di impugnazione, il tribunale possa, su domanda della società, ordinare comunque l'iscrizione della delibera nel registro di commercio sulla base di una valutazione sommaria degli ordinari requisiti di *fumus boni juris* e *periculum in mora*<sup>85</sup>; divenendo, in seguito a tale provvedimento, impossibile la

---

<sup>83</sup> *Ivi*, 617 s. Sugli interessi preterindividuali presidiati dalla tutela reale – *ivi* inclusa (e ciò è piuttosto eccentrico rispetto alle regole del diritto privato generale) l'azione di annullamento – v. PINTO, *op. cit.*, 853 s., ed in particolare nt. 16; sull'intera vicenda del dibattito in merito alla restrizione della tutela reale nell'ordinamento tedesco fra otto e novecento cfr. poi l'opera di BAUMS, *Empfehlte sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?*, *Gutachten F. für den 63. Deutschen Juristentag* Monaco, 2000; infine, sulle scelte operate successivamente operate con la UMAG del 2005, v. MÄNTYSAARI, *Comparative Corporate Governance Shareholders as a Rule-maker*, Berlino-Heidelberg, 2005, 381 ss.

<sup>84</sup> Nonché agli *Unternehmensvertrag* (contratti d'impresa) di cui ai §§ da 291 a 307 *AktG*.

<sup>85</sup> In particolare, i presupposti indicati per l'adozione dell'ordinanza in discorso, secondo il § 246a, *Abs. 2*, *AktG* risultano essere (parrebbe alternativamente): 1. l'inammissibilità o la manifesta infondatezza dell'azione; 2. la mancata dimostrazione da parte dell'attore, entro una settimana a partire dalla notificazione del ricorso, della titolarità di una quota di partecipazione pari ad almeno Euro 1.000; 3. la pozialità dei pregiudizi sostanziali a carico della società e dei suoi azionisti in caso

rimozione della delibera eventualmente viziata e rimanendo unicamente obbligata la società a risarcire i danni provocati dal provvedimento medesimo <sup>86</sup>.

Un caso a parte, sempre in area germanofona, è rappresentato invece dall'ordinamento austriaco, nel quale in effetti si ritrova, in materia di impugnazione delle delibere di bilancio, una norma analoga a quella di cui all'art. 2434 *bis*, secondo comma, c.c., della quale già si è dato conto. Il § 196, *Abs. 2, AktG* stabilisce dunque – con l'evidente intenzione di favorire per quanto possibile la stabilità degli atti in parola – che solo gli azionisti titolari di partecipazioni che rappresentino (anche congiuntamente) almeno un ventesimo del capitale sociale siano legittimati ad impugnare le delibere di approvazione del bilancio contenenti ammortamenti, poste rettifiche, riserve e fondi rischi in misura superiore a quella fissata dalla legge o dallo statuto <sup>87</sup> – senza peraltro surrogare, almeno espressamente, la tutela ablativa con altre di diversa indole. Si tratta dunque di una restrizione che, nel settore cui è riferita, è piuttosto incisiva, anche perché non limitata – a differenza dell'omologa norma italiana – ai casi in cui il bilancio approvato abbia ricevuto una valutazione priva di rilievi da parte del soggetto incaricato della revisione contabile; e che tuttavia, nel complesso del diritto societario, ha una portata abbastanza limitata, e configurabile in termini di eccezionalità.

---

di sospensione dell'efficacia della delibera rispetto a quelli a carico del resistente in caso di sua immediata efficacia, salvo che la violazione di legge non sia particolarmente grave.

<sup>86</sup> In tale contesto il § 246a, *Abs. 4 AktG*, prudentemente precisa che l'eliminazione degli effetti della delibera invalida (ma ormai definitivamente efficace) non possa essere pretesa neppure a titolo di risarcimento del danno in forma specifica – così scongiurando del tutto il rischio che ciò che è stato cacciato dalla porta possa esser fatto rientrare dalla finestra.

<sup>87</sup> PORTALE, *op. cit.*, 616.

Da ultimo, è opportuno dare conto della situazione all'interno dell'ordinamento spagnolo. Qui, fino al 2010, la sostituzione della tutela reale dei singoli azionisti con meccanismi di tipo risarcitorio era altrettanto sconosciuta che nei sistemi, poco più sopra esplorati, di lingua francese.

Tuttavia, con l'entrata in vigore del R.D.L. 2 luglio 2010, n. 1, introduttivo del *texto refundido* della *Ley de sociedades de capital*, la situazione è stata completamente rovesciata, prendendo a modello proprio la nuova normativa italiana. E così, l'art. 206 della *Ley de sociedades de capital* stabilisce oggi che l'impugnazione delle delibere assembleari (*acuerdos sociales*) – da esercitarsi entro il termine di un anno (art. 205) – spetti, oltre che agli amministratori ed ai terzi che vantino «*un interés legítimo*», a «*los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital*» (comma 1), ovvero la minor percentuale indicata dallo statuto; salvo rimanendo in ogni caso, per i soci che non possiedano una partecipazione dell'entità così richiesta, il *derecho al resarcimiento del daño* cagionato dalla delibera astrattamente impugnabile (comma 2)<sup>88</sup>. L'impronta "italiana" della riforma è evidente, differenziandosi la disciplina

---

<sup>88</sup> Un dato di somiglianza della nuova disciplina spagnola con le omologhe norme italiane si ritrova anche nell'articolazione fra alcune regole generali ed altre dedicate all'impugnazione di delibere concernenti materie particolari. Restano così sottoposte ad una diversa disciplina – maggiormente accostabile al paradigma della nullità – le delibere «*que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público*», l'azione per l'impugnazione delle quali è imprescrittibile (art. 205, comma 1) e spetta a qualsiasi socio, anche ultraminoritario e benché entrato in società successivamente all'adozione della delibera stessa, amministratore o terzo (art. 206, comma 1): e cioè, in sostanza, a chiunque vi abbia interesse. Altre disposizioni di dettaglio, inoltre, si ritrovano nella *Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*: specificamente, l'art. 20 di tale legge stabilisce che il termine di decadenza per l'impugnazione della trasformazione decorra in tre mesi a partire dalla sua iscrizione nel *Registro Mercantil*, mentre l'art. 47 dispone che nessuna fusione possa –

spagnola da quella nazionale principalmente per l'unicità – e la differente determinazione – dell'entità della partecipazione necessaria ai fini dell'impugnazione, individuata, senza distinzioni fra società “aperte” o “chiuse”, nell'1%.

Emerge con chiarezza, dal quadro così complessivamente tratteggiato, come la scelta del codificatore italiano con riferimento al particolare contesto delle invalidità assembleari appaia fortemente eccentrica (e di una eccentricità appena temperata dal caso, finora unico, del legislatore spagnolo, che ha ritenuto di potervi trovare un modello degno d'imitazione) rispetto agli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, collocando il nostro diritto nazionale – per quanto concerne gli aspetti che qui interessano – fra i più vicini alla sensibilità degli ordinamenti di *Common law*.

---

se effettuata in conformità con le disposizioni della *Ley de modificaciones estructurales* – essere impugnata dopo la sua iscrizione nel Registro, salvo, *en su caso*, il diritto di soci e terzi «*al resarcimiento de los daños y perjuicios causados*» dalla fusione medesima (comma 1). L'evidentissima somiglianza di quest'ultima disposizione con il nostro art. 2504 *quater* c.c. è peraltro temperata dalla previsione (evidentemente riferita all'impugnazione delle fusioni *non* effettuate in conformità con le disposizioni della *Ley de modificaciones estructurales*), di un termine di decadenza trimestrale, decorrente a partire dalla data in cui l'atto sia opponibile a chi voglia esercitare l'azione (art. 47, comma 2, *Ley de modificaciones estructurales*). Il medesimo regime previsto per la fusione è applicabile anche alla scissione in forza dell'art. 73, comma 1, della legge in discorso.





## **II. LA NATURA DELLA TUTELA OBBLIGATORIA DEGLI AZIONISTI A FRONTE DELLE DELIBERAZIONI ASTRATTAMENTE INVALIDE.**

### **1. Il criterio orientativo di fondo.**

Si è fin qui illustrato come il legislatore abbia progressivamente introdotto nell'ordinamento ipotesi di tutela *lato sensu* risarcitoria onde compensare l'ablazione dei rimedi demolitori spettanti agli azionisti, prima con riferimento ad ipotesi di carattere speciale (delibere di fusione; delibere di approvazione del bilancio) e quindi anche in generale con riferimento all'annullamento delle delibere (quantomeno da parte dei soci titolari di quote complessive di partecipazione di minore entità); e ciò al fine di proteggere l'interesse delle società nel loro complesso alla stabilità degli atti di formazione della loro volontà e alla eliminazione delle impugnative ricattatorie, pur cercando al tempo stesso di salvaguardare, per equivalente, la protezione degli azionisti di ultraminoranza (o degli azionisti in generale nei casi in cui l'ablazione sia ricollegata allo scadere di un termine decadenziale).

Quale sia però la natura da attribuire alla tutela in senso lato risarcitoria così introdotta non è tuttavia immediatamente chiaro alla luce del dettato legislativo, che si limita in sostanza a menzionarne l'esistenza, evidentemente ricollegata alla privazione di cui si è detto. Il tema della qualificazione dogmatica è dunque estremamente incerto e dibattuto in dottrina, con la conseguenza di interpretazioni anche notevolmente divergenti circa i connotati del rimedio.

Per poter utilmente procedere all'analisi sul punto, è da ritenersi che sia innanzitutto fondamentale lumeggiare ancora alcuni tratti fondamentali – sul piano della funzione, nonché della struttura – dell'istituto di nostro interesse, cui già, parzialmente, si è fatto cenno. In particolare, va richiamata, ancora una volta, la *ratio* della sua graduale introduzione nell'ordinamento societario da parte del legislatore, che, come accennato, va individuata nella volontà di contenere le incertezze, l'impaccio ed eventualmente i pregiudizi economici che possono derivare alla società dalla possibilità che le delibere assembleari possano essere annullate (o anche, nel caso delle norme speciali, dichiarate nulle) in seguito alla loro introduzione; e, al contempo, nella volontà di proteggere comunque, per quanto possibile efficacemente, gli interessi dei soci contrari alla conservazione della delibera, in maniera tale che la stabilità e la sicurezza attribuite al decidere e all'agire della società non siano conseguite, se così si può dire, “a loro spese”.

Tale duplice intento (o, se si vuole, tale intento “condizionato”) è realizzato a mezzo di un meccanismo di sostituzione fra rimedi, per cui ai soci che si trovino nelle situazioni in presenza delle quali il rimedio demolitorio non è più garantito (titolarità di quote di complessiva partecipazione inferiori al 5% ovvero all'1 % del capitale sociale; avvenuto adempimento delle formalità pubblicitarie relative alle operazioni straordinarie, ecc.) è attribuito un rimedio risarcitorio onde l'interesse loro sia soddisfatto per equivalente, non dovendo essi subire pregiudizio (beninteso, nel caso le loro ragioni siano fondate) a causa della permanenza degli effetti degli atti di cui non possono ottenere la rimozione (o di cui non possono far accertare l'originaria inefficacia).

Così tratteggiati la *ratio* perseguita dal legislatore ed il meccanismo impiegato per realizzarla, si può e si deve procedere ad alcune fondamentali precisazioni. La prima concerne la titolarità dell'interesse primariamente perseguito tramite la limitazione della

legittimazione dei singoli azionisti ad agire per l'invalidità delle deliberazioni. A tal proposito, è molto importante evidenziare che tale contenimento è, almeno primariamente, introdotto nel complessivo interesse *della società*<sup>1</sup>, e non di questo o quel gruppo di soci, né dei terzi (per la tutela dei quali sarebbe stata sufficiente una robusta previsione di salvezza dei diritti da essi acquisiti in buona fede, ovvero di completa inopponibilità delle intervenute pronunce di invalidità; meccanismi, questi, tutt'altro che rari ed anzi espressamente e separatamente previsti da varie disposizioni nel quadro della disciplina delle invalidità di diritto societario). In particolare, la modifica non deve considerarsi perseguire (se non incidentalmente, o comunque indirettamente) l'interesse della maggioranza azionaria, come se mirasse ad introdurre elementi di gerarchizzazione fra i soci, che non sarebbero coerenti con l'assetto costituzionale vigente. La logica sottesa alla riforma non va individuata nella presupposizione che la maggioranza azionaria persegua sempre e necessariamente l'interesse sociale e la minoranza no (come pure è stato paventato, abbiamo visto, più volte, già a partire dal tempo del Progetto De Gregorio<sup>2</sup>); anzi, proprio la riforma offre un importante segnale del fatto che il legislatore sia perfettamente consapevole di come possa benissimo darsi il caso contrario, in particolare con riferimento agli enti inseriti all'interno di gruppi societari, con l'introduzione della disciplina sulla responsabilità da direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss. E se è vero che nella Riforma del diritto

---

<sup>1</sup> Si tratta di uno dei casi in cui l'interesse della persona giuridica non è riducibile alla sommatoria degli interessi dei soci che vi partecipano; fenomeno, questo, che sta alla base della possibilità di individuare nella società un vero e proprio centro di imputazione di diritti e situazioni giuridiche soggettive – e, dunque, un vero e proprio soggetto di diritto – distinto rispetto alle persone dei soci (e v. sul punto le attente riflessioni di FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milano, 1975, 130 ss., nonché, più sinteticamente, in BASILE-FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)* (voce), in *Enc. dir.*, XXXIII, 265-266).

<sup>2</sup> V. capitolo precedente.

societario del 2003-2004, così come nei successivi interventi legislativi, è dato riscontrare una generale tendenza alla concentrazione del potere gestorio<sup>3</sup>, è pur vero che da un lato, in genere, la concentrazione è attuata in favore non tanto dei soci di maggioranza, bensì degli organi amministrativi (i quali sono bensì, sovente, espressione della maggioranza assembleare, ma tenuti a perseguire esclusivamente l'interesse proprio della società, come emerge dalla stessa enfaticizzazione della loro autonomia, oltre che, fra l'altro, dalla nuova disciplina dell'azione sociale c.d. di minoranza, *ex art. 2393 bis c.c.*<sup>4</sup>); dall'altro, la divisata tendenza si accompagna ad un'altra, pure nettamente percepibile, a bilanciare le novità con un'ampia serie di nuove regole volte ad incoraggiare la partecipazione degli azionisti (ed in particolare quella dei piccoli azionisti) alla vita sociale, e finanche ad attribuire loro nuovi poteri amministrativi<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> E v. sul punto le riflessioni di COTTINO, *Dal "vecchio" al "nuovo" diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 5 ss.

<sup>4</sup> Si può dire, anzi, che aver enfatizzato l'autonomia del *management* ed escluso l'assemblea dalla gestione è scelta che va nella direzione non tanto di ridurre il potere della minoranza, quanto in quella di ridurre il potere della maggioranza assembleare, che dovrebbe avere miglior agio a dominare il voto dell'organo sovrano, che non a controllare le scelte di un *management* forte ed autonomo.

<sup>5</sup> In questo senso, possono essere richiamate le previsioni introdotte nel nostro ordinamento in attuazione della direttiva 2007/36/CE (nonché quelle, già ad essa conformi, contenute nel testo riformato del codice e del T.U.F.): in particolare quelle relative al rafforzamento della trasparenza nell'adozione delle delibere delle s.p.a. e quelle volte a facilitare la partecipazione dei soci all'attività assembleare. Fra le prime, meritano sicuramente di essere ricordate le nuove disposizioni in materia di trasmissione ai soci delle informazioni preassembleari per via informatica; fra le seconde, le novità in materia di voto ed intervento a distanza in assemblea – che hanno condotto ad una vera e propria e sostanziale ridefinizione del principio di collegialità nell'adozione delle decisioni – nonché di deleghe di voto (con introduzione, per le società quotate, della figura del rappresentante designato). Ancora, fra gli interventi rivolti ad incoraggiare la partecipazione attiva dei soci alla vita sociale, può essere menzionata, a titolo

L'idea, dunque, che la regola di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 2377 c.c., nonché le altre che sostituiscono la legittimazione dei singoli azionisti, nelle circostanze già descritte, ad agire per l'invalidità delle deliberazioni assembleari, con quella ad agire per il risarcimento del danno ad essi arrecato, sia volta ad introdurre un *General Principle of Majority Rule* di stampo anglosassone<sup>6</sup>, o magari ancor più estremo, denunciando una sorta di preferenza legislativa per gli interessi dei grandi azionisti sui piccoli, oltre a non essere giustificabile sul piano costituzionale, non è neppure prettamente coerente con l'effettivo contesto ordinamentale<sup>7</sup>.

La parziale ablazione della tutela reale avviene dunque, là dove avviene, nell'interesse primario della società nel suo complesso. Il punto è imprescindibile perché ne discende un corollario pure di importanza apicale nella ricostruzione dell'istituto in esame, consistente nella individuazione (quantomeno in via principale) nella società stessa del soggetto passivo dell'obbligazione risarcitoria introdotta in sostituzione della tutela reale ablata.

---

esemplificativo, l'attribuzione all'assemblea di nuove competenze in materia di remunerazione degli amministratori e di operazioni con parti correlate.

<sup>6</sup> Così invece CHIAPPETTA, *Art. 2377*, in PICCIAU (a cura di), *Assemblea*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2008, 283, nt. 61.

<sup>7</sup> Si può ancora aggiungere che tale visione finirebbe per contrastare con l'esigenza di conservare una sufficiente differenziazione fra il socio e l'obbligazionista, come la dottrina tedesca ha avuto modo di evidenziare – già ne abbiamo dato conto – in occasione del dibattito precedente l'introduzione dell'ultima legge di modernizzazione del diritto azionario (e v. per i riferimenti PORTALE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, 2007, 618). *Contra*, proprio nel senso di ritenere che il senso della riforma sia stato quello di ridurre la partecipazione del socio di minoranza a mera partecipazione finanziaria, STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 187.

Detta individuazione è, peraltro, opinione assolutamente maggioritaria fra gli autori che hanno trattato del tema che ci impegna<sup>8</sup> (soprattutto con riferimento al risarcimento dovuto ai soci di ultraminoranza in presenza di deliberazioni annullabili<sup>9</sup>), per lo più ricavata da alcuni elementi letterali degli artt. 2377 e 2378 c.c. (fra i quali la circostanza che le azioni risarcitorie debbano essere promosse e decise unitamente a

---

<sup>8</sup> ANGELICI, *La società per azioni - I. Principi e problemi*, Milano, 2012, 334; BUFFA DI PERRERO, *Art. 2500-bis*, in BIANCHI (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 102; ENRIQUES-ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 22; GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 295 e poi 337 ss.; GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 542, 545; ID., *Art. 2377*, in *Comm. breve Maffei Alberti*, Padova, 2015, 593; NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 892; PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*, in *Liber Amicorum Abbadessa*, 1, Torino, 2014, 857; ROSSANO, *Rapporto tra la tutela reale e la tutela obbligatoria degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 383 s.; SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 156; SACCHI-VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.* a cura di Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 678, nt. 120 (dubitativamente); STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 192; WEIGMANN, *I doveri di collaborazione degli azionisti*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di P.G. Jaeger*, Milano, 2010, 66.

<sup>9</sup> Minor concordia di opinioni si riscontra invece rispetto alla legittimazione passiva relativa all'azione di risarcimento esperibile dai soci dopo l'avvenuto esperimento delle formalità pubblicitarie relative alle operazioni straordinarie, e particolarmente della fusione (ma l'omogeneità, sul punto, delle norme dettate per trasformazione, fusione e scissione impone senz'altro agli interpreti di adottare un omogeneo criterio di identificazione del soggetto passivo dell'azione in tutti e tre i casi: ENRIQUES-ZORZI, *op. cit.*, 27). Sul punto, v. l'articolata soluzione offerta da DI SARLI, *Art. 2504 quater*, in BIANCHI (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 965 ss., nonché, più sinteticamente, in CAVANNA, *La fusione*, in *Tr. dir. comm. Cottino - V.2. Le operazioni societarie straordinarie*, Padova, 2011, 493. V. inoltre *infra*, sia nel testo che nelle note.

quelle demolitorie, rispetto alle quali la legittimazione passiva della società non è in dubbio), nonché dal parallelo con quanto previsto dal terzo comma dell'art. 2497 c.c.<sup>10</sup>; ma si giustifica e si razionalizza ancor più solidamente sul piano dell'analisi funzionale, nel senso, appunto, che, se la legittimazione ad agire per l'invalidità delle delibere assembleari è, in determinate circostanze, negata agli azionisti, per essere sostituita con la legittimazione ad agire per ottenere l'equivalente monetario del danno provocato dagli effetti di tali "irremovibili" deliberazioni, *nell'interesse della società*, è logico reputare che l'obbligo di versare agli azionisti la somma così determinata, tenendoli indenni rispetto agli effetti pregiudizievoli delle deliberazioni stesse, gravi sul soggetto nel cui interesse la tutela demolitoria è negata, e cioè sulla società stessa (quantomeno, lo si ripete, in via principale<sup>11</sup>).

Così giustificata, poi, la legittimazione passiva della società si rivela applicabile non solo in relazione al rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2377 c.c. in sostituzione della legittimazione degli azionisti titolari di partecipazioni complessivamente rappresentative di meno del 5% del capitale sociale (1‰ nelle società c.d. "aperte") ad esercitare l'azione di annullamento, ma anche a quelli analoghi previsti in relazione a quelle delibere per le quali la restrizione dell'accesso ai rimedi demolitori (ivi comprendendo tanto l'azione di annullamento, quanto quella di nullità) conosce una disciplina speciale in ragione del loro peculiare oggetto (operazioni straordinarie, ecc.),

---

<sup>10</sup> Così in particolare SACCHI, *Tutela reale*, cit., 156.

<sup>11</sup> Si riserva al prosieguo della trattazione il problema dell'eventuale corresponsabilità, in particolari circostanze, di altri soggetti accanto all'ente collettivo, e quello, in parte coincidente, della sua legittimazione ad agire in regresso nei confronti di terzi, una volta pagato agli azionisti quanto loro dovuto per il pregiudizio provocato dai permanenti effetti delle deliberazioni astrattamente invalide.



di cui già si è ampiamente dato conto nel corso del capitolo precedente <sup>12</sup>. Si tratta di un risultato particolarmente importante, in quanto consente di conferire, come è conveniente ed auspicabile, un carattere di fondo unitario ai rimedi obbligatori previsti da questa serie sparsa di disposizioni. Tale unitarietà di fondo non sarebbe altrimenti, peraltro, affatto scontata: sia perché rispetto ad esse non soccorre (a differenza che di quanto avviene rispetto a quella “generale” di cui all’art. 2377 c.c.), la previsione della necessaria unità di promozione e decisione delle domande relative al risarcimento dei danni ed alla impugnazione delle deliberazioni; sia perché alcune di esse, facendo salvo il risarcimento *eventualmente* spettante ai soci non legittimati ad agire per far valere l’invalidità, potrebbero sembrare alludere al fatto che il risarcimento non sia dovuto in ogni caso, direttamente sulla base di tali previsioni medesime, ma solo in quanto attribuibile in forza delle regole generali sulla responsabilità civile contrattuale o extracontrattuale <sup>13</sup>; sia, infine, con riferimento alla tutela obbligatoria prevista in relazione alle delibere disponenti l’effettuazione di operazioni straordinarie, perché il testo della direttiva comunitaria che ha condotto alla loro introduzione (che però non è, *in parte qua*, vincolante per gli Stati membri dell’Unione) parrebbe suggerire, piuttosto, una legittimazione passiva di soggetti diversi, come registrato da una parte degli autori che se ne sono occupati <sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> SACCHI, *Tutela reale*, cit., 145, nota come non debba riconoscersi una profonda differenza fra la disciplina di cui all’art. 2377 c.c. e le norme in tema di invalidità delle deliberazioni su operazioni straordinarie. Ma v. *contra* NIGRO, *op. cit.*, 884, ove si nega l’identità di *ratio* della previsione di risarcimento di cui all’art. 2377 c.c. con quelle relative alle operazioni straordinarie.

<sup>13</sup> D’ALESSANDRO, *op. cit.*, 712.

<sup>14</sup> PERRINO, *Art. 2504 quater*, in *Comm. Niccolini-Stagno d’Alcontres*, III, Napoli, 2004, 1984.

La qualità di obbligato della società rispetto al risarcimento del danno introdotto dalla legge in sostituzione della tutela reale è dunque un primo esito dell'analisi dell'intento perseguito dal legislatore, che, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, riveste un ruolo di primaria importanza ai fini della qualificazione dogmatica della tutela. L'altro elemento fondamentale che si ricava da una attenta considerazione della *ratio* perseguita dal legislatore, nonché degli elementi essenziali del meccanismo da lui prescelto per realizzarla, consiste – come già agevolmente si può intuire dal discorso fin qui svolto – nel carattere e nel ruolo prettamente *sostitutivo* che la previsione del risarcimento del danno viene ad avere nel sistema elaborato in occasione della riforma. Il punto, in varia misura ammesso da quasi tutti gli autori che hanno trattato del fenomeno <sup>15</sup>, è peraltro confermato, sul piano storico, dall'intero, lungo percorso evolutivo, di cui già ampiamente si è dato conto, che ha condotto all'adozione della disciplina vigente; nonché, in una certa misura, dal tenore letterale della stessa legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali, che, segnando i limiti di operatività dell'intervento legislativo del governo, prevedeva, all'art. 4, comma 7, lett. b), la possibilità di «disciplinare i vizi delle deliberazioni in modo da temperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale», individuando «i soggetti legittimati alla

---

<sup>15</sup>V., *ex aliis*: ANGELICI, *La società*, cit., 109; BUFFA DI PERRERO, *op. cit.*, 87 (ma con qualche ridimensionamento del concetto a p. 102); CESARONI, *Art. 2500 bis*, in *Comm. breve Maffei Alberti*, Padova, 2015, 1598; CHIAPPETTA, *op. cit.*, 284; D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 709; DI SARLI, *op. cit.*, 961; ENRIQUES-ZORZI, *op. cit.*, 3; GALGANO, *Il nuovo diritto societario* <sup>2</sup>, in *Tr. dir. comm. Galgano*, XXIX, 1, Padova, 2004, 226; RORDORF, *Art. 2377*, in *Comm. romano D'Alessandro*, II.1, Padova, 2010, 858 ss.; SANTOSUOSSO, *Art. 2500-bis*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, III, Napoli, 2004, 1914; VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati ad impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, 637. *Contra*: PINTO, *op. cit.*, 866 ss.

*impugnativa e i termini per la sua proposizione, anche prevedendo [...] l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità»* – e faceva con ciò intendere abbastanza chiaramente che i primi dovessero surrogare la seconda <sup>16</sup>.

Tale elemento costituisce, al pari della legittimazione passiva della società, uno snodo essenziale da cui muovere nella ricostruzione del rimedio. Se infatti la funzione della tutela risarcitoria dei soci non legittimati alle impugnazioni delle delibere assembleari è quella di fornire loro – attraverso il pagamento di una somma pecuniaria equivalente al valore del pregiudizio loro arrecato dalla delibera dei cui effetti essi non possono ottenere la rimozione – una forma di protezione dei loro interessi *in sostituzione* dei rimedi demolitori loro sottratti con la riforma, ne consegue che, nella logica del legislatore, il nuovo meccanismo di protezione dovrebbe essere capace, sul piano dell'utilità effettiva di *surrogare* pressoché integralmente l'utilità effettiva garantita dai rimedi demolitori medesimi <sup>17</sup>; il che è quanto a dire che, esperendo l'azione risarcitoria “sostitutiva”, l'azionista pregiudicato dagli effetti della deliberazione assembleare astrattamente invalida dovrebbe essere in grado di riportare il proprio patrimonio nella stessa situazione (quantomeno sotto il profilo quantitativo) in cui esso si sarebbe trovato se gli effetti della delibera medesima fossero stati rimossi in conseguenza del vittorioso esperimento di un'azione di impugnazione <sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> SANZO, *Art. 2377*, in *Comm. Cottino*, I, Bologna, 2004, 608 s.

<sup>17</sup> Ciò vale, naturalmente, solo nella misura in cui la tutela demolitoria sia rivolta alla protezione di interessi effettivi e meritevoli di tutela, poiché non è certo obiettivo del legislatore quello di consentire agli azionisti di procurarsi, per mezzo dell'attivazione della tutela obbligatoria, le utilità abusive che avrebbero potuto ottenere esperendo con fini meramente ricattatori la tutela reale.

<sup>18</sup> Anzi, secondo un certo modo di vedere, la tutela obbligatoria dovrebbe addirittura consentire una migliore tutela degli interessi degli azionisti, più precisa (SACCHI, *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di Benazzo, Patriarca e

Orbene, che l'obiettivo di una perfetta surrogazione del grado di protezione offerto dalla tutela demolitoria per mezzo di quella obbligatoria sia effettivamente possibile è naturalmente un'affermazione nient'affatto scontata, ogni considerazione in riferimento alla quale si preferisce riservare alle conclusioni del presente lavoro, quando sarà possibile esprimere una valutazione alla luce di una più completa ricostruzione dell'istituto in discorso e ad una più ampia disamina dei problemi ad essa connessi. Ciò non toglie, tuttavia, che l'interprete che intenda fedelmente ricostruire la tutela obbligatoria introdotta dal legislatore con l'intento che si è detto sia tenuto, nei limiti del possibile, a prediligere soluzioni ermeneutiche che garantiscano al massimo grado tale obiettivo<sup>19</sup>. Il che significa, innanzitutto e quantomeno, consentire il risarcimento agli azionisti privi di tutela reale non solo dei danni che la delibera astrattamente invalida possa aver prodotto direttamente nel loro patrimonio, ma anche di quelli c.d. indiretti, consistenti nella diminuzione – conseguente agli effetti, che essi non possono rimuovere, della deliberazione astrattamente invalida – del valore e della redditività delle partecipazioni di cui essi sono titolari (non diversamente da quanto previsto, in tema di danno derivante dall'attività di direzione e coordinamento, dall'art. 2497 c.c.)<sup>20</sup>

---

Presti, Milano, 2003, 161 parla di «*precisione chirurgica*»), meno onerosa, nel complesso, per la società (nel senso che conterrebbe i noti inconvenienti relativi all'incertezza circa la stabilità o meno delle decisioni già assunte) e meglio rispondente ai “veri” interessi degli azionisti medesimi, più facilmente rivolti – secondo quest'ottica – al mantenimento del valore e della redditività delle proprie azioni, più che non nella partecipazione ad una diversa definizione della volontà sociale.

<sup>19</sup> ANGELICI, *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 273 (pur riferito alla disciplina relativa alle fusioni); LENER, *Art. 2377*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, I, Napoli, 2004, 555; VENTORUZZO, *op. cit.*, 637.

<sup>20</sup> CAVANNA, *op. cit.*, 501; ENRIQUES-ZORZI, *op. cit.*, 27; GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 542; ID., *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria*

---

*nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 362 s.; ID., *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009, 436 ss.; LENER, *op. cit.*, 554; NIGRO, *op. cit.*, 893; PINTO, *op. cit.*, 867 ss.; PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 594 s.; SACCHI-VICARI, *op. cit.*, 678; SACCHI, *Tutela reale*, cit., 153 s.; VENTORUZZO, *op. cit.*, 654 s.

