

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA**

**Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto  
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario**



**Corso di Laurea Magistrale in**

**GIURISPRUDENZA**

**A.A. 2022/2023**

**L'IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI  
NEGATIVE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI. ANALISI DEI RIMEDI  
ESPERIBILI DAL SOCIO IMPUGNANTE AI FINI DEL  
CONSEGUIMENTO DI UNA TUTELA EFFETTIVA**

***RELATRICE: CHIAR.MA PROF.SSA MARCELLA NEGRI***

***CORRELATORE: CHIAR.MO PROF. MARCO SPERANZIN***

***LAUREANDA: ALESSIA PREO***

***MATRICOLA: N. 1197476***







# INDICE

INTRODUZIONE .....	I
CAPITOLO I: IL FENOMENO DELLA DELIBERA ASSEMBLEARE NEGATIVA: ALLA RICERCA DI UNA TUTELA EFFETTIVA PER IL SOCIO IMPUGNANTE .....	1
1.1    L'azione di impugnazione delle delibere assembleari: caratteri strutturali .....	1
1.2    La delibera negativa: riconoscimento della natura deliberativa del rigetto della proposta avanzata in assemblea e conseguente applicazione della disciplina delle invalidità delle decisioni assembleari. Le diverse figure di illegittimo rigetto della proposta assembleare tra errori di conteggio, divieti di voto e conflitti di interesse.....	13
1.3    Il fenomeno della delibera negativa nella concreta esperienza giurisprudenziale. Il caso affrontato dal Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824 e la soluzione adottata.....	21
1.4    Il perdurante contrasto di orientamenti nella giurisprudenza di merito: esame delle pronunce favorevoli alla tutela reale “forte”. Prime considerazioni intorno alle principali obiezioni all’ammissibilità di una tutela reale forte.....	26
1.5    Sintesi dei risultati raggiunti .....	34
CAPITOLO II: OLTRE LA MERA CADUCAZIONE DELLA DELIBERA NEGATIVA: TECNICHE RIMEDIALI E TUTELA EFFETTIVA DELL’INTERESSE ALLA APPROVAZIONE DELLA DELIBERA ILLEGITTIMAMENTE RIFIUTATA. IL NODO DELLA TIPICITÀ DELLE TUTELE DI STAMPO COSTITUTIVO .....	39
2.1    Le differenti ricostruzioni: l’eventuale sentenza sostitutiva della delibera illegittimamente rifiutata ha natura costitutiva ovvero meramente dichiarativa? L’orientamento che propende per la qualificazione in termini dichiarativi .....	39
2.1.1    L’impostazione che propende per la natura costitutiva della sentenza sostitutiva.....	50
2.2    Superabilità o meno del limite desumibile dall’art. 2908 c.c.? Analisi del significato e della portata della tipicità ex art. 2908 c.c. ....	55
2.3    Conclusioni provvisorie .....	63
CAPITOLO III: I COROLLARI PRATICI DEI DIVERSI PERCORSI DI TUTELA A FRONTE DELL’ILLEGITTIMO RIGETTO DELLA PROPOSTA ASSEMBLEARE .....	65
3.1    Breve ricapitolazione delle diverse opzioni astrattamente prospettabili .....	65
3.2    Il mancato riconoscimento del potere sostitutivo in capo al giudice: i) l’efficacia conformativa del giudicato come via alternativa per una risposta utile in termini di tutela per il socio impugnante.....	67
3.2.1    ii) La tutela risarcitoria come rimedio residuale (e insoddisfacente).....	78
3.3    Le conseguenze del riconoscimento del potere sostitutivo del giudice. La tenuta della sentenza sostitutiva: i) i limiti oggettivi del giudicato: il già dedotto e il deducibile non dedotto, con particolare focus sulle cause di annullabilità .....	88
3.3.1    ii) I vizi di nullità .....	90
3.3.2    iii) I limiti soggettivi della sentenza sostitutiva.....	97

3.3.3	iv) I rimedi esperibili dai soci interessati alla rimozione della delibera proclamata in via giudiziale .....	101
3.3.4	v) Confronto tra tenuta della delibera proclamata in via giudiziale e il contratto definitivo <i>ex art. 2932 c.c.</i> .....	106

CAPITOLO IV: TUTELA CAUTELARE NEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE DELLA DELIBERA NEGATIVA .....

4.1	Funzioni e caratteri della tutela cautelare.....	109
4.2	La misura cautelare tipica della sospensione <i>ex art. 2378 c.c.</i> :considerazioni generali....	113
4.3	L'applicazione residuale dell'art. 700 c.p.c. in ambito societario.....	121
4.4	Illegittima delibera negativa e tutela cautelare: limiti della sospensione cautelare e ricorso al provvedimento d'urgenza.....	128
4.5	Ammissibilità della tutela cautelare atipica <i>ex art. 700 c.p.c.</i> in relazione alle domande di mero accertamento o costitutive .....	131
4.6	Conclusioni riassuntive in merito alla tutela cautelare.....	138

CONCLUSIONI .....

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA .....

GIURISPRUDENZA .....

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha l'obiettivo di sviluppare il tema dell'impugnazione della delibera assembleare negativa nelle società di capitali, con specifico riferimento alla disciplina delle società per azioni.

Ci si premura di precisare sin da ora che con l'espressione «delibera negativa» si intende la delibera che rigetta la proposta avanzata in assemblea. In particolare, verranno analizzate le ipotesi in cui le proposte assembleari vengono illegittimamente rigettate a causa del voto espresso da un soggetto non legittimato (ad esempio nelle ipotesi di divieto di voto, quali quelle previste dall'art. 2373, co. 2, c.c.) e, soprattutto, a causa del voto espresso da socio in conflitto di interessi o comunque in modo abusivo da una parte della compagine sociale, il cui comportamento è volto ad ostruire il dispiegarsi dell'attività societaria, dando vita, in questo modo, ad un blocco decisionale. Come si avrà modo di osservare, queste ultime sono le ipotesi che presentano maggiori profili critici.

Molti sono gli interrogativi che il tema delle delibere assembleari negative solleva e che il presente lavoro, pur senza pretese di esaustività e concentrando l'analisi soprattutto sul versante delle tecniche rimediali, mira ad analizzare, muovendo in primo luogo dall'esame dei più recenti e significativi casi pratici emersi in giurisprudenza (si avrà modo di vedere, tra l'altro, come il tema non sia sconosciuto neppure alle esperienze di altri ordinamenti).

Nello specifico, il fine è quello di ricostruire una tutela per il socio impugnante che sia quanto più effettiva possibile alla luce dei principi costituzionali e sempre nel rispetto del nostro ordinamento.

Emergerà sin da subito come la vigente normativa e, di conseguenza, anche i rimedi che l'ordinamento offre di fronte all'illegittimità della decisione assembleare siano costruiti sulla figura della delibera positiva.

Questo aspetto ha sollevato in passato non pochi interrogativi circa la stessa qualificazione in termini di deliberazione della reiezione della proposta assembleare, questione che oggi è in parte ancora discussa, ma che, come si vedrà, la dottrina maggioritaria risolve in senso positivo.

Una volta superato questo primo, ma solo apparente, ostacolo che la normativa pone, l'attenzione si concentrerà sulla tutela conseguibile dai soci attraverso l'impugnazione della delibera di segno negativo: ciò comporterà un ripensamento della disciplina delle invalidità delle delibere assembleari, essendo questa, appunto, fondata sull'esistenza di una delibera positiva.

Infatti, si dovrà in primo luogo verificare se ed in che misura la disciplina della invalidità delle delibere, calibrata sull'ipotesi della delibera positiva, riesce idonea a fornire risposta adeguata al reale bisogno di tutela (*in thesi*, non appiattito sulla mera eliminazione

della decisione di rigetto) espresso dai soci che avevano votato a favore della proposta, poi respinta con il contributo determinante di voti “abusivi”.

Ove, all’esito dell’indagine, dovesse emergere la completa inutilità o (più plausibilmente) la insufficienza del mero rimedio demolitorio, previsto all’art. 2377 c.c., nei confronti di una delibera negativa, ci si dovrà interrogare su quali siano i percorsi di tutela ulteriori, aggiuntivi ovvero alternativi. In particolare, ci si dovrà soffermare sulla possibilità – emersa sia in dottrina che in giurisprudenza – di riconoscere in capo al giudice il potere di sostituire la delibera di rigetto con una delibera di segno positivo.

In alternativa, per chi neghi spazio alla tutela in forma specifica dell’interesse ad ottenere la approvazione della proposta assembleare, quale unico rimedio esperibile (eventualmente, a valle dell’annullamento della delibera negativa) non rimarrebbe che il risarcimento per equivalente (dovendosi peraltro precisare, in questo caso, non solo il rapporto con l’impugnativa). Chiaramente, il risarcimento per equivalente non rappresenta una tutela pienamente appagante per il socio impugnante, che invero mira alla soddisfazione dell’interesse positivo a vedere approvata la proposta assembleare illegittimamente rigettata.

Sullo sfondo di questo dibattito, aleggia così la questione di vertice, che concerne il punto di equilibrio tra tutele in forma specifica e tutele per equivalente dopo la riforma del 2003.

La presente analisi prenderà le mosse dal più recente caso, emerso alla attenzione del Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824. La pronuncia esclude il riconoscimento di tale tutela reale cd. forte in capo al socio impugnante, ponendosi in contrasto netto con la conclusione più aperta attinta da altre pronunce in casi analoghi e rendendo in questo modo palese l’assenza di posizioni condivise e l’esistenza di un contrasto tuttora irrisolto (oltre che sostanzialmente privo, come si avrà modo di rilevare, di univoche indicazioni da parte del giudice di legittimità).

Verranno quindi messe a confronto le argomentazioni sottese ai diversi orientamenti giurisprudenziali, concentrando, in particolare, l’analisi sulle controindicazioni alla esistenza in capo al giudice di un tale potere di sostituzione, per poi indagarne il possibile superamento.

Tra i principali ostacoli che incontra chi si incammini sulla via della ricerca di una tutela “forte” e sostitutiva, si richiamano qui, a titolo esemplificativo, la violazione del principio della *business judgment rule*<sup>1</sup>, che vieta l’ingerenza del giudice nell’assunzione

---

<sup>1</sup> Cfr. in questo senso V. PINTO, *Il problema dell’impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2016, p. 901, spec. p. 914 ss.; M. BELLISARIO, *L’invalidità della deliberazione negativa e la tutela del socio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1156, spec. p. 1156; R. RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Corr. giur.*, n. 10, 2007, p. 1443, spec. p. 1452; S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 215, spec. nt. 256; F. CORAZZA,



delle decisioni imprenditoriali, e del principio di tassatività delle pronunce costitutive di cui all'art. 2908 c.c.

Sotto questo ultimo profilo, la discussione si concentrerà, allora, sulla possibilità di far emergere la reale volontà dell'assemblea mediante una sentenza ricognitiva e quindi di mero accertamento; ovvero (nel caso tale concezione si rivelasse non sostenibile) per il tramite di una pronuncia giudiziale sostitutiva e di natura propriamente costitutiva, ripercorrendo le assai varie ricostruzioni prospettate dalla dottrina. Naturalmente, questa seconda prospettiva conduce inevitabilmente a confrontarsi con il limite opposto dall'art. 2908 c.c. all'ammissibilità di pronunce costitutive non contemplate dalla legge. Si dovrà quindi indagare se ed in che modo la sostituzione *ope judicis* della delibera possa conciliarsi con il citato limite, del quale dovranno dunque essere precisamente ricostruite la *ratio* e la effettiva portata.

Dopo aver riportato le diverse, possibili soluzioni al problema della tutela conseguibile dal socio avverso la delibera di segno negativo, verranno esaminate le conseguenze applicative che derivano dall'accoglimento dell'una o dell'altra prospettiva.

In particolare, chi in dottrina nega la configurabilità in capo al giudice di un tale potere sostitutivo, al fine di garantire comunque una tutela utile ed effettiva all'impugnante, fa leva sulla somiglianza sussistente tra delibera assembleare ed atto amministrativo e riconosce che la sentenza di annullamento sia dotata del cd. effetto conformativo volto ad influenzare il successivo esercizio del potere assembleare, dettando la *regula iuris pro futuro* che l'assemblea dovrà rispettare, pena l'illegittimità del nuovo atto frutto del ri-esercizio di tale potere. Questo aspetto condurrà, in particolare, ad un'analisi dell'oggetto del giudicato di annullamento.

Differentemente, qualora si ammetta – giustamente a parere di chi scrive – la possibilità per il socio impugnante di ottenere in via giudiziale la proclamazione della delibera assembleare di segno positivo, i problemi conseguenti riguardano l'efficacia della delibera positiva risultante dalla pronuncia giudiziale. Ciò porterà ad affrontare la portata soggettiva del giudicato (in particolare con riferimento alla previsione dell'efficacia *erga omnes* dell'annullamento della delibera invalida, prevista all'art. 2377, co. 7, c.c.) e il tema dei rimedi concessi per fare valere l'illegittimità della delibera positiva risultante dalla pronuncia giurisdizionale sostitutiva della deliberazione invalida.

Il presente lavoro si chiuderà affrontando il tema della tutela cautelare nell'ambito dell'impugnazione delle delibere societarie, con particolare *focus*, ancora una volta, alle delibere negative. Si mostrerà come nel diritto societario le esigenze di certezza e stabilità richiedano una risposta tempestiva ai bisogni di tutela rappresentati in giudizio, risposta che proprio la tutela cautelare è in grado di soddisfare.

---

*Delibere negative e regime codicistico delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Giur. comm.*, n. 5, 2022, p. 905, spec. p. 921.

Dopo aver esaminato il rimedio cautelare tipico della sospensione provvisoria dell'efficacia della delibera previsto all'art. 2378 c.c., verrà valutata la sua utilità a fronte di una delibera negativa che, in quanto negativa, non produce effetti, se non quelli meramente consumativi della proposta assembleare.

Verrà percorsa anche l'alternativa strada del rimedio cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., esaminandone le caratteristiche e approfondendo la possibilità di esperire lo stesso proprio per ottenere in via interinale ciò a cui l'attore mira con l'impugnazione della delibera negativa: la trasformazione dell'atto assembleare da negativo a positivo.

Diverranno, qui, oggetto di discussione i principali limiti all'ammissibilità di tale strumento cautelare atipico e, in particolare, lo studio si concentrerà sulla possibilità di anticipare in via cautelare gli effetti delle sentenze di mero accertamento e di quelle costitutive. Il problema riguarderà nello specifico la difficoltà di immaginare una anticipazione in via cautelare, e, dunque, con una misura provvisoria e inidonea al giudicato, degli effetti che il nostro ordinamento riconduce al passaggio in giudicato della sentenza, secondo quanto disposto dall'art. 2909 c.c.

# CAPITOLO I

## IL FENOMENO DELLA DELIBERA ASSEMBLEARE NEGATIVA: ALLA RICERCA DI UNA TUTELA EFFETTIVA PER IL SOCIO IMPUGNANTE

### **1.1 L'azione di impugnazione delle delibere assembleari: caratteri strutturali**

La disciplina codicistica dell'invalidità delle decisioni assembleari delle società di capitali è contenuta rispettivamente agli artt. 2377 ss. c.c. in materia di s.p.a., e all'art. 2479-ter c.c. con riferimento alle s.r.l.

In particolare, l'articolo 2479-ter c.c., da ultimo citato, non solo detta una disciplina generale per l'invalidità delle decisioni dei soci senza distinguere tra decisioni assembleari e quelle collegiali, ma contiene, inoltre, al quarto comma una serie di rinvii alla disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari delle s.p.a., che sarà particolare oggetto di analisi di questo scritto. In virtù di tale richiamo, le considerazioni che verranno riportate con riferimento alla disciplina dell'invalidità delle decisioni di uno dei due citati tipi di società di capitali potranno valere anche nei confronti all'altro.

Infatti, si ricorda come la differenza tra la disciplina delle s.r.l. e quella in materia di s.p.a. concerna, oggi (dopo la riforma 2003), principalmente la legittimazione ad impugnare: mentre nelle prime la valorizzazione della partecipazione e dei diritti del singolo socio avviene a prescindere dalla detenzione di quote qualificate del capitale sociale, nelle s.p.a. solo i soci titolari di una certa quota di capitale (art. 2377, co. 3 e 4, c.c.) sono titolari della legittimazione ad impugnare la delibera (si veda *infra*).

Prima di addentrarci nell'analisi della disciplina dell'impugnazione delle delibere assembleari, occorre rilevare come la stessa si discosti in misura rilevante dalla normativa in tema di impugnazione contrattuale: è, dunque, una disciplina autonoma, se non per minimi rinvii, rispetto a quella dell'ambito delle impugnative del contratto.

Come nella disciplina contrattuale, il legislatore ha previsto due tipi di invalidità, l'annullabilità e la nullità, ma, diversamente da quanto avviene nella materia dei contratti, in quella delle invalidità assembleari il rimedio generale e residuale è quello dell'annullabilità, mentre la nullità costituisce rimedio speciale<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Infatti, il principio normativo vigente nella disciplina generale degli atti di autonomia privata è opposto: generalità del rimedio della nullità e tassatività delle cause di annullamento. Sul punto si veda M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379 ter*, Giuffrè, 2016, p. 341 ss.