*Contra*: LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto societario* a cura di Genovese, Torino, 2004, 10 ss.; SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Soc.*, 2003, 1178, SPAGNUOLO, *Art. 2377*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, I, Torino, 2003, 554; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 191.

## 2. Un problema di legittimità costituzionale.

Così ricomposta la logica – e così identificati i tratti fondamentali – della disciplina sortita dalla riforma è possibile contenere i numerosi dubbi emersi, già nel corso della sua graduale formazione, circa la sua legittimità costituzionale.

In primo luogo, dunque, il dubbio che l'art. 2377 c.c. sia in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in quanto stabilirebbe un trattamento ingiustificatamente differenziato fra gli azionisti di ultraminoranza, non legittimati ad ottenere l'annullamento delle delibere non conformi alla legge o allo statuto, e gli altri, che conservano invece la tutela demolitoria<sup>21</sup>, è risolto in quanto si mantenga che con la riforma il legislatore non abbia affatto inteso riservare un trattamento *deteriore* alla prima categoria di soci, sibbene soddisfare comunque in misura integrale, per equivalente, i loro interessi, attraverso un meccanismo di protezione bensì diverso, ma equipollente al precedente<sup>22</sup> (ed anzi, in tesi, meglio adatto a garantire la loro soddisfazione, senza con ciò pregiudicare l'interesse sociale alla stabilità delle decisioni non contestate da una larghissima parte degli azionisti<sup>23</sup>). Fintantoché la disposizione in

---

<sup>21</sup> DOLMETTA, *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, 1480 s.; NIGRO, *op. cit.*, 289 ss.; SALAFIA, *op. cit.*, 1177 ss.; WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, 280. *Contra*: CHIAPPETTA, *op. cit.*, 278 ss.

<sup>22</sup> Così anche la giurisprudenza di merito, che su tale base ha giudicato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in relazione alla disciplina sull'invalidità delle delibere di fusione: Trib. Milano 2 novembre 2000, in *Società*, 2001, 452 ss.

<sup>23</sup> Quest'ultimo interesse può infatti essere reputato meritevole di entrare in bilanciamento con il principio di eguaglianza fra gli azionisti, e, in qualche misura, anche con il loro interesse a far valere in

parola sia letta ed interpretata in tal senso, la sua conformità all'art. 3 Cost. non dovrebbe complessivamente destare preoccupazione. Diverso sarebbe, chiaramente, il discorso qualora invece si procedesse a leggerla in chiave di pura e semplice protezione degli interessi degli azionisti di maggioranza (o comunque dei grandi azionisti) attraverso la “degradazione” dei diritti e dei poteri dei piccoli azionisti ad una condizione intermedia fra quella di socio e quella di creditore <sup>24</sup>.

Un discorso abbastanza simile si può sviluppare anche con riferimento alla paventata violazione dell'art. 24 Cost., per cui la privazione della tutela reale impedirebbe agli azionisti di far valere i diritti propri della loro qualità di soci <sup>25</sup>. L'affermazione sconta forse, in questo caso, un certo grado di inversione logica, nel senso che, come è stato notato, è la legge, specialmente in questo settore dell'ordinamento, a stabilire quali siano i soggetti che possono ottenere la rimozione degli effetti di un atto astrattamente invalido (o al limite la mera dichiarazione della sua originaria inefficacia), e a quali condizioni; sicché ben potrebbe l'ordinamento limitare le opportunità di loro demolizione, restringendo (in maniera giustificata: ma qui il problema si sposta in direzione dell'art. 3 Cost.) la legittimazione ad esperire le impugnative, nonché stabilendo casi di efficacia di atti astrattamente invalidi (l'intero fenomeno dell'annullabilità, anche nel diritto dei contratti, rientra, come è noto, in tale

---

giudizio i propri diritti, dacché potrebbe conoscere un certo grado di protezione costituzionale alla luce dell'art. 41 Cost.

<sup>24</sup> V., per riferimenti alle analoghe preoccupazioni sollevate dalla dottrina tedesca, PORTALE, *op. cit.*, 618. *Contra* STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 187 ss.

<sup>25</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 709 (accenno); DOLMETTA, *op. loc. ult. cit.*; NIGRO, *op. loc. ult. cit.*; SALAFIA, *op. loc. ult. cit.*; WEIGMANN, *op. loc. ult. cit.*.

schema)<sup>26</sup>. Ciò posto, anche ad adottare una definizione estremamente ampia dei diritti e degli interessi legittimi di cui fa menzione l'art. 24 Cost. (tale da far passare in secondo piano il problema relativo alla individuazione, in capo agli azionisti medesimi, di un vero e proprio diritto, di cui poi postulare la necessaria azionabilità in sede giudiziale), non sembra potersi considerare negata la tutela giurisdizionale costituzionalmente garantita dei diritti degli azionisti, fintantoché i rimedi di indole obbligatoria introdotti nella disciplina delle invalidità assembleari in favore dei soci non legittimati all'attivazione delle tutele reali consentano, come auspicato, una integrale riparazione dei danni provocati nella sfera giuridica di costoro dagli effetti delle delibere astrattamente invalide, di cui essi non possono ottenere la rimozione<sup>27</sup>. Sicché, ancora una volta, la disciplina, nei suoi profili generali, non sembrerebbe incompatibile con i

---

<sup>26</sup> V. sul punto C. Cost. 22 ottobre 1999, n. 394, che precisa come l'art. 24 Cost. attenga all'ambito delle garanzie processuali, e non a quello della disciplina dei rapporti sostanziali (cui parrebbe afferire l'attribuzione del diritto potestativo ad attuazione giudiziale di ottenere l'annullamento di un atto). V. anche: FERRI, *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 58; SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 264; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 189; VENTORUZZO, *op. cit.*, 663, nt. 93.

Non va inoltre sottovalutata la circostanza per cui la giurisprudenza costituzionale ha da tempo affermato, in particolare a proposito della disciplina relativa al licenziamento illegittimo dei lavoratori, come l'opzione fra mezzi tutela reale e tutela obbligatoria dei diritti rientri nel legittimo esercizio della discrezionalità politica da parte del legislatore (C. Cost. 23 dicembre 1998, n. 420). V. anche SCALA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>27</sup> V. ancora App. Milano 18 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 791 ss.; Trib. Milano 6 novembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 764 ss.; Trib. Milano 2 novembre 2000, cit.



diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, purché letta nel senso precedentemente indicato <sup>28</sup>.

Lo stesso dovrebbe valere, poi, anche rispetto ai dubbi prospettati circa la conformità della disciplina in discorso all'art. 42 Cost., per cui la restrizione dell'accesso ai rimedi demolitori a fronte di deliberazioni suscettibili di pregiudicare la consistenza del patrimonio sociale – e quindi il valore e la redditività delle azioni detenute dagli azionisti – violerebbe il diritto di proprietà degli azionisti stessi sulle azioni <sup>29</sup>. Di nuovo, qualora le norme circa la tutela obbligatoria degli azionisti siano interpretate in maniera tale da garantire l'integrale riparazione di eventuali pregiudizi al valore ed alla redditività delle azioni conseguenti alle delibere astrattamente invalide (ma i cui effetti sono fatti salvi dalla legge) il problema dovrebbe dirsi risolto alla radice <sup>30</sup>.

Nella stessa maniera, infine, si dovrebbe poter risolvere il problema – cui già si è parzialmente fatto cenno – relativo alla prospettata incostituzionalità per eccesso di delega, per cui il legislatore governativo, limitando la tutela reale degli azionisti senza introdurre una adeguata tutela di diversa indole, avrebbe oltrepassato i limiti consentiti dalla legge delega, la quale, all'art. 4, comma 7, lett. b), consentiva sì «*l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità*», ma non la soppressione delle tutele sino ad allora

---

<sup>28</sup> Resta per il momento impregiudicata – in quanto dipendente dall'interpretazione della disciplina processuale delle impugnazioni e della tutela obbligatoria sostitutiva, di cui ci si occuperà nel prosieguo – la questione di un'eventuale incompatibilità con l'art. 24 Cost. del termine di 90 giorni previsto per la promozione delle relative domande.

<sup>29</sup> PORTALE, *op. cit.*, 622.

<sup>30</sup> Similmente VENTORUZZO, *op. cit.*, 664 s., il quale peraltro nota come il diritto di proprietà sia ordinariamente soggetto a regole “conformative”, in ossequio alla sua funzione sociale, menzionando come esempio il diritto d'acquisto previsto dall'art. 11 T.U.F.

proprie degli azionisti medesimi <sup>31</sup>. Il dubbio, naturalmente, non ha ragion d'essere, a patto che l'interpretazione data delle norme disciplinanti la nuova tutela obbligatoria dei soci consenta di garantire loro – almeno sotto il profilo quantitativo-patrimoniale – un grado di protezione equipollente a quella consentita dai rimedi demolitori <sup>32</sup>.

Come si nota, un dato che emerge dalla disamina dei dubbi avanzati in dottrina in ordine alla legittimità costituzionale delle norme in discorso è che, se è vero che, sotto una prima prospettiva, essi appaiono tutti potenzialmente superabili a mezzo di una interpretazione costituzionalmente orientata (oltre che fedele alle intenzioni del legislatore) del dato positivo, è pure vero che, proprio per tale ragione, gli stessi contribuiscono a porre in evidenza gli stretti limiti entro i quali l'attività ermeneutica deve muoversi con riferimento a tali disposizioni. In altre parole, quei punti fermi cui abbiamo voluto attribuire la qualifica di fondamentali – e che abbiamo inizialmente fatto discendere dall'individuazione della *ratio* perseguita dal legislatore nella protezione dell'interesse della società alla stabilità dei propri atti organizzativi (e dunque alla certezza che essi non possano essere rimessi in discussione da iniziative, tanto più se ricattatorie, promosse da esigue minoranze azionarie, ovvero anche da soci detentori di partecipazioni più consistenti, in casi tipici in cui l'esigenza di stabilità degli atti sia tuttavia più stringente in ragione del loro oggetto) senza pregiudizio dei singoli azionisti, attraverso la sostituzione dei rimedi demolitori da loro esperibili con altri che consentissero di riparare per equivalente i pregiudizi da loro patiti – sono altresì, per così dire, “blindati” da ragioni di ordine costituzionale, nel senso che una lettura

---

<sup>31</sup> SANZO, *op. cit.*, 608 s.

<sup>32</sup> Entro tali limiti appare corretto il ragionamento di VENTORUZZO, *op. cit.*, 664, per cui il legislatore delegato avrebbe avuto il potere di bilanciare gli interessi in gioco comprimendo gli strumenti di tutela reale in favore di quelli risarcitori.

dell'istituto il cui esame ci impegna che da essi prescindesse, o che con essi risultasse incompatibile, farebbe immediatamente riemergere con forza tutti o parte dei profili di incostituzionalità denunciati a più riprese dalla dottrina. Essi tracciano, dunque, i confini del sentiero lungo il quale occorre procedere, come ora ci accingiamo a fare, per giungere prima alla definizione della natura giuridica del rimedio e, quindi, all'individuazione dei suoi connotati di dettaglio.

### 3. L'ipotesi della responsabilità aquiliana.

Una prima ipotesi qualificatoria e ricostruttiva del risarcimento del danno provocato ai soci dagli effetti delle delibere assembleari astrattamente invalide – e per l'invalidità delle quali sia tuttavia loro negata la legittimazione ad agire – è quella che legge tale istituto in chiave di responsabilità civile extracontrattuale <sup>33</sup>.

Così qualificando il rimedio, occorrerebbe affermare che la società la quale, agendo in maniera non conforme alle leggi ed allo statuto (e in generale alle regole che governano la validità degli atti) adotti una delibera astrattamente invalida, avente effetti dannosi per i soci non legittimati ad impugnarla, e non proceda a revocarla (o a sostituirla con altra priva dei vizi che inficiano la validità della prima), provochi un *danno ingiusto* a quei soci, i quali, dunque, hanno diritto alla sua rimozione ai sensi dell'art. 2043 c.c.

L'agire *illegittimo* della società – così occorrerebbe ragionare – sarebbe dunque convertito, ad opera delle norme che prevedono la tutela risarcitoria dei soci non legittimati all'esperimento delle azioni di invalidità (artt. 2377, 2500 *bis*, 2504 *quater*, ecc.) in agire *illecito* <sup>34</sup>; e, in quanto da tale condotta (e cioè dall'adozione di delibere non conformi a legge o statuto) sia derivato un danno ad esso causalmente ricollegabile (nel senso che la delibera sia stata causa efficiente della diminuzione patrimoniale patita dai

---

<sup>33</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, 284; GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 542, nt. 121.

<sup>34</sup> Si muove dichiaratamente in tale ottica di indistinzione fra illiceità ed illegittimità (e dunque di negazione di ogni differenza fra regole di validità e regole di correttezza) RORDORF, *op. cit.*, 857, pur concludendo nel senso di una responsabilità di carattere contrattuale.

soci in questione <sup>35</sup>), il danno medesimo dovrebbe essere risarcito ad opera della società che l'ha prodotto (nonché, quando ne ricorrano i presupposti, dagli altri soggetti eventualmente corresponsabili <sup>36</sup>).

Tale ricostruzione non è, tuttavia, affatto pacifica in dottrina, né si presenta priva di gravi profili di criticità. Un primo profilo di incertezza, più che di difficoltà, concerne la giustificazione dell'*ingiustizia* del danno in questione, ai sensi dell'art. 2043 c.c. Come è noto, con riferimento a tale elemento, la dottrina è tuttora nettamente divisa fra coloro che sostengono che l'ingiustizia del danno vada riconosciuta, in un'ottica di tipicità dell'illecito aquiliano <sup>37</sup>, nella lesione di una situazione giuridica soggettiva del danneggiato e coloro che invece, nella prospettiva dell'atipicità dell'illecito, ritengono sufficiente la lesione di un interesse del danneggiato meritevole di tutela e poziore rispetto all'interesse del danneggiante <sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 481 ss.

<sup>36</sup> Per il problema relativo alla responsabilità di costoro e all'eventuale diritto di regresso della società nei confronti di altri soggetti, v. capitolo successivo.

<sup>37</sup> *Ex aliis*: CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 141; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 11 e *passim*; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 57; SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno*, in AA. VV., *Illecito e responsabilità civile*, I, Torino, 2005, 67. In termini di tipicità è impostato l'illecito extracontrattuale anche nel sistema tedesco, dal § 823 BGB, e così anche dall'art. 6:162, comma 2, del codice civile olandese e dall'art. 483, comma 1, del codice civile portoghese.

<sup>38</sup> *E multis*, v.: ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979; BUSNELLI, *Illecito civile* (voce), in *Enc. giur.*, XV, 7; LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1987, 105 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; SCHLESINGER, *Il problema del risarcimento del danno*, in *Jus*, 1960, 336 ss. È da sempre legato ad una nozione atipica dell'illecito aquiliano l'ordinamento francese, per cui v. l'art. 1382 *cod. civ.*

Se si aderisce a quest'ultima tesi, occorre dire che l'ordinamento, nell'atto stesso di prevedere il risarcimento del danno, abbia rivelato di voler proteggere l'interesse dell'azionista leso a conservare il valore della propria partecipazione o più in generale – in caso di danno *diretto* – del proprio patrimonio <sup>39</sup> rispetto a quello della società che produce la lesione adottando la delibera astrattamente invalida (pur essendo protetto, come si è già visto, anche l'interesse sociale alla stabilità degli effetti della delibera e non giungendosi, quindi, fino ad attribuire al socio rimedi a carattere demolitorio) <sup>40</sup>.

Ove invece si aderisca alla tesi della tipicità del danno aquiliano, è necessario procedere all'individuazione di una situazione giuridica soggettiva dell'azionista che sia lesa dall'adozione della delibera astrattamente invalida (e pregiudizievole); necessario, beninteso, non al fine di poter postulare la risarcibilità del danno, che è espressamente prevista dal legislatore <sup>41</sup>, ma al fine di sincerarsi della qualificabilità in termini di responsabilità extracontrattuale del risarcimento così previsto.

---

<sup>39</sup> Sul diritto all'integrità del patrimonio, v. *infra*, nel testo e nelle note.

<sup>40</sup> Già qui, per la verità, sorge qualche dubbio circa la correttezza dell'impostazione in chiave di danno extracontrattuale, nel senso che l'ordinamento pare configurare una situazione di equilibrio fra i contrapposti interessi (e al limite di prevalenza dell'interesse della società), più che di autentica pozzività dell'interesse dell'azionista; a meno che non si voglia intendere come interesse della società non puramente e semplicemente quello all'adozione della delibera ed alla conservazione dei suoi effetti, ma quello ad adottare la delibera... senza essere gravata del peso di dover pagare risarcimenti ad alcuno; nel qual caso, chiaramente, ogni problema è risolto dal legislatore (ma senza che sia possibile ricavarne significative indicazioni in ordine alla natura extracontrattuale del danno di cui è disposto il risarcimento).

<sup>41</sup> Per la verità, qualche utile indicazione se ne potrebbe comunque ricavare in ordine alla risarcibilità dei pregiudizi prodotti dalle deliberazioni astrattamente invalide in quei casi in cui delle previsioni speciali introducono restrizioni all'esperibilità dei rimedi demolitori, pur senza espressamente richiamare le norme sul risarcimento del danno prodotto da tali deliberazioni (v. ad es. l'art. 2434 *bis* c.c.). Per l'approfondimento del problema, si rimanda al capitolo successivo.

Una prima possibilità, a tal proposito, sarebbe quella di appuntare l'attenzione sulle situazioni giuridiche soggettive che l'azionista detiene in relazione al governo della società; si possono ricomprendere in tale insieme tanto i poteri amministrativi inerenti l'azione (a cominciare dal voto), quanto singoli i diritti dell'azionista che dovrebbero consentirgli l'esercizio dei suoi poteri amministrativi (diritto di essere convocato nei termini di rito, di essere informato sugli argomenti in discussione in assemblea nelle forme di legge, diritto di intervento in assemblea, ecc.), quanto, infine, un generico diritto a contribuire alla gestione dell'ente in senso ampio <sup>42</sup> (fermo restando che, come è noto, la gestione in senso stretto è, con poche eccezioni, riservata all'organo amministrativo), riflesso di quell'*esercizio in comune di un'attività economica* che la definizione stessa di società, di cui all'art. 2247 c.c., prevede come elemento essenziale di qualsiasi tipo sociale. A ben guardare, tuttavia, i singoli poteri amministrativi dell'azionista non sempre sono propriamente violati in occasione dell'adozione delle delibere assembleari invalide, il problema concernendo piuttosto le sole deliberazioni invalide per vizi di carattere procedimentale. Quanto alla violazione dei diritti propedeutici all'esercizio dei poteri amministrativi, è da dubitare che si tratti di diritti assoluti, parendo essi piuttosto configurabili come diritti relativi, o (guardati dal punto di vista di chi li viola) obblighi cui è fatto carico ad un soggetto nei confronti (e nell'interesse) di un altro soggetto; sicché la loro violazione dovrebbe semmai generare responsabilità *contrattuale*, non *extracontrattuale*. Infine, per quanto concerne il generico diritto dell'azionista a contribuire alla gestione, ampiamente intesa, della società, anche ammesso che di un

---

<sup>42</sup> Sembrano ragionare in termini sostanzialmente simili ENRIQUES-ZORZI, *op. cit.*, 31, ove postulano la necessità di una riparazione (in termini incerti fra indennità e risarcimento, per cui v. anche *infra*, sia nel testo che nelle note) per la lesione della aspettativa del socio «*ad essere vincolato da una decisione della maggioranza a condizione che questa sia presa in conformità alla legge e allo statuto*».

vero e proprio diritto si tratti (e non piuttosto di un interesse protetto dall'ordinamento per mezzo dell'attribuzione di distinti diritti e poteri), è da dubitare che un simile diritto (pur suscettibile di valutazione economica) abbia un vero e proprio *contenuto* patrimoniale, la cui lesione corrisponda al valore di cui l'azionista chiederebbe il risarcimento; né pare accettabile ravvisare in disposizioni come l'art. 2377, comma quarto, c.c. delle previsioni di risarcibilità di danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c., dato il settore dell'ordinamento in cui ci si trova e l'eccentricità che il diritto non patrimoniale così tutelato presenterebbe rispetto a tutti gli altri diritti non patrimoniali di cui è ammessa la risarcibilità in caso di lesione.

Più fruttuoso – e più semplice – appare piuttosto individuare la posizione giuridica soggettiva lesa puramente e semplicemente nel diritto di proprietà sulle azioni<sup>43</sup>. Ma anche questa ricostruzione “copre” solo una parte dei danni risarcibili, e precisamente quelli *indiretti*, derivanti da pregiudizi al valore o alla redditività delle azioni medesime, e non invece tutti quelli *direttamente* prodotti nel patrimonio dell'azionista, che sembrerebbero invece, in molti casi, doversi ricondurre alla categoria del danno da pura perdita patrimoniale<sup>44</sup>, che la dottrina più accorta non ritiene, in realtà, compatibile con la tesi della tipicità dell'illecito aquiliano<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> E v. l'opinione espressa in PORTALE, *op. cit.*, 622, pur a fini diversi, e cioè in ordine alla individuazione di diritti costituzionalmente protetti lesi dall'introduzione delle restrizioni all'esperibilità della tutela reale a fronte dell'adozione delle delibere astrattamente invalide. Qualche dubbio, per la verità, dovrebbe avanzarsi anche in questo caso, nel senso che è dubbio che la posizione del socio (anche in una s.p.a.) possa dirsi, in senso stretto, proprietaria.

<sup>44</sup> Si pensi, a titolo d'esempio, alla deliberazione, astrattamente invalida, con cui sia trasferita la sede sociale in un luogo che renda particolarmente disagiata e costosa, per il socio di una s.p.a. chiusa il cui statuto non preveda forme di intervento “a distanza” in assemblea, la partecipazione alla stessa. Si noti che una deliberazione che invece autorizzasse gli amministratori a svolgere operazioni direttamente



Se, come accennato, per quanto concerne il profilo dell'ingiustizia del danno la ricostruzione del rimedio *de quo* presenta più incertezze che veri e propri impedimenti, maggiori difficoltà emergono, invece, sotto il profilo dell'elemento soggettivo del danno aquiliano. Come è noto, la responsabilità extracontrattuale richiede infatti sempre, oltre ai requisiti dell'ingiustizia del danno, di cui abbiamo appena trattato, nonché dell'imputabilità del danneggiante, quello della sua colpevolezza <sup>46</sup>, le ipotesi di responsabilità oggettiva extracontrattuale formando un *numerus clausus* di fattispecie tipiche, oggetto di previsioni legislative espresse, che difficilmente può essere allargato per via meramente interpretativa, sulla base di considerazioni inerenti le finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione di questa o quella nuova ipotesi di risarcimento.

Naturalmente, in linea generale, non è affatto impossibile operare valutazioni di colpevolezza di una società. La dottrina di matrice giuscommercialistica tende a risolvere le stesse in analisi della diligenza osservata dalle persone fisiche deputate a formarne la volontà o ad agire per essa, nel caso specifico da individuarsi nei soci (i quali peraltro, in sede assembleare, sono assistiti, nell'operare ogni necessaria valutazione in ordine alla validità delle delibere di cui è proposta l'adozione, da vari soggetti che debbono presumersi muniti di una specifica competenza professionale in materia: amministratori, membri degli organi di controllo, notaio, ecc.; e sono anche liberi,

---

lesive di posizioni giuridiche soggettive proprie degli azionisti (es. attività di concorrenza sleale contro l'impresa individuale di uno di essi; attività dannose per le proprietà fondiarie di un altro, ecc.) avrebbero *oggetto* illecito, e sarebbero, di conseguenza, nulle, con esclusione, come si illustrerà nel capitolo seguente, dell'applicabilità del rimedio obbligatorio "sostitutivo".

<sup>45</sup> V. ampiamente sull'argomento CASTRONOVO, *La nuova*, cit., 109 ss.

<sup>46</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 725 s.

stando a quanto per lo più si ritiene, di farsi assistere da professionisti di fiducia, almeno se gli altri partecipanti non vi si oppongono<sup>47</sup>) ed eventualmente negli amministratori che abbiano proposto o predisposto il testo delle delibere (e cui tocca, se del caso, darvi esecuzione, nonché attuare le operazioni autorizzate dalle stesse; ed ancora, se necessario, convocare nuovamente l'assemblea per sostituire o revocare le deliberazioni adottate<sup>48</sup>). Non sembra peraltro impossibile imboccare una strada differente, recuperando i principi elaborati in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione, per cui si dovrebbe procedere ad una valutazione non tanto della colpevolezza delle persone fisiche agenti, quanto dell'ente inteso come apparato<sup>49</sup>, valendosi di presunzioni ed elementi indiziari dati dalla gravità della violazione, dalla ragionevole riconoscibilità della illegittimità degli atti medesimi, ecc.<sup>50</sup>.

Ebbene è chiaro che ricondurre il risarcimento ad un paradigma fondato sulla colpevolezza del danneggiante inevitabilmente comporta una restrizione, anche abbastanza rilevante, delle ipotesi di danno risarcibile (e per l'effetto, è chiaro, del grado di protezione dei soci non legittimati ad agire per l'invalidità delle deliberazioni

---

<sup>47</sup> MIRONE, *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto Commerciale* a cura di M. Cian, Torino, 2014, 387.

<sup>48</sup> SACCHI-VICARI, *op. cit.*, 678, nt. 120 (con riferimento però alla responsabilità contrattuale). Parallelamente, vi è chi ritiene doverosa l'impugnazione delle delibere assembleari da parte dell'organo amministrativo e di quello di controllo soltanto ove i vizi da cui sono affette siano evidenti e riscontrabili (STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 186).

<sup>49</sup> Cass. 24 maggio 1991, n. 5883, in *Foro it.*, 1992 I, 454 ss.

<sup>50</sup> Cons. Stato 6 luglio 2004, in *Foro it.*, 2005, III, 247.

illegittime <sup>51</sup>). Se infatti il presupposto del risarcimento a titolo di responsabilità extracontrattuale consiste nella colpevolezza del soggetto ad esso obbligato, allora, in tutti i casi in cui l'astratta invalidità della delibera, per qualsiasi ragione, non fosse riconoscibile, a rigore, il risarcimento medesimo non sarebbe dovuto.

Ciò comporterebbe un rilevante pregiudizio al fondamentale meccanismo, voluto – come già si è illustrato – dal legislatore, per cui i soci non legittimati all'esperimento di tutele demolitorie delle delibere astrattamente invalide che li danneggiano, avrebbero la possibilità di neutralizzarne gli effetti sul proprio patrimonio, ottenendo per equivalente la soddisfazione dei propri interessi. Per logica conseguenza dell'affermazione per cui il risarcimento del danno sarebbe dovuto solo nel caso in cui il comportamento della società fosse caratterizzato da colpa, rimarrebbero infatti “scoperte” – rispetto alla tutela dei soci non legittimati ad agire per la rimozione delle delibere astrattamente invalide –, delle ipotesi in cui le delibere, pur non conformi a legge o statuto (e dunque astrattamente invalide), essendo state adottate senza colpa (in ragione della non riconoscibilità di tale difformità da parte del socio diligente), non obbligherebbero la società stessa a risarcire il danno da esse provocato; e dunque i soci già privati dall'ordinamento della possibilità di agire per rimuovere le delibere viziate, si troverebbero pure privi di ogni *chance* di ottenere ristoro sul piano pecuniario degli effetti che queste hanno rispetto al loro patrimonio. Di talché, come è evidente, la *ratio* perseguita dal legislatore – e di cui già non si è mancato di sottolineare l'importanza, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, della disciplina riformata delle

---

<sup>51</sup> VENTORUZZO, *op. cit.*, 638. *Contra* RORDORF, *op. cit.*, 859, che ritiene indiscutibile la colpevolezza della società in caso di adozione di deliberazioni invalide. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 714, denuncia il rischio del moltiplicarsi di complesse battaglie istruttorie.

invalidità assembleari – di proteggere in ogni caso i soci attraverso l’attribuzione di una tutela che surroghi quella demolitoria risulterebbe, in buona misura, frustrata <sup>52</sup>.

Vi è poi una difficoltà ulteriore (pur di minor portata) alla qualificazione della tutela risarcitoria in discorso in chiave di responsabilità aquiliana, legata alla circostanza che, per consolidata opinione <sup>53</sup>, uno dei tratti caratterizzanti il risarcimento del danno extracontrattuale sia quello di poter essere richiesto – a scelta del soggetto danneggiato e salvo il controllo giudiziale sulla non eccessiva onerosità di tale modalità risarcitoria – in forma specifica. Ebbene, tale eventualità, nel caso di nostro interesse, va, naturalmente, esclusa del tutto. La società può infatti bensì, revocando spontaneamente la deliberazione astrattamente invalida, evitare di dover risarcire il danno ai soci non legittimati all’impugnazione (salvo l’obbligo di porre riparo ai pregiudizi eventualmente già prodottisi), ma non può *essere condannata* a far tanto, riuscendo altrimenti vanificato, almeno in buona misura, l’intento legislativo di perseguire la stabilità delle delibere assembleari e la continuità nell’azione imprenditoriale delle società <sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> V. nello stesso senso VENTORUZZO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>53</sup> GAZZONI, *op. cit.*, 746.

<sup>54</sup> Il problema si è posto soprattutto con riferimento al risarcimento dei soci pregiudicati da delibere astrattamente invalide di trasformazione, scissione, e, in particolare, fusione, per le quali, a dir la verità, la giurisprudenza di merito ha aperto al risarcimento in forma specifica (Trib. Roma 1 agosto 1994, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 89; Trib. Milano 25 settembre 1995, in *Società*, 1996, 803), seguita da parte della dottrina (*ex aliis*: BUFFA DI PERRERO, *op. cit.*, 103; FARENGA, *Profili di invalidità e nuova disciplina della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 472; LUCCARELLI, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 269; PERRINO, *op. cit.*, 1985) e criticata però da altri autori, proprio per le ragioni illustrate nel testo (cfr. CAVANNA, *op. cit.*, 500). In tali casi, comunque, va notato che il risarcimento in forma specifica è stato fatto coincidere con misure differenti rispetto alla pura e semplice revoca della deliberazione invalida (e v. le riflessioni di BIANCA, *Diritto civile - 5. La responsabilità*, Milano, 2012, 212; *contra*: CASTRONOVO, *La nuova*, cit., 807 ss.). Peraltro, con

Se poi lo scostamento che il legislatore imporrebbe, rispetto allo schema classico della responsabilità aquiliana, con riferimento al profilo appena accennato, sarebbe ancora marginale, non altrettanto può dirsi con riguardo ad un ulteriore aspetto, che risulta, a nostro avviso, decisivo nel rigetto dell'ipotesi ricostruttiva qui in discussione.

---

riferimento a tali particolari deliberazioni, non va sottovalutata l'influenza, fra chi ammette il risarcimento in forma specifica, della tesi che annovera, fra i legittimati passivi dell'azione di risarcimento in discorso, alla pari con la società, degli amministratori, dei soci di maggioranza e degli esperti che abbiano asseverato il progetto di operazione straordinaria, conducendo ad una qualificazione del rimedio in termini di risarcimento del danno in senso tecnico (tesi, è il caso anche qui di sottolinearlo, che ha ricevuto un rilevante sostegno in dottrina esclusivamente con riferimento al risarcimento del danno provocato dalle deliberazioni relative alle operazioni straordinarie, ed in particolare alla fusione, e ricavata dal dato letterale – peraltro non vincolante sul punto – della direttiva europea in attuazione della quale la disciplina sulla limitazione della pronunciabilità dell'invalidità delle fusioni è stata introdotta: v. *supra*).

Va peraltro onestamente dato conto della circostanza che, a quanto qui sostenuto – per cui ammettere il risarcimento in forma specifica del danno da deliberazioni astrattamente invalide pregiudicherebbe la *ratio* di stabilizzazione degli atti assembleari perseguita dal legislatore – si potrebbe obiettare, sotto un primo profilo, che una maggiore stabilità degli atti si sarebbe potuta conseguire anche solo escludendo l'efficacia *ex tunc* delle pronunce di invalidità, seguendo la logica della disciplina sulla nullità dei contratti di società, di cui all'art. 2332 c.c., che non sembra del tutto incompatibile con l'ammissione del risarcimento in forma specifica dei danni in discorso. Sotto un secondo profilo, si potrebbe inoltre affermare che, nel caso di specie, la legge abbia tipizzato una valutazione di eccessiva onerosità del risarcimento in forma specifica; l'obiezione appare tuttavia a sua volta discutibile, nel senso che la logica del legislatore, nel caso di specie, non tanto riguardo (almeno direttamente) al costo della rimozione delle delibere (nel senso inteso anche in CASTRONOVO, *La nuova*, cit., 824 ss. e poi 835 ss.).

È stato detto, con una celebre definizione, che la responsabilità aquiliana sarebbe «responsabilità del passante e del chiunque»<sup>55</sup>; responsabilità, cioè, che insorgerebbe fra soggetti non precedentemente legati da un rapporto obbligatorio. Se tale affermazione – cui si ritiene di aderire – è accettata, allora la qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale delle previsioni risarcitorie in esame va, decisamente, scartata.

È chiaro infatti che società e soci non sono affatto soggetti estranei fra loro, per i quali produzione del danno ed obbligo di risarcimento siano il frutto di un incontro casuale. Essi, al contrario, sono legati da un rapporto (quello di partecipazione), che può configurarsi come fascio di obblighi, diritti potestativi, soggezioni e poteri (alla stregua, per quanto qui interessa, di una posizione contrattuale, e pur senza voler entrare nel complesso dibattito circa la natura essenzialmente contrattuale, ovvero istituzionale, del fenomeno societario).

Ciò che inevitabilmente si finisce per postulare, a voler qualificare l'istituto in esame in chiave di risarcimento del danno in senso tecnico, è che il risarcimento medesimo discenda dal fatto che la società non debba adottare delibere non conformi alla legge o allo statuto, né conservarle a pregiudizio di alcuni fra gli azionisti. Così facendo, si delinea un divieto i cui soggetti, attivo e passivo, sono ben individuati a monte della sua violazione; violazione che può, dunque, essere strutturalmente ricondotta (anche se con inconvenienti di cui, in parte, già si è dato conto) al paradigma della negligenza. Si tratta di elementi, tutti, che conducono a mettere da un canto l'ipotesi della qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale ed a procedere, piuttosto, ad una valutazione in chiave di responsabilità contrattuale.

---

<sup>55</sup> CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 180, ed ivi altri riff. V. anche GAZZONI, *op. cit.*, 650.

#### 4. L'ipotesi della responsabilità contrattuale.

Come già si è avuto modo di accennare, qualificata in chiave di responsabilità civile contrattuale<sup>56</sup>, la tutela dei soci non legittimati ad agire per l'invalidità delle deliberazioni assembleari che forma oggetto del nostro studio presuppone l'inadempimento di una obbligazione negativa avente ad oggetto il divieto di adottare deliberazioni astrattamente invalide. Si deve, quindi, in quest'ottica, postulare che sussista una tale obbligazione, inerente al rapporto di partecipazione e corrente fra un soggetto attivo, da individuarsi (per le ragioni già illustrate in apertura di questo capitolo) nella società, ed un soggetto passivo, da riconoscersi in ciascun socio<sup>57</sup>; il quale, quando l'obbligo sia violato – e non sia consentito rimuovere o prevenire il danno agendo per la caducazione della delibera viziata – agisce dunque per il suo risarcimento.

---

<sup>56</sup> Sono favorevoli a tale ricostruzione: CAVANNA, *op. cit.*, 501; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 714; DI SARLI, *op. cit.*, 962; RORDORF, *op. cit.*, 859; SACCHI-VICARI, *op. cit.*, 678, nt. 119.

<sup>57</sup> CAVANNA, *op. cit.*, 501 (il quale però, riferendosi alla disciplina sull'invalidità delle delibere di fusione, individua i soggetti passivi dell'obbligazione inadempita negli amministratori, nei sindaci e negli esperti, sicché la responsabilità della società, che pure ammette dubitativamente a p. 493, dovrebbe forse ricondursi ad una garanzia legale di carattere fideiussorio); DI SARLI, *op. cit.*, 962; SACCHI-VICARI, *op. loc. ult. cit.*; RORDORF, *op. loc. ult. cit.* (che riconduce l'obbligazione al fenomeno della responsabilità da contatto sociale).

Dubitano della correttezza di tale affermazione, *ex aliis*, CHIAPPETTA, *op. cit.*, 284; GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 542, e VENTORUZZO, *op. cit.*, 637 (quest'ultimo sulla base dell'osservazione, probabilmente non decisiva, per cui non esisterebbe fra socio e società un contratto in senso stretto).

È abbastanza chiaro che un obbligo di tal fatta – che normalmente non forma oggetto di alcuna espressa previsione in seno all’atto costitutivo o allo statuto – vada naturalmente ricondotto nell’alveo degli obblighi di buona fede <sup>58</sup>: un corretto svolgimento del rapporto fra il socio e la società impone alla società l’obbligo di non adottare deliberazioni contrarie alle regole sulla validità degli atti, i cui vizi, non potrebbero essere fatti valere in giudizio per ottenerne la rimozione dai soci detenenti azioni complessivamente corrispondenti a meno del 5% (ovvero dell’1% nel caso delle società chiuse) del capitale sociale (qualora si tratti di vizi importanti annullabilità), o da nessun socio oltre gli stretti termini previsti (nelle ipotesi speciali di cui già abbiamo dato conto, sia con riferimento alla nullità che all’annullabilità).

Apparentemente – si può osservare sotto un primo profilo – questo tipo di ricostruzione va a stemperare, in buona misura, l’inconveniente – di cui già si è ampiamente trattato a proposito dell’ipotesi ricostruttiva in termini di responsabilità extracontrattuale – della restrizione della tutela dei soci non legittimati a far valere l’astratta invalidità delle delibere assembleari ai soli casi in cui il danno sia loro provocato (e, cioè, l’adozione della delibera avvenga) con colpa o con dolo <sup>59</sup>. Come è noto, è infatti affermazione assai comune (e tradizionale) quella per cui le norme sulla responsabilità contrattuale di cui agli artt. 1218 ss. c.c. sanzionerebbero l’inadempimento delle obbligazioni prescindendo da ogni indagine riferita a tali elementi soggettivi <sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> DI SARLI, *op. cit.*, 962, parla di «*rapporto fiduciario*» corrente fra società e soci.

<sup>59</sup> D’ALESSANDRO, *op. cit.*, 714.

<sup>60</sup> DE MAURO, *Dell’impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 58; FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, 385;



Va però osservato che quest'ultima affermazione, per quanto diffusa, non è affatto pacifica; ed anzi è dato rinvenire una forte corrente dottrinale di segno opposto, ad avviso della quale, anche con riferimento al risarcimento del danno contrattuale non sarebbe possibile prescindere dal requisito minimo della colpa, formando, anzi, quest'ultimo un principio generale su cui la disciplina della responsabilità per inadempimento sarebbe fondata<sup>61</sup>. Peraltro, anche secondo

---

GAZZONI, *op. cit.*, 637; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 6; MENGONI, *Note sull' inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 270; OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 593 ss.; VISINTINI, *Inadempimento* (voce), in *Enc. giur.*, XVI, 5. Avanti l'introduzione del codice vigente, v. già OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 ss.

<sup>61</sup> BIANCA, *op. cit.*, 17. Ma l'idea rimonta ancora a COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, 17 ss. Questo orientamento è peraltro spesso confermato dalla giurisprudenza nelle sue concrete determinazioni, nonostante il formale ossequio quasi sempre tributato, a parole, nelle massime, al principio opposto, come nota BIANCA, *op. cit.*, 25 (prendendo in esame ad es. Cass. 30 ottobre 1986, n. 6404, Cass. 8 giugno 1984, n. 3450 e Cass. 20 giugno 1983, n. 4236). Riconoscono poi *espressamente* che la responsabilità contrattuale sia fondata sulla colpa: Cass. 22 aprile 2009, n. 9534, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 786; Cass. 15 giugno 1988, n. 4088, in *Giur. civ.*, 1989, I, 111; Cass. 12 giugno 1987, n. 5143, in *Giur. civ.*, 1987, I, 2222. Nell'ordinamento tedesco, dopo lunghe diatribe, in seguito alla "modernizzazione" del diritto delle obbligazioni il § 276 *BGB* sancisce espressamente la generale responsabilità per dolo e per colpa del debitore. Nell'ordinamento inglese l'attenzione ai limiti dell'impegno del debitore trova espressione nell'espedito della condizione contrattuale implicita (*implied condition*: v. già ANSON, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its relation to Contract*<sup>22</sup>, Oxford, 1964, 451), che nel diritto americano si è evoluta nella nozione di *impracticability* (su cui v. FARNSWORTH, *Contracts*<sup>2</sup>, Boston, 1990, 677).

autori che non negano *in toto* la definizione tradizionale della responsabilità contrattuale come responsabilità di carattere normalmente oggettivo, non manca un notevole novero di casi in cui, in ragione del contenuto dell'obbligazione, l'elemento soggettivo della colpa riacquisti rilevanza, soprattutto *sub specie* di negligenza <sup>62</sup> (e proprio in termini di negligenza sembrerebbe doversi qualificare, in un'ottica di responsabilità contrattuale, il comportamento della società che adotti deliberazioni astrattamente invalide e pregiudizievoli per alcuni degli azionisti, con ciò violando un'obbligazione negativa che, peraltro, deve ritenersi avere ad oggetto un *facere* – e rientra dunque nella categoria di obblighi rispetto all'inadempimento dei quali la colpa più facilmente assume rilievo <sup>63</sup>).

Naturalmente, chi afferma che la responsabilità contrattuale non sia (almeno nei casi diversi da quelli disciplinati dall'art. 1176 c.c.) fondata sulla colpa, potrà

---

Con riferimento allo specifico caso che c'impegna, si ammette la rilevanza della colpa in SACCHI-VICARI, *op. cit.*, 678, nt. 120 (ove espressamente è affermato che la società potrebbe liberarsi dalla responsabilità dimostrando l'assenza di dolo o colpa in capo agli amministratori), nonché in VENTORUZZO, *op. cit.*, 638, che proprio per evitare la restrizione dell'area del danno risarcibile che ne deriverebbe preferisce scartare la ricostruzione in chiave di responsabilità contrattuale. *Contra* D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 714, che proprio in ragione della natura oggettiva attribuita alla responsabilità contrattuale propende per la qualificazione del rimedio in tali termini; in termini simili, con riferimento all'invalidità delle delibere di fusione, anche DI SARLI, *op. cit.*, 962, che però, dopo aver affermato in termini generali la superfluità della prova della colpa o del dolo, dichiara applicabile l'art. 2236 c.c., richiamando CASADEI, *Invalidità della fusione ed azioni esperibili*, Roma, 1993, 20, SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tr. Colombo-Portale*, 7, 2004, 673 e 677, nonché VICARI, *Gli azionisti nelle fusioni di società*, Milano, 2004, 359.

<sup>62</sup> GIORGIANNI, *Inadempimento* (voce), in *Enc. dir.*, XX, 878 ss. Similmente NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1962, 85.

<sup>63</sup> GAZZONI, *op. cit.*, 641.

sempre dire che, nel caso che ci impegna, sia proprio la *ratio* dell'istituto – rinforzata dalla presenza, a monte, delle esigenze di rango addirittura costituzionale cui già si è fatto cenno in apertura del presente capitolo – ad imporre una lettura in chiave oggettiva degli specifici casi di responsabilità della società per il danno da delibere astrattamente invalide. Ma nel momento in cui si tratta di individuare quale sia la più consona veste dogmatica per la qualificazione dell'istituto in discorso, appare una forzatura predicarne la natura di responsabilità contrattuale per inadempimento di un'obbligazione che va fisiologicamente ricondotta allo schema della diligenza, salvo poi volerla sottoporre ad un regime di responsabilità oggettiva <sup>64</sup>.

Peraltro, un'osservazione attenta della responsabilità in questione rivela profili di disarmonia ancor più marcati rispetto al modello non solo della responsabilità contrattuale, ma della responsabilità civile in generale. Si è già avuto modo di notare come, se all'azionista non legittimato ad agire per la rimozione delle delibere astrattamente invalide si voglia garantire – come si deve – una tutela che possa surrogare quanto più possibile quella demolitoria, occorre soprattutto imporre che gli sia risarcita (parallelamente a quanto espressamente previsto dall'art. 2497 c.c. in favore dei soci di minoranza pregiudicati dall'attività di direzione e coordinamento svolta in spregio ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale) l'eventuale diminuzione del valore e della redditività della partecipazione <sup>65</sup>. Questo però significa imporre alla società di risarcire

---

<sup>64</sup> Implicitamente ammette la necessità del requisito della colpevolezza dell'ente anche RORDORF, *op. cit.*, 859, salvo poi inspiegabilmente ritenerlo indiscutibilmente presente in concreto in caso di adozione di delibere invalide da parte dell'ente.

<sup>65</sup> V. *supra*.

all'azionista un danno che altro non è se non un riflesso, nella sfera patrimoniale di questi (che ricomprende le partecipazioni azionarie nella società), di una diminuzione patrimoniale subita, in prima battuta, dalla società stessa<sup>66</sup>; il che, se non è in generale un fenomeno necessariamente inammissibile, diviene però del tutto incomprensibile all'interno degli schemi della responsabilità civile, sia essa contrattuale o extracontrattuale, in quanto si tratterebbe di postulare che un soggetto (la società) dovesse risarcire ad un altro (l'azionista) un danno che egli ha patito per primo nel proprio patrimonio<sup>67</sup>.

D'altro canto, il corto circuito sistematico che così si verrebbe a creare è probabilmente il risultato di un errore, a monte, nella lettura della fattispecie, ed in particolare della natura e della valenza delle norme violate dalla società. A ben guardare, infatti, è la stessa affermazione per cui legge e statuto imporrebbero alla società un obbligo di non adottare delibere ad essi non conformi (che abbiamo visto essere presupposto necessario della qualificazione dell'obbligo risarcitorio in termini di responsabilità contrattuale) ad apparire forzata, presupponendo una mescolanza difficilmente accettabile – se si vuole ragionare in maniera rigorosa – fra regole di validità e regole di correttezza. Come è noto, infatti, è opinione tradizionalmente ed autorevolmente sostenuta quella per cui *non* ad ogni causa di illegittimità

---

<sup>66</sup> Ad avviso di LA MARCA, *Il danno alla partecipazione sociale*, Milano, 2012, 83 ss. e poi 240 ss., la società assume il ruolo di soggetto danneggiato se si guarda alla titolarità formale del patrimonio leso in prima battuta e di soggetto danneggiante se si guarda al soggetto cui dovrebbe imputarsi la condotta che ha cagionato il danno.

<sup>67</sup> E v. infatti CASTRONOVO, *La nuova*, cit., 161, che, a proposito dell'analogo meccanismo di cui al terzo comma dell'art. 2497 c.c., afferma che si tratti di una forma di responsabilità «che non riesce ad avere giustificazione alcuna» alla luce degli schemi classici della responsabilità civile.

corrisponderebbe una causa di illiceità, né viceversa <sup>68</sup>. Nel caso specifico, affermare che l'adozione di una deliberazione affetta da cause di invalidità sia illegittima è naturalmente corretto (ai limiti della tautologia); ma affermare che sia illecita non ne è affatto una conseguenza necessaria <sup>69</sup>. È vero che il legislatore impone espressamente di risarcire i danni che derivano da tale comportamento; ma questo, a ben vedere, non appare vietato in quanto tale, o la logica conseguenza sarebbe l'obbligo, in capo alla società, di rimuovere immediatamente le delibere illegittime (obbligo del quale già abbiamo escluso la sussistenza); mentre il meccanismo appare orientato, al contrario, a consentire alla società di proseguire nella propria attività conservando gli effetti delle delibere illegittime, salvo garantire l'insensibilità dei patrimoni degli azionisti non legittimati all'impugnazione rispetto alle ricadute economiche negative delle stesse. Ebbene, se la conservazione di tali effetti, e la prosecuzione nelle strategie di fondo di cui le delibere in questione sono espressione e sanzione, sono consentite, come affermare che al tempo stesso esse siano qualificabili in termini di illiceità?

---

<sup>68</sup> Tale distinzione, tradizionale nel nostro ordinamento, è tutt'altro che desueta. V. sul punto, per tutti: D'AMICO, «*Regole di validità*» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 44 ss.; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 43 ss.; DI MAJO, *La nullità*, in *Tr. Bessone*, VII, Torino, 2002, 91 s.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 272; VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, *passim*. In giurisprudenza, con massima perspicuità: Cass. SS.UU. 19 dicembre 2007, n. 26724.

<sup>69</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 711.

L'adozione di deliberazioni astrattamente invalide appare dunque bensì illegittima, ma pur sempre lecita<sup>70</sup>; di qui la necessità che la fattispecie trovi una qualificazione in termini radicalmente differenti rispetto a quelli propri del meccanismo illiceità - risarcimento, che caratterizza l'intero complesso della responsabilità civile tecnicamente intesa.

---

<sup>70</sup> *Contra* RORDORF, *op. cit.*, 859, sul presupposto però dell'indistinzione fra regole di validità e regole di correttezza (condiviso probabilmente anche da CHIAPPETTA, *op. cit.*, 283 s., ove pare far discendere una responsabilità di carattere extracontrattuale dall'illegittimo esercizio di un potere).

## **5. Obbligazione legale di manleva e sua discussa natura indennitaria.**

Vale la pena, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, tentare una qualificazione dogmatica radicalmente diversa – ed estranea all’ambito della responsabilità civile tecnicamente intesa – dell’istituto qui oggetto di riflessione; una qualificazione che, dunque, perseguendo la finalità di realizzare quanto più possibile la *ratio* che ha spinto il legislatore alla sua introduzione all’interno della disciplina delle invalidità assembleari (e che condiziona, per le ragioni già illustrate, anche sul piano della legittimità costituzionale l’attività dell’interprete), consenta di attribuire a tale istituto dei connotati sistematici più coerenti, oltre che con le intenzioni del legislatore, anche con quanto si può ricavare dal dettato normativo.

Si tratta di riconoscere pienamente le specificità ed i tratti necessariamente caratterizzanti una forma di responsabilità che è propria del diritto societario <sup>71</sup>; e, solo in seconda battuta, di verificare se esso sia riconducibile, senza eccessive forzature, alle categorie del diritto privato generale.

Già si è dato conto di come l’obbligazione in discorso trovi la propria fonte in una espressa previsione normativa che non può essere ricondotta, senza incorrere in contraddizioni di difficile soluzione, ad alcuna norma generale (artt. 1218 c.c., 2043 c.c.), ecc. Essa rappresenta un fenomeno nuovo, che il legislatore ha voluto introdurre in conseguenza dell’ablazione dei rimedi demolitori dei soci rispetto alle delibere astrattamente invalide e che, in assenza di una previsione di diritto positivo, non avrebbe potuto trovare cittadinanza all’interno dell’ordinamento <sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> PINTO, *op. cit.*, 858.

<sup>72</sup> *Ibidem.*

Nell'ottica del legislatore, il fatto che, in assenza di iniziative giudiziali da parte di soci le azioni detenute dai quali rappresentino una certa misura del capitale, la società non debba ritornare sulla deliberazione, pur astrattamente invalida, la cui efficacia può essere, anzi, conservata, appare, in realtà, del tutto fisiologico; ed anzi, proprio quello di liberare la società dal pericolo che l'efficacia della delibera sia rimessa in discussione è, come già detto, l'obiettivo perseguito dal legislatore. Di fronte a dubbi, o finanche a contestazioni, in ordine alla validità di una delibera, tocca agli amministratori valutare se corrisponda all'interesse della società la conservazione dell'efficacia della delibera medesima, ovvero se sia più opportuno riconvocare l'assemblea per la sua eventuale revoca, o, ancora, per il rinnovo della sua adozione; ed il criterio della valutazione, che ha carattere eminentemente discrezionale, va individuato unicamente in una comparazione, sul piano dei rischi e dei benefici, delle conseguenze di tali opzioni <sup>73</sup>.

L'adozione di una delibera astrattamente invalida *non* appare, quindi, di regola, in sé censurabile sul piano della liceità <sup>74</sup> e la conservazione dei suoi effetti è volutamente consentita dal legislatore; salvo che, in tal caso, la società è obbligata – del tutto indipendentemente da ogni valutazione in ordine alla colpa <sup>75</sup> – ad assumersi il rischio che essa abbia degli effetti negativi, tenendone indenni i soci non legittimati ad ottenerne la rimozione.

La società è, in altre parole, autorizzata a “tirare diritto” (a condizione, naturalmente, che la minoranza contraria disposta ad attivarsi giudizialmente sia

---

<sup>73</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, 274 s.

<sup>74</sup> *Contra* RORDORF, *op. cit.*, 859, sul presupposto però dell'indistinzione fra regole di validità e regole di correttezza.

<sup>75</sup> D'ALESSANDRO, *op. loc. ult. cit.*



sufficientemente esigua, o, nelle ipotesi speciali, non abbastanza rapida); ma, a quel punto, se la delibera ha effetti negativi, questi non possono in alcun modo ricadere su tali azionisti, che devono quindi esserne tenuti indenni dalla società stessa. L'ordinamento non vuole che gli effetti di deliberazioni adottate in contrasto con le regole di validità siano conservati con pregiudizio della sfera giuridica degli azionisti ad esse contrari.

La legge consente infatti bensì che i singoli azionisti siano coinvolti, loro malgrado, nel rischio implicato da scelte operate a maggioranza; ma sempre e solo nei limiti delle regole sulla validità degli atti. Oltre tali limiti, la conservazione degli effetti delle scelte della maggioranza a dispetto dell'attiva opposizione di parte degli azionisti è ammessa in via eccezionale, in forza di considerazioni che, come abbiamo visto, hanno carattere efficientistico; ma obbliga la società a ristorare per equivalente ogni pregiudizio che i soci cui è inibita l'iniziativa demolitoria possano subire, neutralizzando ogni effetto negativo sui loro patrimoni e così offrendo loro schermo rispetto al rischio nel quale altrimenti si troverebbero (mercé il rapporto di partecipazione) illegittimamente (seppur non illecitamente) coinvolti; con una protezione che deve – come accennato – necessariamente abbracciare (pena la completa insufficienza della tutela in una gran parte dei casi) anche i pregiudizi indiretti, che gli azionisti patirebbero in conseguenza del fatto che, ad una diminuzione di valore del patrimonio della società dovuta agli effetti delle delibere di cui non possono ottenere l'eliminazione, conseguisse, nel loro patrimonio personale, una diminuzione del valore delle azioni.

Volendo tentare di ricondurre questa peculiare forma di responsabilità oggettiva di fonte legale <sup>76</sup> ad alcuna categoria generale del diritto privato (evidentemente diversa dalla responsabilità civile tecnicamente intesa, sia essa contrattuale o extracontrattuale), è molto diffusa, fra gli autori che attribuiscono alla tutela caratteristiche analoghe a quelle che fin qui si è ritenuto necessario accordarle, l'idea che si tratti di una forma di indennizzo, o indennità che dir si voglia <sup>77</sup>.

Conduce in tale direzione, innanzitutto, la circostanza che, per le ragioni appena illustrate, si tratti di una obbligazione imposta dalla legge in relazione alla commissione di un atto lecito. Appaiono inoltre incoraggianti, sempre in relazione al tentativo di ricondurre la divisata obbligazione legale al *genus* dell'indennità,

---

<sup>76</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 459, definisce tale obbligazione come «responsabilità oggettiva da atto lecito». GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Comm. breve Maffei Alberti*, Padova, 2015, 593, descrive «una responsabilità organica che prescinde dallo stato soggettivo dei soci». NIGRO, *op. cit.*, 893, afferma si tratti di una forma di «responsabilità né contrattuale né extracontrattuale, ma puramente e semplicemente, ex lege», fortemente caratterizzata dall'irrelevanza dell'elemento soggettivo. Parla di una «responsabilità «senza colpa» (= verschuldungabhängig [...]), che trova la sua fonte nella legge stessa» PORTALE, *op. cit.*, 622 che traccia un utile parallelo con la disciplina tedesca di cui al § 246a *AktG*. Di «responsabilità oggettiva ex lege» fa parola VENTORUZZO, *op. cit.*, 638.

<sup>77</sup> NIGRO, *op. cit.*, 892 ss.; PIAZZA, *Il regime delle «invalidità» delle delibere assembleari*, in *Le grandi opzioni della riforma* a cura di G. Cian, Padova, 2004, 283 ss.; ROSSANO, *op. cit.*, 402 ss.; dubitativamente VENTORUZZO, *op. cit.*, 637 ss., che infine sembra propendere per una tesi diversa. In giurisprudenza, v. Trib. Milano 2 novembre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1935, ove, a proposito della tutela obbligatoria dei soci non (più) legittimati ad agire per far valere l'invalidità delle delibere di fusione, si parla di un «diritto a un ristoro a contenuto indennitario».

*Contra*: CHIAPPETTA, *op. cit.*, 286, nt. 69; BUFFA DI PERRERO, *op. cit.*, 101 s.; PINTO, *op. cit.*, 860 ss.; SACCHI, *La tutela obbligatoria*, 162; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 193 s.

anche i limiti particolarmente ampi (e finanche sfumati) di tale categoria, cui sono ricondotte ipotesi, fra loro assai differenti, di obblighi previsti dall'ordinamento <sup>78</sup>. Ancora, il fatto che le norme sulla tutela obbligatoria degli azionisti a fronte delle delibere astrattamente invalide parlino espressamente di *risarcimento* <sup>79</sup> non sembra decisivo, ben potendo il termine essere stato utilizzato in maniera generica. Infine, è frequente l'affermazione per cui la qualificazione in termini indennitari dell'istituto di nostro interesse consentirebbe una protezione più generosa dell'azionista <sup>80</sup>.

Il fenomeno sembrerebbe effettivamente riconducibile al paradigma indennitario, per le ragioni che sono appena state illustrate, se il criterio discretivo fra indennità e risarcimento fosse riconosciuto nel fatto che il risarcimento fosse la

---

<sup>78</sup> SACCHI, *Tutela reale*, cit., 152 (concludendo però negativamente e preferendo una qualificazione in chiave di responsabilità contrattuale).

<sup>79</sup> STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 193; a proposito della tutela obbligatoria sostitutiva delle azioni demolitorie contro le delibere di trasformazione: BUFFA DI PERRERO, *op. cit.*, 101 (la quale rileva anche, probabilmente in maniera non decisiva, come, da un esame comparatistico, si possa notare che, ove i vari ordinamenti dispongano tutele di tipo indennitario, tendano a dettarne una disciplina dettagliata ed a porli come rimedi «esclusivi», richiamando gli esempi del § 253 del *Delaware Corporation Act* e del § 14, *Abs.* 1, 2 e 15 *UmwG*).

<sup>80</sup> SACCHI, *Tutela reale*, cit., 155; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 191. Va peraltro considerata la possibilità che simili affermazioni celino il rischio di un'inversione logica, nel senso che parrebbe più corretto affermare che la natura indennitaria dell'istituto debba discendere dall'ampiezza che – per le ragioni già illustrate – appare indispensabile riconoscere alla protezione dei singoli azionisti, e non viceversa. In altri termini, il dato da tener fermo innanzitutto è quello relativo all'ampiezza della tutela (che deve abbracciare il danno indiretto) e alla legittimazione passiva della società (quantomeno in via principale). Ferme tali caratteristiche, la qualificazione del rimedio in termini indennitari può essere auspicabile, ma non deve essere ritenuta aprioristicamente necessaria.

forma di riparazione destinata a fornire ristoro a chi abbia subito un danno in conseguenza dell'altrui condotta illecita e l'indennità fosse invece rimedio destinato a reintegrare un pregiudizio determinato da una condotta pur lecita <sup>81</sup>. Allo stesso risultato parrebbe potersi giungere seguendo la definizione che ricollega l'indennità alla perdita o alla limitazione del diritto di un soggetto dovuta al suo trasferimento forzoso o alla nascita di un nuovo diritto in capo ad altri <sup>82</sup>. Né la riconducibilità del rimedio oggetto delle nostre riflessioni al *genus* invalidità sarebbe incrinata se si accogliesse la tesi per cui questo raccoglierebbe le specie di obblighi di riparazione per le quali varie ragioni di carattere sistematico impongano l'esclusione del risarcimento in forma specifica, consentendo invece solamente quello per equivalente <sup>83</sup>.

Più complesso sarebbe invece il discorso se si preferisse la tradizionale (e criticata <sup>84</sup>) nozione di indennità come forma di riparazione ricollegata all'arricchimento di un soggetto a scapito di altri, che l'ordinamento intenda eliminare <sup>85</sup>. Ad un primo sguardo, risulta chiaro che una definizione della tutela

---

<sup>81</sup> CICCARELLO, *Indennità (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XXI, 105.

<sup>82</sup> SCOGNAMIGLIO, *Indennità* (voce), in *Novissimo dig. it.*, VIII, 1962, 595.

Ragionano in termini simili: D'ALESSANDRO, *op. loc. ult. cit.*; NIGRO, *op. cit.*, 892; PINTO, *op. cit.*, 859, ed in particolare n. 26, ove si prospetta che l'istituto *de quo* rappresenti una forma di elevazione a modello legale di risoluzione del conflitto generato dall'adozione di delibere astrattamente invalide del c.d. *Anfechtungsabkauf*, cioè il fenomeno per cui la società versa ai soci minoritari "dissidenti" un corrispettivo in denaro a fronte della loro rinuncia all'impugnazione.

<sup>83</sup> TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 155.