Infatti, di annullabilità si può parlare non solo in caso di violazione di una norma imperativa, ma anche di una norma dispositiva o di una clausola statutaria (art. 2377, co. 2, c.c.), mentre le cause di nullità *ex art. 2379 c.c.* sono tipiche, specifiche, tassative.

La generalizzazione dello strumento dell'annullabilità risiede nel fatto che detto rimedio è quello che meglio soddisfa il contemperamento tra due distinte istanze che permeano il diritto societario: l'interesse al rispetto della disciplina societaria e le fondamentali esigenze di stabilità e certezza degli atti societari, che in detto bilanciamento, necessariamente prevalgono.

Tali esigenze sono le stesse che hanno costituito la matrice della riforma del diritto societario del 2003, la quale, in quest'ottica, ha rimodulato la disciplina in commento per «rafforzare la stabilità dei deliberati assembleari» e «ridurre l'area delle possibili impugnazioni spostando ulteriormente la tutela dei soci dal piano reale a quello risarcitorio»<sup>3</sup>, con l'introduzione di «regole volte a contenere il rimedio invalidativo, come quelle relative alla fissazione di una soglia minima di partecipazione al capitale per il riconoscimento della legittimazione attiva»<sup>4</sup> con riguardo alla disciplina dell'annullabilità nelle s.p.a.

In questo ambito, come si avrà modo di analizzare nel corso del presente lavoro, dunque, l'asse della tutela sembra essersi spostato dal piano reale verso quello obbligatorio<sup>5</sup>.

La riforma ha accentuato la distanza della disciplina delle invalidità societarie da quelle contrattuali, in particolare eliminando dall'art. 2379 c.c. il richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 1421, 1422 e 1423 c.c. in materia di nullità contrattuale ed operando, invece,

---

<sup>3</sup> I riferimenti sono a R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c.*, in Commentario romano al nuovo diritto delle società, diretto da Floriano D'Alessandro, Piccin, Padova, 2010, p. 837, spec. p. 841.

<sup>4</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 342.

<sup>5</sup> Si veda S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 96-97, dove evidenzia che «la nuova disciplina [...] appare sicuramente aver privilegiato – e non contemperato – l'esigenza di stabilità delle decisioni societarie: con riguardo alle deliberazioni più importanti della vita sociale – rispetto alle quali però è più frequente l'abuso della maggioranza nei confronti della minoranza – la tutela "reale" invalidante è ormai recessiva». Nello stesso senso I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale: contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 569-570, «alla tendenza crescente a ricorrere all'impugnativa *ex art. 2377 cod. civ.*, o a figure analoghe, per sanzionare vizi anche gravi degli atti societari, qualche volta si accompagna altresì la tendenza ad uno spostamento o arretramento progressivo della tutela del socio dal piano reale (invalidità degli atti e delle deliberazioni in specie) a quello obbligatorio (risarcimento del danno), col che si comprime al massimo grado il margine di incertezza delle scelte societarie. È la dimostrazione più chiara che la specificità della disciplina degli atti societari si manifesta, oltre che nell'individuazione delle cause di invalidità dell'atto, anche nei principi applicabili al processo in cui farle valere». Anche R. SACCHI, *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 c.c.*, in P. BENAZZO-S. PATRIARCA- G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 155, a p. 155 evidenzia il «il trend favorevole alla valorizzazione della tutela obbligatoria rispetto alla tutela reale».

un vero e proprio «ravvicinamento, sul piano della disciplina, tra il regime generale delle delibere nulle e quello delle delibere annullabili»<sup>6</sup>.

Ad oggi, infatti, si può forse prescindere dai riferimenti normativi alle nozioni di nullità e annullabilità<sup>7</sup> e affermare, invece, l'esistenza di «un'azione di invalidità sostanzialmente unitaria»<sup>8</sup>. Questo, in particolare, perché il legislatore ha previsto all'art. 2379-bis c.c. la sanabilità del vizio di nullità (sia nel caso di mancata convocazione qualora vi sia successivo assenso allo svolgimento dell'assemblea; sia nel caso di mancanza di verbale, qualora vi sia una tardiva verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva), nonché, all'art. 2379, co. 1, c.c., un termine per esperire l'azione di nullità di tre anni, il quale decorre dall'iscrizione della delibera o dal suo deposito nel registro delle imprese, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze (nel caso la delibera non sia soggetta né a iscrizione né a deposito). Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 2379 c.c. ritiene applicabili, in quanto compatibili, i commi 7 e 8 dell'art. 2377 c.c., i quali rispettivamente prevedono che gli amministratori, al seguito del passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento, devono adottare gli opportuni provvedimenti e che in ogni caso sono fatti salvi i diritti dei terzi (co. 7), e che in caso di sostituzione della delibera l'impugnazione non può avere luogo (co. 8)<sup>9</sup>.

Secondo l'impostazione che sembra preferibile a chi scrive, la delibera nulla sembrerebbe in questo modo «precariamente idonea a produrre effetti»<sup>10</sup>: questa provvisoria efficacia sarebbe in linea con le stesse direttrici di stabilità e certezza degli assetti societari che hanno condotto la riforma<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> G. GUIZZI, *Impugnazione delle delibere assembleari e poteri officiosi del giudice. (Glosse a margine di S.U. n. 26243/2014)*, in *Corr. giur.*, n. 10, 2015, p. 1189, spec. p. 1192.

<sup>7</sup> G. MARZIALE, *sub artt. 2379, 2379-bis e 2379-ter c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da Floriano D'Alessandro, Piccin, Padova, 2010, p. 882.

<sup>8</sup> G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 1193. Nel senso che azione di nullità e azione di annullamento delle delibere assembleari abbiano funzione e struttura identica si veda anche S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 262 ss.; S. DALLA BONTÀ, *L'impugnazione delle delibere del consiglio d'amministrazione nelle società per azioni*, Cedam, Padova, 2012, p. 222. Sull'accostamento in ambito societario di nullità e annullabilità si tornerà al paragrafo 3.3.1.

<sup>9</sup> È evidente in questo senso il discostamento dalla categoria della nullità contrattuale, che S. A. VILLATA, *Sul rilievo d'ufficio della nullità delle deliberazioni assembleari per motivi diversi rispetto a quelli dedotti dalle parti*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2017, p. 837, spec. p. 845, ricorda essere «imprescrittibile, insanabile, idonea a pregiudicare gli acquisti dei terzi, fatte salve le norme di prescrizione».

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Con conseguente attribuzione della natura costitutiva della dichiarazione di nullità, il cui successivo intervento determina il venire meno della delibera provvisoriamente efficace. In questo senso si veda *Ivi*, p. 846.

Seguendo la diversa tesi, quella tradizionale che segue i principi civilistici, secondo la quale la delibera dovrebbe essere subito inefficace, salvo successiva sanatoria al decorso del termine triennale, la società si troverebbe in uno stato di incertezza prolungato per un periodo di tre anni, e ciò appare senza dubbio contrario ai principi ispiratori della riforma.

La disciplina delle invalidità delle delibere societarie è articolata, così, in modo da evitare che gli atti deliberati dalla società e le decisioni possano essere messi in discussione successivamente<sup>12</sup>.

Data la rilevanza che assume in tale ambito la categoria dell'annullabilità, è alla stessa che verrà dedicato il presente scritto.

Appurata, infatti, la classificazione dell'annullabilità quale rimedio generale, occorre soffermarci ora sui caratteri strutturali della disciplina dell'azione di impugnazione nelle società di capitali.

In virtù dei richiami previsti dalla disciplina delle s.r.l., visti *supra*, l'analisi si concentrerà sull'azione di annullamento di cui all'art. 2377 c.c.

Tale azione è un'azione tipicamente costitutiva, attraverso il cui esperimento l'impugnante attribuisce al giudice un ruolo puramente demolitorio, «cioè volto ad accertare i vizi dell'atto e a sancirne l'invalidità, e conseguente inefficacia»<sup>13</sup>. Conseguentemente sembra doversi negare la possibilità del giudice «di intervenire sul merito dell'atto, cioè di sostituirsi all'autore dell'atto, correggendone i contenuti»<sup>14</sup>, in virtù del rispetto del principio di autonomia privata.

L'accoglimento dell'azione di impugnativa determina perciò la decadenza della delibera viziata con efficacia *ex tunc*, con conseguente obbligo degli amministratori di prendere gli opportuni provvedimenti (art. 2377, co. 7, c.c.).

Con riferimento ai soggetti legittimati all'impugnativa occorre preliminarmente sottolineare come l'art. 2377, co. 2, c.c. contenga un elenco esaustivo ed imperativo (non meramente esemplificativo o dispositivo), in quanto «nessun soggetto, diverso da quelli previsti nell'art. 2377 o in altre eventuali disposizioni di legge [...], è autorizzato ad impugnare la delibera: ciò in forza dell'art. 1441 c.c., certamente applicabile alle delibere assembleari ai sensi dell'art. 1324 c.c. o per analogia, il quale dispone che l'annullamento

---

<sup>12</sup> In tema di s.p.a., A. MIRONE, *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale*, III, a cura di M. Cian, Giappichelli, Torino, 2020, p. 401, spec. p. 451-452. In tema di s.r.l., M. CIAN, *La s.r.l.: la struttura organizzativa*, in *Diritto commerciale*, III, a cura di M. Cian, Giappichelli, Torino, 2020, p. 725, spec. p. 736 ss. In particolare, la specialità del processo alla delibera rispetto alle azioni di nullità e annullabilità del contratto è evidenziata anche dalla I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 580, «anche a prescindere dalla qualificazione della delibera assembleare in termini di negozio giuridico o meno, che l'applicazione in via diretta o analogica delle regole del contratto (o quantomeno della maggior parte di esse) è esclusa in radice già dal fatto che quelle regole si scontrano quotidianamente con le esigenze di stabilità dei deliberati, valore dell'attività svolta, certezza dei traffici, che stanno alla base dell'istituto che è oggetto del nostro esame».

<sup>13</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 343.

<sup>14</sup> *Ibidem*, dove è precisato che tale «caratteristica normativa è comune alla tutela di annullamento nel diritto amministrativo, ove il potere del giudice di intervenire nel merito, adottando un provvedimento sostitutivo, ha carattere eccezionale». Inoltre, gli Autori sottolineano come nel diritto privato si assiste ad un'evoluzione normativa volta ad allargare i poteri di intervento correttivi del giudice, ma «l'attribuzione al giudice di un sindacato di merito, con relativo potere sostitutivo, è apparsa finora estranea alla tutela di annullamento verso atti di organizzazioni private, di cui le norme in commento costituiscono la componente più significativa».

del contratto può essere domandato «solo» dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge»<sup>15</sup>. Conseguenza di tale assunto è l'impossibilità di ampliare ovvero di restringere la cerchia dei soggetti legittimati da parte dello statuto<sup>16</sup>. Va tuttavia precisato che, se pure sarebbe inammissibile una clausola restrittiva della legittimazione ad impugnare, non è invece escluso che i soggetti legalmente legittimati possano disporre (anche tacitamente) di tale diritto d'azione: il diritto di impugnare è un inderogabile dallo statuto, ma disponibile per i soci<sup>17</sup>.

Specularmente, nemmeno potrebbe l'atto costitutivo ampliare il novero dei soggetti legittimati ad impugnare, ciò non sarebbe coerente con le esigenze di stabilità e certezza degli atti societari che sono tipiche della disciplina delle impugnazioni delle delibere societarie: esigenze che appaiono evidenti in particolare nella previsione di limitazioni soggettive e temporali all'interno dell'art. 2377 c.c.<sup>18</sup>, su cui si veda *infra*.

Tale legittimazione attiva spetta, *ex art. 2377, co. 2, c.c.*, sia ai soci che agli amministratori e ad al collegio sindacale – nonché «*al rappresentante comune degli azionisti di risparmio (art. 147, co. 3, TUF), nonché, in alcuni casi tassativamente previsti (artt. 110, co. 1; 120, co. 5; 122, co. 4; 157, co. 2, TUF; 24, co. 1 e 2, TUB; 74 c.ass.), alla*

---

<sup>15</sup> G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 3<sup>\*\*</sup>, UTET, Torino, 1998, p. 187, spec. p. 258.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 259, tra i dati offerti dal sistema l'Autore cita «*la disposizione dell'art. 1462 c.c. per cui la clausola limitativa della proponibilità di eccezioni non ha effetto per le eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione del contratto, disposizione che potrebbe estendersi a fortiori anche alle rispettive azioni, certamente un maius rispetto alle prime; o la disposizione, ancora, dell'art. 1341 c.c., dove, com'è stato efficacemente argomentato, «il silenzio del legislatore circa la necessità di approvare specificamente per iscritto le clausole limitative della proponibilità di azioni, che sono certamente più onerose di quelle che impediscono la procedibilità di eccezioni, non può che essere interpretato come corollario della loro invalidità»; o la norma, infine, dell'art. 1138 c.c., la quale, pur in una materia, come quella della comunione, rimessa certamente molto più della nostra all'autonomia privata (art. 1100 c.c.), decreta l'inderogabilità in sede di regolamento condominiale, anche se adottato all'unanimità, dell'art. 1137 nella parte, tra l'altro, in cui viene attribuita ad ogni condomino dissenziente la legittimazione ad impugnare la delibera dell'assemblea condominiale contraria alla legge o al regolamento».*

<sup>17</sup> *Ibidem*. Sul punto si veda anche C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c.*, in *Le società per azioni: Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadesse e G. B. Portale, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2016, p. 1048, spec. p. 1065, secondo il quale «*se appare indiscutibile l'inderogabile riconoscimento di tale potere – non sopprimibile dallo statuto –, la natura discrezionale del suo esercizio consente ai soci anche di rinunciare alla ovvero transigere sulla impugnazione di una delibera non conforme già adottata*».

<sup>18</sup> G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 259 ss., secondo il quale «*tale esigenza [...] deve considerarsi espressione di un più generale disegno volto alla conservazione dell'ente [...] se il principio di conservazione dell'ente deve essere valutato come di interesse pubblico in quanto «ordinato dal legislatore come mezzo a fine per consentire il raggiungimento della massima produttività dell'impresa», è giocoforza concludere per la natura cogente delle norme che tale principio esprimono, e dunque anche dell'art. 2377, nella parte in cui riserva ad alcuni soggetti la legittimazione ad impugnare*».

*Consob (per le società quotate), alla Banca d'Italia (per le banche) e all'Ivass (per le assicurazioni)»<sup>19</sup>.*

Legittimata passiva è invece la società, e ciò lo si ricava chiaramente dall'art. 2378 c.c. sul procedimento d'impugnazione, che, oltre a prevedere al comma 1 che l'impugnazione sia proposta con atto di citazione davanti al tribunale del luogo dove la società ha sede – seguendo in questo modo la regola generale del foro del convenuto, in particolare l'art. 19 c.p.c. che riguarda le persone giuridiche –, al co. 3 fa espresso riferimento alla società quale «*convenuta*».

Per quanto riguarda la legittimazione ad impugnare riconosciuta ad amministratori e collegio sindacale, basti dire che la stessa ha natura organica<sup>20</sup> ed è attribuita loro nell'interesse sociale. A ciò si perviene «*in virtù del rapporto organico che lega amministratori e sindaci al gruppo unificato: rapporto che, risolvendosi in un agire per conto della società, dovrebbe comportare naturalmente anche la contemplazione dell'interesse di quest'ultima*»<sup>21</sup>.

Inoltre, tale impugnazione rientrerebbe nel dovere di amministratori e sindaci di perseguire l'interesse sociale<sup>22</sup>: l'impugnativa loro attribuita, diversamente da quella dell'azionista, è «*oggetto di un potere-dovere, e dev'essere responsabilmente esercitata, valutando la questione non in termini di astratto interesse alla legalità, ma di concreta possibilità di pregiudizio per l'interesse sociale. Pregiudizio che ben può sussistere, anche se la deliberazione è stata adottata all'unanimità*»<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> A. MIRONE, *op. cit.*, p. 457. Più nello specifico sul tema si veda C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 1065.

<sup>20</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 1063, secondo cui l'attribuzione ad impugnare agli organi sociali «*avviene non in favore dei singoli componenti ma dell'organo nel suo complesso: costituisce, invero, sul punto dato acquisito che, normalmente, l'impugnativa potrà e dovrà essere promossa dall'organo - e, dunque, con una preventiva delibera sul punto - e non dal singolo, dovendo questo essere configurato come potere collegiale e non individuale dei rispettivi organi. Non mancano, tuttavia, eccezioni a tale principio: allorquando la delibera incida sulla posizione individuale di uno dei componenti (e si faccia, al riguardo, l'ipotesi della revoca di uno degli amministratori, invalidamente deliberata dall'assemblea), l'orientamento uniforme della letteratura e della giurisprudenza è nel senso di ammettere la legittimazione del componente uti singulus all'impugnativa della decisione dell'assemblea invalida*». Nello stesso senso anche M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 384 ss.

<sup>21</sup> G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 264.

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 266.

<sup>23</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 382 ss., dove affermano anche «*in tal senso, può ammettersi che gli amministratori, dopo adeguata ponderazione, decidano legittimamente di non impugnare una deliberazione, lasciando ai soli azionisti la responsabilità di decidere sul punto; ma è ovvio che, nel caso in cui la delibera leda interessi generali della società o dei creditori, l'impugnativa degli amministratori sarà doverosa, e la mancata impugnazione può essere fonte di responsabilità*». Nello stesso senso A. MIRONE, *op. cit.*, p. 457.