<sup>84</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>85</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 439 s.; SALVI, *La responsabilità civile* <sup>2</sup>, in *Tr. Iudica-Zatti*, Milano, 2005, 262.

obbligatoria degli azionisti non legittimati ad impugnare le delibere astrattamente invalide che presupponesse un arricchimento, in senso proprio, della società, e restringesse il *quantum* indennizzabile a tale arricchimento, risulterebbe inaccettabilmente restrittiva rispetto all'ampiezza che si ritiene necessario riconoscere alla protezione degli azionisti stessi e, per conseguenza, dovrebbe essere scartata<sup>86</sup>. Ciò posto, ad uno sguardo più ampio, occorre ammettere, e segnalare, che è comunque suggestiva la vicinanza che si può ravvisare fra la situazione dell'azionista che detenga partecipazioni in una società la quale adotti deliberazioni in spregio alle regole sulla validità degli atti – e che però egli non sia legittimato ad impugnare – e i casi di lesione del potere di disposizione, i quali vengono, da una parte della dottrina di cui si reputa condivisibile l'opinione, regolati in termini di arricchimento privo di causa *ex art. 2041 c.c.*, con attribuzione, quindi, ai soggetti lesi, di un indennizzo<sup>87</sup>. Beninteso, l'adozione di una delibera da parte della società non è solitamente qualificabile, in senso tecnico, in termini di disposizione di situazioni giuridiche soggettive proprie del socio; si tratta, tuttavia, comunque di atti destinati a modificare, se non la sfera giuridica del socio, quella della società, ente al quale egli partecipa e alla modificazione della cui sfera giuridica dovrebbe poter contribuire – in forza dei diritti e dei poteri amministrativi inerenti le azioni – nella misura stabilita dalle regole di validità. Ed appare quindi coerente, su un piano sistematico, che, come la lesione del potere di disposizione sulle proprie

---

<sup>86</sup> V. anche le osservazioni di PINTO, *op. cit.*, 861, per il quale il fulcro dell'istituto in discorso, se ricostruito in forma indennitaria, finirebbe per essere rappresentato dall'interesse dell'azionista alla legalità.

<sup>87</sup> Per una completa ricostruzione del problema, v. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento - Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, *passim* ed in particolare 708 ss. Nello stesso senso CASTRONOVO, *La nuova*, cit., 623 ss.

situazioni giuridiche soggettive può dar luogo, attraverso l'applicazione della disciplina sull'arricchimento privo di causa, all'attribuzione al soggetto leso di un indennizzo, così anche un indennizzo sia attribuito, attraverso l'introduzione dell'istituto di cui si tratta, al soggetto che veda leso il proprio potere di contribuire (nella misura determinata dall'entità della partecipazione complessivamente detenuta) all'amministrazione della società cui partecipa.

Va comunque osservato che la stessa eterogeneità fra le varie ipotesi qualificate dalla legge (o dagli interpreti) in termini indennitari<sup>88</sup>, se da un lato, come già si è accennato, facilita la riconduzione di un'ulteriore *species* al *genus*, dall'altro rende l'operazione – appunto per la mancanza di confini certi e tratti caratterizzanti universalmente riconoscibili – notevolmente incerta<sup>89</sup>.

Inoltre, tale modo di classificare l'obbligo legale in discorso rischierebbe di suggerire un'eccessiva accentuazione del ruolo dell'equità in sede di determinazione del *quantum* dovuto dalla società ai soci non legittimati ad ottenere la caducazione delle deliberazioni astrattamente invalide. Come si sa, infatti, è piuttosto ricorrente in dottrina la massima per la quale uno dei tratti caratterizzanti i rimedi indennitari consisterebbe nella determinazione in via equitativa della somma dovuta al soggetto indennizzando<sup>90</sup>. La portata di tale affermazione varia sensibilmente a seconda degli autori, tanto che da varie parti si è giunti a sottolineare come, in realtà, l'equità non possa costituire un criterio di quantificazione *necessario* dell'indennità e nemmeno possa, di conseguenza, influire

---

<sup>88</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 594 ss.

<sup>89</sup> VENTORUZZO, *op. cit.*, 636.

<sup>90</sup> CICCARELLO, *op. cit.*, 105.

sulla sua natura giuridica<sup>91</sup>. Tuttavia, la sua notevole diffusione impone di non trascurare il rischio che una riconduzione della tutela degli azionisti che forma oggetto del nostro discorso al *genus* dell'equità si traduca in una generalizzazione del ricorso all'equità nella determinazione delle somme dovute agli azionisti medesimi, con evidente pregiudizio di questi ultimi (dal momento che, come è noto, il ristoro determinato in via equitativa è necessariamente inferiore rispetto al valore intero del pregiudizio subito)<sup>92</sup>. Né la preoccupazione appena accennata deve considerarsi frutto di mera congettura, dal momento che già in dottrina è stata avanzata una proposta ricostruttiva seguendo la quale – pur in un contesto caratterizzato dall'ammissione del concorso fra risarcimento dei danni diretti al patrimonio dell'azionista inquadrato nell'ambito della responsabilità civile e “risarcimento” *ex art. 2377*, comma quarto, c.c. – il ristoro in discorso dovrebbe essere determinato in via *del tutto* equitativa, come una sorta di “sanzione privata” della violazione della violazione dei diritti amministrativi del socio in sé considerata, indipendentemente dalla produzione di alcun danno patrimoniale; prospettiva, questa, che naturalmente appare difficilmente accettabile, a tacer d'altro, per l'eminente carattere patrimoniale delle posizioni giuridiche soggettive di cui il socio è titolare in relazione al rapporto sociale.

Queste incertezze paiono suggerire di sospendere parzialmente il giudizio circa la natura indennitaria o meno dell'istituto in discorso. Ciò che si può dire è che la tutela indennitaria e la tutela degli azionisti privi di tutela reale a fronte delle

---

<sup>91</sup> CICCARELLO, *op. cit.*, 105, nt. 39; PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica (Saggi)*, Milano, 1951, 167 ss.; TORREGROSSA, *op. cit.*, 149, nt. 58.

<sup>92</sup> Il rischio è segnalato in VENTORUZZO, *op. cit.*, 638, nt. 24.

deliberazioni invalide presentano vari profili di contatto, di cui già si è dato conto, ma che una definitiva riconduzione della seconda nell'ambito della prima rimane condizionata al rispetto delle necessarie caratteristiche inizialmente elencate, ed in particolare del pieno ristoro del pregiudizio degli azionisti.

Volendo trovare un punto di riferimento nel novero delle categorie del diritto privato generale appare più utile, piuttosto, portarsi nell'ambito delle obbligazioni di garanzia <sup>93</sup>. A suggerire tale strada contribuisce, in particolar modo, il fatto che, come già si è avuto modo di esporre, il cuore essenziale del meccanismo diviso dal legislatore a protezione dei soci privati della legittimazione ad impugnare le delibere assembleari astrattamente invalide consiste in una traslazione del rischio <sup>94</sup> connesso alla conservazione degli effetti della delibera sgradita a tali azionisti; traslazione in virtù della quale, come si è detto, gli azionisti medesimi dovrebbero essere sgravati di ogni rischio, del quale deve invece farsi carico la società <sup>95</sup>. In questo senso la società, una volta adottata una delibera astrattamente invalida, è

---

<sup>93</sup> Sembrano alludere ad una qualificazione di questo tipo: PORTALE, *op. cit.*, 622; VENTORUZZO, *op. cit.*, 638.

<sup>94</sup> TUCCI, *Garanzia* (voce), in *Digesto civ.*, VIII, Torino, 1992, 581.

<sup>95</sup> È facile avvertire che questo meccanismo finisce per generare, in virtù del rapporto di partecipazione, una sorta di paradosso, per il quale gli effetti negativi di una delibera astrattamente invalida sul patrimonio sociale impongono alla società l'obbligo di risarcire ai soci non legittimati all'impugnazione la corrispondente diminuzione di valore delle loro partecipazioni; ma l'obbligo di versare tale somma a sua volta aggiunge una passività al patrimonio sociale, che dovrebbe riflettersi in una nuova diminuzione del valore delle partecipazioni degli azionisti, con un andamento simile, come è stato notato, al celebre paradosso di Achille e della Tartaruga (SACCHI, *La tutela obbligatoria*, cit., 165; ID., *Tutela reale*, cit., 155 ss.). Si tratta, tuttavia, di un impedimento che all'atto pratico sembra poter conoscere una semplice soluzione, per l'esposizione della quale si rinvia alla parte del presente lavoro dedicata alla quantificazione della somma attribuibile agli azionisti.



obbligata a *garantire* gli azionisti privi della legittimazione ad impugnare rispetto ad ogni effetto pregiudizievole della stessa sui loro patrimoni, ed in particolare sul valore e sulla redditività delle loro partecipazioni.

Questo peculiare tipo di obbligo di garanzia, inserito dal riformatore nella disciplina delle invalidità assembleari, appare poi, in particolare, accostabile a quella particolare (e per certi aspetti eccentrica <sup>96</sup>) *species* di garanzia che è nota sotto il nome di malleveria, e che si definisce comunemente come l'obbligazione, assunta dal mallevadore (nel nostro caso: impostagli dalla legge) di tener indenne il soggetto mallevato (l'azionista non legittimato all'impugnazione) dalle conseguenze patrimoniali dannose derivanti dal fatto dello stesso mallevadore (l'adozione della delibera astrattamente invalida, che l'azionista-mallevato non può rimuovere), o dal fatto di terzi, o ancora da un evento futuro <sup>97</sup>.

La circostanza che l'attivazione di questa peculiare specie di garanzia non presupponga affatto (a differenza della fideiussione) il mancato adempimento di una preesistente obbligazione principale <sup>98</sup> rende infine l'accostamento particolarmente pregnante, evidenziando come la categoria da ultimo invocata si presti ad abbracciare un caso, come è quello che ci impegna, in cui la responsabilità si ricolleggi alla commissione di atti bensì pregiudizievoli, ma in sé leciti.

Di talché, se è opportuno mantenere una riserva circa la riconducibilità del fenomeno al genere delle indennità, sembra invece essenzialmente corretto, con riferimento alla tutela obbligatoria degli azionisti non legittimati ad agire

---

<sup>96</sup> TUCCI, *op. cit.*, 596.

<sup>97</sup> FRAGALI, *Fideiussione. Mandato di credito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 47; MESSINEO, *op. cit.*, 141; TUCCI, *op. cit.*, 595 s.

<sup>98</sup> TUCCI, *op. cit.*, 596.

giudizialmente per l'invalidità delle delibere assembleari, far parola di una forma di malleveria di fonte legale.



### **III. I PROFILI SOSTANZIALI DELLA TUTELA.**

#### **1. Il soggetto attivo.**

Inquadrata dogmaticamente la tutela obbligatoria degli azionisti privi di rimedi demolitori a fronte di delibere assembleari astrattamente invalide, è possibile procedere a delinearne, nella loro essenza, i profili sostanziali, utilizzando la chiave interpretativa fin qui illustrata per offrire una possibile risposta ai quesiti di maggior momento emersi in dottrina al riguardo.

Il primo punto da affrontare – e la prima serie di questioni da sciogliere – concerne la precisa individuazione dei soggetti attivamente legittimati all’attivazione del rimedio in discorso: i soggetti, dunque, che, in caso di adozione, da parte di una società per azioni, di una deliberazione astrattamente invalida, sono creditori, rispetto alla società medesima, di una somma pari al danno eventualmente provocato dalla deliberazione stessa nel loro patrimonio.

Secondo l’ampia definizione già data, la garanzia rispetto agli effetti negativi delle deliberazioni astrattamente invalide spetta agli azionisti privi della legittimazione ad esperire rimedi di indole demolitoria. Come sappiamo, sono senz’altro ricompresi, fra questi, i soci privi del diritto di voto o detenenti azioni che rappresentino porzioni del capitale sociale complessivamente <sup>1</sup> inferiori al 5% nelle società cc.dd. “chiuse” ed all’1‰ in quelle cc.dd. “aperte”, a fronte di deliberazioni astrattamente annullabili, come disposto dai commi terzo e quarto dell’art. 2377 c.c.

---

<sup>1</sup> Si avrà modo fra brevissimo di prendere in considerazione il significato esatto da attribuire a questo avverbio “complessivamente”, sul quale si evita, per il momento, di concentrare l’analisi.

Il discorso si complica però con riferimento all'ulteriore serie di previsioni di carattere speciale contenenti ulteriori restrizioni – tutte, tranne quella di cui all'art. 2434 *bis*, comma secondo, c.c., operanti sul piano *temporale*, e non invece fondate sull'entità delle partecipazioni complessivamente detenute dai soci – dell'accesso ai rimedi demolitori, ossia ai noti artt. 2434 *bis* c.c., 2379 *ter* c.c., 2500 *bis* c.c., 2504 *quater* c.c. e 2506 *ter* c.c. In particolare, sono due gli ordini di problemi che vanno trattati, per quanto qui interessa, con riferimento a tali disposizioni. Da un lato, si tratta di comprendere se quelle, fra esse, che prevedono espressamente il diritto degli azionisti al “risarcimento” dei danni provocati dalle delibere assembleari di cui essi non possono far valere l'astratta invalidità, siano tutte effettivamente riconducibili al paradigma della garanzia legale sostitutiva della tutela demolitoria, che è stato individuato nel paragrafo precedente (e se, dunque, *propriamente* essi possano dirsi legittimati all'esperimento di tale rimedio, e non invece meramente legittimati ad agire per il risarcimento del danno, ove eventualmente spettante in base alle regole della responsabilità civile di diritto comune). Dall'altro lato, occorre comprendere se l'istituto di cui si tratta debba ritenersi implicitamente applicabile anche ai casi disciplinati da quelle disposizioni che, pur stabilendo restrizioni alla legittimazione ad agire per far valere l'invalidità delle delibere assembleari, tacciono con riferimento all'eventuale attribuzione agli azionisti di rimedi di indole obbligatoria.

Si è già avuto modo di evidenziare, nel capitolo precedente, come le norme che disciplinano l'invalidità delle delibere relative ad operazioni straordinarie (artt. 2500 *bis*, 2504 *quater* e 2506 *ter* c.c.) siano state dettate, in buona sostanza, per gli stessi scopi – e per la protezione, almeno in via primaria, dei medesimi interessi – a cui sono rivolte le regole di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 2377 c.c.; e già si è avuta occasione di trarre, da queste considerazioni, la conclusione che il *diritto al risarcimento del danno* che tali norme accompagnano alla restrizione della tutela invalidativa (ottenibile solo fino a che

alle operazioni straordinarie non sia stata data pubblicità nelle forme di legge) condivida la medesima natura della garanzia *ex lege* prevista dal quarto comma dell'art. 2377 c.c.

Queste considerazioni possono essere ora estese alla ulteriore tutela di indole obbligatoria prevista – con formulazione identica a quella impiegata in tema di operazioni straordinarie – al terzo comma dell'art. 2379 *ter* c.c., in favore degli azionisti che non abbiano potuto far valere, entro i termini decadenziali previsti dai primi due commi del medesimo articolo, la nullità<sup>2</sup> di deliberazioni assembleari aventi ad oggetto l'aumento o la diminuzione reale del capitale sociale, ovvero l'emissione di obbligazioni. Anche qui, come in materia di operazioni straordinarie, il meccanismo di fondo, nonché la *ratio* perseguita dal legislatore, appaiono essere i medesimi che caratterizzano le previsioni di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 2377 c.c.<sup>3</sup>: si intende consentire alla società, una volta decorsi i brevi termini decadenziali previsti, di avere la certezza che l'efficacia delle deliberazioni adottate (e delle operazioni eventualmente svolte in loro esecuzione) non verrà meno; si nega quindi agli azionisti la possibilità di far valere in giudizio l'invalidità delle deliberazioni medesime, ma, onde compensarli del pregiudizio che esse potrebbero arrecare loro (e che non sono più in grado di rimuovere attraverso i

---

<sup>2</sup> Per la verità, il dettato legislativo fa genericamente riferimento, al secondo comma dell'art. 2379 *ter* c.c., all'*invalidità*. Non sembra tuttavia vi siano ragioni di supporre che – con un'ennesima *variatio* – si sia voluto, per le sole società “aperte”, modificare, con riferimento alle delibere in discorso, il termine decadenziale di novanta giorni generalmente fissato dal sesto comma dell'art. 2377 c.c. per l'esercizio dell'azione di annullamento (conformi LENER, *Art. 2379 ter*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, I, Napoli, 2004, 576 e PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Società*, 2003, 965 ss.).

<sup>3</sup> SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 145. *Contra*: NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 883 s.; SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 260.

meccanismi invalidativi), si attribuisce loro un rimedio di diversa indole, idoneo a proteggere comunque i loro interessi, quantomeno sul piano patrimoniale. La società è protetta dal rischio e dall'incomodo derivante dall'instabilità delle delibere (particolarmente grave in relazione alle operazioni in questione), ma deve farsi carico del rischio che le delibere si rivelino dannose per gli azionisti che non le possono impugnare.

Le differenze fra la disciplina di cui all'art. 2377 c.c. e quelle di cui agli artt. 2379 *ter* c.c., 2500 *bis* c.c., 2504 *quater* c.c. e 2506 *ter* c.c. si giustificano, naturalmente, in ragione del differente oggetto delle deliberazioni disciplinate dalle norme speciali, e dunque della differente intensità del rischio inerente l'instabilità delle deliberazioni. Sicché, se in generale il legislatore ha ritenuto di consentire alla conservazione degli effetti di delibere invalide solo a fronte di vizi di gravità minore, quali dovrebbero essere quelli che danno luogo ad ipotesi di mera annullabilità, ed esclusivamente qualora ad agire per far valere l'invalidità siano solo soci titolari di azioni che rappresentino porzioni del capitale sociale inferiori alle note soglie del 5% e dell'1%, in considerazione dell'importanza delle decisioni di aumento e diminuzione reale del capitale, nonché di emissione di obbligazioni, ha preferito introdurre anche delle restrizioni ai termini, ordinariamente triennali, per far valere in giudizio le nullità delle delibere, compensandone gli azionisti con l'introduzione della garanzia legale per i danni prodotti dalle deliberazioni stesse; e, nel caso delle delibere relative alle operazioni straordinarie, ha introdotto termini diversi, e vevoli sia qualora esse siano affette da nullità, che qualora siano affette da annullabilità.

La soluzione appena illustrata non risulta pacifica in dottrina, ove anzi varie voci hanno evidenziato le differenze che correrebbero fra la norma sulla tutela obbligatoria concessa ai soci di ultraminoranza a fronte dell'astratta annullabilità delle delibere e

quelle contenute invece nelle disposizioni relative ai casi speciali di invalidità<sup>4</sup>. In particolare – a parte la differenza per cui nel primo caso si tratterebbe di “monetizzare” gli interessi dei piccoli azionisti, mentre negli altri la surrogazione fra i meccanismi di tutela dei soci prescinde del tutto dall’entità delle partecipazioni possedute – è stato sottolineato come gli artt. 2379 *ter* c.c., 2500 *bis* c.c., 2504 *quater* c.c. e 2506 *ter* c.c. facciano tutti egualmente salvo il *risarcimento del danno eventualmente spettante* agli azionisti privi di tutela reale, con ciò parendo alludere al fatto che la spettanza o meno del risarcimento stesso vada valutata alla stregua di criteri normativi esterni a tali norme (e precisamente a quelli ordinari della responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale), le quali non *introdurrebbero* una forma speciale di responsabilità, ma si limiterebbero a richiamare quelle già esistenti nell’ordinamento; in ciò distinguendosi rispetto al quarto comma dell’art. 2377 c.c., il quale invece, disponendo seccamente che gli azionisti di ultraminoranza (e quelli privi del diritto di voto) *hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato*, sarebbe l’unica disposizione idonea a fungere da fonte ad una specie autonoma di responsabilità oggettiva<sup>5</sup>. L’argomento – pur evidentemente suggestivo, e non intaccabile se si ha riguardo esclusivamente al dato letterale – sembra tuttavia dover cedere rispetto alla considerazione che il legislatore, a dispetto delle differenze nel linguaggio utilizzato nell’una e nelle altre disposizioni, non sembra esser stato mosso da una diversa valutazione degli interessi in gioco per quanto attiene alle caratteristiche della tutela obbligatoria (tale da ritenere, ad es., che l’interesse degli azionisti di ultraminoranza, privati della legittimazione ad agire per l’annullamento di

---

<sup>4</sup> *Ex aliis*: NIGRO, *op. cit.*, 883 s.; SCALA, *op. cit.*, 260.

<sup>5</sup> V. D’ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, 712, nonché, con specifico riferimento all’art. 2379 *ter*, MARCHETTI, *Art. 2379 ter*, in *Art. 2377*, in PICCIAU (a cura di), *Assemblea*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2008, 327.



una delibera di autorizzazione di un'operazione industriale, in qualche misura poziore rispetto a quello degli azionisti privati, dopo la rapida iscrizione di una delibera di trasformazione nel registro delle imprese, della legittimazione ad invocarne la nullità). Al contrario, come accennato, egli pare aver voluto utilizzare, in tutti questi casi, il medesimo meccanismo di surrogazione fra i rimedi a fronte di un medesimo interesse alla stabilizzazione degli effetti delle delibere, che varia (questo sì) di intensità, senza che però vari correlativamente l'intensità dell'interesse degli azionisti privati della tutela reale a ricevere, sul piano obbligatorio, un pieno ristoro dei pregiudizi subiti.

Sullo sfondo di tali considerazioni, si staglia, peraltro, l'esigenza, che non sembra corretto trascurare, di fornire un certo grado di semplificazione al "microsistema" delle restrizioni della legittimazione ad agire per far valere l'invalidità delle delibere assembleari e delle correlative tutele obbligatorie degli azionisti, che si presenta, come già si è avuto modo di illustrare, notevolmente frastagliato<sup>6</sup>; sicché parrebbe piuttosto sconveniente aggiungere, alla serie di insopprimibili (e talvolta opportune) differenze fra esse correnti anche quella di una divisione – non sorretta da alcuna evidente ragione di ordine teleologico – fra norme introduttive di responsabilità oggettive *ex lege* in favore degli azionisti e norme di mero richiamo alle regole sulla responsabilità civile generale.

Sembra anzi cogliere nel segno chi ha sostenuto che, nel sistema del diritto societario sortito dalla riforma, sia rintracciabile (sulla scorta delle disposizioni citate) un vero e proprio principio generale per cui alle restrizioni della legittimazione ad esperire le azioni invalidative farebbe ordinariamente riscontro l'attribuzione, ai soggetti privati

---

<sup>6</sup> Anche per la collocazione delle norme, in parte raggruppate negli artt. 2377 ss., in parte sparpagliate fra le disposizioni in tema di bilancio e di operazioni straordinarie.

della legittimazione stessa, della garanzia legale sostitutiva sul modello dell'art. 2377 c.c.<sup>7</sup>.

Il riconoscimento di tale principio consente di risolvere il quesito, poco innanzi anticipato, circa la spettanza della garanzia legale per i danni provocati dalla deliberazione astrattamente invalida nel caso delle delibere di approvazione del bilancio, in relazione alle quali le previsioni di restrizione temporale (art. 2434 *bis*, comma primo, c.c.) e censitaria (comma secondo) alla legittimazione ad agire per l'invalidità non si accompagnano ad alcun accenno ad una tutela obbligatoria sostitutiva in favore degli azionisti<sup>8</sup>.

Anche qui, la pura esegesi del dato letterale parrebbe orientare l'interprete in senso opposto a quello prospettato, poiché la mancata previsione del rimedio obbligatorio in questo caso soltanto potrebbe apparire frutto di una consapevole volontà legislativa orientata alla sua esclusione. Nondimeno, una soluzione del genere apparirebbe affatto priva di giustificazione, dal momento che non pare potersi rinvenire alcuna differenza fra la situazione degli azionisti pregiudicati da delibere invalide in tema di operazioni straordinarie, modificazioni del capitale ed emissione di obbligazioni da un lato, e degli azionisti pregiudicati da delibere invalide di approvazione del bilancio, dall'altro. L'art. 2434 *bis* c.c., così interpretato, parrebbe finanche esposto a censure in punto di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. – nonché alla luce dell'art. 24 Cost. (per l'eccessiva compressione del diritto dei soci di agire in giudizio a tutela dei propri interessi) e dell'art. 42 Cost.

---

<sup>7</sup> VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati ad impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, 685 ss.

<sup>8</sup> CORRADO, *Art. 2434-bis*, in BIANCHI-NOTARI (a cura di), *Obbligazioni - Bilancio.*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 682; VENTORUZZO, *op. cit.*, 685 ss.

(per il *vulnus* al diritto di proprietà sulle azioni <sup>9)</sup> <sup>10)</sup>. D'altra parte, quanto poco affidabile sia il dato letterale come indice di una volontà legislativa diretta a negare la tutela obbligatoria agli azionisti in discorso lo dimostra la stessa Relazione alla riforma del diritto societario, affermando testualmente che «*in questa materia potrà spiegare la propria funzione di protezione degli interessi dei soci [...] eventualmente danneggiati il rimedio alternativo della azione di risarcimento*» <sup>11)</sup>.

Naturalmente, la portata del principio predetto, per il quale ad ogni restrizione della legittimazione dei soci a far valere l'invalidità delle delibere assembleari corrisponde l'attribuzione di un diritto al ristoro dei pregiudizi provocati dagli effetti delle delibere astrattamente invalide, non deve comunque essere esagerata, fino a ritenere che qualsiasi restrizione rispetto ad un astratto paradigma di nullità imprescrittibile ed invocabile in giudizio da chiunque vi abbia interesse conduca al riconoscimento della garanzia legale rispetto ai danni provocati in capo a chi non abbia (o non abbia più) accesso ai rimedi demolitori. Così ragionando, si finirebbe per riconoscere il rimedio obbligatorio anche agli azionisti che non esperiscano entro tre anni l'azione di nullità a fronte di delibere aventi oggetto non ricompreso fra quelli contemplati dalle norme speciali (approvazione del bilancio; modifiche del capitale;

---

<sup>9)</sup> Il qual diritto non riceverebbe allora tutela neppure quale mero diritto alla conservazione del loro valore (per tale concezione v. ANGELICI, *La società per azioni - I. Principi e problemi*, Milano, 2012, 78, ed ivi, alla nt. 130, i riff. agli antecedenti in area germanica).

<sup>10)</sup> Pare invece da escludersi, in questo caso, il problema, già accennato nel capitolo precedente, del possibile eccesso di delega, dal momento che l'introduzione nell'ordinamento delle norme di cui all'art. 2434 *bis* c.c. ha preceduto nel tempo la riforma organica del diritto societario.

<sup>11)</sup> Il richiamo si ritrova anche in CORRADO, *op. cit.*, 682.

emissione di obbligazioni; operazioni straordinarie)<sup>12</sup>, e perfino – a voler spingere il ragionamento al parossismo – a quelli che, pur detentori di partecipazioni complessivamente rappresentative di più del 5% o dell'1% del capitale sociale, non esercitino entro il termine trimestrale l'azione di annullamento (generando peraltro un evidente corto circuito con la previsione per cui anche la domanda di “risarcimento del danno” da delibera astrattamente annullabile dev'essere esercitata, a pena di decadenza, entro novanta giorni). Tutto questo, sì, pare andare ben al di là delle intenzioni del legislatore e della logica del sistema. Occorre allora precisare, e considerare, che possono considerarsi *restrizioni* dell'accesso ai rimedi demolitori, ai fini del riconoscimento del rimedio obbligatorio sostitutivo, solo quelle che siano tali rispetto ai paradigmi della nullità e dell'annullamento che sono propri del diritto societario, e in particolare delle delibere assembleari di società per azioni. La restrizione alla legittimazione ad agire per l'annullamento è dunque restrizione all'esercizio di un'azione che *ordinariamente* (e non eccezionalmente) decade nel corso di novanta giorni: è tale quella posta ai soci di ultraminoranza, che non possono ottenere l'annullamento neppure agendo tempestivamente; non quella cui si trovino di fronte gli azionisti che semplicemente non riescano a “bucare” il termine; e, parallelamente, è restrizione all'eseribilità dell'azione di nullità, ai fini che qui interessano, quella che operi *in peius* rispetto ad una azione *ordinariamente* eseribile nell'arco di un (ragionevole) termine triennale.

La garanzia legale per i danni prodotti dalle deliberazioni astrattamente invalide spetta dunque: (i) agli azionisti privi di diritto di voto, ovvero titolari di partecipazioni complessivamente rappresentative di meno del 5% del capitale sociale nelle società cc.dd. “chiusa”, ovvero dell'1% del capitale in quelle cc.dd. “aperte”, a fronte

---

<sup>12</sup> Il che evidentemente non è accettabile: e v. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 713.

dell'astratta annullabilità delle delibere; (ii) agli azionisti titolari di partecipazioni complessivamente rappresentative di meno del 5% del capitale sociale, a fronte dell'invalidità delle delibere di approvazione del bilancio su cui il soggetto incaricato della revisione legale dei conti abbia espresso un giudizio privo di rilievi; (iii) a tutti gli azionisti, a fronte dell'invalidità delle delibere di approvazione del bilancio, dopo l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo; (iv) a tutti gli azionisti di società cc.dd. "chiuse", a fronte della nullità (non dell'annullabilità) delle delibere di aumento o riduzione reale del capitale, nonché di emissione di obbligazioni, trascorsi centottanta giorni dalla loro iscrizione nel registro delle imprese o, se la nullità è dovuta a mancata convocazione dell'assemblea, trascorsi novanta giorni dall'approvazione del bilancio relativo all'esercizio nel corso del quale la delibera sia stata, anche parzialmente, eseguita; (v) a tutti gli azionisti di società cc.dd. "aperte", a fronte della nullità (non dell'annullabilità <sup>13</sup>) delle delibere di aumento del capitale, dopo l'iscrizione, presso il registro delle imprese, dell'attestazione di esecuzione, anche parziale, dell'aumento medesimo; (vi) a tutti gli azionisti di società cc.dd. "aperte", a fronte della nullità (non dell'annullabilità <sup>14</sup>) delle delibere di riduzione reale del capitale, nonché di emissione di obbligazioni, dopo che esse siano state eseguite, anche parzialmente; (vii) a tutti gli azionisti, a fronte di deliberazioni di trasformazione, fusione e scissione, a partire dall'esecuzione delle relative iscrizioni nel registro delle imprese <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Per la precisazione, v. *supra* alla nt. 2.

<sup>14</sup> Per la precisazione, v. *supra* alla nt. 2.

<sup>15</sup> Pare peraltro equilibrata e condivisibile, con riferimento alle disposizioni che indicano il compimento di formalità pubblicitarie come termine finale per l'esercizio delle azioni di invalidità (nonché, di conseguenza, come termine iniziale per l'attribuzione agli azionisti del diritto alla rifusione dei pregiudizi arrecati dalle delibere astrattamente invalide ma non più rimovibili), l'opinione che individua il momento di discriminazione fra l'area di operatività dei rimedi reali e quella dei rimedi risarcitori non tanto nel

Tanto detto con riferimento ai soggetti cui spetta la garanzia legale a fronte di deliberazioni invalide oggetto di disciplina speciale, è necessario aggiungere qualche chiarimento circa l'identificazione dei soggetti attivi di tale tutela sulla base delle regole generali sull'annullamento delle delibere assembleari di s.p.a., di cui agli artt. 2377 e 2378 c.c. Fermo che tale categoria di soggetti rappresenta, dopo la riforma, il cuore dell'area soggettiva di applicazione della tutela obbligatoria in discorso, l'esatta delimitazione dei suoi confini non risulta priva di profili problematici, soprattutto a causa della complessità (e delle reticenze) delle due disposizioni codicistiche appena menzionate.

I quesiti di maggiore rilievo, a tal proposito, concernono il calcolo della percentuale di capitale rappresentato dalle azioni rientranti nella titolarità dei soci, dal quale dipende la loro collocazione nel novero dei soggetti aventi legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di annullamento, ovvero di quelli cui è assegnata la tutela obbligatoria "sostitutiva".