Per quanto riguarda i soci, la legittimazione ad impugnare spetta ai soci assenti, dissenzienti od astenuti (art. 2377, co. 2, c.c.), risolvendo, così, il legislatore della riforma, il precedente dibattito circa la possibilità dell'astenuto di impugnare la delibera<sup>24</sup>.

La legittimazione ad impugnare spetta anche a quei soci che abbiano votato positivamente e poi abbiano chiesto ed ottenuto l'annullamento del proprio voto per vizio del consenso nel rispetto dei termini decadenziali previsti per poter impugnare la delibera<sup>25</sup> (*infra*).

Si deve ritenere, inoltre, che il socio che abbia esercitato il proprio diritto di recesso possa impugnare la delibera attributiva di tale diritto di *exit*<sup>26</sup>.

Qualora sussistano vincoli sui titoli (pegno o usufrutto sulle azioni), l'art. 2352, co. 6, c.c. prevede che i diritti amministrativi diversi dal voto<sup>27</sup> – tra i quali vi rientra anche l'impugnazione – spettino disgiuntamente<sup>28</sup> sia al socio che al titolare del diritto parziario (creditore pignoratorio, usufruttuario), mentre in caso di sequestro spettano unicamente al custode.

Un ulteriore requisito richiesto al socio dalla norma ai fini dell'impugnazione è la titolarità del diritto di voto sulle materie oggetto della deliberazione<sup>29</sup>: infatti, «*solo chi può*

---

<sup>24</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 1066, evidenzia come sia «*necessario che i soci non abbiano approvato la decisione de qua. Ed invero, l'art. 2377 conferma, da un canto, la legittimazione degli azionisti non intervenuti in assemblea o da questa allontanatisi immediatamente prima della votazione (assenti) e di quelli che abbiano votato contro la delibera (dissenzienti); gli uni e gli altri che, in sostanza, non hanno formato la maggioranza espressasi in favore dell'approvazione, secondo un principio di portata generale ribadito anche in materia di s.r.l. Dall'altro, la norma in commento riconosce oramai identica legittimazione anche ai soci intervenuti in assemblea ma astenutisi al momento della votazione. Viene, così, risolto in senso favorevole alla legittimazione il problema - in passato oggetto di contrastanti interpretazioni - se anche l'astenuto possa far valere l'annullabilità ed impugnare la delibera*». Nello stesso senso anche M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 369, evidenziano sul punto come la riforma abbia «*risolto positivamente, in conformità agli orientamenti giurisprudenziali precedenti, il problema della legittimazione degli astenuti. A maggior ragione saranno dunque legittimati i soci che, pur presenti all'inizio della seduta, si siano poi allontanati e non siano stati presenti al momento della votazione della deliberazione impugnata*».

<sup>25</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 1067, dove l'autore prevede anche che sia da «*escludere, intervenuto il voto positivo, la possibilità di recupero della legittimazione in capo al socio che sia, nel contempo, anche amministratore della società*».

<sup>26</sup> *Ibidem*. L'Autore, nello specifico, in questo senso richiama il Tribunale di Napoli 14 gennaio 2011, in *Giur. comm.*, n. 3, 2012, II, p. 697.

<sup>27</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 1065, infatti, ricorda che «*per gli azionisti l'impugnativa delle delibere assembleari invalide assurge, in base alla norma in commento, al rango di vero e proprio diritto, a contenuto amministrativo (o c.d. voice), ricompreso nella partecipazione sociale*».

<sup>28</sup> Parlano di legittimazione disgiuntiva, A. MIRONE, *op. cit.*, p. 455; M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 371, dove alla nt. 99 precisano che «*ove i due soggetti siano in disaccordo sull'esercizio dell'impugnativa, apparendo possibile ritenere, in mancanza di patti diversi, che la percentuale si divida in tal caso in quote uguali*».

<sup>29</sup> A. MIRONE, *op. cit.*, p. 455, «*la legittimazione spetta però ai soli soci che avevano il diritto di voto sulle materie oggetto della deliberazione*». In questo senso si veda anche M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 369-370, secondo i quali «*il nuovo testo del quarto comma ha invece sancito, in contrasto con la vecchia disposizione, il principio della corrispondenza biunivoca fra*

*votare in quanto titolare del relativo diritto – anche se poi, in concreto, non esercitabile perché sospeso – potrà, nel concorso delle ulteriori condizioni, domandare all'autorità giudiziaria annullamento della delibera invalidamente assunta»<sup>30</sup>.*

Non è richiesto che l'impugnante fornisca la prova del «*proprio interesse particolare, concreto e differenziato, ad ottenere il risultato della rimozione dell'atto impugnato*»<sup>31</sup>, ma per evitare determinate «*azioni di disturbo (i.e. impugnative ricattatorie e strumentali, nds) degli azionisti di minoranza miranti non alla migliore realizzazione dell'interesse sociale, bensì all'ottenimento di vantaggi particolari, non sempre trasparenti*», la riforma ha introdotto un limite alla legittimazione ad impugnare nelle s.p.a., la quale è attribuita «*solo a minoranze qualificate, cioè ai soci che detengano determinate quote di capitale, derogabili in minus dallo statuto, il quale può anche ripristinare la regola della legittimazione individuale*»<sup>32</sup>.

Oggi è, quindi, richiesto dalla norma che i soci rappresentino il cinque per cento del capitale sociale nelle società “chiuse” e l'uno per mille nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (società “aperte”)<sup>33</sup>.

Tale soglia può essere raggiunta non solo dal socio singolarmente, ma anche sommando una pluralità di iniziative provenienti da più soci<sup>34</sup>.

Come già evidenziato *supra*, questa limitazione della legittimazione ad impugnare in base alla detenzione di una determinata percentuale di quote del capitale è assente nella corrispondente disciplina delle s.r.l., dove l'art. 2479-ter c.c. «*conserva la legittimazione individuale del singolo membro della compagine*»<sup>35</sup>. In materia di società per azioni,

---

*diritto di voto e diritto di impugnazione della deliberazione assembleare, disponendo che i soci privi di diritto di voto hanno diritto alla sola tutela risarcitoria». Sulla tutela risarcitoria si veda infra.*

<sup>30</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 1068.

<sup>31</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 371. Sulla configurazione di tale interesse che abilita il socio ad impugnare si è interrogato, in particolare, G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, *cit.*, p. 270 ss., che ha sottolineato come tale non può essere l'interesse sociale, altrimenti non sarebbe spiegata l'esclusione dei soci consenzienti, «ai quali pure quell'interesse è comune». Il socio agirebbe nel proprio interesse, che l'Autore non identifica con un vero e proprio diritto soggettivo, ma come un interesse legittimo, «*inteso come interesse occasionalmente protetto, cioè come interesse bensì individuale del socio ma tutelato solo in coincidenza con la tutela di quello sociale*».

<sup>32</sup> Entrambi i virgolettati sono riferimenti a M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 372. Nello stesso senso R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 841.

<sup>33</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 1069, precisa come tali percentuali vadano riferite, per le assemblee speciali, «*al capitale rappresentato da azioni della categoria*».

<sup>34</sup> A. MIRONE, *op. cit.*, p. 456. Nello stesso senso C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 1070, il quale precisa altresì che «*appaiono dubbie la possibilità di una adesione – sotto forma di intervento volontario – durante il processo di altri soci all'azione originariamente proposta dal non legittimato e, del pari, la valutazione di ammissibilità, pur prospettata nella letteratura, di tante domande – non solo di annullamento ma, altresì, risarcitorie –, ciascuna proposta da soci non legittimati, che, nel complesso, raggiungano la soglia indicata ex lege*».

<sup>35</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 1069.

dunque, «*si assiste, in tal modo, ad un mutamento della natura giuridica del diritto di impugnare le delibere assembleari [...] da diritto conferito al socio a prescindere dalla percentuale di partecipazione, esso passa a diritto c.d. "della minoranza" riconosciuto solo a quanti azionisti detengano la partecipazione richiesta dalla norma, così facendo emergere un collegamento tra l'interesse al rispetto del procedimento assembleare e la misura della partecipazione*»<sup>36</sup>.

Anche se un tempo si è dubitato della costituzionalità di tale previsione normativa<sup>37</sup>, la quale sembra contraria al diritto di azione ex art. 24 Cost., occorre osservare, in realtà, come la stessa sia coerente al principio di proporzionalità: la limitazione della legittimazione appare costituzionalmente conforme, perché la richiesta proveniente da una piccola parte del capitale sociale sembra sproporzionata rispetto all'effettivo interesse fatto valere dalla stragrande maggioranza del capitale, e degli organi di controllo, che non hanno interesse all'invalidazione della delibera<sup>38</sup>.

L'incostituzionalità di tale limitazione ad impugnare è esclusa anche dal fatto che la legge riconosce ai soci che non sono titolari della quota di capitale sociale sufficiente per esperire l'impugnativa (o ai soci comunque impossibilitati ad impugnare la delibera invalida in quanto privi del diritto di voto) la possibilità di esperire un'azione di risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della delibera dalla legge o dallo statuto (art. 2377, co. 4, c.c.).

È chiaro qui l'intento di assicurare maggiore stabilità agli atti societari, «*limitando in parte gli spazi di riconoscimento della c.d. "tutela demolitoria" (diretta cioè a rimuovere gli atti viziati), e compensando questa privazione con una tutela di tipo risarcitorio*»<sup>39</sup>.

Tale azione di cui al quarto comma dell'art. 2377 c.c. è sicuramente configurabile quale azione risarcitoria (e non indennitaria) – derivante dall'uso illegittimo del potere assembleare che dà luogo ad un comportamento antiggiuridico – e ciò risulta chiaro dalla lettera della norma che parla di risarcimento del danno e non di semplice indennizzo<sup>40</sup>.

Si tratta di «*una figura eccezionale ed aggiuntiva di azione di responsabilità civile del singolo socio contro la società (legittimata passiva, nds), come si deduce dal fatto che il socio ha l'onere di esercitare l'azione entro il termine di novanta giorni, previsto per l'impugnazione della deliberazione viziata*»<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*. Si sottolinea, ancora una volta, quanto evidenziato da M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 373-374, secondo i quali «*in questo modo ci si allontana dalla disciplina dell'invalidità contrattuale dove ogni componente di una parte plurisoggettiva dev'essere titolare degli stessi rimedi giuridici*».

<sup>37</sup> Sul punto si veda anche C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 1069.

<sup>38</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 372-373.

<sup>39</sup> A. MIRONE, *op. cit.*, p. 456.

<sup>40</sup> R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 859.

<sup>41</sup> A. MIRONE, *op. cit.*, p. 456. Nello stesso senso M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 375, dove sottolinea come il termine di decadenza di novanta giorni sia

Legittimata passiva è, dunque, la società, e questo sembra trovare giustificazione proprio nelle disposizioni di cui agli artt. 2377, co. 8 e 2378, co. 2, c.c., secondo le quali, nel caso in cui nel corso del giudizio venga meno uno dei presupposti per impugnare, il giudizio prosegue per la decisione sul risarcimento dei danni. Sul punto autorevole dottrina rileva come *«nell'intenzione del legislatore, la domanda di risarcimento è concepita come una domanda, cumulativa o subordinata, che può essere avanzata nello stesso giudizio che ha ad oggetto l'annullamento. Se così è, deve anche ammettersi che legittimata passiva, rispetto alla domanda di risarcimento, sia la società stessa»*<sup>42</sup>.

Oltre alla pacificamente riconosciuta legittimazione passiva in capo alla società, qualcuno in dottrina ritiene che come legittimati passivi dell'azione risarcitoria in commento possano essere individuati anche gli amministratori e i componenti degli organi di controllo, nonché gli azionisti che hanno determinato la maggioranza dell'assemblea e, quindi, essenzialmente il gruppo di controllo della società<sup>43</sup>.

Si tratta, secondo la tesi maggiormente accreditata, di una responsabilità contrattuale *«anche in considerazione della recente tendenza ad ampliare i termini tradizionali della responsabilità contrattuale facendovi rientrare ogni forma di responsabilità che s'innesta su un precedente contatto sociale da cui derivi un obbligo specifico di protezione dell'altrui interesse»*<sup>44</sup>.

Si sottolinea, inoltre, il carattere sostitutivo della tutela obbligatoria di cui al co. 4 dell'art. 2377 c.c. rispetto alla tutela reale accordata ai soci legittimati ex art. 2377, co. 2, c.c.: da tale assunto sembrerebbe derivare l'impossibilità per il socio legittimato all'impugnazione di esperire contemporaneamente entrambe le azioni. Il socio potrà

---

costituzionalmente legittimo solo se comparato al carattere eccezionale dell'azione, *«che si aggiunge alle normali tutele risarcitorie»*.

<sup>42</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 375, dove alla nt. 114 sottolineano, tuttavia, come la legittimazione passiva della società non tolga *«che una responsabilità solidale degli azionisti di maggioranza possa sussistere, insieme con la responsabilità della società, in caso di violazione del principio di buona fede»*.

<sup>43</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 1072 ss. Tuttavia, si veda *contra* R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 860, che afferma *«non mi sembra invece agevole ammettere che l'azione risarcitoria sostitutiva di cui si sta parlando – intendo, si badi, quella specificamente prevista dal c. 4 dell'art. 2377, a prescindere da eventuali altre azioni eventualmente ipotizzabili per violazione degli obblighi di comportamento secondo buona fede, in base ai principi generali dell'ordinamento – possa essere esperita, oltre che nei confronti della società dalla cui assemblea sia stata assunta la deliberazione viziata, anche nei riguardi di tutti o alcuni tra i soci che abbiano concorso con il loro voto a far adottare quella deliberazione. Manca in questo caso una previsione legislativa analoga a quella contenuta nell'art. 2497, per il caso di scorrettezze nell'attività di direzione e coordinamento di altre società. Pare perciò arduo riferire direttamente e personalmente ai singoli soci la responsabilità giuridica di atti formati in assemblea, che, come tali, sono soggettivamente riferibili alla società in quanto persona giuridica distinta dai propri soci; e sarebbe comunque inevitabile, in una simile prospettiva, porsi il problema della non facile individuazione degli elementi soggettivi dell'imputabilità e della colpa con riguardo alla posizione di ciascun socio che abbia concorso col proprio voto all'adozione della delibera illegittima»*.

<sup>44</sup> R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 859.

eventualmente agire per il risarcimento «*dei danni che l'esecuzione della delibera illegittima abbia inferto direttamente al suo patrimonio personale, se neppure il successivo annullamento di detta deliberazione sia valso in tutto ad eliminarli*»<sup>45</sup>.

Nel caso si verifichi la coesistenza di azioni di annullamento promosse dai soci legittimati ad impugnare la delibera viziata ed azioni di risarcimento del danno avanzata dai soci titolari di partecipazioni minori, e il giudizio si concluda con l'annullamento della delibera impugnata, «*la possibilità di accordare anche un risarcimento in favore di altri soci minori sussiste solo nella misura in cui costoro abbiano dimostrato di aver subito danni in via diretta, quale conseguenza degli effetti provvisoriamente prodotti dalla deliberazione. Ogni ulteriore profilo risarcitorio dovrebbe invece restare di regola assorbito dall'intervenuta rimozione dell'atto viziato*»<sup>46</sup>.

Il carattere sostitutivo di questa nuova tutela obbligatoria non significa equivalenza con la tradizionale tutela reale: e questo non solo perché il risarcimento, ponendosi a carico del patrimonio sociale, finisce sempre per gravare in parte sullo stesso socio danneggiato, in misura proporzionale alla sua partecipazione sociale, ma soprattutto perché per ottenere tale tipo di tutela cd. alternativa il socio debba fornire la prova, per nulla agevole, dell'antigiuridicità della delibera assembleare e del danno subito dalla deliberazione stessa<sup>47</sup>.

Per comprendere quanto appena affermato occorre andare ad analizzare il tipo di danno risarcibile.

Il danno risarcibile è il «*danno patrimoniale effettivamente provato*»<sup>48</sup>, dovendosi escludere la configurabilità di danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c. – e questo nonostante le interpretazioni evolutive della citata previsione –, non essendovi un'espressa indicazione di legge nel caso specifico, indicazione richiesta ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*. Si confronti tuttavia la tesi di M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 377, ove si attribuisce a tutti i soci, compresi quelli legittimati ad impugnare, la legittimazione a chiedere il risarcimento del danno (salvo poi porsi il problema della c.d. pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto alla tutela per equivalente).

<sup>46</sup> R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c., cit.*, p. 860, il quale sottolinea come è «*del pari possibile la coesistenza di azioni risarcitorie proposte da più soci, ciascuno dei quali non risulti individualmente legittimato a richiedere l'annullamento della deliberazione invalida*».

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 858-859. In questo senso anche R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società: liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Vol. II, UTET giuridica, Torino, 2007, p. 133, spec. p. 151 dove afferma che «*l'abbassamento del livello di protezione dei soci di minoranza costituisce un'inevitabile conseguenza di ogni opzione favorevole alla tutela obbligatoria, la quale non opera in assenza del danno e dunque non è equivalente alla tutela reale, che invece è svincolata dal requisito ora detto*».

<sup>48</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 378. Nello stesso senso A. MIRONE, *op. cit.*, p. 456.

Ancora, con riguardo al tipo di danno risarcibile, fermo restando il relativo onere probatorio in capo al socio, non vi è identità di vedute tra chi ritiene che tale danno debba ricomprendere solo il danno diretto subito dal singolo in modo immediato nel proprio patrimonio, «*anche per la perdita di valore delle azioni*», oppure anche il «*danno indiretto, arrecato al socio in quanto socio e, quindi condiviso con gli altri e da rapportare alla frazione della lesione patita dall'intera collettività*»<sup>49</sup>.

Qualora si accogliesse la tesi che riconosce il ristoro del solo danno diretto (quale conseguenza immediata e diretta della deliberazione illegittima), vi sarebbe una riduzione dell'ambito di operatività della tutela obbligatoria, tale da limitare i casi di sua applicazione e con conseguente «*deficit di effettività della tutela obbligatoria rispetto a quella reale*»<sup>50</sup>.

Questo è il motivo per cui in dottrina taluni sostengono che il danno risarcibile sia anche quello indiretto, e in particolare lo fanno sulla base dell'abolizione dal testo definitivo della riforma del 2001 (il d.lgs. n. 6/2001) di una formula contenuta su una bozza approvata dal Consiglio dei ministri che predisponava il risarcimento dei danni "direttamente" derivati dalla non conformità della deliberazione dalla legge e dallo statuto. L'eliminazione dell'avverbio "direttamente" dal nuovo testo dell'art. 2377 c.c., dovrebbe, dunque, far propendere per la risarcibilità anche dei danni indiretti<sup>51</sup>.

Non tengono le ulteriori limitazioni al danno risarcibile prospettate da chi ritiene che il danno debba essere causalmente riconducibile al vizio della deliberazione<sup>52</sup> e non invece alla deliberazione in sé, come si ritiene maggiormente opportuno<sup>53</sup>.

Data la difficoltà di fornire la prova del danno risarcibile, si riesce a comprendere come solo «*ricostruendo tale tutela obbligatoria come aggiuntiva rispetto alle tutele risarcitorie ordinarie (operanti nei confronti dei soci di maggioranza che abbiano colpevolmente dato luogo al fatto produttivo di danno risarcibile)*»<sup>54</sup> sia possibile superare

---

<sup>49</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 1073. Sul punto si veda anche A. MIRONE, *op. cit.*, p. 456, che mette in evidenza tale dibattito sottolineando come sia «*controverso se l'azione risarcitoria spetti al socio solo nel caso in cui abbia subito un pregiudizio patrimoniale diretto, individuale e differenziato rispetto a quello eventualmente subito dalla società (come nel caso già richiamato di lesione del diritto di opzione) o anche nel caso in cui il pregiudizio patrimoniale sia conseguenza indiretta del pregiudizio che la delibera arreca alla società intera (ad es., fusione con società incapiente)*».

<sup>50</sup> R. SACCHI, *Tutela reale*, cit., p. 153.

<sup>51</sup> *Ibidem*; R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 857-858; M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 380.

<sup>52</sup> Il riferimento è a R. SACCHI, *Tutela reale*, cit., p. 152.

<sup>53</sup> A. MIRONE, *op. cit.*, p. 456; M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 379.

<sup>54</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 375-376, nello stesso senso a p. 381 ss. affermano «*l'azione di responsabilità verso la società, di cui finora si è parlato, deve ritenersi, per quanto sopra detto, indipendente dalle eventuali azioni di responsabilità che al socio possono spettare nei confronti degli amministratori o dei soci di maggioranza che hanno commesso un illecito. Queste azioni, a differenza delle precedenti, costituiscono infatti normale applicazione di regole generali in materia di responsabilità civile, e sono pertanto soggette alla disciplina ordinaria in tema di prescrizione, prova della colpevolezza, etc. In una prospettiva sostanziale, queste pretese risarcitorie, fondate sulla clausola generale*

il dubbio di legittimità costituzionale che riguarda il caso in cui non si sia riuscita a fornire la prova del danno nel termine di decadenza breve di 90 gg.

Infatti, le azioni di cui all'art. 2377 c.c., sia quella reale che quella cd. alternativa obbligatoria, sono entrambe esperibili nel termine di novanta giorni dalla data della deliberazione, o dall'iscrizione nel registro delle imprese, qualora la stessa fosse soggetta a iscrizione, ovvero dal deposito presso l'ufficio delle imprese, qualora la stessa fosse soggetta al solo deposito. (art. 2377, co. 6, c.c.)<sup>55</sup>. Tale termine ha, secondo l'opinione corrente, natura decadenziale<sup>56</sup> ed è sottratto alla disponibilità delle parti<sup>57</sup>.

## **1.2 La delibera negativa: riconoscimento della natura deliberativa del rigetto della proposta avanzata in assemblea e conseguente applicazione della disciplina delle invalidità delle decisioni assembleari. Le diverse figure di illegittimo rigetto della proposta assembleare tra errori di conteggio, divieti di voto e conflitti di interesse**

In particolare, il rimedio dell'annullamento di cui all'art. 2377 c.c. è stato, sin dagli anni 50 del secolo scorso, e dunque, ben prima della riforma del diritto societario del 2003, oggetto di discussione con specifico riferimento all'impugnazione delle delibere cd. negative.

Sin dai tempi più risalenti, il primo ostacolo che dottrina e giurisprudenza si sono trovate ad affrontare di fronte alla decisione assembleare di rifiuto della proposta avanzata riguarda proprio la sua qualificazione in termini di deliberazione.

Il problema sorge dal fatto che la disciplina delle invalidità delle decisioni assembleari faccia espresso riferimento esclusivamente alle delibere positive, senza nulla precisare, invece, con riguardo a quelle di segno negativo.

---

*di responsabilità, possono così rivestire maggiore importanza ed utilità, ai fini della tutela dell'azionista di minoranza, di quanta se ne possa attribuire al rimedio eccezionale dell'azione risarcitoria verso la società».* In questo senso anche A. MIRONE, *op. cit.*, p. 456, sottolinea come «*l'espressa previsione di tale rimedio non impedisce, pertanto, al socio di agire anche oltre il detto termine, esercitando azioni risarcitorie (non contro la società, ma) contro quei soci di maggioranza che abbiano colpevolmente dato luogo all'atto deliberativo pregiudizievole o contro gli amministratori che abbiano dato colpevole esecuzione alla deliberazione illegittima».*

<sup>55</sup> Sul punto, A. MIRONE, *op. cit.*, p. 457, puntualizza come tale termine sia esteso normalmente a centottanta giorni nel caso di impugnativa promossa dalla Consob, dalla Banca d'Italia o dall'Ivass.

<sup>56</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 387; R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 860; C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 1075, dove l'autore mette in evidenza l'ennesima differenza della disciplina dell'invalidità societaria rispetto a quella contrattuale, dove è previsto un termine di prescrizione più lungo.

<sup>57</sup> Sul punto si veda M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 387 ss.

La questione qui in discussione è di non banale importanza, se sol si comprende come dal riconoscimento della natura deliberativa di tale decisione consegue la possibilità di applicare la disciplina codicistica dell'invalidità delle delibere assembleari, e, dunque, la possibilità di fornire una qualche tutela reale ai soggetti interessati impugnanti.

Ad oggi, il dibattito circa la natura deliberativa della decisione di segno negativo risulta almeno ancora dubbio, ma occorre rilevare che la dottrina prevalente tende a risolvere la questione in senso positivo.

Sul punto, ci si limita a richiamare quanto evidenziato in un recente contributo<sup>58</sup>, che riporta riassuntivamente gli orientamenti prospettati in materia.

In particolare, l'Autore osserva come, a fronte di una più datata concezione negoziale della delibera (cd. teoria dichiarativo-negoziale)<sup>59</sup>, vada, invece, privilegiata una diversa ricostruzione della fattispecie di delibera, quale «*momento organizzativo nello svolgimento dell'attività sociale*»<sup>60</sup> (cd. teoria procedimentale-organizzativa).

Infatti, la prima teoria configura la deliberazione come una dichiarazione di volontà negoziale, il cui connotato è la capacità di modificare la realtà giuridica, motivo per cui non sarebbe attribuibile una tale configurazione al rigetto della proposta; la seconda impostazione la configura come semplice perfezionamento di una sequenza procedimentale<sup>61</sup>.

Appare chiaro, dunque, come solamente tramite la più recente teoria organizzativa, secondo la quale «*il fenomeno deliberativo viene collocato al di fuori delle categorie negoziali, rappresentato [...] come esito di una sequenza procedimentale da valutarsi esclusivamente sotto il profilo del suo obiettivo svolgimento*»<sup>62</sup>, è possibile ricondurre alla figura della deliberazione le delibere di segno negativo, permettendo di superare, così, quella che rappresentava una delle principali debolezze della più datata teoria<sup>63</sup>.

In particolare, si anticipa come, il porre evidenza sul momento procedimentale, porta ad interrogarsi sulle analogie tra delibera assembleare e atto amministrativo e «*induce*

---

<sup>58</sup> F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 906.

<sup>59</sup> Si veda ad es. E. LA MARCA, *La mancata approvazione della deliberazione assembleare. Deliberazione "negativa", deliberazione apparente e deliberazione negata*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 127 ss.; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in Trattato delle società per azioni, 3\*\*, diretto da Colombo e Portale, UTET, Torino, 1998, p. 121.

<sup>60</sup> F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 907. Aderiscono a questa ricostruzione, tra gli altri, M. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 71 ss.; R. RORDORF, *L'abuso di potere della minoranza*, in *Soc.*, n. 7, 1999, p. 809, spec. 812.

<sup>61</sup> M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1157.

<sup>62</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit. p. 71.

<sup>63</sup> *Ivi*, p. 23 ss. e 63 ss.



*l'interprete a non sottovalutare i risultati raggiunti dalla dottrina più recente sulla natura del processo contro gli atti della p.a.»<sup>64</sup>.*

Tornando al rigetto della proposta, lo stesso, dunque, andrebbe valorizzato sul piano dell'organizzazione societaria, configurandosi, al pari della delibera positiva, come momento di esplicazione dell'attività dell'organo assembleare, come assume l'autore di quello che in dottrina viene indicato come «*l'approfondimento più completo della materia*»<sup>65</sup>.

Come sopra accennato, dalla configurabilità della reiezione della proposta assembleare come deliberazione deriva l'applicabilità della disciplina delle impugnazioni delle delibere assembleari.

Infatti, tra le principali ragioni spesso riportate a sostegno della qualificazione in termini di deliberazione del rigetto della proposta, vi sono alcune che si rifanno esplicitamente all'esigenza di impugnazione della stessa. In particolare, viene evidenziato come il termine deliberazione indichi genericamente una manifestazione di volontà dell'organo assembleare, a prescindere dal suo contenuto positivo o negativo e come la stessa delibera negativa, potendo arrecare danno alla società, debba, dunque, poter essere contrastata facendo ricorso agli strumenti di impugnazione di cui agli artt. 2377 ss. c.c.<sup>66</sup>.

L'interesse a rimuovere tale delibera negativa può, inoltre, scaturire dal fatto che la stessa, come una qualsiasi delibera di segno positivo, produce il cd. effetto consumativo della proposta, dunque preclude un'ulteriore decisione sulla medesima proposta mediante seconda convocazione dell'assemblea (a meno che non mutino i presupposti su cui la delibera è stata assunta) rappresentando il compimento di un momento organizzativo della società<sup>67</sup>.

Del resto, sembra che possano essere superate anche le argomentazioni avanzate in dottrina da chi, pur configurando l'ammissibilità logica di una delibera negativa, ritiene non giuridicamente plausibile la configurazione del rigetto della proposta avanzata in assemblea in termini di deliberazione a causa della mancanza del dato positivo (in particolare il riferimento è agli artt. 2368 e 2369 c.c.)<sup>68</sup>. Ciò appare chiaro, secondo alcuni,

---

<sup>64</sup> I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 547. Di questo aspetto ci si occuperà nel capitolo III, paragrafo 1, trattando l'efficacia conformativa della sentenza costitutiva.

<sup>65</sup> Il riferimento è, ancora una volta, all'opera di M. CIAN, *La deliberazione negativa*, p. 77 ss., celebrata come «*l'approfondimento più completo della materia*» da M. CENTONZE, *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (cd. «delibera negativa»)*, in *Riv. soc.*, n. 2-3, 2007, p. 414, spec. p. 417-418.

<sup>66</sup> S. BRIGHENTI, *Deliberazioni negative: problematiche ed ipotesi di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10, 2017, p. 1454, spec. p. 1455.

<sup>67</sup> F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 907. Si veda anche M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1158.

<sup>68</sup> M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 422, dove l'autore afferma che non vi sia «*nessun dubbio sulla piena ammissibilità logica di una deliberazione negativa; e nessuna difficoltà ad ammettere che, sostanzialmente, anche quando la proposta sia rigettata, la società prende comunque una decisione; solo il dato positivo non autorizza a ritenere che tale decisione sia (anche) una "delibera della società" in senso giuridico*». *Contra*

sol rilevando come il legislatore sembri dare espressa rilevanza giuridica alle delibere negative all'art. 2373, co. 2, c.c., in materia di conflitto di interessi: tale previsione normativa, infatti, presuppone la mancata approvazione della proposta di responsabilità avanzata in assemblea nei confronti degli amministratori, reiezione dovuta alla partecipazione alla votazione degli stessi soci amministratori di cui tale responsabilità si tratta<sup>69</sup>.

Riconosciuta tale ricostruzione, la conseguente applicazione degli strumenti previsti dalla disciplina codicistica delle impugnazioni delle delibere assembleari genera degli interrogativi.

In particolare, il rimedio demolitorio di cui all'art. 2377 c.c. – si ricorda, unico rimedio reale testualmente previsto dalla disciplina – appare privo di qualsiasi utilità a fronte del rigetto della proposta assembleare, poiché volto a caducare gli effetti di una delibera che, in quanto negativa, effetti non produce (se non quelli, sopra visti, di “consumazione” della proposta)<sup>70</sup>.

Infatti, tale strumento, facendo venir meno la deliberazione e ripristinando il valore della proposta caducata, comporterebbe solamente l'obbligo per gli amministratori di riconvocare l'assemblea, come del resto questi già dovrebbero fare ai sensi del settimo comma dell'art. 2377 c.c., il quale obbliga l'organo gestorio a prendere gli opportuni provvedimenti a seguito dell'annullamento della delibera (regola applicabile anche alle s.r.l., in virtù dell'espresso rinvio di cui all'art. 2479-ter, co. 4, c.c.). E tutto questo senza offrire un'effettiva tutela all'interesse dell'impugnante.

Intorno a tale questione si sono espressi diversi autori, i quali hanno messo in evidenza la lacuna presente nella disciplina codicistica dell'invalidità delle deliberazioni assembleari tra il diritto scritto e le concrete esigenze di tutela che i giudici si trovano a dover soddisfare<sup>71</sup>.

Infatti, in fattispecie come quella in considerazione, dietro all'impugnazione della decisione assembleare negativa non è celato un interesse all'ottenimento di un mero effetto caducatorio, come quello sotteso alla disciplina dell'annullamento delle delibere, ma un interesse positivo volto ad ottenere un risultato analogo a quello impedito dal dissenso illegittimo o abusivo<sup>72</sup>.

---

M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1158, nt. 13, che dà rilievo al fatto che secondo M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 82 ss., «il rigetto di una proposta rappresenta un momento dell'esercizio dell'attività assembleare idoneo a produrre effetto consumativo della proposta medesima e, dunque, ad integrare gli estremi di una delibera in senso tecnico»; F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 907 ss.

<sup>69</sup> F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 908.

<sup>70</sup> Quanto appena rilevato già è emerso sia in dottrina che in giurisprudenza ed un maggiore approfondimento sul punto sarà dedicato al paragrafo 1.3.

<sup>71</sup> Cfr. V. PINTO, *op. cit.*, p. 901.

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 903, che a nt. 6 richiama M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., pp. 34 s. e 103 s. Nello stesso senso anche M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1156.

Di primaria importanza sul punto sembra essere, allora, l'intervento della giurisprudenza, chiamata a «svolgere un'opera di adeguamento, se non di "perfezionamento", del diritto scritto dell'impugnazione delle deliberazioni assembleari, sul presupposto – implicito, ma chiaro – dell'insufficienza delle regole di diritto positivo a soddisfare interessi ritenuti meritevoli alla stregua del sistema nel suo complesso»<sup>73</sup>.

Seguendo questa esortazione, un ripensamento della disciplina delle invalidità delle delibere assembleari dovrebbe andare oltre, dunque, rispetto alla semplice riformulazione della regola sulla legittimazione ad impugnare – quest'ultima, infatti, passa dai soci dissenzienti (ex art. 2377 c.c. e art. 2479-ter c.c.) ai soci consenzienti, ovvero coloro che avevano interesse all'adozione della proposta che è stata illegittimamente rigettata<sup>74</sup>.

Per comprendere tale assunto è necessario analizzare le fattispecie concrete che sul piano pratico danno luogo all'impugnativa del rigetto assembleare.

Occorre sin da subito evidenziare come si tratti di fattispecie eterogenee tra loro configurabili nella marginale ipotesi dell'errore di conteggio dei voti da parte del presidente dell'assemblea<sup>75</sup>, e nelle più frequenti ipotesi dell'invalidità del dissenso in quanto illegittimo o abusivo<sup>76</sup>.

Data la rilevanza, anche statistica, delle ultime due ipotesi prospettate (dissenso illegittimo o abusivo), è alle stesse, in particolare, che sarà dedicata maggiore attenzione nel presente lavoro.