L'ultimo periodo del comma terzo dell'art. 2377 c.c. stabilisce espressamente che, per l'impugnazione delle deliberazioni assunte dalle assemblee speciali, le note percentuali del 5% e dell'1% vadano calcolate solo sul capitale rappresentato dalle azioni di categoria della quale l'assemblea speciale esprime la volontà. Manca, invece,

---

puro e semplice compimento delle formalità pubblicitarie, quanto nella produzione di i reali; sicché dovrebbe ritenersi implicito che, qualora, ad esempio, gli effetti di una fusione o di una trasformazione siano volontariamente rinviati ad una data successiva a quella della sua iscrizione nel Registro delle imprese, la legittimazione ad impugnare le relative delibere assembleari cessi (e, correlativamente, il diritto ad essere tenuti indenni dai loro effetti pregiudizievoli sorga) solamente a partire dalla data di produzione degli effetti (BUFFA DI PERRERO, *Art. 2500-bis*, in BIANCHI (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 108; DI SARLI, *Art. 2504 quater*, in BIANCHI (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 954).

un'espressa previsione analoga in relazione alle deliberazioni dell'assemblea generale, rispetto alle quali, come è noto, alcune categorie speciali di azionisti potrebbero essere prive di diritto d'intervento e potere di voto, vuoi *in toto*, vuoi *ratione materiae*, vuoi, ancora, per valore. Fermo che i soci privi di diritto di voto, per espressa previsione di cui al comma quarto dell'art. 2377 c.c., non sono legittimati all'impugnazione delle delibere dell'assemblea generale, ma hanno tutela sul piano risarcitorio, ci si è chiesti quale sia la base di calcolo delle percentuali richieste per l'impugnazione ai soci che hanno diritto d'intervento e potere di voto in seno all'assemblea generale ed in relazione alle delibere adottate, in presenza di categorie speciali di azioni che ne siano, invece, escluse; e, cioè, se le soglie del 5% e dell'1‰ debbano essere riferite all'intero capitale sociale, ovvero al solo capitale rappresentato da azioni con potere di voto. A tal riguardo, nonostante la presenza di alcune voci contrarie <sup>16</sup>, la seconda tesi <sup>17</sup> sembra preferibile: sia per ragioni di simmetria e coerenza rispetto a quanto previsto con riferimento alle assemblee speciali; sia perché non sembra opportuno che le stesse quote di capitale che non sono calcolate ai fini dell'adozione di una delibera siano invece tenute in conto al fine di sancirne l'inamovibilità; sia, infine, per evitare ulteriori ed eccessive restrizioni della tutela reale degli azionisti, che – per quanta generosità si possa impiegare nella definizione della tutela obbligatoria – rappresenterebbero un evidente peggioramento della loro condizione.

Un ulteriore elemento di complicazione è poi introdotto dalla previsione, contenuta nel primo periodo del terzo comma dell'art. 2377 c.c., per la quale gli

---

<sup>16</sup> LENER, *Art. 2377*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, I, Napoli, 2004, 546 ss.; STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 181.

<sup>17</sup> Per la quale v. VENTORUZZO, *op. cit.*, 642.

azionisti impugnanti la delibera assembleare debbano possedere tante azioni che rappresentino le note percentuali del capitale sociale, «anche congiuntamente». Tale espressione è stata, ad oggi, variamente interpretata dagli autori che hanno trattato il tema che ci impegna. Secondo un primo modo di vedere, maggiormente restrittivo, esso andrebbe inteso nel senso che, ai fini della valutazione del raggiungimento delle quote richieste per poter ottenere l'annullamento delle deliberazioni assembleari, vadano valutate congiuntamente le partecipazioni detenute dagli azionisti che congiuntamente abbiano esercitato l'azione, proponendola con unico atto di citazione ed andando a formare un'unica parte processuale complessa<sup>18</sup>. Va a tal riguardo rilevato, tuttavia, che questo requisito di carattere processuale non trova affatto riscontro nel dettato normativo, e sembra determinare una situazione ingiustificatamente ingenerosa nei confronti degli azionisti, anche numerosi, intenzionati ad ottenere l'integrale rimozione della deliberazione invalida; una situazione per la quale, ad esempio – in circostanze caratterizzate da una forte frammentazione della compagine sociale, ed in assenza di coordinamento processuale (potenzialmente difficile) fra un ampio numero di soggetti – non sarebbe concessa la possibilità di ottenere l'annullamento di una deliberazione neppure ove ad agire separatamente fossero azionisti che (pur titolari, singolarmente, di partecipazioni di entità irrisoria), *congiuntamente* rappresentassero quasi la metà del capitale (o anche di più, in caso di annullabilità dovuta ad errato conteggio dei voti). La percepibile eccessività di tale soluzione ha determinato un'altra parte degli autori ad ipotizzare la possibilità, per gli azionisti ultraminoritari, di presentare comunque autonomamente la domanda di annullamento, condizionandola all'esercizio dell'impugnativa da parte di tanti altri soci da rappresentare, complessivamente, la

---

<sup>18</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, 281, ed in particolare nt. 57; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 196 s.



soglia di capitale necessaria<sup>19</sup>. Tale soluzione, a dispetto di una lieve eccentricità nel contesto del sistema processual-civilistico, appare preferibile rispetto alla linea interpretativa precedentemente esposta, proprio in ragione della maggior tutela che concede agli azionisti ultraminoritari, nonché delle migliori *chance*, che ne derivano alla società, di riuscire a prevedere gli importi massimi dovuti ai soci ultraminoritari a titolo di responsabilità oggettiva, quantomeno per danni *indiretti*, calcolabili nel 5% (o nell'1‰) dei potenziali danni al patrimonio sociale.

Qualche attenzione, in punto di individuazione dei soggetti cui spetta la tutela obbligatoria a fronte delle deliberazioni annullabili, va riservata anche al secondo comma dell'art. 2378 c.c., che stabilisce che i soci impugnanti debbano dimostrarsi possessori, al tempo dell'impugnazione, del numero di azioni previsto dal terzo comma dell'art. 2377 c.c. La previsione ha generato il quesito, risolto in senso condivisibilmente negativo dalla dottrina maggioritaria, se la legittimazione ad impugnare possa spettare anche a chi sia divenuto socio dopo l'adozione della delibera, ma prima dello scadere del termine decadenziale per l'impugnazione<sup>20</sup>. La soluzione va a maggior ragione ribadita anche in relazione alla titolarità dell'azione "risarcitoria" *ex art. 2377*, comma quarto, c.c., dal momento che il soggetto che acquista le azioni della società dopo l'adozione della delibera assume partecipazioni in una società la cui sfera giuridica è *già*

---

<sup>19</sup> LENER, *Art. 2377*, cit., 551; ID., *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 83; SPAGNUOLO, *Art. 2377*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, I, Torino, 2004, 349.

<sup>20</sup> V. per tutti STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 182 (il quale nota chi non era socio al tempo dell'assunzione della delibera non può correttamente dirsi né assente, né dissenziente, né astenuto) e VENTORUZZO, *op. cit.*, 642 s.

stata modificata <sup>21</sup> dalla deliberazione lesiva ed astrattamente invalida, ed ha l'onere, se non vuole esserne pregiudicato, di tenerne conto in sede di formazione del prezzo.

Lo stesso comma secondo dell'art. 2378 c.c. prevede, poi, che, per ottenere l'annullamento della deliberazione, i soci impugnanti debbano mantenere la titolarità delle loro partecipazioni per tutta la durata del processo, ferma restando l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c.; avendo essi, in caso contrario, unicamente diritto al «risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto». La norma ha fatto sorgere complessi dubbi di ordine processuale, di cui brevemente tratteremo nel capitolo successivo. Ciò che invece preme sin d'ora è precisare che il problema della successione nel processo *non* concerne affatto la tutela obbligatoria degli azionisti, che spetta *esclusivamente* a chi fosse socio al tempo in cui la deliberazione è stata assunta, e continua a spettare allo stesso soggetto anche dopo l'eventuale cessione. Mentre infatti chi acquista la partecipazione entra volontariamente in una società la cui sfera giuridica è *già* stata modificata dalla deliberazione illegittima, ad un prezzo che dovrebbe tenerne conto, e non può dunque lamentare di aver subito, neppure indirettamente, un pregiudizio rispetto ad una sua precedente situazione di maggior vantaggio, l'azionista alienante vede, al momento della fissazione del prezzo, definitivamente sancita (e, in un certo senso, liquidata), la perdita di valore della propria partecipazione; rispetto alla quale, come noto, la società deve tenerlo manlevato.

Dalla natura di rimedio “sostitutivo” di quelli demolitori, attribuito alla garanzia legale per gli effetti negativi delle deliberazioni astrattamente invalide, si possono poi far discendere le soluzioni di un'ulteriore serie di quesiti in merito all'individuazione dei soggetti cui tale garanzia spetti.

---

<sup>21</sup> O comunque, anche in caso di efficacia differita della deliberazione, è già *noto* che sarà modificata.

Innanzitutto, il fatto che la tutela obbligatoria sia attribuita espressamente ai soggetti che l'ordinamento priva della tutela reale ordinariamente prevista, unitamente all'elevato grado di specialità del rimedio "sostitutivo" rispetto alle altre tutele obbligatorie proprie del diritto civile generale, conduce ad escludere che essa possa essere attribuita anche a soggetti (quali, per quanto concerne le delibere astrattamente annullabili, i soci di maggioranza, o quelli di minoranza comunque titolari di azioni rappresentative di più del 5% o dell'1‰ del capitale sociale) che siano titolari della legittimazione ad impugnare, ma che semplicemente *preferiscano* una tutela per equivalente monetario dei propri interessi<sup>22</sup>. Alla base della titolarità della tutela obbligatoria in discorso sta sempre un meccanismo legale, non volontario, di "sostituzione" fra i rimedi.

Per le stesse ragioni, la peculiare tutela obbligatoria *de qua*, oltre a non essere proponibile volontariamente in alternativa alle azioni invalidative, non è neppure cumulabile con esse<sup>23</sup>: o si ha diritto a far valere giudizialmente l'invalidità delle

---

<sup>22</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, 284 s.; PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*, in *Liber Amicorum Abbadessa*, 1, Torino, 2014, 871 s.

<sup>23</sup> CHIAPPETTA, *op. loc. ult. cit.*; PINTO, *op. loc. ult. cit.* *Contra* invece LENER, *Art. 2377*, cit., 561 s., che si dichiara favorevole alla cumulabilità argomentando sulla base della norma di cui al secondo comma dell'art. 2378 c.c., per cui, ove nel corso del processo venga meno, in seguito ad alienazioni, il numero di azioni richiesto per ottenere l'annullamento delle delibere, il giudice deve limitarsi a provvedere «*sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto*». Va tuttavia notato che la disposizione può essere letta non nel senso che la tutela obbligatoria *ex art. 2377*, comma quarto, c.c. possa essere fatta valere *cumulativamente* a quella invalidativa, bensì *subordinatamente* ad essa; per cui, ove l'azionista abbia chiesto, in subordine rispetto all'annullamento, la rifusione del pregiudizio causato dalla deliberazione invalida, è ragionevole che il giudice, quando vengano meno i requisiti richiesti per ottenere la caducazione della delibera, sia comunque tenuto a pronunciarsi in ordine alla domanda di condanna avanzata in subordine (v. in termini simili CHIAPPETTA, *op. loc. ult. cit.*).

delibere assembleari, o si ha diritto ad essere tenuti indenni rispetto ai loro effetti pregiudizievoli. *Tertium non datur* e, anzi, l'accoglimento della domanda di annullamento o di dichiarazione della nullità delle delibere assembleari invalide comporta automaticamente – ed evidentemente – il rigetto di ogni domanda di rifusione “sostitutiva” della tutela reale concessa <sup>24</sup>.

Per la verità, il cumulo fra domande volte a far valere l'invalidità di un atto (o la sua inopponibilità ad un soggetto) e domande rivolte al risarcimento di danni già prodotti e non eliminabili in forza degli obblighi redibitori conseguenti alla caducazione dell'atto non è affatto esclusa, in generale, dalla dottrina civilistica. Ma quelle cumulabili alle azioni invalidative sono domande di risarcimento del danno in senso proprio, contrattuale o extracontrattuale, alle quali la garanzia legale per i danni prodotti da delibere astrattamente invalide e non rimovibili non deve ritenersi, per le ragioni già esposte nel precedente capitolo, assimilabile. Nei casi di nostro interesse, dunque, è vero che non si può escludere, in assoluto, che gli azionisti, agendo per l'annullamento, o per la dichiarazione di nullità, delle delibere assembleari, possano chiedere anche il risarcimento del *maggior danno* ineliminabile attraverso la semplice eliminazione dei loro effetti; ma dovrà trattarsi, di domande di risarcimento del danno in senso proprio, non riconducibili alla garanzia legale per i danni da delibera assembleare invalida. E tali domande – non sottoposte (per quanto concerne il danno prodotto da delibere annullabili) al termine di decadenza trimestrale di cui all'art. 2377, comma sesto, c.c. e non necessariamente da rivolgersi alla società – potranno essere accolte solo ove

---

<sup>24</sup> STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 197. *Contra* PINTO, *op. cit.*, 872, che ammette la risarcibilità dei danni prodottisi *medio tempore*.

ricorressero gli ordinari presupposti della responsabilità contrattuale o extracontrattuale, difficilmente estensibile fino a coprire l'area del danno *indiretto* <sup>25</sup>.

Ancora alla peculiare natura dell'istituto *de quo* occorre si faccia riferimento per la soluzione di due ulteriori quesiti: quelli relativo alla ricomprensione, fra i soggetti garantiti rispetto ai pregiudizi derivanti dall'invalidità delle delibere assembleari astrattamente invalide, da un lato dei soci pregiudicati dai cc.dd. vizi "autosananti", di cui all'art. 2377, comma quinto, c.c.; dall'altro, dei soci che, in sede assembleare, abbiano espresso un voto (valido ed efficace) a favore di una deliberazione astrattamente invalida.

Circa il primo di questi due interrogativi, è noto come il comma quinto dell'art. 2377 c.c. stabilisca che le deliberazioni assembleari non siano annullabili per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate (purché non determinanti ai fini del raggiungimento del *quorum* costitutivo), né per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio (purché non determinanti ai fini del raggiungimento del *quorum* deliberativo), né, infine, per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale (sempre che da esso sia possibile ricostruire il contenuto, la validità e gli effetti della deliberazione). A tal proposito, occorre notare che le fattispecie appena contemplate non rappresentano casi di deliberazioni astrattamente invalide, la legittimazione a chiedere giudizialmente la caducazione delle quali sia negata a questa o quella categoria di azionisti, o a tutti gli azionisti a partire da un certo momento; esse rappresentano, invece, casi di deliberazioni i cui profili di irregolarità, per espressa previsione normativa, *non* hanno carattere dirimente, non configurando violazioni delle regole di validità. Ebbene, se la

---

<sup>25</sup> Ammette infatti la cumulabilità fra domande di annullamento e domande di risarcimento del danno *diretto* RORDORF, *Art. 2377*, in *Comm. romano D'Alessandro*, II.1, Padova, 2010, 860, che parte dal presupposto che si tratti di responsabilità civile in senso stretto (*ivi*, 859).

funzione della garanzia legale di cui si tratta è quella di offrire agli azionisti non legittimati a far valere in giudizio l'*invalidità* delle delibere assembleari una tutela, in sostituzione di quella demolitoria, che li ponga al riparo dagli effetti pregiudizievoli delle delibere astrattamente *invalida*, è d'obbligo concludere nel senso che ai soci pregiudicati da tali deliberazioni meramente irregolari tale garanzia, invece, non spetta affatto, dal momento che di deliberazioni *invalida*, propriamente, non si tratta <sup>26</sup>.

Circa invece i soci che abbiano prestato il loro assenso alla deliberazione invalida, seguendo l'impostazione fin qui utilizzata, il problema non dovrebbe quasi nemmeno porsi in caso la delibera sia astrattamente annullabile: la garanzia legale per i suoi effetti pregiudizievoli, come detto, sostituisce la legittimazione ad impugnare; e poiché, come noto, tale legittimazione non spetta ai soci assenzienti, neppure può spettare loro il rimedio che la sostituisce <sup>27</sup>.

Qualche cautela in più andrebbe usata, invece, in presenza di deliberazioni astrattamente affette da nullità, nei noti casi in cui le norme speciali restringano la legittimazione dei soci a far valere giudizialmente tale vizio. Qui, infatti, una perfetta simmetria tra legittimazione attiva all'esercizio dell'azione volta a far valere l'invalidità e legittimazione ad invocare la garanzia legale finirebbe per consentire finanche ai soci che abbiano scientemente ed efficacemente votato a favore della delibera viziata di essere manlevati, ad opera della società, rispetto ai suoi effetti pregiudizievoli <sup>28</sup>. La

---

<sup>26</sup> RORDORF, *op. cit.*, 856, nt. 72; SANZO, *Art. 2377*, in *Comm. Cottino*, I, Bologna, 2004, 617. *Contra*, per la legittimazione attiva dei soci pregiudicati da deliberazioni affette da vizi "autosananti", SCALA, *op. cit.*, 269.

<sup>27</sup> V., con riferimento all'invalidità delle delibere di trasformazione, BUFFA DI PERRERO, *op. cit.*, 102. *Contra*, con riferimento all'invalidità delle delibere di fusione, DI SARLI, *op. cit.*, 963 s., che *ivi* ipotizza anche la legittimazione del rappresentante comune.

<sup>28</sup> In merito alla loro legittimazione all'impugnativa, v., per tutti, Cass. 7 marzo 2006, n. 4874.

soluzione appare complessivamente eccessiva, anche perché potrebbe dare luogo (nel caso, ad esempio, in cui la manleva sia attivata dalla maggioranza dei soci) ad una moltiplicazione esorbitante del danno subito dalla società, il cui patrimonio verrebbe – a seguito di un’operazione rivelatasi economicamente svantaggiosa – svuotato nel tentativo di reintegrare i soci della perdita di valore delle loro partecipazioni, finendo per aggravare notevolmente il problema, e potenzialmente per ledere anche le ragioni dei creditori sociali. Alla luce, quindi, di una complessiva valutazione degli interessi in gioco, sembra opportuno porre un freno all’esperibilità del rimedio, nel senso che non possa comunque giovare chi abbia contribuito alla produzione del danno. La società, in altre parole, è oggettivamente responsabile del danno cagionato agli azionisti da deliberazioni invalide che essi eccezionalmente non siano legittimati ad impugnare; ma la garanzia non può essere destinata a proteggere quelli, fra loro, che, avendo votato a favore di una deliberazione invalida, abbiano dato causa alla produzione del danno stesso.

## 2. Il soggetto passivo e le responsabilità in rivalsa.

Per quanto concerne l'individuazione del soggetto passivo dell'obbligo legale di rifusione, agli azionisti non legittimati all'esperimento dei rimedi demolitori, dei pregiudizi causati da delibere assembleari astrattamente invalide, si è già avuto modo, nel capitolo precedente, di spiegare come essa debba risolversi nel riconoscimento di tale qualità in capo alla società. Tale riconoscimento, è stato detto, trova le proprie ragioni sia nel tenore testuale dell'art. 2377 c.c.; sia nel principio del *simultaneus processus* che lega insieme l'azione di annullamento (rispetto alla quale la qualità di legittimato passivo della società è indubbia) con quella rivolta a far valere la tutela obbligatoria "sostitutiva" degli azionisti ultraminoritari; sia nella stessa natura e finalità "sostitutiva" del rimedio, che suggerisce di riconoscere come legittimato passivo lo stesso soggetto che è tale rispetto al rimedio sostituito; sia, infine, la circostanza che il meccanismo di sostituzione fra le tutele sia dettato, in primo luogo, nell'interesse della società.

La fondamentale unitarietà della garanzia di fonte legale di cui all'art. 2377, comma quarto, c.c. e delle ipotesi di *risarcimento del danno* menzionate dalle varie disposizioni relative ai casi speciali di invalidità delle deliberazioni assembleari suggerisce poi, come pure si è già avuta l'opportunità di accennare, di individuare nella società il soggetto passivo anche di questi obblighi di manleva. Qualche dubbio emerge, a tal proposito, principalmente con riguardo alla disciplina dell'invalidità delle fusioni<sup>29</sup> (e, di riflesso, delle altre operazioni straordinarie), poiché la III Direttiva comunitaria in materia di diritto societario (n.

---

<sup>29</sup> V. ad esempio: DI SARLI, *op. cit.*, 965 ss., con i riferimenti nelle note; PERRINO, *Art. 2504* quater, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, III, Napoli, 2004, 1984.



78/855/CEE), in attuazione della quale tale disciplina è stata introdotta nel nostro ordinamento, imponeva, agli artt. 20 e 21, di riconoscere «*almeno la responsabilità civile dei membri dell'organo di amministrazione o di direzione della società incorporata nei confronti degli azionisti di questa società in conseguenza di irregolarità di membri di detto organo commesse nella preparazione e nella realizzazione della fusione*», e così quella degli esperti incaricati di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni (peraltro espressamente prevista dal legislatore italiano al comma sesto dell'art. 2501 *sexies* c.c.)<sup>30</sup>. Va tuttavia osservato che, proprio nello stabilire che i vari sistemi nazionali di diritto societario debbano *almeno* prevedere tali forme di *responsabilità civile* (tendenzialmente <sup>31</sup> legate, quindi, alla sussistenza di tutti i presupposti del risarcimento del danno, contrattuale o extracontrattuale), non sembra affatto vietare l'introduzione di forme di tutela più ampie dei singoli azionisti <sup>32</sup>, quale dovrebbe essere la responsabilità oggettiva della società nei loro confronti, secondo il modello sin qui ricostruito.

Tali considerazioni pongono tuttavia in rilievo il problema – che non concerne solo le operazioni straordinarie – della coesistenza della responsabilità oggettiva della società in relazione ai danni provocati dalle deliberazioni invalide con la responsabilità di altri soggetti che abbiano contribuito alla loro adozione: ed in primo luogo (a parte il caso particolare degli esperti *ex art. 2501 sexies* c.c.) dei componenti dell'organo amministrativo e dei soci di maggioranza.

---

<sup>30</sup> *Ibidem.*

<sup>31</sup> La prudenza è d'obbligo, sul punto, data la nota elasticità di cui il legislatore comunitario deve far uso nel dettare regole destinate ad essere introdotte in sistemi giuridici molto diversi, fra loro, anche sul piano dogmatico.

<sup>32</sup> DI SARLI, *op. cit.*, 961 s.

Per quanto riguarda, in particolare, gli amministratori (ma un discorso abbastanza simile sembra potersi svolgere, con riferimento allo svolgimento delle mansioni loro affidate, per i sindaci, per gli esperti *ex art. 2501 sexies* c.c., nonché, quando presente, per il notaio) va innanzitutto escluso, in assenza di espresse previsioni legislative di segno opposto, che possa invocarsi alcuna forma di responsabilità oggettiva. La loro responsabilità ha dunque presupposti diversi da quella della società, e coincide con quella ordinariamente ricollegata allo svolgimento delle loro funzioni e disciplinata agli artt. 2932 ss. c.c. (e dunque, in ultima analisi, alla responsabilità civile del diritto privato generale).

Tanto precisato, va detto che, a prima vista, potrebbe forse parere più che naturale consentire alla società – una volta pagati i soci privi di tutela demolitoria e nei casi in cui all’adozione della delibera invalida abbia contribuito la negligenza degli amministratori – di agire essa stessa in regresso contro questi ultimi esercitando l’azione sociale di responsabilità di cui agli artt. 2392 ss. c.c.<sup>33</sup>. Un meccanismo di questo tipo, tuttavia – a parte l’improbabilità di una situazione in cui la maggioranza decida di “mordere” i propri amministratori –, finisce immancabilmente per generare, in presenza di danni *indiretti*, una contraddizione del tutto insanabile. Se infatti (i) un danno si produce nel patrimonio della società in conseguenza di una deliberazione invalida, traducendosi (ii) nella perdita di valore delle azioni, di cui (iii) i soci privi di tutela reale ottengono il risarcimento dalla società stessa, e poi (iv) la società agisce vittoriosamente in regresso contro gli

---

<sup>33</sup> ENRIQUES-ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l’invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 22 s.; SACCHI, *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 c.c.*, in BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 165.

amministratori, riuscendo a farsi rifondere (oltre alla perdita iniziale) quanto precedentemente pagato agli azionisti che hanno attivato la garanzia legale, è evidente che (v) il risultato finale è un ingiustificato arricchimento di tali azionisti, i quali, avendo già ricevuto per via giudiziale la rifusione della perdita di valore delle proprie partecipazioni, vedono questo stesso valore riespandersi, per effetto dell'entrata, nel patrimonio sociale, delle somme risarcite dagli amministratori.

Va da sé che sarebbe eccessivamente diseconomico sul piano processuale – oltre che francamente assurdo – immaginare di correggere tali situazioni per mezzo di un'azione di arricchimento contro i soci che hanno attivato la tutela obbligatoria. Occorre, dunque, riconoscere l'inutilizzabilità dell'azione sociale di responsabilità nei casi che ci impegnano.

Esclusa l'attivabilità di tale azione, è bene concentrare l'attenzione, al fine di individuare un mezzo idoneo a far valere l'eventuale responsabilità dei membri dell'organo amministrativo in ordine all'adozione di deliberazioni invalide, sul fatto che il meccanismo della tutela obbligatoria degli azionisti privi di tutela reale scarica, in ultima analisi, il peso economico dei danni da deliberazioni illegittime sugli azionisti di maggioranza, nonché su quelli rimasti inerti (diminuendo, con il patrimonio sociale, il valore delle loro partecipazioni, senza che però essi ricevano alcun ristoro rispetto a tale pregiudizio). Tale circostanza suggerisce l'opportunità di riconoscere esclusivamente e direttamente a tali soci la possibilità, una volta che la società abbia dovuto manlevare gli azionisti privi di tutela reale, di agire contro gli amministratori che, con negligenza, abbiano contribuito all'adozione delle deliberazioni astrattamente invalide.

Si tratterebbe, dunque, di applicare estensivamente – e forse addirittura *analogicamente* – la disposizione di cui all'art. 2395 c.c. Tale soluzione può apparire eccentrica, dal momento che è la stessa definizione legislativa della responsabilità

diretta degli amministratori nei confronti dei soci e dei terzi, disciplinata da tale articolo, a limitare l'area risarcibile in forza di tale specie di responsabilità al danno provocato dalla condotta degli amministratori *direttamente* nel patrimonio dei soci; laddove invece, nel caso di nostro interesse, il danno è eminentemente *indiretto*, derivando dal risarcimento che la società deve versare agli azionisti privi di tutela reale in forza della nota garanzia di fonte legale.

Ciò su cui è opportuno concentrare l'attenzione, tuttavia, è che la limitazione della responsabilità diretta degli amministratori *ex art. 2395 c.c.* al danno *direttamente* prodotto nel patrimonio degli azionisti appare giustificata dalla necessità di evitare che tale forma di risarcimento individuale interferisca con l'azione *sociale* di responsabilità di cui agli artt. 2392 ss. c.c. Ebbene, tale interferenza, nel caso di nostro interesse, è esclusa dal complessivo funzionamento della tutela obbligatoria dei soci privi di tutela reale, il quale, anzi, impone di escludere l'azione sociale di responsabilità per evitare il fenomeno di ingiustificato arricchimento di cui poc'anzi si è dato conto.

Più specificamente ancora, ciò che qui rileva è che, poiché il peso economico dei danni provocati dalla delibera astrattamente invalida finisce per gravare –mercé l'attivazione della garanzia legale da parte degli azionisti che possono e vogliono accedervi – su una parte dei soci soltanto, è giusto e razionale che il risultato utile dell'azione di regresso contro gli amministratori giovi soltanto a quelli (avendo gli altri già ottenuto soddisfazione delle proprie ragioni per altra via). L'azione sociale di responsabilità, che è pensata per reintegrare del patrimonio dell'ente collettivo (con evidente vantaggio di tutti i soci indistintamente), non può essere quindi, in questo caso, utilizzata; mentre è giocoforza riconoscere la legittimazione attiva ad esercitare l'azione contro gli amministratori (e la titolarità del diritto al risarcimento che con essa viene fatto valere) ai soci che non hanno attivato (o non avevano

diritto a) la garanzia legale “sostitutiva” dei rimedi demolitori, *uti singulis*; e collocarsi, di conseguenza, entro l’ambito di operatività del meccanismo di cui all’art. 2395 c.c.

L’unica alternativa sarebbe quella di negare che, nei casi in esame, alcuna azione possa essere esperita contro gli amministratori; ma naturalmente, per quanto tale opzione possa semplificare il sistema, non appare ragionevole, né equo, garantire l’irresponsabilità a costoro quando la loro condotta, in sede di adozione della delibera invalida, sia stata effettivamente negligente.

Tanto chiarito, occorre precisare che, tendenzialmente, quanto dovuto dagli amministratori negligenti, a titolo di responsabilità diretta, nei confronti dei soci non coperti dalla garanzia legale spesso potrà, in concreto non coincidere con l’intero danno patito dalla società, né con l’intera somma da questa rifiuta agli azionisti privi di tutela reale.

Sotto un primo profilo, infatti, va tenuto in debito conto il fatto che i titoli di responsabilità della società verso gli azionisti non legittimati a far valere l’invalidità da un lato e degli amministratori nei confronti di tutti gli altri azionisti dall’altro sono nettamente differenti. Quella della società nei confronti degli azionisti privi di accesso ai rimedi demolitori è, come più volte ribadito, una garanzia *ex lege*; mentre quella degli amministratori è, in senso proprio, responsabilità civile. L’azione contro gli amministratori, dunque, sarà utilmente esperibile solo quando della responsabilità civile ricorrano i presupposti (ed in particolare quando si possa affermare che essi abbiano agito in guisa non conforme alla diligenza professionale loro richiesta). Occorrerà, quindi, che l’invalidità della delibera fosse, alla luce delle loro necessarie competenze tecniche, riconoscibile; ed altresì sarà necessario che essi abbiano attivamente contribuito alla sua approvazione.

Dovrà, inoltre, tenersi conto della misura del contributo causale della condotta degli amministratori alla produzione del danno: questa sarà massima nel caso di invalidità dipendente direttamente ed esclusivamente da vizi inerenti fasi procedurali loro affidate (come in caso di irregolarità in sede di convocazione); sarà minima, invece, in caso di invalidità legata a comportamenti di soggetti diversi, cui i componenti dell'organo amministrativo non abbiano direttamente concorso (come quando i vizi procedurali abbiano avuto luogo in sede di discussione e votazione: fasi, queste, la cui cura è affidata, come noto, al presidente dell'assemblea, al notaio ove presente e, in seconda battuta, all'organo di controllo); sarà nulla, infine, ove l'invalidità sia derivata da comportamenti contrari al volere ed alle opinioni manifestate dagli amministratori (come nell'eventualità di adozione di delibere viziate nel contenuto e di segno contrario rispetto a quelle da essi proposte, oppure di scelte procedurali contrarie a quanto da essi suggerito): venendo oltretutto a mancare radicalmente, allora, il profilo della negligenza.

Le osservazioni già svolte in merito alla circostanza che, una volta che la società abbia pagato ai soci privi di tutela reale il rimborso loro dovuto in forza della tutela obbligatoria "sostitutiva", il peso economico sostanziale degli effetti negativi della deliberazione invalida è già, di fatto, scaricato in capo agli altri azionisti attenuano, in parte, la necessità di un dibattito intorno alla configurabilità di una responsabilità dei soci di maggioranza nei confronti della società.

D'altra parte, l'ipotesi di una responsabilità generalizzata, nei confronti della società, di tutti coloro che hanno approvato la deliberazione invalida<sup>34</sup> va incontro ad una serie di difficoltà che appaiono complessivamente insormontabili. Sotto un primo aspetto, il rischio di essere caricati di una simile forma di responsabilità finirebbe per rappresentare un forte disincentivo alla partecipazione degli azionisti ai lavori assembleari, ciò che appare contrario al disegno del legislatore della riforma<sup>35</sup>. Anche in considerazione di ciò, andrebbe senz'altro esclusa, come per gli amministratori, ogni forma di responsabilità oggettiva; tuttavia, a voler ricondurre la responsabilità dei soci di maggioranza ai classici paradigmi della responsabilità civile, e dunque a volerne ammettere l'invocabilità solo in presenza di colpa dei soci stessi, si porrebbe lo spinoso problema di determinare il grado di diligenza richiedibile ai soci nel rilevare la potenziale invalidità delle deliberazioni in favore delle quali esprimono il proprio voto. Il problema è tanto più difficile a risolversi in quanto la maggioranza, rispetto ad una determinata votazione, non è tipicamente formata (specialmente nelle società "aperte") solo da grandi azionisti, ma anche dai titolari di partecipazioni minime che offrono il proprio sostegno (spesso senza competenze tecniche e senza un'assistenza professionale qualificata) alle proposte avanzate dal *management* o dagli azionisti maggiori; con la conseguenza

---

<sup>34</sup> Parte della dottrina propone addirittura l'obbligatorietà, per gli amministratori, dell'esercizio dell'azione di regresso contro i soci che hanno approvato la delibera, una volta che i soci "dissidenti" privi di tutela reale siano stati pagati: così GUERRERA, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Torino, 2004, 361 ss.

<sup>35</sup> ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 122; SACCHI, *Tutela reale*, cit., 163 s. Nota inoltre WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, 281, che esso, spingendo ogni socio ad impugnare, finirebbe per comportare una moltiplicazione delle liti (o quantomeno delle parti in lite).

che l'elemento soggettivo della responsabilità sembrerebbe doversi valutare caso per caso (*rectius*: socio per socio), con notevolissima complicazione dell'attività istruttoria, specie quando la vicenda coinvolga società ad azionariato diffuso. Va poi notato che, nella stragrande maggioranza dei casi, si presenterebbe anche una difficoltà di ordine pratico, nel senso che ben raramente gli amministratori della società, una volta che questa avesse soddisfatto per equivalente gli azionisti privi di tutela reale, procederebbero ad agire contro la maggioranza cui debbono l'elezione <sup>36</sup>, specie quando essi stessi si siano fatti carico di proporre in assemblea le delibere poi risultate viziate. Da ultimo – ed è un elemento decisivo –, il regresso della società contro gli azionisti di maggioranza, come quello contro gli amministratori, finirebbe per generare, immancabilmente, la forma di arricchimento degli azionisti che hanno attivato la tutela obbligatoria speciale, di cui si è detto a proposito dell'ipotesi del regresso della società contro gli amministratori.

Escludendo l'idea che la responsabilità dei soci assenzienti all'assunzione della delibera possa essere invocata dalla società, e postulando che essa possa invece esser fatta valere direttamente dai soci assenti, dissenzienti o astenuti che abbiano omesso di impugnare la delibera e di invocare la garanzia legale per i danni da deliberazione invalida <sup>37</sup> (con soluzione, quindi, parallela a quella già suggerita a proposito della responsabilità degli amministratori <sup>38</sup>), si evita di incorrere

---

<sup>36</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, 288, nt. 71; ENRIQUES-ZORZI, *op. cit.*, 23; GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 547.

<sup>37</sup> BEVILACQUA, *Art. 2377*, in *Comm. Fauceglia-Panzani*, Torino, 2007, 516.

<sup>38</sup> Si potrebbe, infatti, anche in questo caso considerare che fra coloro sui quali – in ultima analisi – il peso delle conseguenze negative delle deliberazioni invalide viene scaricato per effetto



nell'ultimo degli inconvenienti sopra elencati, ma non si riesce comunque a schivare gli altri.

A fronte di tali ostacoli, si potrebbe forse essere tentati di negare del tutto ogni ulteriore tutela ai soci rimasti inerti (e sui quali, come sui soci di maggioranza, viene scaricato il peso economico della tutela dei soci tempestivamente attivatisi), con la motivazione che chi vuole essere posto al riparo dai rischi discendenti dalle deliberazioni astrattamente invalide ha l'onere di adire tempestivamente le vie giudiziali per l'attivazione delle tutele appositamente offerte dall'ordinamento, sul piano reale o sul piano obbligatorio <sup>39</sup>. Si tratta di un argomento piuttosto solido, oltre che coerente con la tendenza della riforma (e dei successivi interventi legislativi) a premiare la partecipazione attiva degli azionisti alla vita della società, in particolare per quanto concerne le attività assembleari <sup>40</sup>. Non si può tuttavia ignorare la circostanza che, se una soluzione così severa può considerarsi complessivamente ragionevole finché si concentra l'attenzione sugli azionisti di

---

dell'attivazione della garanzia stessa non rientrano solo i soci di maggioranza, ma tutti quelli che non abbiano agito giudizialmente contro l'adozione della delibera stessa. Sicché la garanzia per i danni *indiretti* finisce immancabilmente, come è stato notato, per aggravare la posizione dei soci di minoranza inerti (D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 712; LENER, *Art. 2377*, cit., 554; PISANI MASSAMORMILE, *Invaldità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 67 ss.; SACCHI, *Tutela reale*, cit., 156 ss.; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 192).

<sup>39</sup> VENTORUZZO, *op. cit.*, 652 s.

<sup>40</sup> Per cui vedi, *supra*, le osservazioni già svolte nel capitolo precedente, sia nel testo che nelle note.

minoranza che siano comunque titolari di partecipazioni significative <sup>41</sup> (e dai quali si può ragionevolmente pretendere che siano sufficientemente “sostanziosi” da prendere consapevolmente la decisione di agire o meno in giudizio a fronte della possibile invalidità delle deliberazioni assembleari), essa appare invece fortemente punitiva con riguardo ai piccoli e piccolissimi azionisti (in particolare nel contesto delle società c.d. “aperte”), i quali possono, semplicemente, non rendersi conto dei rischi ricollegati all’adozione di una delibera potenzialmente invalida, senza per questo essere necessariamente venuti meno al grado di diligenza che si può ragionevolmente pretendere da loro <sup>42</sup>.

Occorre però ricordare che, anche negando la possibilità di una generalizzata azione di risarcimento contro i soci che abbiano approvato la deliberazione invalida, gli azionisti “inerti” non risultano, in realtà, del tutto privi di tutela. Essi, infatti, come già si è avuto modo di rilevare, hanno a disposizione, quando ne ricorrano i presupposti, l’azione di responsabilità contro gli amministratori (nonché, con presupposti sostanzialmente identici, contro i membri dell’organo di controllo e, quando siano intervenuti, contro il notaio e gli esperti *ex art. 2501 sexies c.c.*). A questa potrà aggiungersi un’ulteriore azione per il risarcimento del danno soltanto contro quelli, fra i soci, che, venendo meno alla correttezza ed alla diligenza dovuta nei rapporti con gli altri soggetti partecipanti alla società, abbiano *attivamente*

---

<sup>41</sup> Si pensi, in particolare, agli azionisti che, a fronte dell’annullabilità di una deliberazione assembleare, abbiano scelto di non esercitare l’impugnazione che avrebbero potuto ottenere anche singolarmente, rappresentando le loro azioni quote superiori al 5% o all’1‰ del capitale sociale.

<sup>42</sup> Non va peraltro trascurato che la promozione degli investimenti, anche azionari, è interesse assolutamente primario per l’economia nazionale, che sarebbe pregiudicato da un’eccessiva restrizione delle tutele dei piccoli azionisti, o dalla tendenza a pretendere da essi un grado di competenze tecniche che non è realistico ritenere che posseggano.

proposto o promosso l'adozione della deliberazione invalida, qualora i vizi che la affliggevano fossero sufficientemente gravi da poter essere rilevati usando la diligenza dovuta<sup>43</sup>. Si tratta, in entrambi i casi, di azioni di risarcimento del danno in senso tecnico, cui, dato che a darvi occasione è la violazione di obblighi discendenti dal rapporto corrente fra i soci (ovvero dall'assunzione di incarichi di tipo professionale), sarà preferibile attribuire natura contrattuale.

Oltre i limiti propri di queste forme di protezione, la tutela degli azionisti "inerti" non può spingersi, valendo il principio, sopra citato, per il quale essi avrebbero avuto l'onere di attivare tempestivamente i rimedi reali ed obbligatori loro offerti dal legislatore all'interno della disciplina delle invalidità assembleari.

A conclusione del discorso fin qui condotto circa i soggetti attivamente e passivamente legittimati rispetto all'azione di responsabilità oggettiva di fonte legale approntata dall'ordinamento in favore degli azionisti cui sia negato l'accesso ai rimedi demolitori delle delibere assembleari invalide, è opportuno dedicare qualche riga ad un fenomeno particolare, ma non infrequente, che rischia di generare un pericoloso corto circuito fra rimedi obbligatori e rimedi demolitori, confondendo indistricabilmente l'area di operatività degli uni e degli altri.

---

<sup>43</sup> Il grado di diligenza richiesto a costoro potrà ragionevolmente essere ritenuto un poco inferiore rispetto a quella richiesta ai membri degli organi amministrativo e di controllo, nonché, per le attività di loro competenza, al notaio ed agli esperti *ex art. 2501 sexies c.c.*

Da notare poi la soluzione offerta da GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 545, che ipotizza una azione diretta contro i soci di maggioranza nel caso in cui questi abbiano scorrettamente esercitato attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c. La regola andrebbe però coordinata con quella contenuta al comma terzo di tale articolo, per cui l'azione diretta sarebbe possibile solo ove i soci avessero prima tentato, senza riuscirci, di ottenere soddisfazione dalla società.

Ci si riferisce, con ciò, al noto problema dell'abuso di maggioranza, che una parte importante della dottrina giuscommerciale, in tempi recenti, ha ritenuto di dover risolvere facendo discendere, dalla condotta degli azionisti di maggioranza che adottino deliberazioni specificamente finalizzate a danneggiare gli azionisti di minoranza (diluendone le partecipazioni per mezzo di aumenti di capitale a pagamento superflui, negando sistematicamente la distribuzione degli utili, ecc.), sia la responsabilità dei soci di maggioranza stessi, sia l'annullabilità delle delibere emulative da essi adottate, sotto pretesto che, essendo la loro adozione contraria a principi di correttezza e buona fede, esse non sarebbero *in conformità della legge e dell'atto costitutivo*, ai sensi del primo comma dell'art. 2377 c.c.<sup>44</sup>.

Il problema è estremamente delicato e non si presta ad essere compiutamente affrontato a margine del tema qui trattato. Pare opportuno sottolineare, tuttavia, che una simile impostazione crea un groviglio difficilmente districabile fra la responsabilità oggettiva della società nei confronti degli azionisti di ultraminoranza e la responsabilità civile, sempre nei loro confronti, degli azionisti di maggioranza nei confronti della minoranza; con ciò rendendo probabilmente endemico quel fenomeno di ingiustificato arricchimento degli azionisti di ultraminoranza cui già si è fatto cenno, e che si produrrebbe ogniqualvolta la società si trovasse ad agire in regresso contro i soci di maggioranza.

Va allora segnalato – pur ribadendo che in questa sede la questione non può essere sviluppata con la larghezza che meriterebbe – che l'idea che dall'abuso di maggioranza debba discendere sia la responsabilità degli azionisti maggioritari, sia

---

<sup>44</sup> Per tutti, v. MIRONE, *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale* a cura di M. Cian, Torino, 2014, 408 s. V. anche, in giurisprudenza: Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151; Cass. 21 dicembre 1994, n. 11017; Trib. Milano, 28 maggio 2007, in *Giur. it.*, 2008, 130.

l'annullabilità delle delibere da essi adottate, non rappresenta affatto una strada obbligata. Anzi, una regolare applicazione del principio di separazione fra regole di validità e regole di comportamento – che già si è invocato, nel capitolo precedente, per rilevare come l'adozione di una delibera viziata non comporti affatto, in linea di principio, un problema di liceità del comportamento dell'ente cui essa è imputata – potrebbe condurre a predicare che le conseguenze dell'abuso in questione debbano risolversi esclusivamente sul piano della responsabilità di chi l'abbia posto in essere. A ben vedere, infatti, la delibera frutto dell'abuso di maggioranza non presenta necessariamente, *in sé* considerata, alcun profilo di difformità rispetto alle previsioni legali e statutarie. Essa, anzi, sarà facilmente predisposta avendo ogni cura di evitare ogni violazione procedimentale; e, quanto al contenuto, né la decisione di non distribuire utili, né quella di disporre un aumento di capitale (per richiamare gli esempi più frequentemente citati) presentano – ripetesi: *in sé* considerate – alcun profilo di illegittimità. Ciò che invece è difforme rispetto a quanto imposto dalla legge in relazione all'attuazione del rapporto sociale è *il comportamento* di alcuni dei soci, in sede di adozione della deliberazione; ma allora, per l'appunto, il problema attiene ad una violazione di regole di comportamento, non di regole di validità; e, di conseguenza, è d'uopo collocarsi sul piano della responsabilità civile e non su quello delle tutele invalidative <sup>45</sup>.

Così ragionando, il corto circuito, con riferimento all'istituto oggetto della nostra analisi, sarebbe evitato e la distinzione fra ambito di applicazione dei rimedi

---

<sup>45</sup> Similmente, GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 541.

demolitori (nonché delle garanzie “sostitutive”) ed ambito di applicazione dei rimedi propriamente risarcitori sarebbe salvata.

### 3. L'oggetto.

Anche per quanto concerne l'oggetto della tutela obbligatoria degli azionisti privi di legittimazione all'esperimento dei rimedi demolitori a fronte di delibere assembleari invalide, nel capitolo precedente si è già avuto modo di fissare quelli che si ritiene debbano fungere da criteri-cardine per l'attività interpretativa. Si è detto come questi vadano riconosciuti, in primo luogo, nell'obiettivo di fornire agli azionisti una forma di protezione idonea a surrogare, per quanto possibile, integralmente (sia pur per equivalente) le utilità conseguibili a mezzo dei rimedi reali ablati; e come, in secondo luogo, tale obiettivo conduca all'irrinunciabilità della riparazione dei danni *indiretti*, consistenti nella perdita di valore della partecipazione dell'azionista che riflette l'impoverimento registratosi nel patrimonio sociale per effetto della delibera astrattamente invalida.

Una parte della dottrina è giunta ad enfatizzare quest'ultimo elemento fino a ritenere che il danno *indiretto* sia l'unico propriamente coperto dall'obbligo legale di manleva stabilito dal comma quarto dell'art. 2377 c.c. e dalle altre disposizioni relative ai casi speciali di invalidità delle delibere assembleari <sup>46</sup>, dovendosi invece fare riferimento, per il risarcimento dei danni *diretti* prodotti dalla delibera nel solo patrimonio degli azionisti in discorso, alle norme generali sulla responsabilità civile. Tale posizione, che senza ombra di dubbio può vantare alcuni significativi argomenti sistematici a proprio favore <sup>47</sup>, consentirebbe indubbiamente, se accolta,

---

<sup>46</sup> ANGELICI, *La società*, cit., 68. *Contra*, per tutti: PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del convegno internazionale di studi*, Milano, 2007, 622 s.

<sup>47</sup> V. ancora ANGELICI, *op. loc. ult. cit.*

un'utile e significativa semplificazione del fenomeno in esame, rendendo particolarmente omogenei i pregiudizi oggetto della responsabilità oggettiva della società. Nondimeno, è probabilmente preferibile rigettarla, poiché, in ultima analisi, essa finisce per tradire la *ratio* principale che sta a monte dell'introduzione, nel nostro ordinamento, della speciale tutela obbligatoria in parola: e cioè la volontà, appena ricordata, di consentire agli azionisti di ricevere una tutela dei propri interessi che sia equivalente – quantomeno sul piano patrimoniale <sup>48</sup> – a quella conseguibile per mezzo dei rimedi demolitori, attraverso un meccanismo di monetizzazione. La copertura non deve quindi trascurare i pregiudizi *diretti* che l'annullamento o la dichiarazione di nullità delle delibere assembleari consentirebbero di evitare <sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> A proposito di tale precisazione, v. *infra*, nel testo e nelle note, le osservazioni relative agli interessi non patrimoniali degli azionisti medesimi.

<sup>49</sup> La questione si fa più sottile con riferimento a quel “maggior danno”, prodottosi già prima della pronuncia giudiziale, e che neppure l'esperimento delle azioni invalidative potesse eventualmente rimuovere. Secondo quanto già detto nei paragrafi precedenti, l'azione relativa al risarcimento di tale danno, è proponibile (ove ne ricorrano i presupposti in base alle regole generali della responsabilità civile) cumulativamente alle domande volte a far valere l'invalidità delle delibere assembleari. A rigori, dunque, qualora i soci non possano ottenere la caducazione delle delibere, dovrebbe forse predicarsi che questo tipo di danno restasse fuori dall'area coperta dalla malleveria *ex lege*, e seguisse a poter essere risarcito solo a titolo di responsabilità civile. Si tratta, tuttavia, di una distinzione – e di una complicazione – del sistema che difficilmente potrebbe essere accettata nella vita pratica delle corti; sicché è probabilmente preferibile, a costo di accettare una lieve forzatura a favore degli azionisti privi di tutela reale, concedere a questi ultimi di chiedere ed ottenere la riparazione ogni pregiudizio *diretto* subito in conseguenza di delibere assembleari invalide in forza della medesima garanzia di fonte legale, e dunque a titolo di responsabilità oggettiva.



Tanto precisato, si può procedere ad affrontare quello che forse rappresenta il problema più discusso in ordine all'oggetto della tutela in questione, e cioè se fra i pregiudizi risarcibili in forza di essa debbano essere fatti rientrare soltanto quelli in senso stretto e direttamente discendenti dai vizi della delibera astrattamente invalida, oppure, in generale, qualsiasi pregiudizio derivato dalla deliberazione, indipendentemente dal fatto che esso si potesse o meno produrre anche in assenza dei vizi di questa, ed in generale dalla sua correlazione con essi.

I fautori della prima tesi <sup>50</sup> possono far leva su di un argomento di carattere letterale, dal momento che il comma quarto dell'art. 2377 c.c. indica, come si sa, la risarcibilità «*del danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*». L'osservazione traccia all'interno dei pregiudizi provocati dalle deliberazioni invalide una distinzione dai confini piuttosto incerti. Essa sembra sostanzialmente doversi leggere nel senso che, per ottenere ristoro dei pregiudizi subiti, occorra dimostrare che la deliberazione, in assenza dei vizi che la affliggono, non sarebbe stata adottata <sup>51</sup>. Questa impostazione pare riflettere, in ultima analisi, la preoccupazione che gli azionisti privi di tutela reale riescano a fare un uso strumentale (e fondamentalmente, secondo questo modo di vedere, abusivo) del rimedio obbligatorio, ottenendo il risarcimento di danni che in realtà avrebbero comunque dovuto patire, in quanto discendenti da una deliberazione

---

<sup>50</sup> LA MARCA, *Il danno alla partecipazione sociale*, Milano, 2012, 209; SACCHI, *Tutela reale*, cit., 152.

<sup>51</sup> LA MARCA, *op. loc. ult. cit.*

effettivamente conforme alla volontà della maggioranza azionaria, e non contraria, nel suo contenuto, alla legge o allo statuto <sup>52</sup>.

Tale ragionamento, pur maggiormente persuasivo rispetto al mero argomento letterale (che presuppone una precisione tecnico-lessicale cui non sempre il legislatore pare attenersi), non sembra tuttavia decisivo. Come già si è avuto modo di riflettere, infatti, gli azionisti non sono tenuti, nel nostro sistema, a subire la volontà della maggioranza *n'importe comment*. Essi, al contrario, ne sono, in linea di principio, vincolati solo in quanto tale volontà si traduca in decisioni collegiali poste in essere nel rispetto delle regole sulla formazione degli atti, e che, quindi, legittimamente possano essere imputate all'ente collettivo. In questo senso, i vizi relativi, ad esempio, al mancato rispetto delle formalità necessarie in sede di convocazione non sembrano dover assumere una valenza differente rispetto a quelli relativi al mancato raggiungimento dei *quorum*, o anche al contenuto delle delibere stessa. Anche violazioni di carattere meramente procedimentale comportano l'invalidità delle deliberazioni; ed alla maggioranza, qualora esse abbiano luogo, residua bensì il potere di imporre la propria volontà, ma solo a condizione di ripetere l'atto, sostituendo quello originario con altro legittimo. Rispetto a tale situazione, la circostanza che i soci "dissidenti" siano privi della tutela demolitoria non deve rappresentare, per la maggioranza, una sorta di salvacondotto. Anche qui, dunque, delle due l'una: o la maggioranza sostituisce la delibera viziata con altra legittima; oppure deve essere riconosciuta agli azionisti la tutela obbligatoria, in sostituzione di quella demolitoria ablata.

---

<sup>52</sup> Ancor più precisamente, i danni di cui, secondo la dottrina in discorso, non sarebbe ammessa la riparazione parrebbero essere quelli derivanti da decisioni che la società fosse legittimata ad assumere e che corrispondessero alla volontà effettiva della maggioranza.

La tesi della risarcibilità dei pregiudizi discendenti puramente e semplicemente da deliberazioni invalide – e non solo dall’invalidità delle deliberazioni in senso stretto intesa – appare, dunque, preferibile <sup>53</sup>.

I risultati dell’analisi sin qui condotta dovrebbero contribuire a sfatare, di conseguenza, l’affermazione, che pure si trova con una certa frequenza in dottrina, per cui l’istituto oggetto di questo lavoro lascerebbe prive di le violazioni procedurali, in quanto non idonee a produrre alcun danno patrimoniale <sup>54</sup>. Si tratta di una massima che ha senso solo qualora si adotti l’ottica per cui i pregiudizi rispetto ai quali gli azionisti privi di tutela reale sono garantiti siano solo quelli direttamente riconducibili *all’invalidità della deliberazione*, e non, in generale, *alla deliberazione invalida*. Una volta rigettato il primo modo di vedere, ed abbracciato invece il secondo, è chiaro che una deliberazione è suscettibile di produrre danni patrimoniali del tutto indipendentemente dalla natura procedimentale o meno dei vizi che la affliggono.

A ben vedere, il problema dell’impossibilità della produzione di un pregiudizio patrimonialmente valutabile (e dunque del funzionamento del meccanismo di tutela “sostitutivo” predisposto dal legislatore in favore degli azionisti privi della tutela reale) non si pone con riferimento alle deliberazioni afflitte da *vizi procedurali*, ma semmai a quelle aventi *oggetto procedimentale*. L’elezione del presidente dell’assemblea, l’approvazione o la modifica di un regolamento assembleare, ecc. sono deliberazioni che – quale che sia la natura dei vizi da cui possono essere affette – non appaiono idonee (salvi casi del tutto eccezionali) a danneggiare il patrimonio sociale, o a diminuire altrimenti il valore e

---

<sup>53</sup> NIGRO, *op. cit.*, 885 s.; PORTALE, *op. cit.*, 623; VENTORUZZO, *op. cit.*, 640 s.

<sup>54</sup> LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 472

la redditività delle azioni, o ancora a provocare lesioni dirette della sfera patrimoniale degli azionisti; e che, nondimeno, sono però idonee a pregiudicarne anche sensibilmente gli interessi in ordine all'esercizio di un'influenza in seno all'organo assembleare.

Né le deliberazioni aventi oggetto propriamente procedimentale sono le uniche a non essere per lo più suscettibili di provocare lesioni patrimoniali in capo agli azionisti, pur potendo pregiudicarne in misura notevole gli interessi. Si pensi, ad esempio, a delibere anche fondamentali come quelle relative alla modifica dell'oggetto sociale (quando la scelta operata non sia il frutto di errori di valutazione talmente oggettivi ed indiscutibili da superare la soglia della tradizionale insindacabilità delle scelte imprenditoriali, e da rendere possibile una sicura dimostrazione del danno che ne sia derivato), oppure a quelle che determinano il passaggio da un sistema di amministrazione e controllo ad un altro <sup>55</sup>, o ancora al cambio della denominazione <sup>56</sup>. Si potrebbe forse, per indicare sinteticamente questo tipo di decisioni assembleari, parlare, con linguaggio mutuato dal diritto dei contratti, di *deliberazioni normative*.

Accanto ad esse, si colloca poi una serie di altri tipi di delibere che, pur non avendo ad oggetto mere modifiche alle regole sul funzionamento delle società, comunque non sono normalmente idonee a provocare pregiudizi di ordine patrimoniale: prime fra tutte, quelle relative alla nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo <sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> L'esempio si ritrova anche in SACCHI, *Tutela reale*, cit., 152 s.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> V. ancora *ibidem*. Non è peraltro impossibile immaginare qualche caso-limite, in cui anche di simili decisioni possa provarsi la dannosità; ad esempio nel caso in cui la maggioranza azionaria

A ben riflettere su tutto questo, e considerando le competenze effettivamente affidate all'assemblea nelle società per azioni, si è anzi portati a concludere che l'area di concreta operatività della garanzia legale *ex art. 2377*, comma quarto, c.c., in particolare, sia normalmente piuttosto ridotta, concentrandosi per lo più sulle delibere di autorizzazione al compimento di operazioni gestorie, nonché a quelle di determinazione dei compensi dei membri degli organi di amministrazione e controllo. Mentre più frequenti dovrebbero essere invece le occasioni di attivazione della garanzia legale degli azionisti in forza delle disposizioni circa le invalidità speciali, che concernono delibere che, per il loro oggetto, sembrano più facilmente idonee a produrre lesioni sul piano patrimoniale.

Resta comunque priva di sanzioni e tutele, per effetto della restrizione dell'accesso ai rimedi demolitori, un'ampia serie di situazioni in cui l'interesse degli azionisti contrari alle delibere viziate sarebbe quello ad avviare la società verso scelte differenti, più che a conservare il valore del proprio investimento (che non sembra, invece, messo in discussione)<sup>58</sup>. E ciò accade proprio in quanto, in tali casi, l'interesse leso ed il danno arrecato non sembrano avere, propriamente, carattere patrimoniale<sup>59</sup>.

---

di una società fortemente indebitata proceda alla nomina di uno o più amministratori nei confronti dei quali i creditori (magari rappresentati in massima parte dal sistema bancario) abbiano preventivamente (e per adeguati motivi) manifestato la propria sfiducia, seguita da richieste di rientro nei fidi, ecc.

<sup>58</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 712; PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, 66; PORTALE, *op. cit.*, 623; SACCHI, *Tutela reale*, 151; SACCHI-VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.* a cura di Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 681.

<sup>59</sup> SACCHI, *Tutela reale*, cit., 152 s.

Si è già avuto modo di segnalare come alcuni autori abbiano operato un tentativo di garantire anche in questi casi una tutela agli azionisti privi dei rimedi demolitori, predicando l'attribuzione loro di un risarcimento, o in alternativa di un'indennità, da calcolarsi in via puramente equitativa, come compensazione per la violazione dell'interesse degli azionisti alla legalità dell'agire degli organi sociali in sé considerata<sup>60</sup>. Tuttavia – fermo che è condivisibile l'intenzione di cercare di garantire il più possibile la coincidenza fra il grado di protezione offerto dalle azioni invalidative e quello garantito dalla tutela obbligatoria che le dovrebbe surrogare – va ribadito che la soluzione suscita fortissime perplessità. In primo luogo, infatti, essa finirebbe probabilmente ogni tentativo di dare unitarietà alle varie previsioni di tutela obbligatoria “sostitutiva” degli azionisti, dal momento che le varie disposizioni, di cui già si è dato conto, le quali, a fronte dei casi “speciali” di invalidità assembleari, impongono il *«risarcimento del danno eventualmente spettante»*, o il *«risarcimento dell'eventuale danno»* presuppongono logicamente che, in presenza di delibere astrattamente invalide, il danno possa spettare, oppure no; mentre, aderendo alla tesi appena esposta, una forma di ristoro dovrebbe spettare comunque, essendo ricollegata alla circostanza, in sé considerata, dell'astratta invalidità della deliberazione. Sicché sarebbe necessario ammettere una frattura fra la previsione di tutela obbligatoria di cui al comma quarto dell'art. 2377 c.c. e sostanzialmente tutte quelle speciali; frattura che veramente difficile da giustificare, dal momento che, in un caso come negli altri, l'interesse degli azionisti alla legalità dell'agire degli organi sociali appare assolutamente identico. A ciò si aggiunga, poi, che il risarcimento equitativo richiederebbe, in questo caso, un esercizio di mero e totale arbitrio da parte del giudice, difettando, a quanto pare, ogni parametro cui

---

<sup>60</sup> ENRIQUES-ZORZI, *op.cit.*, 28 ss.

ricollegare la determinazione della somma dovuta a titolo di riparazione. Infine, come già accennato nel capitolo precedente, appare poco plausibile, in radice, predicare la risarcibilità di un danno non patrimoniale in questo settore dell'ordinamento<sup>61</sup>, in assenza di una previsione normativa che espressamente (e chiaramente) lo preveda ai sensi dell'art. 2059 c.c.<sup>62</sup> e non potendosi neppure ravvisare la lesione di un diritto costituzionalmente garantito<sup>63</sup>.

Anche quando, poi, il pregiudizio subito dai soci privi di tutela reale in conseguenza della delibera astrattamente invalida abbia carattere chiaramente patrimoniale, le difficoltà in ordine alla sua dimostrazione e (soprattutto) quantificazione saranno tendenzialmente piuttosto rilevanti, e ciò, in particolare, con riferimento al danno *indiretto*.

Come già più volte ribadito, il criterio di fondo, con riferimento a tale tipo di pregiudizio, è quello per cui la somma attribuita a titolo di riparazione all'azionista non legittimato all'esperimento della tutela reale dovrà coprire la variazione negativa del valore e della redditività delle sue partecipazioni, in analogia con quanto previsto *ex art.* 2497 c.c. in relazione al danno da attività di direzione e coordinamento<sup>64</sup>. Non sarà tuttavia sempre elementare isolare l'effetto negativo, sulla consistenza del patrimonio sociale (e dunque, di riflesso, sul valore delle

---

<sup>61</sup> V. però *contra* GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 542.

<sup>62</sup> In tal senso, pare, VENTORUZZO, *op. cit.*, 656.

<sup>63</sup> V. le riflessioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 53 ss.