In particolare, con riguardo al dissenso illegittimo, lo stesso si può manifestare, in primo luogo, nei casi di voto negativo espresso in violazione di un divieto di voto. Questo è il tipico caso dell'amministratore che non si astiene dalla votazione sulla proposta di azione di responsabilità avanzata nei suoi confronti (art. 2373, co. 2, c.c.), oppure il caso del socio moroso (art. 2344, co. 4, c.c.), ovvero il caso delle azioni proprie (art. 2357-ter, co. 2, c.c.).

---

<sup>73</sup> V. PINTO, *op. cit.*, p. 902.

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 905, che indica i soci consenzienti come «dissenzienti rispetto al rigetto della proposta». In questo senso si è espressa anche la Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 1959, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 2130 che afferma che dissenziente è «il socio che, con il suo voto, non ha concorso alla formazione della volontà sociale».

<sup>75</sup> Questo è il caso della Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 1959, cit.

<sup>76</sup> Tribunale di Monza 4 novembre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 472; Tribunale di Velletri, Ord., 26 gennaio 1994, in *Soc.*, n. 6, 1994, p. 804; Tribunale di Roma 2 aprile 1999 e Corte d'appello di Roma 29 maggio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 295; Corte d'appello di Cagliari 4 marzo 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001 a cui segue Cass. civ., Sez. I, Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, in banca dati One legale; Tribunale di Palermo 18 maggio 2001, in *Giur. comm.*, n. 6, 2001, II, 835; Tribunale di Ancona 7 marzo 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 666; Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), in *Giur. comm.*, n. 5, 2010, II, p. 911; Tribunale di Roma 10 novembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, p. 1940; Cass. civ., Sez. I, Sent., 5 ottobre 2012, n. 17060, in banca dati One legale; Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, in banca dati One legale; Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, in banca dati One legale.

Il dissenso illegittimo si manifesta anche nei casi di conflitto di interessi. A questo riguardo, preme ricordare che il conflitto di interessi si ritiene sussistente quando si è in presenza di decisioni in grado di recare danno alla società, le quali sono state assunte con la partecipazione determinante di soci che hanno, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società (cfr. art. 2373, co. 1, per le s.p.a., e art. 2479-ter, co. 2, c.c. in tema di s.r.l.).

Come precisato anche in giurisprudenza<sup>77</sup>, gli elementi che devono essere presenti perché ricorra tale fattispecie sono, dunque, i) l'esistenza di un interesse personale, per conto proprio o di terzi, in conflitto con quello della società, ii) il fatto che il voto sia determinante per la deliberazione, tale per cui la delibera non sarebbe stata assunta in assenza della partecipazione di tale socio (cd. prova di resistenza), e iii) la potenziale dannosità per la società, dunque l'idoneità della delibera a recare danno alla stessa.

Ricostruendo tale fattispecie normativa adattandola all'ipotesi del rigetto, in queste ipotesi il conflitto di interessi si verifica quando «*il dissenso del socio, che ha un interesse personale contrario a quello sociale, sia stato determinante per la mancata assunzione della proposta di delibera, e che essa sia potenzialmente dannosa per la società*»<sup>78</sup>.

Il dissenso abusivo, invece, si verifica nei casi in cui il socio titolare di una partecipazione bloccante (tipicamente di minoranza oppure paritaria, nel caso delle società cd. *fifty-fifty*)<sup>79</sup> esprime il proprio voto negativo in violazione dei canoni di buona fede oggettiva e correttezza, ex artt. 1175 (rubricato “Comportamento secondo correttezza”) e 1375 c.c. (“Esecuzione di buona fede”).

Sul punto occorre precisare che, secondo la tesi assolutamente prevalente, nell'esecuzione del contratto di società i soci devono seguire un atteggiamento ispirato all'obbligo di buona fede oggettiva (o correttezza), in quanto lo stesso principio sia applicabile «*non solo al sistema contrattuale, ma anche al sistema societario*»<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Si confronti ad es. Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., p. 8 e ss.

<sup>78</sup> F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 909.

<sup>79</sup> Sul punto si veda C. DI BITONTO, *Abuso del diritto di voto a carattere ostruzionistico (c.d. “delibere negative”): profili sostanziali*, in *Soc.*, n. 6, 2015, p. 689, spec. p. 705-706, che ricorda la differenza sostanziale sussistente tra l'abuso del voto maggioritario e l'abuso del voto minoritario o paritario e cioè che «*nel primo caso, i voti abusivi sono favorevoli ad una data proposta deliberativa e convergono nella formazione di una delibera positiva; nel secondo caso, i voti abusivi sono contrari ad una data proposta deliberativa e impediscono la formazione di una delibera positiva, integrando una delibera negativa*». Si veda, però, Tribunale di Palermo 18 maggio 2001, cit. e Tribunale di Roma 10 novembre 2010, cit., in cui è la maggioranza (nel caso del Tribunale di Palermo) o il custode giudiziario della quota di maggioranza (nel caso del Tribunale di Roma) ad opporsi all'approvazione della proposta assembleare.

<sup>80</sup> C. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 702. L'Autore, inoltre, alla nt. 17 riporta un passo di G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, Artt. 2475 – 2483, in Schlesinger (fondato da) e Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2010, p. 1416, che sottolinea come le norme ex artt. 1175 e 1375 c.c. «*soprattutto se interpretate alla luce del dovere di solidarietà evocato dall'art. 2 Cost., sembrano vincolare non solo l'adempimento di qualsiasi obbligo, ma anche l'esercizio di qualsiasi diritto o potere, all'adozione di modalità tali da escludere la realizzazione di*

Più precisamente, questo parametro di comportamento assume in un tale contratto uno spazio e un riferimento molto più ampio rispetto che non in un contratto a prestazioni corrispettive bilaterale, in quanto il contratto di società è un contratto di esecuzione protratta e differita nel tempo che porta ad un'esecuzione tra un maggior numero di soggetti.

Motivo per cui il dovere di buona fede oggettiva trova applicazione anche nell'esercizio del diritto di voto da parte del socio in assemblea.

Nello specifico, in queste ipotesi si parla tipicamente di abuso di minoranza o di uguaglianza e si ritiene che il blocco diventi abusivo quando il comportamento del socio di minoranza o paritetico ha lo scopo di bloccare l'assunzione delle decisioni assembleari<sup>81</sup> e di fatto obbligare l'altro socio (di maggioranza o paritetico, a seconda che si tratti di abuso di minoranza ovvero di uguaglianza) a comprare le proprie azioni, in quanto, molto spesso l'alternativa sia rappresentata dallo scioglimento della società *ex art. 2484, co. 1, n. 3, c.c.*

Infatti, la disposizione da ultimo citata individua tra le cause di scioglimento della società l'impossibilità di funzionamento o continuata inattività in assemblea, evenienza che si verifica quando l'assemblea non è in grado di assolvere alle sue funzioni essenziali, quali, ad esempio, l'assunzione delle delibere di nomina degli organi sociali e di approvazione del bilancio.

Occorre, pertanto, tenere distinta la figura dell'abuso da quella del conflitto d'interessi<sup>82</sup>.

L'abuso costituisce un ulteriore limite esterno al libero esercizio del voto dei soci, poiché, mentre nell'ipotesi di conflitto d'interessi il socio persegue l'interesse particolare contro l'interesse sociale, nell'ipotesi di abuso il socio vota sempre per finalità extrasociali, ma in questo caso le stesse sono volte a danneggiare gli altri soci, suoi colleghi.

Tuttavia, le due fattispecie di conflitto di interessi e di abuso sembrano avere la «*medesima matrice, in quanto caratterizzate da un agire del socio contrario rispetto agli interessi della società o degli altri soci, allo scopo di favorire i propri*»<sup>83</sup>, e ciò ha portato

---

*interessi non apprezzabili secondo l'orientamento, a danno della sfera giuridica altrui*». Nel senso che i soci siano vincolati da detto canone di buona fede a partire da Cass. civ., Sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. Comm.*, n. 3, 1996, II, p. 329; Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2003, n. 9353, in banca dati One legale; Cass. civ., Sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro it.*, n. 12, 2006, p. 3455; Cass. civ., Sez. I, Sent., 17 luglio 2007, n. 15942, in banca dati One legale.

<sup>81</sup> Si veda C. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 706, dove afferma che in tali situazioni il diritto di voto si trasformi in un diritto di veto.

<sup>82</sup> Questo nonostante la più recente tendenza sia quella di considerare la regola del conflitto di interessi in materia societaria «*come espressione del dovere di lealtà e correttezza: come espressione del dovere di buona fede*», cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, 2° ed., in P. Schlesinger (fondato da) – F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 330, citato da C. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 705.

<sup>83</sup> F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 909-910.

dottrina e giurisprudenza a ritenere che quando il socio eserciti il diritto di voto, non allo scopo di avvantaggiare sé stesso contro la società (conflitto di interessi), ma allo scopo di danneggiare gli altri soci (abuso), si possa applicare una disciplina analoga a quella prevista per l'ipotesi di conflitto di interessi<sup>84</sup>. Il voto viziato da conflitto di interessi con la società e il voto viziato in quanto abusivo costituiscono, così, «*species dell'unico genus superiore di voto abusivo in violazione del canone di buona fede, considerato riprovevole dall'ordinamento*»<sup>85</sup>.

Queste ipotesi dimostrano come l'invalido dissenso porti a situazioni di stallo decisionale – che talvolta possono condurre addirittura allo scioglimento della società – difficilmente risolvibili attraverso il rimedio demolitorio tipizzato, il quale, annullando la delibera negativa e rimettendo il potere in capo all'assemblea, non risolve il problema della reiterazione del voto negativo da parte della compagine sociale.

Sul piano comparatistico queste situazioni sembrano aver trovato un'adeguata soluzione in altri ordinamenti, dove al socio impugnante viene garantita una tutela reale forte attraverso il riconoscimento della possibilità di ottenere la proclamabilità, in via giudiziale, della proposta respinta.

Si menzionano, in merito, il sistema francese e, soprattutto, quello tedesco, che «*ammetto un simile provvedimento*»<sup>86</sup>.

Nello specifico, nell'ordinamento d'oltralpe è stata prospettata la possibilità per il giudice di nominare un mandatario «*chiamato a gestire la partecipazione della minoranza recalcitrante ed in particolare ad esprimere per conto della stessa il proprio consenso all'operazione illegittimamente respinta, allorquando essa venga nuovamente portata all'esame dell'assemblea*»<sup>87</sup>.

Nell'ordinamento tedesco, invece, è emersa la tesi della possibilità per il giudice di emettere una vera e propria «*sentenza che, rimossi i voti invalidi, tenga luogo della deliberazione positiva non approvata*»<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, cit. Si veda anche F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 910 «*in questa prospettiva, ai fini dell'accertamento dell'abusività (e quindi invalidità) del dissenso, risulta pertanto necessaria la dimostrazione che (i) il socio titolare di una partecipazione bloccante sia portatore di un interesse proprio in conflitto con quello del socio proponente la delibera (e degli altri soci favorevoli); che (ii) la delibera non sia stata assunta a causa del dissenso abusivo determinante di tale socio; e che (iii) il dissenso all'assunzione della delibera sia volto ad arrecare un danno, anche solo potenziale, agli altri soci*».

<sup>85</sup> C. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 707.

<sup>86</sup> M. CIAN, *Abus d'égalité, tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *Corr. giur.*, n. 3, 2008, p. 397, p. 405.

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 401-402, che in merito fa riferimento alla figura del «*commissario ad acta*». In merito alle soluzioni coltivate nell'esperienza francese si veda anche PORTALE G. B., «*Minoranze di blocco*» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «*gouvernement des juges*»? in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 1999, p. 153, spec. p. 162-163.

<sup>88</sup> M. CIAN, *Abus d'égalité*, cit., p. 402.

Si fa presente, inoltre, come parte dottrina spagnola ritenga conseguibile l'adozione della delibera positiva, laddove l'attore abbia formulato apposita domanda al giudice, e ciò ai fini di un'adeguata tutela degli interessi in gioco<sup>89</sup> – questo appare rilevante se si tiene a mente la differente influenza rivestita dalla dottrina nell'ordinamento spagnolo<sup>90</sup> rispetto a quanto avviene nel nostro ordinamento in virtù del divieto di citare gli autori giuridici sancito *ex art. 118, co. 3, disp. att. c.p.c.*

La soluzione adottata da questi ordinamenti dell'Unione europea, così vicini e simili al nostro, ben potrebbe orientare i giudici italiani verso una maggiore apertura all'ammissibilità di una tale tutela reale forte nei confronti delle delibere aventi contenuto negativo.

La questione circa la possibilità per il socio impugnante la delibera negativa di ottenere una tutela reale che vada al di là della mera tutela demolitoria costituisce il tema a cui sono dedicate le seguenti pagine. Il presente studio, in particolare, si concentrerà sulla possibilità del socio di ottenere in via giudiziale proprio la proclamazione dell'accoglimento della proposta assembleare illegittimamente rigettata<sup>91</sup>.

Tale quesito è stato oggetto di pronunce giurisprudenziali anche non recenti, che negli anni hanno risolto in maniera differente il problema. Nei seguenti paragrafi verranno affrontati i più recenti casi pratici sul tema, dai quali trarremo le prime conclusioni circa gli orientamenti e le tendenze giurisprudenziali sui rimedi assicurati ai soci impugnanti.

### **1.3 Il fenomeno della delibera negativa nella concreta esperienza giurisprudenziale. Il caso affrontato dal Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824 e la soluzione adottata**

Di recente, il tema dell'impugnabilità della delibera assembleare avente contenuto negativo e la tutela esperibile nei confronti della stessa è stato affrontato dalla sezione XVI del Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di impresa, con la sentenza del 14 dicembre 2020, n. 17824.

Il presente paragrafo si concentrerà, in particolare, sull'analisi di detta pronuncia, facendo emergere le soluzioni che nell'occasione il Tribunale di Roma ha offerto alle principali questioni che ruotano intorno al tema dell'impugnazione delle delibere negative, questioni che verranno, poi, approfondite nei paragrafi successivi.

---

<sup>89</sup> S. CICERI, *L'impugnazione delle delibere negative e il diritto di recesso del socio per modifica dell'oggetto sociale nella giurisprudenza spagnola*, in *Riv. dir. soc.*, n. 2, 2022, sub Osservatorio sulla giurisprudenza straniera, Sez. I, a cura di Marco Speranzin, p. 361, spec. 373.

<sup>90</sup> *Ivi*, p. 370.

<sup>91</sup> Possibilità prospettata per la prima volta in dottrina da D. PREITE, *op. cit.*, p. 121 ss., nonostante lo stesso non configurasse il rigetto della proposta quale deliberazione.

Con la sentenza n. 17824/2020, qui in analisi, il Tribunale di Roma si pronuncia su una richiesta di annullamento di una delibera negativa dell'assemblea ordinaria di una s.r.l., avanzata dal socio titolare della metà delle partecipazioni al capitale sociale.

In particolare, l'attore impugnava la delibera con la quale era stata respinta la proposta di approvazione del bilancio relativo all'esercizio del 2015 a causa del voto negativo espresso dall'altro socio paritetico.

A fondamento della propria pretesa, l'attore evidenziava come, nonostante la situazione di paritetica partecipazione al capitale sociale, fosse in sua gestione l'amministrazione della società e come i rapporti tra i due soci fossero progressivamente deteriorati a causa dell'ingerenza del convenuto nella gestione della società e l'adozione di comportamenti ostruzionistici da parte dello stesso, il quale, già in passato, aveva reso difficoltosa l'approvazione dei bilanci.

La situazione sembrava, dunque, arrivata al culmine quando il convenuto si era ripetutamente opposto all'approvazione del bilancio relativo all'anno 2015 – oggetto della sentenza in analisi – senza dedurre sufficienti giustificazioni.

Pertanto, l'attore con la presente impugnazione rilevava l'invalido comportamento dell'altro socio paritetico, ritenendo sussistente nel caso di specie l'ipotesi di conflitto di interessi di cui all'art. 2479-ter, co. 2, c.c., nonché di abuso di diritto e mala fede.

Con riferimento all'ipotesi di abuso del diritto di voto, avendo riguardo a quanto esposto nel paragrafo precedente nonché tenendo in considerazione la situazione di paritetica partecipazione al capitale sociale sussistente tra i due soci, nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Roma sembra configurarsi un'ipotesi di abuso di voto paritario, che si verifica quando i soci titolari di un potere di blocco esercitano lo stesso in modo abusivo (contrario, appunto, al canone di buona fede).

Nonostante quanto precisato *supra* circa la preferenza nel mantenere distinte le figure dell'abuso e del conflitto di interessi, occorre precisare come, nelle deduzioni poste a fondamento delle proprie domande<sup>92</sup>, l'attore sembri confondere le due categorie, in quanto, parlando di abuso di diritto, richiama l'interesse della società, mentre, trattando del conflitto di interessi, faccia riferimento alla conformità a buona fede.

Tuttavia, ciò non appare dirimente ai fini dell'analisi delle principali questioni che tale pronuncia pone, stante quanto rilevato *supra* circa l'analogia della disciplina applicabile alle due ipotesi del conflitto di interessi e dell'abuso del diritto di voto.