<sup>64</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, 286. ANGELICI, *La società*, cit., 75, sottolinea anche i profili di somiglianza con i calcoli relativi al valore della partecipazione sociale che vengono effettuati al fine del recesso.

partecipazioni), di una determinata deliberazione assembleare (o di una operazione da essa autorizzata) dagli altri fattori che possano averne influenzato la variazione. L'operazione diventa ancor più complessa qualora si tratti di azioni di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ed in particolare di società quotate, nel qual caso il valore di scambio delle azioni è soggetto, come noto, ad oscillazioni particolarmente frequenti ed influenzate da un'amplessissima gamma di fattori<sup>65</sup>. I consulenti tecnici cui l'opera di stima dovrà senza dubbio essere rimessa<sup>66</sup> potranno applicarvi i principi propri delle materie economico-finanziarie e contabili e, plausibilmente, dovranno tentare una comparazione fra l'andamento del valore delle società in questione ed altre aventi caratteristiche comparabili nel periodo di riferimento, nonché in periodi simili; ma, in ogni caso, ben si comprende quale carattere di arbitrarietà possano assumere – quantomeno secondo la sensibilità del giurista – simili operazioni.

In questi frangenti, un ruolo fondamentale, come è chiaro, finirà per essere svolto dal libero apprezzamento del giudice, che si troverà a dover raccogliere i frutti delle operazioni di stima del consulente tecnico d'ufficio, tenendo anche conto delle obiezioni (il cui merito sarà facilmente di difficile valutazione) sollevate dai consulenti di parte. E sarà quasi inevitabile che, nell'opera di valutazione finisca per avere un qualche ruolo, ancora una volta, l'equità, (con tutti i pericoli, già in precedenza denunciati, che essa comporta in ordine alla pienezza della tutela degli

---

<sup>65</sup> DE CATA, *Il risarcimento del danno indiretto da annullabile subito dal socio minoritario*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Lanzi e Franceschelli, Milano, 2004, 119.

<sup>66</sup> Così, con riferimento al danno da delibere di trasformazione invalide, BUFFA DI PERRERO, *op. cit.*, 105, e VAIRA, *Art. 2500 bis*, in *Comm. Cottino*, Bologna, 2004, 2253, nt. 46.



azionisti), nella forma dell'equo apprezzamento del giudice di cui all'art. 1226 c.c.<sup>67</sup>.

Da ultimo, sempre in tema di quantificazione del pregiudizio risarcibile agli azionisti privi di accesso ai rimedi demolitori, va segnalato un innocuo paradosso cui si va incontro in sede di valutazione del danno indiretto. È stato osservato che, se dal patrimonio sociale vengono tratte le somme destinate ad offrire ristoro a parte degli azionisti per la perdita di valore delle proprie partecipazioni, l'operazione, comportando essa stessa una diminuzione del patrimonio sociale, finisce per tradursi in una nuova diminuzione del valore delle azioni il cui titolare dovrebbe essere manlevato ad opera della società. Ne consegue che, nella somma da attribuire, in sede di condanna, all'azionista, vada calcolato anche l'effetto che il risarcimento stesso ha sul valore della sua partecipazione; ma questo aumento della somma che la società deve pagare finisce per ripercuotersi nuovamente, *pro quota*, sul valore della partecipazione dell'azionista, e così via<sup>68</sup>.

All'atto pratico, è facile constatare come questo curioso fenomeno – che, come giustamente è stato osservato, ricorda i paradossi di Zenone volti a dimostrare l'impossibilità del movimento<sup>69</sup> – sia reso poco preoccupante dalla banale circostanza che, ogni volta che l'operazione venga ripetuta, la sua incidenza in negativo sul valore della partecipazione diminuisce, fino a rendere la variazione

---

<sup>67</sup> BEVILACQUA, *op. cit.*, 517. La norma, pur dettata in tema di responsabilità contrattuale, sembra applicabile al caso di specie.

<sup>68</sup> SACCHI, *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di Benazzo, Patriarca e Presti, Milano, 2003, 165; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 192.

<sup>69</sup> SACCHI, *La tutela obbligatoria*, cit., 165.

del tutto irrilevante sul piano economico. Non sarà quindi difficile procedere infine ad una ragionevole e soddisfacente approssimazione del risultato voluto, anche in forza, ancora una volta, dei poteri di equo apprezzamento del giudice.

#### 4. I profili temporali: prescrizione e decadenza.

Un ruolo piuttosto importante, in relazione alla ricostruzione della tutela obbligatoria degli azionisti privi di tutela reale a fronte di delibere assembleari astrattamente invalide, è giocato anche dai profili attinenti la dimensione temporale della tutela in questione, con ciò intendendo, in particolare, le regole relative ai fenomeni della prescrizione e della decadenza.

Per quanto concerne, innanzitutto, la garanzia legale dei soci ultraminoritari a fronte di deliberazioni annullabili, di cui all'art. 2377, comma quarto, c.c., va registrato come la miglior dottrina ritenga che al breve termine di novanta giorni, entro il quale la domanda di manleva per i pregiudizi provocati da tali delibere deve essere esercitata, vada riconosciuta indole decadenziale<sup>70</sup>. Tale affermazione è fatta condivisibilmente derivare dalla circostanza, sostanzialmente pacifica fra gli autori<sup>71</sup>, per cui ha pure indole decadenziale il termine di novanta giorni per l'esercizio dell'azione di annullamento; e trattandosi del medesimo termine – imposto, anche sul piano letterale, con un'unica proposizione dal legislatore – è ragionevole ritenere che unica sia anche la sua natura, anziché decadenziale con riguardo alla tutela reale e prescrizione con riferimento a quella obbligatoria<sup>72</sup>. Gioca inoltre, in favore di tale qualificazione del

---

<sup>70</sup> BEVILACQUA, *op. cit.*, 514 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 2012, 352; NIGRO, *op. cit.*, 884; SACCHI-VICARI, *op. cit.*, 662; SANZO, *Art. 2377*, cit., 626; SCALA, *op. cit.*, 287.

<sup>71</sup> Cfr. ad es., *e multis*, GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 555, nonché SACCHI-VICARI, *op. loc. ult. cit.*, 662. In giurisprudenza, v. Cass. 5 dicembre 2011, n. 25945, nonché, già prima della riforma: Trib. Milano 11 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 830 e Trib. Varese 1 marzo 1999, in *Società*, 1999, 864.

<sup>72</sup> BEVILACQUA, *op. loc. ult. cit.*; SANZO, *op. loc. ult. cit.*

termine in parola, l'opportunità di consentire, agli azionisti che non abbiano tempestivamente agito, l'esercizio dell'intervento litisconsortile nel giudizio avviato da altri; considerazione, questa, tanto importante – in considerazione della brevità del termine in discorso, e del pericolo che ne deriva in ordine all'effettività della tutela degli azionisti stessi, su cui si tornerà fra breve – da consentire probabilmente di far passare in secondo piano l'eccentricità di un termine decadenziale riferito all'esercizio di un'azione di condanna <sup>73</sup>.

È discusso se il termine decadenziale possa essere modificato in sede statutaria, se la società possa rinunciarvi e se il giudice debba rilevarne d'ufficio la violazione. La soluzione di questi interrogativi dipende, in base alle norme contenute negli ultimi due articoli del codice civile, dal fatto che si ritenga o meno che il termine medesimo verta su «*materia sottratta alla disponibilità delle parti*». Orbene, che il diritto alla rifusione dei danni da deliberazione invalida sia disponibile dalle parti interessate pare fuor di dubbio, dal momento che si tratta, in definitiva, di un mero credito (privo oltretutto di quelle note e peculiari connotazioni che alcuni diritti di credito possono assumere in relazione alla persona del creditore, ad esempio in relazione ai rapporti di lavoro subordinato). Va tuttavia osservato che l'indisponibilità *della materia* nell'ambito della quale un termine decadenziale sia stabilito è cosa diversa dall'indisponibilità *del diritto* (o comunque la posizione giuridica soggettiva attiva) il cui esercizio deve avvenire entro il termine stesso <sup>74</sup>. Sicché, come da lungo tempo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte ha avuto modo di sottolineare, perché un termine di decadenza possa dirsi versare in materia sottratta alla disponibilità delle parti è sufficiente che esso, quand'anche riferito all'esercizio di diritti in sé disponibili, sia dettato per la tutela di un

---

<sup>73</sup> BEVILACQUA, *op. loc. ult. cit.*; SANZO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>74</sup> Cfr. Cass. 26 agosto 1997, n. 8014.

interesse generale di ordine superiore, diverso da quello, generico, alla certezza delle situazioni giuridiche soggettive <sup>75</sup>. Ebbene, nel caso specifico, il termine per l'esercizio della tutela obbligatoria, più ancora di quello relativo all'impugnativa, pare dettato nell'esclusivo interesse della società, che trae un evidente vantaggio dal fatto che tutte le rimostranze degli azionisti rispetto alla validità delle deliberazioni adottate emergano immediatamente e siano decise in un unico processo, consentendo di facilitare al *management* le valutazioni relative al costo potenziale della soccombenza, e così di meglio programmare l'attività d'impresa <sup>76</sup>. Sembra dunque accettabile, sul punto, una soluzione molto liberale, che consenta allo statuto sociale di derogare alla previsione del termine decadenziale per far valere in giudizio la tutela obbligatoria degli azionisti, che permetta alla società di rinunciare, anche preventivamente <sup>77</sup>, a farla valere ed infine che impedisca al giudice di rilevarne d'ufficio la violazione <sup>78</sup>.

Se si ritiene che anche il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di annullamento sia dettato nel preminente interesse della società, lo stesso discorso dovrebbe valere anche in relazione ad esso. Tuttavia, parte della dottrina è nettamente contraria ad ammettere la disponibilità di quest'ultimo in sede statutaria <sup>79</sup>, anche in considerazione del fatto che la stabilità delle deliberazioni assembleari può incidere

---

<sup>75</sup> Così già Cass. SS.UU. 4 luglio 1989, n. 3197.

<sup>76</sup> Voler ravvedere in tutto ciò un interesse inderogabile di carattere pubblicistico imporrebbe di rifarsi ad una nozione degli interessi dell'economia nazionale che appare superata da tempo.

<sup>77</sup> PANZA, *Decadenza nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, 140; TEDESCHI, *Decadenza (diritto e procedura civile)* (voce), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 789.

<sup>78</sup> BEVILACQUA, *op. cit.*, 514. Anteriormente alla riforma, v. anche, in giurisprudenza, Trib. Milano 11 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2105. *Contra*: SCALA, *op. cit.*, 274 s.

<sup>79</sup> Per tutti, SCALA, *op. loc. ult. cit.*

anche su posizioni ed interessi di soggetti terzi. Va peraltro notato che l'adesione a questo modo di vedere, unita alla constatazione – a nostro avviso indiscutibile – dell'assenza di interessi generali ricollegabili alla decadenza della garanzia obbligatoria per i pregiudizi da delibere assembleari annullabili – e dunque della sua necessaria derogabilità – porterebbe automaticamente a dover ritenere derogabile la regola del *simultaneus processus*, di cui al comma quinto dell'art. 2378 c.c.

Ciò detto, è da rilevare che l'aspetto più significativo, discusso e (nelle sue conseguenze) problematico del termine decadenziale *de quo* consiste nella sua notevole (e non è azzardato dire eccessiva) brevità. Il punto è stato fatto oggetto di unanimi critiche da parte della dottrina<sup>80</sup>, già mentre l'articolato della riforma era ancora in fase di elaborazione<sup>81</sup>: se infatti un termine decadenziale, anche molto breve, può essere accettabile (e in alcuni casi necessario) in ordine alla proposizione delle azioni invalidative, esso può divenire estremamente pregiudizievole, nell'ottica di garantire una efficace tutela dei diritti e degli interessi degli azionisti in sede giudiziale, quando riferito invece all'esercizio di azioni *lato sensu* risarcitorie.

Come è stato da più parti rilevato, nell'arco di novanta giorni dall'assunzione di una deliberazione invalida, i danni che ne conseguono possono facilmente non avere

---

<sup>80</sup> ABRIANI, *L'assemblea*, in *Tr. dir. comm. Cottino - IV,1. Le società per azioni*, Padova, 2010, 538; BEVILACQUA, *op. cit.*, 516; CHIAPPETTA, *op. cit.*, 489; DE CATA, *op. cit.*, 119; LIBONATI, *op. cit.*, 476; SANZO, *Invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di società per azioni*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 463; NIGRO, *op. cit.*, 890 s.; SACCHI, *Tutela reale*, cit., 151; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 191; WEIGMANN, *op. cit.*, 281.

<sup>81</sup> V. ad es. DOLMETTA, *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, II, 1482, che suggeriva che fosse all'uopo fissato, piuttosto, un termine annuale.

ancora neppure iniziato a manifestarsi<sup>82</sup>; e doverne tentare la quantificazione, in quel lasso temporale o anche in quello, più ampio, corrente fino alle prime udienze istruttorie, rischia davvero di rappresentare, nella maggior parte dei casi (anche in considerazione delle notevoli complessità tecniche di cui già si è dato conto nel paragrafo precedente), una *probatio diabolica*<sup>83</sup>.

La stessa possibilità di agire riservandosi la quantificazione del danno in corso di causa<sup>84</sup> non pare affatto offrire una soluzione sufficiente, dal momento che, come appena rilevato, il danno da deliberazione invalida, in molti casi, entro novanta giorni non solo non avrà terminato ancora di prodursi, ma non si sarà prodotto affatto; e, una volta che abbia cominciato a manifestarsi, non è detto che termini di farlo entro la fine dell'attività istruttoria.

I tentativi di porre rimedio alla situazione sul piano del diritto sostanziale non hanno sortito risultati unanimemente accettati, né, a ben guardare, particolarmente soddisfacenti. Essi ruotano, essenzialmente, intorno all'idea di trasformare la garanzia legale per i pregiudizi arrecati agli azionisti di ultraminoranza da deliberazioni astrattamente invalide in un rimedio in qualche modo forfettario, fondato su un giudizio pienamente equitativo e solo latamente collegato all'effettiva entità del danno. In parte se ne è già dato conto: si ricollocano fra questi tentativi le idee di chi vede nell'istituto in discorso una forma di risarcimento di un danno *in re ipsa* per la violazione dell'interesse alla legalità dell'agire degli organi sociali, scollegato dalla dimensione prettamente

---

<sup>82</sup> CHIAPPETTA, *op. loc. ult. cit.*; DE CATA, *op. loc. ult. cit.*; NIGRO, *op. loc. ult. cit.*; SACCHI, *op. loc. ult. cit.*; SANZO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>83</sup> Così CHIAPPETTA, *op. cit.*, 489.

<sup>84</sup> Su cui v. LENER, *Art. 2377*, cit., 555.

patrimoniale e determinabile secondo equità<sup>85</sup>; ad esse va aggiunta la proposta di consentire al giudice una liquidazione meramente equitativa del danno patrimoniale futuro<sup>86</sup>. Fermo quanto già detto a contrasto della prima delle due tesi, va rilevato come anche la seconda non vada esente da criticità: va infatti considerato che, pur non contestando la natura patrimoniale dei pregiudizi cui si tratta di fornire riparazione, essa finisce ancora una volta per trattarli come se fossero di natura, invece, non patrimoniale, esponendosi, in buona misura, alle stesse obiezioni sollevate contro l'idea del danno da deliberazione invalida come danno *in re ipsa*; e a tacere delle perplessità di ordine sistematico, va soprattutto rilevato, anche in questo caso, l'eccessivo grado di arbitrarietà della valutazione che si demanderebbe al giudice di operare.

È forse il caso, dunque, di prendere atto che ai problemi generati, in ordine all'effettività della tutela obbligatoria degli azionisti di ultraminoranza a fronte delle delibere astrattamente annullabili, dalla fissazione del termine trimestrale per il suo esercizio, non è possibile offrire soluzione sul piano del diritto sostanziale; e che la risposta vada ricercata, piuttosto, in ambito schiettamente processuale, come si cercherà di fare (siapure per brevi cenni) nel prossimo capitolo di questo lavoro.

Prima di procedere a tanto, peraltro, è opportuno ancora dedicare qualche attenzione ai profili temporali del rimedio obbligatorio avverso i pregiudizi derivanti da deliberazioni astrattamente invalide con riferimento ai casi di invalidità "speciale" di cui ai più volte richiamati artt. 2379 *ter*, 2434 *bis*, 2500 *bis*, 2504 *quater* e 2506 *ter* c.c. Come ormai più volte sottolineato, queste disposizioni (con l'eccezione del secondo comma dell'art. 2434 *bis* c.c.) ricollegano l'ablazione della legittimazione degli azionisti a far

---

<sup>85</sup> ENRIQUES-ZORZI, *op.cit.*, 28 ss.

<sup>86</sup> V. LENER, *Art. 2377*, cit., 555, che fa parola di «liquidazione equitativa a futura memoria». Simili anche LIBONATI, *op. cit.*, 476 e STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 191. *Contra* DE CATA, *op. cit.*, 119.



valere giudizialmente l'invalidità delle deliberazioni assembleari al decorrere del termine fissato per l'impugnativa <sup>87</sup>. In questi casi, dunque, il termine decadenziale per l'esercizio dell'impugnativa non segna, ovviamente, la decadenza anche del potere di far valere in giudizio la garanzia legale per i pregiudizi derivanti dalla delibera astrattamente invalida, sibbene, al contrario, il termine *iniziale* per il suo esercizio <sup>88</sup>.

A prima vista, ciò potrebbe forse dare adito al sospetto di un'ingiustificata disparità di trattamento fra gli azionisti lesi (direttamente o indirettamente) da delibere assembleari nulle aventi ad oggetto materie per le quali sono previsti i regimi di invalidità "speciale" (approvazione del bilancio, aumento e diminuzione reale del capitale, emissione di obbligazioni, operazioni straordinarie) e gli azionisti invece lesi da deliberazioni parimenti nulle, ma sottoposte al regime ordinario di cui all'art. 2379 c.c. Mentre infatti questi ultimi hanno a disposizione tre anni per esercitare l'azione di nullità, ma, concluso tale arco temporale, non possono più far valere alcun genere di tutela, i primi, scaduto il breve o brevissimo termine per l'impugnazione, hanno la possibilità di attivare un rimedio che, pur dovendo, in linea di principio, "sostituire" l'azione di nullità, non è sottoposto ad alcun termine decadenziale, ed è dunque attivabile anche oltre i tre anni destinati ordinariamente a limitare l'esercizio dell'azione di nullità stessa. *Re melius perpensa*, tuttavia, la disparità si rivela più apparente che sostanziale: si può affermare, infatti, che proprio la peculiare brevità del termine decadenziale per l'esercizio della tutela demolitoria nei casi di "invalidità speciale"

---

<sup>87</sup> In alcuni casi con riferimento alla sola azione di nullità, in altri anche all'annullamento: v. il secondo paragrafo del primo capitolo ed il primo del capitolo presente.

<sup>88</sup> Ad es., sull'inapplicabilità di preclusioni e decadenze *ex artt.* 2377 e 2378 c.c. in tema di invalidità della fusione, v. DI SARLI, *op. cit.*, 963 (sul discutibile presupposto, tuttavia, che si tratti di azioni di natura diversa).

bilanci e giustifichi la maggiore durata della tutela obbligatoria “sostitutiva” concessa agli azionisti. La differenza, peraltro, trova un’ulteriore giustificazione nella notevole diversità di funzionamento delle due tutele, dal momento che, mentre i rimedi invalidativi hanno la capacità, oltre che di rimuovere gli effetti (pregiudizievole e non) degli atti che vanno a colpire, di impedire che questi producano ulteriori effetti in futuro, quelli (in senso ampio) risarcitori debbono per lo più intervenire *dopo* che il pregiudizio si sia già prodotto, per offrire ristoro a chi l’abbia subito; di talché appare ragionevole che una tutela obbligatoria attribuita al fine di surrogarne una reale sia concessa per un arco temporale più lungo, ed è semmai la soluzione opposta, adottata dal comma sesto dell’art. 2377 c.c. a suscitare, come già si è detto, forti perplessità.

D’altra parte, è chiaro come la tutela in discorso non sia affatto priva di limitazioni nel tempo, essendo il credito spettante all’azionista in forza della garanzia legale per i pregiudizi derivanti da deliberazioni invalide sottoposto – come ogni altro nascente dal rapporto di società – al termine di prescrizione quinquennale di cui all’art. 2949 c.c.<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Così, con riferimento alla tutela obbligatoria *ex art. 2379 ter c.c.*, LENER, *Art. 2379 ter*, in *Comm. Niccolini-Stagno d’Alcontres*, I, Napoli, 2004, 577. Con riferimento a quella *ex art. 2504 quater c.c.*, DI SARLI, *op. cit.*, 963.



#### **IV. I PROFILI PROCESSUALI DELLA TUTELA (CENNI).**

A chiosa del presente lavoro, che pure tratta della tutela obbligatoria degli azionisti privi di accesso ai rimedi demolitori delle delibere assembleari invalide in una prospettiva sostanzialistica, è opportuno svolgere qualche breve considerazione in merito ad alcuni temi di carattere schiettamente processuale, che si ricollegano, per vari aspetti, agli argomenti ed ai problemi fin qui affrontati, costituendone un opportuno completamento.

D'altra parte, è già stato necessario, nel corso dell'esposizione sin qui effettuata, offrire vari spunti concernenti la disciplina processuale dell'istituto in discorso, per lo più riversata nell'art. 2378 c.c. Richiamandone brevemente i punti salienti, si può innanzitutto ricordare che l'azione volta a far valere la garanzia legale per i danni da deliberazioni astrattamente invalide deve essere avviata (entro i termini di cui si è dato conto nell'ultimo paragrafo del capitolo precedente) con atto di citazione avanti il tribunale delle imprese del luogo ove la società ha sede. Si tratta, chiaramente, di una domanda di condanna, che però, nel caso in cui la delibera dannosa sia affetta da annullabilità e non rientri nei casi disciplinati da norme speciali, deve essere riunita – oltre che con ogni altra domanda di condanna *ex art. 2377*, comma quarto, c.c. – con tutte le impugnative (aventi invece natura costitutiva) proposte contro la medesima delibera, per essere istruita e decisa in una con esse. La scelta del legislatore è suscettibile di produrre risultati plausibilmente apprezzabili in termini di economia processuale e di coerenza del giudicato<sup>1</sup>, ma con grave pregiudizio di chi proponga la domanda di

---

<sup>1</sup> ABRIANI, *L'assemblea*, in *Tr. Cottino - IV,1. Le società per azioni*, Padova, 2010, 534

condanna, che, come pure già si è notato, fisiologicamente richiederebbe, per poter essere utilmente esperita, tempi marcatamente più lunghi.

Le norme che regolano il *simultaneus processus* – e che paiono, con ciò, dar luogo ad un caso di litisconsorzio unitario per ragioni di opportunità<sup>2</sup> – presentano, peraltro, alcuni punti di oscurità più o meno marcata. Si è detto di come sia opportuno interpretare il terzo comma dell’art. 2377 c.c. (che consente agli azionisti di ottenere la sentenza costitutiva di annullamento della deliberazione assembleare quando raggiungano *anche congiuntamente* le soglie di capitale richieste) nel senso di ammettere che gli azionisti di ultraminoranza possano proporre domande di annullamento condizionate (anche implicitamente) alla proposizione di eguali domande da parte di tanti altri azionisti da rappresentare, insieme, il 5% (o, nelle società “aperte”, l’1‰) del capitale sociale<sup>3</sup>. Al tempo stesso, si è cercato di argomentare, nel capitolo precedente, che la tutela obbligatoria spetti *esclusivamente* ai soci che non abbiano accesso a quella demolitoria, non potendo essere invece richiesta da chi potrebbe far valere l’invalidità della delibera. Le due regole, combinandosi insieme, finiscono per porre un rilevante problema nel caso in cui i piccoli azionisti (o alcuni di essi), non prevedendo che un sufficiente numero di soggetti sia interessato all’impugnazione, avanzino unicamente domande di condanna della società – senza accompagnarle con la proposizione, in via principale, della domanda di annullamento – salvo poi risultare, *congiuntamente*, titolari di azioni rappresentative di più del 5% o dell’1‰ del capitale sociale. *Congiuntamente*, si tratterebbe di soggetti legittimati ad ottenere la tutela reale, e dunque le cui domande di condanna andrebbero, a rigore, rigettate. Si tratta, nondimeno, di un esito processuale

---

<sup>2</sup> ABRIANI, *op. loc. ult. cit.*; IANNICELLI, *Art. 2378*, in *Comm. s.p.a. Fauceglia-Schiano di Pepe*, Milano, 2007, 531.

<sup>3</sup> V. capitolo precedente.

assurdo, specialmente in assenza di forme istituzionalizzate di coordinamento, in fase precontenziosa, fra gli azionisti stessi, che quindi non hanno modo di conoscere esattamente, in anticipo, chi siano i soggetti impugnanti e quante azioni detengano.

Una soluzione potrebbe essere quella di ammettere che il capitale rappresentato dai soci agenti vada considerato *congiuntamente* per valutare se essi possano ottenere l'annullamento, ma *singolarmente*, invece, per valutare il loro diritto ad ottenere la tutela per equivalente. Così ragionando, dovrebbe ammettersi che i soci impugnanti – pur detenendo, singolarmente considerati, partecipazioni di entità inferiore a quella richiesta, e pur non avendo agito con unico atto di citazione – possano ottenere l'annullamento, se, avendolo richiesto, raggiungono, nel loro insieme, tali soglie; ma, al tempo stesso, il piccolo azionista potrebbe escludere in partenza la possibilità di concorrere al raggiungimento “collettivo” di dette soglie, ed agire invece esclusivamente per la tutela obbligatoria <sup>4</sup>.

L'ipotesi ha però i difetti di contrastare con la natura pienamente “sostitutiva” del rimedio obbligatorio, di rendere più difficoltoso, per la società, prevedere i costi di un'eventuale condanna, ed infine di consentire ad alcuni piccoli azionisti, con la loro “opzione diretta” a favore della sola domanda di condanna, di pregiudicare anche le *chances* dei loro consoci di ottenere una piena tutela reale. L'ultimo di questi tre inconvenienti potrebbe essere risolto immaginando che, nel caso in cui anche uno solo degli azionisti abbia richiesto l'annullamento della delibera, le porzioni di capitale

---

<sup>4</sup> In altre parole: l'azionista può chiedere l'annullamento anche se singolarmente detiene una partecipazione inferiore al 5% o all'1%, ed ottenerlo se insieme a tutti gli altri impugnanti supera tali soglie; ma al tempo stesso una massa di piccoli azionisti che nel complesso supera le soglie in parola può limitarsi ad agire per il ristoro monetario “sostitutivo”, ed ottenerlo; non lo può fare, invece, l'azionista la cui partecipazione personale superi le soglie, singolarmente considerata: costui ha a disposizione la sola tutela demolitoria.

rappresentate dalle azioni dei soci che abbiano eventualmente chiesto la sola condanna della società alla rifusione dei danni vadano comunque calcolate congiuntamente a quella rappresentata dalle sue azioni ai fini del raggiungimento delle soglie *ex art. 2377*, comma terzo, c.c. Così opinando, l'unico caso in cui la tutela obbligatoria potrebbe essere ottenuta da piccoli azionisti complessivamente rappresentanti più del 5% (o dell'1%) del capitale sociale sarebbe quella in cui *nessun* azionista avesse chiesto l'annullamento. È, questa, l'ipotesi che, probabilmente, si lascia preferire, a dispetto di una certa "tortuosità" e nonostante lasci impregiudicati due dei tre inconvenienti poc'anzi denunciati.

L'unica alternativa parrebbe quella di considerare sempre implicita, nella domanda di condanna della società alla rifusione dei pregiudizi da deliberazione invalida, una domanda di annullamento in via principale. Si tratta però di una ricostruzione che, pur avendo, oltre al pregio della linearità, quello di assicurare che la società non debba mai pagare (quantomeno a titolo di danno indiretto) più del 5% del pregiudizio che essa dovesse patire in conseguenza della delibera viziata, pare costituire una eccessiva forzatura del principio dispositivo della domanda, tanto meno accettabile in quanto mancano solidi appigli testuali cui ancorarla.

Un'altra questione spinosa, in merito all'interpretazione della disciplina processuale di cui all'art. 2378 c.c., è rappresentata la regola per cui, per ottenere l'accoglimento della domanda di annullamento, i soci impugnanti debbono mantenere la titolarità del numero di azioni richiesto fino alla fine del processo e, qualora invece tale requisito venga meno, in corso di causa, in seguito a trasferimenti di partecipazioni per atto tra vivi, essi possono ottenere esclusivamente la tutela obbligatoria "sostitutiva", *«fermo restando quanto previsto dall'art. 111 del c.p.c.»*. Posto quanto già si è detto in merito a questa previsione – e cioè che, una volta che il trasferimento abbia fatto venir meno la titolarità del numero di azioni necessario ad ottenere la tutela reale, il soggetto cui spetta

la tutela obbligatoria “sostitutiva” è l’azionista alienante, non l’acquirente – è opportuno dedicare qualche attenzione al richiamo all’art. 111 c.p.c., che è apparso, in questo contesto, di non facile lettura. La menzione di tale disposizione (che, come si sa, disciplina le conseguenze sul processo della successione a titolo particolare nel diritto controverso) appare, sotto un primo aspetto, di incerta opportunità per il fatto che, nelle fattispecie disciplinate dal secondo comma dell’art. 2378 c.c., ad essere controverso non è propriamente il diritto trasferito (che coincide con la titolarità delle azioni), bensì la validità della deliberazione assembleare (nonché la spettanza di un ristoro ai sensi del quarto comma dell’art. 2378 c.c.)<sup>5</sup>. Al di là di questa considerazione, poi, a suscitare le maggiori perplessità è stato il dubbio che l’applicazione dell’art. 111 c.p.c. (ed in particolare del suo primo comma, che prevede la continuazione del giudizio fra le parti originarie), in qualche modo escludesse la possibilità del venir meno del possesso congiunto del numero di azioni richiesto per ottenere la pronuncia dell’annullamento<sup>6</sup>. In realtà, tuttavia, non sembra che vi siano ragioni di principio o di sistema che dovrebbero spingere a ritenere che la prosecuzione del processo fra le parti originarie impedisca di rilevare che gli attori hanno perduto i requisiti richiesti per ottenere la caducazione dell’atto impugnato; caducazione alla quale, peraltro, il socio che abbia alienato la propria partecipazione non dovrebbe più avere interesse, ed in ordine alla quale, di conseguenza non dovrebbe più aver voce in capitolo. D’altra parte, il richiamo all’art. 111 c.p.c. è utile a ricordare che questo non è l’unico esito possibile del trasferimento delle azioni, in quanto, in forza del terzo comma della disposizione, l’acquirente dovrebbe poter autonomamente decidere di intervenire per proseguire il

---

<sup>5</sup> SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 278.

<sup>6</sup> *Ibidem*.



giudizio nei suoi termini originari, concorrendo così ad ottenere l'annullamento della delibera <sup>7</sup>. Alla luce di tutto ciò, coordinamento fra l'art. 111 c.p.c. e l'art. 2378 c.c., pur non molto esplicitato dal legislatore, appare non solo possibile, ma abbastanza soddisfacente: quando l'eventualità dell'intervento del nuovo azionista *non* si verifichi, il processo prosegue, come stabilito dal primo comma della disposizione, fra le parti originarie, ed è del tutto ragionevole che le azioni di cui l'ex-socio, rimasto parte del giudizio, non è più titolare non vengano più conteggiate ai fini della valutazione sul raggiungimento delle soglie per l'accesso alla tutela reale; quando invece intervenga il nuovo azionista, le stesse partecipazioni vengono calcolate ai fini della caducazione della delibera <sup>8</sup> (che, come si è già avuto modo di precisare, è l'unico risultato cui questi possa ambire, spettando invece unicamente al suo antecessore la tutela obbligatoria <sup>9</sup>).