Per le ragioni evidenziate, dunque, l'attore sosteneva l'illegittimità del voto espresso dal convenuto e riteneva che lo stesso non dovesse essere computato ai fini del calcolo del *quorum* deliberativo. Chiedeva, pertanto, che il Tribunale dichiarasse l'intervenuta approvazione del bilancio in questione, previa esclusione del voto contrario espressosi *contra ius*.

---

<sup>92</sup> Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, cit., p. 2



Detta istanza, a seguito dell'intervenuta approvazione assembleare di detto bilancio relativo all'anno 2015 nelle more del giudizio, era stata, poi, oggetto di rinuncia da parte dall'attore, nonostante, come verrà illustrato *infra*, il Tribunale non abbia rinunciato a pronunciarsi sull'ammissibilità della stessa.

Il Collegio, nel risolvere la controversia, affronta in primo luogo il controverso tema dell'impugnabilità delle delibere negative.

Sul punto occorre precisare che, nonostante nel caso di specie la normativa di riferimento in tema di impugnazione delle delibere assembleari sia quella contenuta all'interno dell'art. 2479-ter c.c., essendo la società in questione una s.r.l., il riferimento nella pronuncia è unicamente all'art. 2377 c.c., norma in materia di s.p.a.

Questo perché, come già evidenziato in apertura del presente capitolo, in virtù del richiamo al comma 4 dell'art. 2479-ter c.c., le considerazioni riportate con riferimento ad uno dei due tipi di società di capitali possono essere trasposte anche all'altro.

Il Tribunale di Roma risolve la suddetta prima questione preliminare rilevando come la delibera negativa rappresenti anch'essa «una decisione e più in particolare una manifestazione giuridicamente rilevante di volontà che giunge al termine di un subprocedimento assembleare»<sup>93</sup>, in questo modo allineandosi espressamente al risultato raggiunto sia in dottrina che in giurisprudenza sul punto (si veda *supra*).

Infatti, richiamando gli orientamenti prospettati in materia<sup>94</sup>, il Collegio romano afferma che la delibera negativa si distingue dalla delibera positiva unicamente per il tipo di effetti prodotti: mentre le seconde producono effetti costitutivi, modificativi o estintivi, le prime producono un effetto meramente impeditivo delle vicende giuridiche della delibera positiva proposta<sup>95</sup>.

Una volta riconosciuta tale ricostruzione, il Tribunale si interroga sui rimedi esperibili da parte dell'impugnante nei confronti della delibera negativa invalida.

In particolare, evidenzia come l'esperibilità, in casi del genere, del rimedio demolitorio di cui all'art. 2377 c.c. sarebbe funzionale unicamente alla «*riconvocazione dell'assemblea che ha erroneamente omissa di adottare una delibera positiva*»<sup>96</sup>.

Il contributo in materia di chi immagina un riadattamento della disciplina delle deliberazioni assembleari al particolare tipo di interesse positivo di cui è portatore il socio impugnante la delibera negativa – a cui ci si è richiamati *supra* – sembra certamente essere noto al Tribunale di Roma, che, infatti, in più passaggi della sentenza in analisi riporta esplicitamente parti dello stesso<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> *Ivi*, p. 4.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>97</sup> Cfr., ad es., Tribunale di Roma, Sent., 14 dicembre 2020, cit., p. 5 e V. PINTO, *op. cit.*, p. 902.

In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Roma, il menzionato interesse positivo dell'impugnante emerge nella seconda istanza sollevata dal socio attore, quella, cioè, volta ad ottenere in via giudiziale la proclamazione dell'approvazione del bilancio 2015, illegittimamente impedita dal convenuto.

Tuttavia, il Tribunale dovendo affrontare il problema della sussistenza in capo al giudice del «*potere di sostituirsi all'esercizio dell'autonomia privata adottando, in positivo, un provvedimento equivalente negli effetti a una deliberazione mai assunta dall'assemblea*»<sup>98</sup>, non sembra cogliere la summenzionata esortazione.

Il Tribunale romano, infatti, non ignora quell'orientamento di parte della giurisprudenza di merito che riconosce espressamente in capo al giudice un potere di revisione degli esiti del procedimento assembleare e di accertamento dell'avvenuta approvazione della delibera positiva<sup>99</sup>, ma se ne distanzia apertamente.

L'organo giudicante sembra aderire, invece, all'opposto orientamento che critica la possibilità di proclamare in via giudiziaria un risultato deliberativo mai intervenuto, il quale trova fondamento nella frequentemente richiamata pronuncia della Corte di Cassazione, n. 16999/2004<sup>100</sup>, secondo la quale «*la mancata approvazione della proposta avanzata in assemblea (c.d. deliberazione negativa), se pure viziata da conflitto di interessi o abuso di maggioranza, non può dare adito a una sentenza che accerti l'assunzione di una deliberazione di segno opposto con il voto dei soci non in conflitto di interessi*»<sup>101</sup>.

Il Tribunale, infatti, ritiene che l'autorità giudiziaria non abbia la possibilità di sostituirsi al privato nella realizzazione dell'atto di autonomia, perché i casi eccezionali in cui questo potere sostitutivo è consentito sono espressamente disciplinati dalla legge<sup>102</sup>.

Dunque, il giudice, pronunciandosi in merito alla fondatezza delle istanze sollevate dall'attore, con riferimento alla domanda di costituzione in via giudiziale degli effetti della delibera non approvata si esprime nel senso che questa, anche qualora non fosse stata rinunciata, non avrebbe mai potuto essere accolta, in quanto una tale sostituzione della volontà dell'autorità giudiziaria a quella manifestatasi attraverso gli organi sociali non si sarebbe mai potuta verificare, pena la realizzazione di «*un'indebita intromissione nel meccanismo di formazione della volontà dell'organo sociale*»<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, cit., p. 5.

<sup>99</sup> Il riferimento testuale è al Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., ma sul punto si ricorda anche il Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), cit. Ad entrambi è dedicato un approfondimento nel paragrafo successivo.

<sup>100</sup> Cass. civ., Sez. I., Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, cit.

<sup>101</sup> Cass. civ., Sez. I., Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, massima in *Vita not.*, 2004, p. 1623.

<sup>102</sup> Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, cit., p. 6.

<sup>103</sup> *Ivi*, p. 7. Sul punto, si veda anche A. DE PRA, *Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio-amministratore*, in *Giur. comm.*, n. 5, 2010, II, p. 922, spec. p. 937 ss.; R. RORDORF, *Minoranza di blocco*, cit., p. 1452. In senso analogo, si veda S. A. VILLATA,

Un tale potere-dovere dell'autorità giudiziaria di trasformare la delibera negativa in una delibera positiva non è contemplato nel nostro ordinamento e non vi è, secondo l'organo giudicante, alcuna giustificazione nel prevedere un regime differenziato per le impugnazioni delle delibere negative rispetto a quello delle delibere positive (queste statuizioni saranno poi oggetto di critica nel seguente paragrafo).

Chiarito il punto, il Tribunale si pronuncia sulla prima domanda proposta dall'attore (e ormai unica, a seguito della rinuncia della domanda costitutiva), l'annullamento della delibera negativa.

Tale domanda viene dichiarata inammissibile per carenza di interesse ad agire, ex art. 100 c.p.c.

Il Collegio, infatti, sottolinea come l'interesse ad agire sia una condizione dell'azione che consiste nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile conseguibile unicamente attraverso l'intervento del giudice<sup>104</sup>.

Il Giudice si premura di specificare come l'azione di annullamento non sia, in generale, un'azione priva di utilità, in quanto la stessa possa essere funzionale, ad esempio, ad un'eventuale azione per il risarcimento del danno nei confronti dei soci responsabili di condotte abusive.

Nel caso di specie, tuttavia, l'utilità perseguita dall'attore con l'azione di invalidità della delibera negativa era chiaramente quella della costituzione in via giudiziale degli effetti della delibera positiva la cui approvazione era stata impedita a causa del voto negativo del socio di uguaglianza in posizione di conflitto di interessi e abuso.

Tale risultato, secondo quanto afferma il Tribunale, non solo non è nel nostro ordinamento conseguibile in via giudiziale, ma è già stato conseguito dal socio, e al di fuori del processo, con la successiva approvazione del bilancio del 2015 da parte dell'assemblea della società.

Una volta, dunque, che tale risultato perseguito dall'attore è stato raggiunto, l'azione di invalidità della delibera negativa, così come prospettata, è priva di qualsiasi utilità giuridicamente apprezzabile per il socio attore nel caso concreto, motivo per cui è dichiarata dal Tribunale inammissibile.

Una volta analizzata la decisione del Tribunale di Roma qui in questione, sembra ora necessario un approfondimento intorno alla tutela reale conseguibile dai soci attraverso

---

*Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 215, spec. nt. 256 «ancora, a mio avviso, proprio la configurazione della tutela del socio in chiave di annullamento (e perciò, come più volte detto, in grado di soddisfare solo negativamente l'interesse dell'impugnante, salve le successive deliberazioni su impulso degli amministratori obbligati all'adempimento del giudicato ex art. 2377 VII comma) è funzionale alla protezione di un interesse non meno importante quale quello dell'autonomia decisionale dell'organo sociale, garanzia della libertà d'iniziativa economica privata».

<sup>104</sup> Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, cit., p. 7.

l'impugnazione delle delibere negative, prospettando, in particolare, le diverse soluzioni che sono state offerte dalle più significative decisioni in materia, nonché dalla dottrina.

#### **1.4 Il perdurante contrasto di orientamenti nella giurisprudenza di merito: esame delle pronunce favorevoli alla tutela reale “forte”. Prime considerazioni intorno alle principali obiezioni all'ammissibilità di una tutela reale forte**

Come è stato evidenziato, la sentenza del Tribunale di Roma da cui è partita la nostra analisi accoglie la tradizionale tesi restrittiva della Cassazione del 2004 volta a negare la possibilità del socio impugnante l'illegittima delibera negativa di ottenere in via giudiziale l'approvazione della proposta respinta.

Occorre, in primo luogo, dare atto della citata pronuncia della Cassazione civile, I sezione, del 26 agosto 2004, n. 16999, precedente a cui i sostenitori dell'orientamento contrario all'ammissibilità della tutela in questione fanno spesso riferimento.

Tale pronuncia della Suprema Corte si esprime sul ricorso in terzo grado proposto da una s.r.l., nella persona del proprio liquidatore, avverso la sentenza della Corte di appello che rigettava la domanda di condanna al risarcimento dei danni arrecati da un socio-amministratore nell'espletamento del suo mandato (sentenza che, a sua volta, confermava l'esito del giudizio di primo grado).

Tale azione di condanna era fondata sulla convinzione che in assemblea fosse stata deliberata la proposizione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di tale amministratore. La proposta assembleare era stata nel concreto respinta a causa di voti determinanti espressi in conflitto di interessi, ma la società, ritenendo che di tali voti non dovesse esserne tenuto conto, aveva reputato approvata la proposta.

In primo grado, il Tribunale aveva ritenuto non sussistere il conflitto d'interessi e dichiarato l'azione improponibile e lo stesso esito era stato confermato in appello, poiché la corte territoriale in quell'occasione, pur riconoscendo la sussistenza del conflitto di interessi, aveva evidenziato come nessuna delibera fosse stata in concreto adottata in assemblea.

In Cassazione, la società denunciava la violazione e falsa applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. nonché la carenza di motivazione della sentenza della Corte d'appello. Entrambi i motivi, tuttavia, vengono rigettati.

In particolare, la Suprema Corte, rigettando il ricorso, afferma in motivazione come la sentenza impugnata della Corte d'appello muova dal presupposto che *«l'annullamento dei voti contrari all'adozione della proposta se implica il riconoscimento dell'illegittimità del rifiuto, non potrebbe mai portare a ritenere che la proposta respinta deve intendersi*

*approvata*»<sup>105</sup> e continua dicendo che la proclamazione dei risultati della votazione, avendo carattere costitutivo, non possa essere surrogata «*dall'accertamento giudiziale dell'erroneità del conteggio dei voti, quale che sia l'errore dal quale esso dipende*»<sup>106</sup>.

Tuttavia, la stessa Corte sottolinea come tale premessa non sia stata neppure messa in discussione dal ricorrente nel caso di specie<sup>107</sup>, e ciò appare evidente dalla semplice lettura dei motivi del ricorso: non essendovi una vera e propria contestazione sul punto, non possiamo ritenere che dietro tale affermazione si celi un principio di diritto della Suprema Corte sulla possibilità di ottenere una pronuncia giudiziale che produca gli effetti della proposta assembleare respinta, quanto più un inciso in *obiter dictum*.

Inoltre, quello in questione è un precedente, che, per ragioni temporali, non può tenere conto degli sviluppi che si sono avuti in dottrina su tale tema negli ultimi anni (si veda *infra*).

Invero, già verso la fine degli anni 50 la Cassazione, con sentenza del 7 agosto 1959<sup>108</sup>, riconosceva, in caso di errore nel conteggio di voti che abbia dato luogo ad una delibera negativa, la possibilità al socio dissenziente di dolersi dell'erronea proclamazione del risultato e di chiedere l'accertamento giudiziale del corretto esito della votazione.

Si deve segnalare inoltre che un indiretto accenno alla praticabilità della tutela forte potrebbe forse leggersi, sia pure in controtela, nella più recente Cassazione civile n. 17060 del 5 ottobre 2012<sup>109</sup>.

Nel caso di specie, destinataria del ricorso era una s.r.l., la quale in primo grado – ma tale esito era stato confermato anche in appello – aveva ottenuto l'accertamento dell'invalidità della delibera che rigettava l'approvazione del bilancio relativo al 2002 – in quanto assunta con il voto contrario del socio paritetico in conflitto di interessi *ex art. 2373 c.c.* – nonché l'accertamento dell'approvazione della delibera emergente dal voto favorevole espresso dai soci che non versavano in conflitto di interessi.

La pronuncia sembra implicitamente riconoscere che l'impugnazione di una delibera negativa possa essere volta non solo ad ottenere l'accertamento dell'invalidità della stessa (in questo caso in virtù del conflitto di interessi), ma anche la sua rimozione, «*con accertamento dell'approvazione della opposta deliberazione sulla base dei voti favorevoli espressi dai soci non in conflitto*»<sup>110</sup>; tuttavia, si deve riconoscere che il tema della ammissibilità di un accertamento della delibera positiva non era oggetto di scrutinio,

---

<sup>105</sup> Cass. civ., Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, cit., p. 3.

<sup>106</sup> *Ivi*, p. 4.

<sup>107</sup> *Ivi*, p. 3.

<sup>108</sup> Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 1959, cit.

<sup>109</sup> Cass. civ., Sez. I, Sent., 5 ottobre 2012, n. 17060, cit.

<sup>110</sup> *Ivi*, punto 4.1.

incentrato esclusivamente sul diverso problema della inammissibilità della domanda proposta in primo grado dalla s.r.l. per difetto di legittimazione attiva.

Anche qui, dunque, come nel caso del 2004, la questione circa l'esistenza in capo al giudice del potere di proclamare il corretto risultato assembleare, a seguito dello scomputo dei voti invalidi, non viene esplicitamente sollevata dalle parti, motivo per cui sulla stessa la Corte non si pronuncia *ex professo*.

Ci si dovrebbe, allora, forse interrogare sulla valenza che ricopre ai giorni nostri il precedente della Cassazione del 2004 all'interno del nostro ordinamento.

Se non può dirsi che esso sia stato "scalzato" dalla citata successiva pronuncia del 2012, dato che in realtà questa non si confronta esplicitamente con il tema, può tuttavia concludersi nel senso che manchi una chiara guida di legittimità sul punto.

Risulta, dunque, ancora attuale quanto affermato da un celebre autore<sup>111</sup> alla fine del secolo scorso, e cioè che «è ancora da dimostrare (almeno a livello di legittimità, appunto, nds) che sia consentito al giudice smontare e rimontare il procedimento assembleare facendo così emergere la vera e corretta volontà negoziale dell'organo collegiale, depurata dagli effetti inquinanti del voto viziato»<sup>112</sup>.

Se la soluzione al problema non può essere ricercata a livello di giurisprudenza di legittimità, occorre ricordare che la soluzione del Tribunale di Roma del 2020 (che nega la possibilità del socio impugnante l'invalida delibera negativa di ottenere in via giudiziale l'approvazione della proposta respinta), da cui è partita la nostra analisi, non rappresenta l'unica risposta che è stata data, in dottrina e in giurisprudenza al problema – come d'altronde è già emerso nel corso di questo studio.

La pronuncia romana analizzata sembra, anzi, rappresentare quasi un "ritorno al passato" in quanto, come si illustrerà nel presente paragrafo, l'orientamento tradizionale dalla stessa seguito era già stato, nell'ultimo periodo, contestato e sembrava essere in parte superato sia in dottrina che in giurisprudenza.

Si è visto, infatti, come proprio dalla dottrina promanino quelle spinte verso una maggior apertura ad una tutela reale forte in situazioni come quella prospettata, pulsioni volte a riconoscere in capo al giudice poteri ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti<sup>113</sup>.

Queste stesse pulsioni trovano accoglimento in due significativi casi pratici, in cui, a fronte dell'impugnazione di delibere aventi contenuto negativo, gli organi giudicanti hanno riconosciuto ai soci impugnanti una tutela reale che va oltre alla mera tutela demolitoria, ammettendo espressamente la possibilità della tanto discussa tutela cd. sostitutiva.

---

<sup>111</sup> R. RORDORF, *L'abuso di potere della minoranza*, cit.

<sup>112</sup> *Ivi*, p. 812.

<sup>113</sup> Il riferimento è, ancora, a V. PINTO, *op. cit.*

In particolare, riferimento è all'Ordinanza n. 9846 del 28 novembre 2014 del Tribunale di Milano<sup>114</sup> – già citata dal Tribunale di Roma nel precedente analizzato – e, prima di questa, al Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (reso dal collegio formato da: Prof. C. Consolo Presidente, Prof. M. Rescigno e Prof. R. Sacchi Arbitri)<sup>115</sup>, a cui la pronuncia del Tribunale milanese è chiaramente ispirata.

La premessa da cui muovono queste pronunce è sempre l'impugnazione del rigetto delle proposte assembleari di società per azioni, la cui mancata approvazione è legata all'espressione del voto negativo di soci in situazioni di conflitto di interessi o abuso di diritto.

In particolare, nel caso del Lodo arbitrale, presidente Consolo, le delibere negative impugnate erano frutto della mancata astensione dei soci amministratori dalla votazione nelle proposte avanzate in assemblea di azione di responsabilità nei loro confronti, e dunque viziate da conflitto di interessi per violazione dell'art. 2373, co. 1, c.c.

Il caso oggetto dell'Ordinanza n. 9846 del 28 novembre 2014 del Tribunale di Milano è, in parte, più complesso, perché riguarda l'impugnazione, anche in sede cautelare<sup>116</sup> di alcune delibere assembleari con le quali erano state rigettate delle proposte di aumento di capitale in sede di assemblea straordinaria di una s.p.a., a causa del voto negativo determinante di un socio di minoranza. I ricorrenti lamentavano che tale socio avesse esercitato in assemblea il proprio diritto di voto agendo in conflitto di interessi, e, dunque, in violazione dell'art. 2373 c.c., ovvero abusando dello stesso.

Anche nei casi ora presentati, chi agiva in giudizio, ovvero in via arbitrale, chiedeva all'organo giudicante che, una volta accertata l'invalidità delle delibere negative in questione, dichiarasse approvate le proposte assembleari illegittimamente rigettate, scomputando i voti invalidi dal *quorum* deliberativo.

I rispettivi organi giudicanti (collegio arbitrale e non) si interrogavano, dunque sulla possibilità di accoglimento di tale particolare istanza.

Oggetto della riflessione degli stessi è la tutela conseguibile dal socio impugnante tramite l'annullabilità delle cd. delibere negative ed i suoi effetti.

Sul punto, i collegi in questione ricordano quell'orientamento secondo il quale il giudice *ex art. 2377 c.c.* sia investito unicamente di un potere demolitorio della deliberazione contraria a legge o ad atto costitutivo, e non sostitutivo della volontà espressasi in assemblea.

Tuttavia, evidenziano la mancanza di una concreta utilità sul piano reale del mero annullamento della delibera negativa (di per sé priva di effetti).

---

<sup>114</sup> Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit.

<sup>115</sup> Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), cit.

<sup>116</sup> Per un approfondimento sul punto si veda il capitolo IV.

Ci si dovrebbe interrogare, qui, dunque, sulla effettiva tutela reale conseguibile attraverso tale rimedio caducatorio.

Attraverso lo strumento dell'annullamento, *«la delibera negativa sarebbe sì privata dei suoi limitati effetti organizzativi, e gli organi sociali avrebbero il dovere, per conformarsi al giudicato, di ripetere la deliberazione in modo conforme; ma la violazione di un tale dovere non potrebbe dare luogo nient'altro che a una forma di responsabilità»*<sup>117</sup>.

Unica conseguenza della rimozione della reiezione della proposta sarebbe, infatti, quella di sottoporre nuovamente la stessa a votazione in assemblea, ma questo non impedirebbe ai soggetti ad essa contrari di reiterare una condotta illegittima.

Il rischio è quello che la sola tutela reale demolitoria non sia sufficiente a superare lo stallo deliberativo: si ricorda come in una situazione del genere il rischio è quello di *«un'escalation verso il definitivo e irrecuperabile blocco assembleare»* capace di condurre addirittura alla *«dissoluzione dell'ente societario»*<sup>118</sup> ai sensi dell'art. 2484, co. 1, n. 3, c.c., con conseguente riconoscimento in capo ai soci interessati all'adozione della proposta di una tutela unicamente sul piano obbligatorio (risarcimento del danno subito).

Rimarrebbe frustrato, così, l'interesse positivo di chi impugna, di cui *supra*.

L'*«esigenza di consentire il superamento di illegittime, magari strumentali, situazioni di stallo nella vita sociale, causate da possibili comportamenti ostruzionistici, abusivi o comunque illegittimi posti in essere da quei soci il cui peso in assemblea consenta di bloccare l'adozione di determinate deliberazioni»*<sup>119</sup> comporta la necessità colmare il descritto vuoto di tutela che consegue dall'applicazione del mero rimedio dell'annullamento della delibera negativa.

Per poter riconoscere in capo al giudice il richiesto potere sostitutivo, è necessario far fronte alle principali obiezioni emerse in dottrina e in giurisprudenza.

Già sono state riportate le argomentazioni utilizzate dal Tribunale di Roma nel negare l'esistenza di un simile potere in capo al giudice: i) l'indebita intromissione che ciò comporterebbe nella formazione della volontà dell'organo sociale; ii) il fatto che un tale potere-dovere dell'autorità giudiziaria di trasformare la delibera da negativa a positiva non sia contemplato nel nostro ordinamento e iii) l'assenza di alcuna giustificazione nel prevedere un regime differenziato per le impugnazioni delle delibere negative (rimedio demolitorio e sostitutivo) rispetto a quelle delle delibere positive (rimedio meramente demolitorio).

A queste se ne aggiungono altre, che verranno in seguito richiamate.

Lo studio ora si concentrerà sulla verifica delle considerazioni del Collegio romano.

---

<sup>117</sup> V. PINTO, *op. cit.*, p. 912.

<sup>118</sup> C. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 707.

<sup>119</sup> C. FRANGINI, *Deliberazioni negative, tutela reale e controllo*, Focus del 04 agosto 2016, in *ilSocietario.it*, par. 3.



Per quanto riguarda la prima obiezione presa in considerazione, occorre innanzitutto evidenziare come anche chi in dottrina si fa fautore dell'esistenza questo potere sostitutivo in capo al giudice, ritenga che sia proprio la necessità di tutelare l'autonomia privata dell'assemblea a rappresentare l'ostacolo di maggior rilevanza alla configurazione dello stesso potere<sup>120</sup>.

Infatti, viene sottolineato in dottrina come nei casi di votazione in operazioni di impresa che presuppongono scelte discrezionali fra plurime alternative (come nel caso di dissenso abusivo), non potendo essere tutte le possibili alternative predeterminate nella proposta di deliberazione, un qualche intervento del giudice che si sostituisse alla volontà assembleare costituirebbe «*un'inammissibile ingerenza esterna nella valutazione del merito dell'operazione*»<sup>121</sup>.

Quella appena indicata non sarebbe altro che un'esplicazione del principio del *business judgment rule* vigente nel sistema del diritto societario, principio che sancisce l'insindacabilità nel merito delle decisioni di ordine discrezionale degli organi sociali, tale per cui non è possibile chiedere al giudice di sostituirsi alla volontà dell'assemblea.

Tale argomento, però, non sembra escludere a priori la configurazione di un potere sostitutivo del giudice<sup>122</sup>, come sottolineato anche dal collegio arbitrale presieduto dal Prof. Consolo, il quale non nega che una tale indebita ingerenza possa verificarsi in casi del genere, e dunque «*allorché il giudice si sostituisca ai soci scegliendo una fra le varie vie consentite*», ma precisa anche che non si sarebbe in presenza della stessa quando «*il giudice si limita a compiere una semplice operazione aritmetica di scomputo dei voti costitutivamente accertati invalidi e retroattivamente annullati*»<sup>123</sup>, come ritiene avverrebbe nel caso sottoposto al suo vaglio.

Infatti, secondo quanto affermato sia dal Collegio arbitrale che dal Tribunale di Milano, il giudice, in questi casi, non andrebbe a sostituirsi alla volontà assembleare, ma si limiterebbe a fare ciò che è consentito al presidente dell'assemblea.

Equiparando i poteri del giudice a quelli del presidente dell'assemblea, l'analisi si sposta all'art. 2368 c.c., il quale, applicato alla fattispecie dell'invalido dissenso, comporta che «*le partecipazioni del socio per cui vige il divieto di voto o che si trovi in conflitto di interesse o in posizione d'abuso, che non si sia astenuto ed abbia espresso voto negativo (ma anche le partecipazioni del socio che si sia astenuto immotivatamente, senza aver dichiarato all'assemblea di versare in situazione di conflitto o abuso, nds) non possano essere computate nel quorum deliberativo trattandosi di invalide manifestazioni di dissenso*

---

<sup>120</sup> M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1156 e nello stesso senso V. PINTO, *op. cit.*, p. 914.

<sup>121</sup> V. PINTO, *op. cit.*, p. 915.

<sup>122</sup> M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1162.

<sup>123</sup> Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), *cit.*, p. 919.

*di talché le maggioranze deliberative andranno allora calcolate e verificate tenendo conto delle partecipazioni degli altri soci»<sup>124</sup>.*

L'organo giudicante andrebbe, dunque, semplicemente a riconteggiare i voti, considerando solo quelli validamente espressi ed eliminando i voti che, in quanto espressi illegittimamente, non dovevano essere conteggiati nel *quorum* assembleare dal presidente, registrando, in questo modo, il risultato operativo che, di conseguenza, emerge e che doveva sin dall'inizio emergere, ma che non è stato proclamato a causa dell'illegittimità verificatasi.

Con riferimento alle altre due obiezioni prospettate dal Tribunale di Roma, invece, possono svolgersi per entrambe le seguenti considerazioni.

*In primis*, occorre sottolineare come è proprio conseguenza del fatto che la disciplina delle impugnazioni assembleari sia concepita unicamente con riferimento alle delibere positive, che un tale potere in capo all'autorità giudiziaria non sia contemplato dal nostro legislatore, in quanto è evidente che l'interesse meramente negativo dell'impugnante di fronte ad una delibera avente contenuto positivo trovi già piena soddisfazione nella caducazione della delibera stessa – come visto, unico rimedio reale normativamente previsto *ex artt. 2377 e 2479-ter c.c.*

Invece, proprio l'assenza di un'effettiva tutela reale, che comporti, dunque, anche la proclamazione giudiziale dell'approvazione della proposta assembleare illegittimamente rigettata, in capo al socio impugnante la delibera negativa – a differenza dei casi in cui si impugni una delibera positiva –, farebbe emergere un'ingiusta disparità di tutela che dovrebbe condurre ad accogliere la tesi più permissiva volta al riconoscimento del potere sostitutivo in capo al giudice, giustificando, dunque, un regime differenziato a fronte dell'illegittimo rigetto.

Il Tribunale milanese, infatti, ritiene (giustamente, a parere di chi scrive) che il riconoscimento di una tutela reale (non meramente negativa di demolizione, ma) positiva di dichiarazione giudiziale di una delibera a contenuto identico alla proposta assembleare rigettata sia costituzionalmente imposto dagli artt. 3 e 24 Cost., pena «*un'ingiustificata disparità di trattamento tra provvedimenti che tutti riconoscono l'illegittimità della delibera a seconda che essa sia positiva o negativa e un'ingiustificata lacuna nella tutela dei soci e società contro deliberazioni ugualmente viziate a seconda che la deliberazione assunta sia positiva o negativa*»<sup>125</sup>.

Altrimenti si abdicerebbe «*a qualsiasi tentativo di individuare, a favore della maggioranza lesa (nel caso in cui il rigetto illegittimamente espresso sia quello del socio di minoranza, ma ugualmente può dirsi per il socio paritetico lesa, nds) forme di protezione reali ed equipollenti a quelle specularmente riconosciute alla minoranza (nel caso di abuso*

---

<sup>124</sup> F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 913.

<sup>125</sup> Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., p. 5.

del diritto di maggioranza, nds), pur nell'indiscutibile equivalenza dei piani di emersione del comportamento illegittimo»<sup>126</sup>.

Proprio con riferimento al menzionato art. 24 Cost., occorre ricordare l'analisi svolta in dottrina<sup>127</sup> circa il contenuto dello stesso, attraverso la quale si arriva a riconoscere il principio di effettività della tutela<sup>128</sup>.

Infatti, l'Autrice dimostra come il diritto ad una tutela effettiva sia «componente insopprimibile delle garanzie costituzionali attinenti al processo», valorizzando l'art. 24, co. 1, Cost. quale «principio ermeneutico [...] atto a intervenire sull'assetto dei mezzi di tutela giurisdizionale, a correggere in via interpretativa i difetti di previsione normativa disseminati nel sistema»<sup>129</sup>.

L'opera contiene, pertanto, un'esortazione agli interpreti ad invocare il principio di atipicità dell'azione<sup>130</sup> innanzi ad un assetto di rimedi incompleto, onde ampliare il novero delle azioni giudiziali messe a disposizione dal legislatore, e questo al fine di raggiungere «una corrispondenza tra i bisogni di tutela e rimedi esperibili»<sup>131</sup>.

Tuttavia, deve evidenziarsi quello che può essere considerato il vero limite nel nostro ordinamento al riconoscimento di un tale potere sostitutivo in capo al giudice: il principio di tipicità delle azioni costitutive (e, dunque, delle relative pronunce) sancito dall'art. 2908 c.c. La pronuncia del giudice che andasse a dichiarare l'intervenuta approvazione della proposta assembleare rigettata, infatti, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, si configurerebbe come costitutiva e, dunque, in quanto non specificatamente prevista dalla legge, si porrebbe in contrasto con il summenzionato principio.

Data la apparente maggiore solidità di tale obiezione ex art. 2908 c.c., alla stessa verrà dedicato un apposito approfondimento nel capitolo che segue.

---

<sup>126</sup> M. CIAN, *Abus d'égalité*, cit., p. 401. L'Autore, in particolare, evidenzia come proprio perché l'abuso del voto di maggioranza si consegue con l'assunzione di una delibera positiva, la minoranza troverebbe piena tutela attraverso il ricorso agli strumenti di impugnazione previsti dalla disciplina codicistica, tutela che, invece, la maggioranza non conseguirebbe a fronte dell'abuso della minoranza, che si esprime attraverso il blocco all'assunzione della delibera.

<sup>127</sup> I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 9 ss.

<sup>128</sup> *Ivi*, p. 71, dove l'Autrice richiama le conclusioni a cui perviene la Corte costituzionale con la sentenza n. 388 del 22 ottobre 1999 (Corte cost., Sent., 22 ottobre 1999, n. 388, in banca dati One legale), che riconosce che proprio anche tramite il confronto con le norme convenzionali che si può «giungere alla conclusione dell'esistenza della copertura costituzionale del principio di effettività sotto il profilo tecnico».

<sup>129</sup> I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 72.

<sup>130</sup> Sul punto si veda *Ivi*, p. 83, dove l'Autrice afferma che «il principio di atipicità dell'azione consente [...] di munire di una data tutela anche situazioni di vantaggio diverse da quelle per cui quella tutela sia stata pensata».

<sup>131</sup> *Ivi*, p. 72.

## 1.5 Sintesi dei risultati raggiunti

Prima di affrontare la questione che ruota intorno al principio di tassatività delle pronunce costitutive, occorre soffermarci sul dato giurisprudenziale emerso fino ai nostri giorni.

Già si è detto circa la frequenza con cui l'impugnazione della delibera negativa avvenga per l'invalidità del dissenso espresso più che per denunciare un errore di calcolo dei voti da parte del presidente dell'assemblea<sup>132</sup>.

In particolare, tra le fattispecie di invalidità del dissenso, quella più frequentemente emersa è quella dell'illegittimità del voto negativo per conflitto d'interessi di cui all'art. 2373, co. 1, c.c.<sup>133</sup>, talvolta richiamato assieme all'abuso di voto negativo<sup>134</sup>, mentre solo raramente l'azione è stata proposta per denunciare il solo abuso di voto<sup>135</sup>.

In tali pronunce oggetto dell'impugnazione è nella maggior parte dei casi la delibera di rigetto di una proposta di azione di responsabilità proposta nei confronti delle liquidatrici<sup>136</sup>, ovvero degli amministratori<sup>137</sup>. In altri casi, invece, oggetto della delibera

---

<sup>132</sup> Si veda *supra* paragrafo 1.2.

<sup>133</sup> Tra i precedenti che si sono espressi in senso favorevole all'approvazione della proposta assembleare in via giudiziale: Tribunale di Velletri, Ord., 26 gennaio 1994, cit.; Tribunale di Roma 2 aprile 1999 e Corte d'appello di Roma 29 maggio 2001, cit.; Tribunale di Ancona 7 marzo 2006, cit.; Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), cit.; Cass. civ., Sez. I, Sent., 5 ottobre 2012, n. 17060, cit. (in *obiter dictum*). Tra quanti espressi in senso negativo ad una tutela reale cd. forte nei confronti del socio impugnante il rigetto: Tribunale di Monza 4 novembre 1989, cit.; Corte d'appello di Cagliari 4 marzo 2000, cit. a cui segue Cass. civ., Sez. I, Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, cit. (quest'ultima in *obiter dictum*).