Il problema più grave, per quanto attiene ai profili processuali dell'istituto che forma oggetto di questo studio, sembra comunque quello di trovare una via per garantire effettività alla tutela obbligatoria degli azionisti ultraminoritari, nonostante la brevità del termine di decadenza, pari a novanta giorni, entro il quale, come già si è riferito in precedenza, la relativa domanda deve essere proposta. Già nel capitolo precedente si sono illustrate le ragioni per le quali i tentativi di dare soluzione al

---

<sup>7</sup> Cfr. MUSCOLO, *Art. 2378*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 395 ss.; SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1178; SANZO, *Art. 2378*, in *Comm. Cottino*, Bologna, 2004, 637.

<sup>8</sup> SCALA, *op. cit.*, 278 s. esprime una posizione non molto dissimile, legandola però alla tesi per cui l'espressione *congiuntamente* di cui all'art. 2377, comma terzo, c.c. stia ad indicare che gli azionisti ultraminoritari debbano, acciocché l'entità delle loro partecipazioni sia valutata congiuntamente, proporre l'azione con un unico atto introduttivo, andando a costituire un'unica parte complessa.

<sup>9</sup> A meno che, naturalmente, non sia intervenuta una cessione pattizia del credito corrispondente, (anche contestuale al trasferimento delle azioni), data la natura disponibile del credito.

problema sul piano del diritto sostanziale (e dunque lavorando sulla natura della tutela, ovvero sulle modalità di identificazione e quantificazione dei danni garantiti, e risarcibili) non convincono del tutto. Si è anche dato conto dell'elevata probabilità che non sia sufficiente, ai fini indicati, confidare nella possibilità di quantificare il danno in corso di causa, in quanto, al momento di avvio del processo (e finanche dell'inizio della fase istruttoria) il danno stesso potrebbe non avere ancora cominciato a manifestarsi.

Ciò che occorrerebbe, in altre parole, sarebbe un meccanismo che consentisse da un lato di salvare, almeno in fase di avvio della causa, il principio, espressamente fissato dal comma secondo dell'art. 2378 c.c., del *simultaneus processus*, nonché l'obiettivo fondamentale di evitare ogni contrasto di giudicati; ma che, d'altro canto, permettesse al tempo stesso di procedere alla prova ed alla quantificazione del danno solo una volta che questo si fosse sufficientemente manifestato.

Come è noto, il nostro ordinamento conosce l'istituto della sentenza di condanna generica, disciplinato dall'art. 278 c.p.c., grazie al quale il creditore può chiedere al giudice di limitare la sua pronuncia alla sola esistenza del credito, riservando ad un momento successivo la sua quantificazione e consentendo comunque l'immediata iscrizione di ipoteca giudiziale per una somma determinata (salvo riduzione) dal creditore stesso (*ex art. 2818 c.c.*)<sup>10</sup>. Altresì è noto che la giurisprudenza, ormai pacificamente, ammette la proposizione in via autonoma, già in sede di atto di citazione, della sola domanda di condanna generica, con la quale si riserva il giudizio sul *quantum* ad un autonomo e successivo processo, da avviarsi separatamente<sup>11</sup>, precisando,

---

<sup>10</sup> CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, 82 ss.; CARRATTA-MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2015, 76 ss.

<sup>11</sup> I precedenti sono, sul punto, numerosissimi. V. ancora, per una loro (comunque parziale) elencazione, CARRATTA-MANDRIOLI, *op. cit.*, 76 s., nt. 57.

tuttavia, che, in questo caso (quando, cioè, sia chiesta l’emanazione di una sentenza generica di carattere *definitivo*, e non meramente parziale), il convenuto possa opporsi, chiedendo che la prestazione dovuta sia quantificata nel corso del medesimo processo <sup>12</sup>.

Avendo a mente che, letteralmente interpretata, la disciplina processuale dell’azione di annullamento delle delibere assembleari rischia di collidere con il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all’art. 24 Cost. (nella parte in cui sottopone al termine di novanta giorni anche le azioni di condanna volte a far valere in giudizio la garanzia spettante agli azionisti ultraminoritari), occorrerebbe allora adattare l’istituto testé ricordato al caso di nostro interesse, ammettendo, eccezionalmente, una azione di condanna generica *nolente creditore* <sup>13</sup>, con la quale fosse dunque possibile domandare al giudice, accertata l’astratta invalidità della delibera <sup>14</sup>, di condannare la società a tenere

---

<sup>12</sup> Così, recentemente, Cass. 20 febbraio 2015, n. 3366, nonché, in precedenza, *e multis*, Cass. 6 agosto 2013, n. 18661, Cass. 16 dicembre 2010, n. 25510, Cass. 22 novembre 2000, n. 15066 e Cass. 11 giugno 1983, n. 4020.

<sup>13</sup> Va da sé che la condanna, generica o meno, è quasi sempre *nolente debitore*. Ma con l’espressione si è, naturalmente, inteso alludere all’impossibilità, per il creditore, di fare opposizione alla quantificazione del danno in separato giudizio, quando la condanna sia pronunciata in forza del quarto comma dell’art. 2377 c.c.

<sup>14</sup> L’accertamento incidentale dei vizi della deliberazione è, naturalmente, sempre necessario in vista dell’emanazione della sentenza di condanna: GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Comm. breve Maffei-Alberti*, Padova, 2015, 593. Con riferimento all’invalidità delle delibere di fusione, v. PERRINO, *Art. 2504 quater*, in *Comm. Niccolini-Stagno d’Alcontres*, III, Napoli, 2004, 1984.

indenni i soci ultraminoritari rispetto ai danni che dovessero derivarne <sup>15</sup>, ma senza che la società potesse opporvisi chiedendo invece l'immediato accertamento del *quantum*.

Un meccanismo di *condanna generica* di tal fatta avrebbe il pregio di salvare, per quanto possibile, il principio per cui le cause di impugnazione e quelle con cui è fatta valere la tutela obbligatoria “sostitutiva” debbono essere avviate, istruite e decise unitariamente, salvo il fatto che la sentenza – ove la tutela reale risultasse inaccessibile agli attori ed il danno ancora non prodottosi o non completamente prodottosi – potrebbe limitarsi a statuire sull'astratta illegittimità della delibera assembleare e sulla condanna della società a risarcire i danni che dovessero, in futuro, derivarne; salvando così almeno in parte gli obiettivi di economia processuale perseguiti dal legislatore ed evitando, comunque, alla radice il rischio di imbarazzanti contrasti di giudicato <sup>16</sup>. Certo è che il percorso per arrivare all'esito definitivo delle liti sarebbe probabilmente – ove si accogliesse l'interpretazione appena propugnata – piuttosto lungo, e certamente più lungo dell'attuale; preoccupazione, questa, tutt'altro che peregrina, se si considera che proprio nelle applicazioni del principio della ragionevole durata dei processi sono state individuate le più serie minacce (quantomeno in prospettiva) alla teorica dell'ammissibilità domanda autonoma di condanna generica <sup>17</sup>. Tuttavia, con riferimento al caso di specie, sembrerebbe pure sensato contro-obiettare che la ragionevolezza della durata di un processo avente ad oggetto la riparazione di un debba

---

<sup>15</sup> Da accertarsi e quantificarsi con separato giudizio, una volta che si fossero manifestati, e salva naturalmente la possibilità di emanare condanne provvisorie per i pregiudizi eventualmente già prodottisi.

<sup>16</sup> ABRIANI, *op. cit.*, 534; IANNICELLI, *op. cit.*, 531.

<sup>17</sup> DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 338.

essere valutata a partire da quando quel danno si sia manifestato, e non da un momento ad esso precedente.

Resta naturalmente il fatto che la condanna generica *nolente debitore*, che qui si è ipotizzata, rappresenterebbe un fenomeno abbastanza singolare rispetto al modo in cui l'istituto è stato fino ad oggi ricostruito dalla giurisprudenza<sup>18</sup>, che porterebbe ad una sensibile compressione dei diritti della società debitrice, specialmente per effetto della menzionata possibilità (che al creditore è concessa fin dal tempo dell'emanazione della sentenza di condanna generica) di iscrivere ipoteca sui beni del debitore. Le ragioni per le quali si potrebbe, in definitiva, rifiutare questo tipo di ricostruzione sono, dunque, perfettamente comprensibili.

L'alternativa, a nostro avviso (e come già anticipato), è però quella di prospettare l'illegittimità costituzionale, per incompatibilità con l'art. 24 Cost., del secondo comma dell'art. 2378 c.c., nella parte in cui sottopone al termine decadenziale di novanta giorni la proposizione dell'azione di condanna, tagliando così di netto ogni problema; ed anzi vien quasi fatto di sospettare che, se l'eventualità di una simile illegittimità costituzionale non è stata, ad oggi, ancora portata all'attenzione del giudice delle leggi, ciò sia dovuto unicamente al fatto che gli azionisti privi di tutela demolitoria – evidentemente non incoraggiati dai numerosi profili problematici di cui anche nel corso di questo lavoro si è cercato di dare conto – non stanno apparentemente accordando alcuna fiducia alla complessa tutela obbligatoria, come l'eloquente, tombale silenzio della giurisprudenza *in subiecta materia* sembra più che sufficiente a dimostrare.

---

<sup>18</sup> V. *supra*.

## CONCLUSIONI.

Al principio di questo lavoro ci si è proposti di svolgere un'indagine intorno alle nuove tutele di indole obbligatoria offerte dalla riforma delle società di capitali del 2003-2004 agli azionisti che in tale occasione sono stati privati della legittimazione ad esperire le tradizionali azioni invalidative avverso le delibere assembleari viziate. In particolare, si era fissato l'obiettivo – una volta che fosse stata posta in evidenza la logica di fondo adottata dal legislatore con riferimento al fenomeno in discorso – di individuare un'adeguata qualificazione dogmatica delle nuove forme di responsabilità “da deliberazione invalida”, procedendo quindi a lumeggiare i loro profili sostanziali e (per cenni, ove di più vivace interesse) processuali.

L'analisi ha preso le mosse dal presupposto (peraltro molto condiviso, almeno in linea di principio, in dottrina) che il legislatore abbia introdotto la responsabilità da deliberazione invalida con l'intenzione di concedere agli azionisti una forma di tutela che potesse surrogare efficacemente (anche con riferimento ai danni cc.dd. *indiretti*, dati dalla perdita di valore delle partecipazioni sociali conseguente l'adozione di tali deliberazioni) i rimedi demolitori, senza peraltro comportare gli inconvenienti tipici di questi ultimi con riferimento all'instabilità delle situazioni giuridiche e, di riflesso, della gestione stessa della società. Inoltre, si è immediatamente individuato nella società stessa il soggetto nel cui primario interesse la limitazione dell'accesso alle tutele reali è stata posta e, di conseguenza, anche il soggetto obbligato (quantomeno in prima battuta) in forza della responsabilità *de qua*, che surroga le tutele reali medesime.

Ne è derivato il rigetto tanto della lettura dell'istituto in termini di responsabilità aquiliana, tanto di quella in chiave di responsabilità contrattuale, poiché le limitazioni che entrambe avrebbero imposto all'area del danno risarcibile non parevano

compatibili con l'obiettivo di surrogare pienamente, almeno sul piano più strettamente patrimoniale, le tutele reali ablate. Maggiormente accettabile è apparsa una definizione in termini indennitari, pure non priva, tuttavia, di svantaggi, e soprattutto profili di incertezza, in ragione dei quali si è ritenuto ancora preferibile abbracciare una lettura che – dato conto del carattere speciale della responsabilità oggettiva in discorso, propria e peculiare del solo diritto societario – vi ravvisasse una forma di garanzia legale, concessa agli azionisti, rispetto agli effetti pregiudizievoli delle deliberazioni assembleari viziate, riconducibile in particolare, nei suoi tratti essenziali, alla figura della malleveria.

Evidenziata la sostanziale unitarietà, rispetto al fenomeno in discorso, delle previsioni risarcitorie contenute nelle varie disposizioni relative alle forme di invalidità “speciale” delle delibere assembleari (artt. 2379 *ter*, 2500 *bis*, 2504 *quater* e 2506 *ter* c.c.), rispetto a quella dettata, con riferimento all'annullabilità, dall'art. 2377, comma quarto, c.c., si è quindi ritenuto di poter estendere la garanzia legale “sostitutiva” per i pregiudizi da deliberazioni invalide anche ai soggetti privi di legittimazione a far valere l'invalidità delle delibere di approvazione del bilancio ai sensi dell'art. 2434 *bis* c.c. Ne sono stati esclusi, invece, gli azionisti che non abbiano esercitato l'azione di nullità “ordinaria” *ex* art. 2379 c.c. entro il relativo termine di decadenza triennale, nonché, in generale, tutti i soggetti legittimati ad attivare i rimedi demolitori.

Posto che il soggetto passivo della responsabilità in questione era già stato individuato nella società stessa al principio del lavoro, l'analisi è quindi proseguita esplorando la possibilità che altri fossero chiamati a rispondere, accanto ad essa, dei pregiudizi arrecati agli azionisti dalle deliberazioni viziate, nonché l'eventualità che la società potesse esercitare azioni di rivalsa contro soggetti che avessero contribuito all'adozione delle delibere in parola. Evidenziati i problemi che tali eventualità, se ammesse, farebbero emergere (ed in particolare il fatto che, concedendo alla società di agire in rivalsa contro chicchessia rispetto a quanto pagato agli azionisti privi di tutela

reale a titolo di danno *indiretto*, si provocherebbe un arricchimento ingiustificato in capo a questi ultimi), si è proposta una soluzione articolata, che attribuisce, ai singoli azionisti che non abbiano fatto valere la garanzia legale, la legittimazione ad agire *ex art. 2395 c.c.* contro gli amministratori che abbiano negligenemente contribuito all'adozione di delibere viziate, prospettando anche, in alcuni casi limitati, una responsabilità degli azionisti di maggioranza che abbiano attivamente promosso l'adozione di tali delibere.

Con riferimento all'oggetto della tutela obbligatoria degli azionisti, ribadito che la responsabilità debba ricomprendere tanto i danni diretti, quanto quelli indiretti, si è rigettata l'idea che i pregiudizi ristorabili siano soltanto quelli dovuti, in senso stretto, *all'invalidità della deliberazione*, in favore della risarcibilità, più in generale, di tutti quelli dovuti *alla deliberazione invalida*. Si è invece esclusa la risarcibilità in via meramente equitativa della lesione dell'interesse degli azionisti al rispetto delle loro prerogative, e più in generale alla legalità dell'agire degli organi sociali, in quanto difettano i presupposti per la rifusione di danni non aventi natura propriamente patrimoniale.

L'analisi dei profili temporali della tutela ha rivelato uno dei punti di maggiore criticità della disciplina, dato dalla circostanza che, nel breve termine di novanta giorni (cui è stata riconosciuta natura decadenziale) entro il quale la responsabilità da deliberazione annullabile deve esser fatta valere in giudizio in base al comma sesto dell'art. 2377 c.c., i relativi danni potrebbero facilmente non avere neppure ancora iniziato a manifestarsi. Del problema, di cui è stata rilevata l'irrisolubilità sul piano del diritto sostanziale, si è ipotizzato un temperamento, invece, sul piano processuale, ammettendo, in materia, l'emaneazione di sentenze autonome di condanna generica anche senza il consenso del debitore, con interpretazione orientata dalla necessità di evitare violazioni dell'art. 24 Cost.

I risultati raggiunti aprono ulteriori prospettive di approfondimento in più direzioni. Da un lato, infatti, l'indagine è stata finora limitata alle società per azioni,



mentre alcune delle fattispecie di responsabilità da deliberazione invalida stabilite in relazione alle invalidità “speciali” (e segnatamente a quelle in tema di operazioni straordinarie) sono suscettibili di trovare applicazione anche rispetto ad altri tipi sociali. In secondo luogo, si è limitata la riflessione all’invalidità delle delibere assembleari, sebbene le relative norme siano, in linea di principio, applicabili anche alle delibere consiliari in forza del richiamo di cui al quarto comma dell’art. 2388 c.c. (siapure in misura che sarebbe ancora necessario esplorare). Infine, sarebbe di estremo interesse condurre una compiuta analisi casistica dell’atteggiarsi della tutela in dipendenza dallo specifico contenuto delle deliberazioni invalide; analisi per la quale, tuttavia, pare mancare, ad oggi, una base sufficiente di precedenti giurisprudenziali.

È comunque possibile, già in questa sede, concludere esprimendo qualche breve giudizio in merito all’adeguatezza della nuova disciplina rispetto all’obiettivo, prefissato dal legislatore, di predisporre un nuovo ed efficace strumento di protezione degli interessi degli azionisti, in sostituzione di quelli invalidativi. È proprio il già segnalato silenzio della giurisprudenza in punto di responsabilità da deliberazioni invalide (salva qualche rara pronuncia in tema di fusioni) ad offrirne lo spunto, rivelando come la notevole complessità, anche interpretativa, del nuovo rimedio – ed il grado di perizia tecnica che sarebbe richiesto per attivarlo fruttuosamente – stia, a quanto sembra, spingendo gli azionisti non legittimati all’attivazione delle tradizionali azioni invalidative, semplicemente, a rinunciare ad ogni tutela. Ad uscirne ridimensionata pare essere, in definitiva, l’idea stessa della fungibilità (*de jure condendo*) fra rimedi demolitori e rimedi risarcitori, non solo per la difficoltà di offrire, per mezzo dei secondi, una protezione adeguata ogniqualvolta gli interessi in gioco non abbiano natura immediatamente patrimoniale, ma anche per i numerosi ostacoli, di carattere applicativo, in cui si finisce per incorrere ove si debba, con strumenti di indole (in senso

lato) risarcitoria, cercare di surrogare gli effetti (anche solo con riferimento a situazioni pienamente patrimoniali), delle tutele demolitorie.

Il giudizio sull'adeguatezza delle forme di protezione oggi accordate agli azionisti a fronte di deliberazioni assembleari invalide non può che essere, dunque, complessivamente negativo; e non si può escludere che ciò possa condurre, nel tempo, a nuove variazioni e ripensamenti sul piano del diritto vigente, non solo per iniziativa del legislatore, ma anche come conseguenza dei vari profili di illegittimità costituzionale <sup>1</sup> cui il fallimento del meccanismo della “sostituzione” fra le tutele potrebbe dar luogo.

---

<sup>1</sup> Segnalati all'inizio del capitolo secondo di questo lavoro.



## BIBLIOGRAFIA

ABRIANI, *L'assemblea*, in *Tr. dir. comm. Cottino - IV,1. Le società per azioni*, Padova, 2010, 433 ss.

ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979;

ANGELICI, *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 273;

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006;

ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Tr. Cicu-Messineo*, Milano, 2012;

ANSON, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its relation to Contract*, Oxford, 1964;

ASCARELLI, *L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria. Vizi del voto, vizi della deliberazione; nullità e annullabilità*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 8;

BASILE-FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)* (voce), in *Enc. dir.*, XXXIII, 265-266;

BASSI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. e tutela processuale del socio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 627;

BAUMS, *Empfiehl sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?*, Gutachten F für den 63. Deutschen Juristentag, Monaco, 2000;

BEBCHUCK, *Property Rights and Liability Rules: the ex ante View of the Cathedral*, in *Michigan Law Rev.*, 100 (2001), 601;

BEVILACQUA, *Art. 2377*, in *Comm. Fauceglia-Panzani*, Torino, 2007, 516;

BIANCA, *Diritto civile – 3. Il contratto*, Milano, 2001;

- BLANDINI, *Art. 2379-ter*, in *Comm. Fauceglia-Schiano di Pepe*, II, Torino, 2007, 616;
- BUFFA DI PERRERO, *Art. 2500-bis*, in BIANCHI (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 87 ss.
- BUSNELLI, *Illecito civile* (voce), in *Enc. giur.*, XV, 1;
- BUTTARO, *Considerazioni sulla riforma della disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 1993, 584 ss.;
- CALABRESI-MELAMED, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one View of the Cathedral, in *Harvard Law Rev.*, 85 (1972), 1089;
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 2012;
- CARRATTA-MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2015;
- CARRESI, *Il contratto*, in *Tr. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1987;
- CASADEI, *Invalidità della fusione ed azioni esperibili*, Roma, 1993;
- CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 180;
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006;
- CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979;
- CAVANNA, *La fusione*, in *Tr. dir. comm. Cottino – V.2. Le operazioni societarie straordinarie*, Padova, 2011, 494 s.;
- CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili della disciplina*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 311 ss.;
- CESARONI, *Art. 2500 bis*, in *Comm. breve Maffei Alberti*, Padova, 2015, 1597 s.;
- CHIAPPETTA, *Art. 2377*, in PICCIAU (a cura di), *Assemblea*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2008, 259 ss.;
- CHIAPPETTA, *Art. 2378*, in PICCIAU (a cura di), *Assemblea*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2008, 293 ss.;

CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 759;

CICCARELLO, *Indennità (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XXI, 99 ss.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2014;

CORRADO, *Art. 2434-bis*, in BIANCHI-NOTARI (a cura di), *Obbligazioni - Bilancio.*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 659 ss.

COTTINO, *Dal "vecchio" al "nuovo" diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 5;

COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895;

D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai battelli del Reno alle navi vichinghe*, in *Foro it.*, 1988, V, 48 ss.;

D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 707;

D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996;

D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 43 ss.;

DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Londra, 2003;

DE ACUTIS, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, 729 ss.;

DE CATA, *Il risarcimento del danno indiretto da annullabile subito dal socio minoritario*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Lanzi e Franceschelli, Milano, 2004, 119;

DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 338;

DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011;

- DI GIROLAMO, *Regole di validità e regole di condotta: la valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 555;
- DI MAIO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009;
- DI MAJO, *La nullità*, in *Tr. Bessone*, VII, Torino, 2002, 91 s.;
- DI SARLI, *Art. 2404-quater*, in BIANCHI (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006,
- DOLMETTA, *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, II, 1480 ss.;
- DONATI, *L'invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle società anonime*, Milano, 1937;
- ENRIQUES-ZORZI, *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle delibere assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 1;
- FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milano, 1975;
- FARENKA, *Profili di invalidità e nuova disciplina della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 472;
- FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, 1990;
- FERRI, *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 58;
- FRAGALI, *Fideiussione. Mandato di credito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966;
- FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988;
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario* <sup>2</sup>, in *Tr. dir. comm. Galgano*, XXIX, 1, Padova, 2004;

- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015;
- GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 217 ss.
- GENTILI, *Le invalidità*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tr. contratti Rescigno-Gabrielli*, I.2, Torino, 2006, 1454;
- GIORGIANNI, *Inadempimento* (voce), in *Enc. dir.*, XX, 878 ss.;
- GOSHEN, *Voting (Insincerely) in Corporate Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2001, 2, 815 ss.;
- GOULDING, *Principles of Company Law*, Londra - Sidney, 1996;
- GRECO, *Considerazioni generali sulla riforma delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1966, 268 s.
- GRIPPO, *Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare*, in *Riv. soc.*, 1971, 882
- GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 272;
- GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004;
- GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Comm. breve Maffei Alberti*, Padova, 2015, 587 ss.;
- GUERRIERI, *Art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 513;
- GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009;
- GUERRIERI, *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 362 s.
- HOLLINGTON, *Minority shareholders' rights*, Londra, 1999;
- IANNICELLI, *Art. 2378*, in *Comm. s.p.a. Fauceglia-Schiano di Pepe*, Milano, 2007, 531;
- IRTI, *Norme e fatti. Saggi di storia generale del diritto*, Milano, 1983;
- IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973;



KAPLOW-SHAVELL, *Property Rules versus Liability Rules: an Economic Analysis*, in *Harvard Law Rev.*, 109 (1996), 713;

LA MARCA, *Il danno alla partecipazione sociale*, Milano, 2012;

LENER, *Art. 2377*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, I, Napoli, 2004, 545 ss.;

LENER, *Art. 2378*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, I, Napoli, 2004, 559 ss.;

LENER, *Art. 2379-ter*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, I, Napoli, 2004, 575 ss.;

LENER, *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 79;

LENER, *L'invalidità delle deliberazioni*, in *Tr. Bessone*, 2000, XVII, 215

LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1987, 105 ss.;

LIBERTINI, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in GENOVESE (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2004, 1;

LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 463

LUCARELLI, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 269;

LUCCARELLI, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 269;

MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957;

MÄNTYSAARI, *Comparative Corporate Governance Shareholders as a Rule-maker*, Berlino-Heidelberg, 2005;

MARCHETTI, *Art. 2379-ter*, in PICCIAU (a cura di), *Assemblea*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2008, 321;

MAZZONI, *Invalidità* (voce), in *Enc. giur.*, XVII, 1;

MCCONVILL, *Piercing the «Decision-Making Sphere»: Happiness as the key to Real Shareholder Participation*, in *European Business Law Review*, 2005, 831 ss.;

MENGONI, *Note sull' inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 270;

MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998;

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957;

MIRONE, *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale* a cura di M. Cian, Torino, 2014, 361;

MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995;

MOSSA, *L'inefficacia della deliberazione dell'assemblea nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, 1, 441;

MUSCOLO, *Art. 2378*, in *La riforma del diritto societario* a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 395 ss.;

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1962, 85;

NICCOLINI, *Le deliberazioni assembleari di s.p.a. non conformi a legge o a statuto tra tutela reale e tutela obbligatoria*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2004, 209;

NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento - Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998;

NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881;

OPPO, *La tutela dell'azionista nel progetto di riforma*, in *Riv. soc.*, 1966, 1223;

OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 593 ss.;

- OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 ss.;
- PAEFGEN, *Unternehmerische Ermessen und Rechtsbindung der Organe in der AG*, Colonia, 2002;
- PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998;
- PANZA, *Decadenza nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, 140;
- PERRINO, *Art. 2504 quater*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, III, Napoli, 2004; 1983 ss.;
- PIAZZA, *Il regime delle «invalidità» delle delibere assembleari (prime riflessioni di un civilista)*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 283;
- PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Società*, 2003, 965 ss.;
- PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998;
- PINTO, *Il danno cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*, in *Liber Amicorum Abbadessa*, 1, Torino, 2014, 847 ss.;
- PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 55;
- PORTALE, *L'invalidità delle delibere assembleari tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO (a cura di), *La società per azioni oggi*, Milano, 2007, 613;
- PRESTI-RESCIGNO, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società – Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 133;

- PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica (Saggi)*, Milano, 1951, 167 ss.;
- PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 586;
- RESCIO, *Invalidità delle deliberazioni*, in AA.VV., *Diritto delle società - Manuale breve*, Milano: Giuffrè, 2012, 205;
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;
- RORDORF, *Art. 2377*, in *Comm. romano d'Alessandro*, II.1, Padova, 2010, 838;
- ROSSANO, *Rapporto tra la tutela reale e la tutela obbligatoria degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 383 s.;
- ROSSI, *Osservazioni in tema di deliberazioni negative e di abuso del diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 27;
- ROTONDI, *Come fare e come non fare la riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 113;
- SACCHI-VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a. a cura di Cagnasso e Panzani*, Bologna, 2010, 635;
- SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Banca borsa*, 141;
- SACCHI, *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 c.c.*, in BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 155;
- SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2007, 135;

- SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Soc.*, 2003, 1177;
- SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tr. Iudica-Zatti*, Milano, 2005, 262;
- SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tr. Colombo-Portale*, 7, 2004, 597 ss.;
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966;
- SANTOSUOSSO, *Art. 2500-bis*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, III, Napoli, 2004, 1913 ss.;
- SANZO, *Art. 2377*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Bologna, 2004, 606;
- SANZO, *Art. 2379 ter*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Bologna, 2004, 662;
- SANZO, *Invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di società per azioni*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 463;
- SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 255 ss.
- SCHLESINGER, *Il problema del risarcimento del danno*, in *Jus*, 1960, 336 ss.;
- SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008;
- SCOGNAMIGLIO, *Fusione e scissione di società: lo schema di legge di attuazione delle direttive Cee*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, 109;
- SCOGNAMIGLIO, *Indennità* (voce), in *Novissimo dig. it.*, VIII, 1962, 595;
- SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno*, in AA. VV., *Illecito e responsabilità civile*, I, Torino, 2005, 67;
- SPAGNUOLO, *Art. 2377*, in *Comm. Sandulli-Santoro*, I, Torino, 343;
- STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Liber amicorum Campobasso*, 2, Torino, 2006, 167 ss.;

- STAUBER, *Das Recht des Aktionärs auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung und seine Durchsetzung in schweizerischem Recht*, Zurigo, 1985;
- STEDMAN-JONES, *Shareholders' Agreements*, Londra, 1998;
- TEDESCHI, *Decadenza (diritto e procedura civile)* (voce), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 789;
- TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964;
- TUCCI, *Garanzia* (voce), in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, 579 ss.
- VAIRA, *Art. 2500 bis*, in *Comm. Cottino*, Bologna, 2004, 2253;
- VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 481 ss.;
- VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004;
- VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati ad impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, 629;
- VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241;
- VICARI, *Gli azionisti nelle fusioni di società*, Milano, 2004;
- VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1902;
- VISINTINI, *Inadempimento* (voce), in *Enc. giur.*, XVI, 1;
- WEIGMANN, *I doveri di collaborazione degli azionisti*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di P.G. Jaeger*, Milano, 2010, 66.



## ***ABSTRACT.***

La riforma del diritto delle società di capitali del 2003-2004 ha ristretto la legittimazione degli azionisti ad agire per far valere in giudizio l'invalidità delle delibere assembleari, introducendo, in sostituzione della tutela reale ablativa, dei rimedi di carattere risarcitorio.

L'elaborato, assunta la natura unitaria di tali rimedi, ed esclusa la sussumibilità degli stessi tanto al *genus* della responsabilità contrattuale, quanto a quello della responsabilità aquiliana, procede a qualificarli come una forma di garanzia legale per i danni provocati dalle deliberazioni invalide, individuando nella società stessa il soggetto passivo del rimedio.

Il lavoro procede quindi ad una ricostruzione dei profili sostanziali e (per brevi cenni) processuali di tale peculiare forma di tutela degli azionisti, evidenziando infine i limiti intrinseci del tentativo di surrogare la tutela reale con meccanismi di tipo risarcitorio.

*The Italian reform of Company Law of 2003-2004 has restricted the possibility for shareholders to obtain judicial declarations of the invalidity of shareholders resolutions, while admitting them to ask for monetary compensation when invalid shareholders resolutions cause them damages.*

*The thesis, once admitted the unitary nature of such provisions in Italian Company Law affirms that they are not ascribable to torts, nor to breach of contract. They are, therefore, qualified as an independent form of legal guarantee for damages caused by invalid shareholders resolutions, of which the Company itself may be called to respond.*



*The work than proceeds to examine the substantial and processual features of this peculiar form of shareholders' protection, while emphasizing the intrinsic limit of substituting demolitory remedies by monetary compensation.*