<sup>134</sup> Precedenti che dove i ricorrenti lamentano assieme al conflitto di interessi anche l'abuso del diritto di voto sono: Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit. (in senso favorevole alla tutela reale cd. forte); Tribunale di Palermo 18 maggio 2001, cit.; Cass. civ., Sez. I, Sent., 5 ottobre 2012, n. 17060, cit.; Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, cit.

<sup>135</sup> Tribunale di Roma 10 novembre 2010, cit., contrario al riconoscimento del potere sostitutivo in capo al giudice.

<sup>136</sup> Tribunale di Monza 4 novembre 1989, cit. (in senso negativo al riconoscimento del potere sostitutivo del giudice); Tribunale di Roma 2 aprile 1999 e Corte d'appello di Roma 29 maggio 2001, cit. (in senso positivo al riconoscimento del citato potere).

<sup>137</sup> In senso favorevole alla tutela reale cd. forte del socio: Tribunale Velletri, Ord., 26 gennaio 1994, cit.; Tribunale di Ancona 7 marzo 2006, cit.; Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), cit. In senso contrario: Corte d'appello di Cagliari 4 marzo 2000, cit., a cui segue Cass. civ., Sez. I, Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, cit.

negativa impugnata è la mancata approvazione del bilancio<sup>138</sup>, ovvero il rigetto della proposta di aumento di capitale<sup>139</sup>.

Appare evidente, alla luce della giurisprudenza passata in rassegna, come non sembra esservi alcun nesso tra il tipo di delibera impugnata o il tipo di vizio lamentato e la posizione assunta dai giudici nel caso di specie.

Occorre evidenziare come talvolta si tratti di proposte assembleari la cui mancata protratta approvazione può costituire causa di scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484, co. 1, c.c.

Infatti, si è già detto che tale disposizione tra le cause di scioglimento della società annovera al n. 3 l'impossibilità di funzionamento o la continuata inattività dell'assemblea, dovuta dalla mancata capacità dell'assemblea di assolvere le sue funzioni essenziali, quali l'assunzione della nomina degli organi sociali oppure l'approvazione del bilancio e come proprio su tale evenienza talvolta facciano pressione i soggetti titolari di una partecipazione minoritaria o paritaria che, bloccando l'assunzione della delibera con il proprio dissenso abusivo, puntano a costringere la maggioranza ad acquistare le proprie azioni.

Tra le cause di scioglimento della società è annoverata, altresì, al n. 4, la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale. Tale evenienza viene prospettata dai ricorrenti nel caso del Tribunale di Milano del 2014, i quali denunciano il comportamento ostruzionistico del socio di minoranza, che *«si oppone senza alcuna ragione ad un aumento di capitale necessario per la sopravvivenza della Società, che, seguendo il trend in atto – positivo per aumento di ricavi e dei corsi azionari, ma negativo in termini di accumulo di perdite di esercizio –, condurrebbe la Società ad una situazione rilevante ex art. 2446 c.c. e, quindi, per conseguenza necessaria trattandosi di società quotata, alla liquidazione»*<sup>140</sup>.

Occorre evidenziare come talvolta nelle s.r.l., le quali sono dotate di un'ampia autonomia statutaria, è lo stesso statuto ad attribuire un potere di blocco ai soci di minoranza e dunque a favorire una situazione di stallo, richiedendo maggioranze rafforzate per la costituzione o le deliberazioni dell'assemblea: infatti, si ritiene che i *quorum* di cui agli artt. 2479, co. 6 e 2479-bis, co. 3, c.c. possano essere innalzati fino a richiedere l'unanimità dei consensi, e dunque valorizzando al massimo il ruolo del singolo (similmente a quanto avviene nelle società di persone), e questo a prescindere dal tipo di decisioni<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Tribunale di Palermo 18 maggio 2001, cit. (tale caso ha ad oggetto anche il rigetto di una proposta di licenziamento); Tribunale di Roma 10 novembre 2010, cit.; Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, cit. (contrari alla tutela reale cd. forte del socio); Cass. civ., Sez. I, Sent., 5 ottobre 2012, n. 17060, cit. (che sembra favorevole, in *obiter dictum*).

<sup>139</sup> Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit. (in senso favorevole al riconoscimento di tale tutela).

<sup>140</sup> Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., p. 9.

<sup>141</sup> Questo è quanto avvenuto nel caso del Tribunale di Napoli del 30 dicembre 2015, preso come spunto da P. P. FERRARO, *Ostruzionismo del socio e impossibilità di funzionamento dell'assemblea nella s.r.l.*, in *Corr. giur.*, n. 5, 2016, p. 659, per svolgere alcune osservazioni circa il

Le s.p.a., invece, sono caratterizzate da maggiore rigidità delle regole di funzionamento: è possibile modificare le regole che riguardano i quozienti deliberativi di cui agli artt. 2368 e 2369 c.c., e quindi prevedere delle maggioranze più elevate, ma non per le decisioni cd. funzionali al funzionamento, e dunque quelle riguardanti l'approvazione del bilancio e la nomina o revoca di cariche sociali (art. 2369, co. 4, c.c.) e in ogni caso non è possibile introdurre la regola dell'unanimità, pena la nullità delle clausole.

La distinzione relativa all'oggetto delle delibere non si applica con riferimento alle s.r.l., dove è altresì prevista ex art. 2368, co. 3, c.c. la possibilità di attribuire a uno o più soci dei diritti particolari riguardanti l'amministrazione, tra cui è ricompreso pure il diritto di veto.

È evidente, allora, che tali previsioni statutarie potrebbero «favorire l'emersione, nell'ambito della dialettica societaria, di un "potere di blocco" in capo a minoranze qualificate, ossia un vero e proprio potere di veto, che consiste in una situazione di potere di cui di fatto dispongono uno o più soci, i quali, ancorché rappresentino la minoranza nell'ambito della compagine sociale (c.d. "minoranza di blocco"), sono in grado di impedire, a seconda dei casi, la regolare costituzione dell'assemblea e l'assunzione delle decisioni dei soci»<sup>142</sup>.

Occorre ricordare, inoltre, come, anche la maggioranza societaria talvolta adotti comportamenti abusivamente volti a determinare il rigetto delle proposte assembleari. In alcuni dei casi *supra* prospettati, infatti, il comportamento abusivo lamentato è quello dei soggetti detentori della partecipazione di maggioranza, come avviene nel caso del Tribunale di Roma 10 novembre 2010, dove si lamenta il comportamento abusivo del custode giudiziario della quota di maggioranza, oppure nel caso del Tribunale di Palermo 18 maggio 2001, in cui viene denunciato il comportamento in conflitto di interessi ovvero abusivo della maggioranza.

Una volta constatata l'eterogeneità delle fattispecie che sul piano pratico danno luogo alle impugnazioni delle delibere assembleari, e come le stesse diano luogo a livello giurisprudenziale a soluzioni differenti per quanto riguarda la tutela conseguibile dal socio, occorre soffermarsi a verificare la frequenza con la quale, laddove venga riconosciuto il potere sostitutivo del giudice, le autorità giudiziali accordino effettivamente una tutela reale forte al socio impugnante, accogliendo la sua domanda nel merito.

Nei precedenti che ammettono la possibilità dell'impugnante di chiedere in via giudiziale la sostituzione della delibera negativa con quella di segno positivo, richiamati

---

comportamento ostruzionistico dei soci di minoranza e le delibere negative in generale. Occorre evidenziare come, tuttavia, nel caso di specie, non ricorreva alcuna delibera negativa impugnabile in quanto l'assemblea non si fosse regolarmente costituita per mancata rappresentanza del capitale sociale richiesto dallo statuto ai fini della deliberazione.

<sup>142</sup> *Ivi*, p. 665.

*supra*, solo in due casi, in concreto, tale domanda è stata accolta nel merito. Si tratta del caso del Tribunale di Ancona 7 marzo 2006 e del Lodo arbitrale del 2009.

In particolare, il Tribunale di Ancona, in motivazione afferma come «*l'organo giurisdizionale supplisce, in tale contesto, alla carente volontà delle parti private, da sole inidonee alla sostituzione di delibera valida a quella annullabile e/o annullata. L'art. 2377 non distingue fra delibere a contenuto positivo e delibere a contenuto negativo. Nell'annullamento, comunque, è insito anche l'accertamento dell'avvenuta approvazione della proposta a suo tempo respinta illecitamente. Ogni interpretazione di segno contrario conduce alla possibilità, da parte di singoli votanti non in regola con le condizioni di esercizio del voto, di paralizzare ad infinitum ogni azione di responsabilità promuovenda*»<sup>143</sup>.

In questo modo il Tribunale sembra cogliere proprio le esortazioni di cui si è detto *supra*<sup>144</sup>, riadattando la disciplina codicistica al caso della delibera di segno negativo, in modo da fornire una tutela concreta al socio impugnante e dare definitivamente una soluzione al problema della reiterazione del comportamento abusivo (in senso lato).

Differentemente, nelle altre pronunce richiamate, al riconoscimento del potere sostitutivo in capo al giudice non consegue, poi, nel caso concreto l'accoglimento della domanda di approvazione giudiziale della proposta invalidamente rigettata, e ciò avviene nella maggior parte dei casi per la mancata presenza degli elementi necessari affinché ricorrano le fattispecie del conflitto di interessi e dell'abuso.

Esemplificativa di tale problematica evenienza è la pronuncia della Corte d'appello di Roma del 29 maggio 2001, la quale, rilevando l'insussistenza del conflitto d'interesse, accoglie l'appello avverso la sentenza del Tribunale di Roma del 2 aprile 1999, che accoglieva la domanda dell'attore di dichiarazione dell'avvenuta approvazione della proposta assembleare illegittimamente rigettata, di fatto ribaltando il risultato ivi ottenuto. E ciò pur ribadendo, la Corte d'appello, in astratto il principio secondo cui l'Autorità giudiziaria abbia il potere, anzi il dovere, di dichiarare l'approvazione della delibera positiva innanzi all'impugnazione della delibera negativa invalida<sup>145</sup>.

Nella pratica risulta, quindi, difficile per l'attore che impugna la delibera negativa fornire la prova del carattere abusivo in senso lato (e dunque in conflitto di interessi *ex art.* 2373 c.c., ovvero contrario a buona fede *ex art.* 1375 c.c.) del voto negativo<sup>146</sup>.

Nel caso del Tribunale di Velletri del 26 gennaio 1994, invece, l'organo giudicante in quell'occasione riconosce in generale il potere del giudice di dichiarare la proposta

---

<sup>143</sup> Tribunale di Ancona 7 marzo 2006, cit., p. 668.

<sup>144</sup> Par. 1.1.

<sup>145</sup> Corte d'appello di Roma 29 maggio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 295, spec., p. 304 ss.

<sup>146</sup> Ciò è quanto avviene anche nel caso del Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit.

assembleare illegittimamente respinta a causa dei voti invalidi espressi dai soci in conflitto di interessi, ma rigetta l'istanza dell'attore, in quanto nel caso specifico presentata in via cautelare tramite ricorso *ex art. 700 c.p.c.*

Più precisamente, il Tribunale non ritiene possibile utilizzare il rimedio cautelare d'urgenza per ottenere in via cautelare l'approvazione della proposta assembleare, esistendo in materia il rimedio tipico della sospensione della delibera di cui all'art. 2378 c.c.: secondo il Tribunale «*la richiesta di accertamento in via d'urgenza dell'avvenuta approvazione della proposta respinta altro non sarebbe che una richiesta di sospensione della delibera negativa che ha operato la reiezione della proposta*»<sup>147</sup>.

Il tema della tutela cautelare sarà particolare oggetto di studio nel capitolo IV, tuttavia, occorre anticipare come una tale lettura estensiva del rimedio di cui all'art. 2378 c.c. quale quella adottata dal Tribunale di Velletri nel caso di specie non possa condividersi.

---

<sup>147</sup> Tribunale di Velletri, Ord., 26 gennaio 1994, cit., spec. p. 805.



## CAPITOLO II

### OLTRE LA MERA CADUCAZIONE DELLA DELIBERA NEGATIVA: TECNICHE RIMEDIALI E TUTELA EFFETTIVA DELL'INTERESSE ALLA APPROVAZIONE DELLA DELIBERA ILLEGITTIMAMENTE RIFIUTATA. IL NODO DELLA TIPICITÀ DELLE TUTELE DI STAMPO COSTITUTIVO

**2.1 Le differenti ricostruzioni: l'eventuale sentenza sostitutiva della delibera illegittimamente rifiutata ha natura costitutiva ovvero meramente dichiarativa? L'orientamento che propende per la qualificazione in termini dichiarativi**

Dopo aver cercato di dimostrare la superabilità degli ostacoli prospettati *supra* circa la possibilità una tutela reale forte nei confronti della delibera negativa, un approfondimento deve essere dedicato all'art. 2908 c.c.

Infatti, il principio di tassatività delle pronunce costitutive costituisce uno dei principali motivi a carattere processuale che dottrina e giurisprudenza hanno utilizzato per contrastare la configurabilità di tale tutela.

Si è già evidenziato come il Tribunale di Roma non sembri menzionare il limite costituito dall'art. 2908 c.c., ma ne faccia indiretto rinvio richiamando la pronuncia della Cassazione civile, I sezione, del 26 agosto 2004, la n. 16999, precedente a cui i sostenitori dell'orientamento contrario all'ammissibilità della tutela in questione fanno spesso riferimento.

Come già rilevato, tale pronuncia tratta del problema della proclamabilità in via giudiziale della delibera di segno positivo solo in *obiter dictum*, come d'altro canto anche la più recente Cassazione civile n. 17060 del 5 ottobre 2012, risolvendo la questione in senso apparentemente opposto.

Ecco che ai fini del presente studio occorre analizzare le diverse strade che dottrina e giurisprudenza, negli anni, hanno percorso per giustificare l'esistenza di tale tutela reale forte, pur a fronte dell'ostacolo costituito dall'art. 2908 c.c.

Sul punto, occorre precisare come negli ultimi anni siano stati sollevati dubbi circa la natura costitutiva della stessa azione di annullamento di cui all'art. 2377 c.c.<sup>148</sup>.

In particolare, in dottrina<sup>149</sup> è stata compiuta una particolare ricostruzione dell'istituto delle impugnative negoziali e della tutela costitutiva.

---

<sup>148</sup> Per riferimenti al dibattito, si veda: S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 230.

<sup>149</sup> Il riferimento, in particolare, è all'opera di I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit.

Per quanto interessa qui ai fini del presente studio, tale dottrina inquadra la delibera all'interno della categoria del negozio giuridico, pur tenendola distinta dal contratto, equiparando, in questo modo, il fenomeno dell'invalidità delle deliberazioni assembleari a quello dell'invalidità negoziale e legittimando una ricostruzione complessivamente unitaria delle azioni di impugnativa<sup>150</sup>.

Con riferimento al fenomeno dell'impugnazioni delle decisioni assembleari, in particolare, viene contestata la tradizionale distinzione tra azione costitutiva di annullamento e azione dichiarativa di nullità, legata «*all'eliminazione o meno degli effetti dell'atto invalido*»<sup>151</sup>: secondo questa linea di pensiero, tale distinzione non terrebbe in considerazione il fatto che in entrambe le ipotesi, e, dunque, indipendentemente dalla forma dell'invalidità, l'atto sia di per sé solo capace di produrre effetti, motivo per cui entrambe le forme di invalidità (nullità e annullamento) dovrebbero considerarsi avere la medesima natura (entrambe dichiarativa oppure costitutiva).

Tale dottrina ricorda, in particolare, quell'Autore che configura entrambe le pronunce di invalidità come costitutive<sup>152</sup>. L'Autore in questione, infatti, qualifica come costitutive tutta una serie di azioni tipiche aventi ad oggetto fatti, atti o *status*, tradizionalmente considerate avere natura di accertamento, e tra le stesse vi annovera anche le azioni di nullità degli atti giuridici. Questo perché ritiene che l'atto nullo un qualche tipo di effetti, anche se quantitativamente minori rispetto a quelli prodotti dall'atto valido e dall'atto annullabile, pur li produca, e che solamente la dichiarazione giudiziale di nullità dell'atto sia in grado di privare lo stesso di tale pur limitata efficacia, qualificandosi in questo modo come (sentenza) costitutiva.

Da tale ricostruzione l'orientamento sopra richiamato si distanzia, propendendo, diversamente, non tanto per un accostamento della sentenza di nullità a quella di

---

<sup>150</sup> *Ivi*, p. 515 ss., che inquadra la delibera all'interno della categoria del negozio giuridico. In particolare, l'Autrice, dopo aver ricordato come il negozio giuridico venga normalmente inteso quale «*dichiarazione (o, più ampiamente, una manifestazione) di volontà privata diretta a produrre effetti che l'ordinamento riconosce e tutela*», afferma che una manifestazione di volontà si verifichi anche nel procedimento di formazione della delibera. Di conseguenza l'Autrice afferma che, seppur tale volontà sia diversa da quella espressa con il consenso contrattuale, dovendo essere intesa quale «*scelta della maggioranza, formatasi nel rispetto delle regole che ne garantiscono l'autonomia*», «*niente esclude che la deliberazione costituisca una species di negozio giuridico, sia pure diversa dal contratto di scambio*». Se, secondo l'Autrice il fenomeno deliberativo è un fenomeno di tipo negoziale, l'azione contro la delibera assembleare è un'azione di impugnativa di un negozio.

Contra S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 49 ss., spec. p. 51, che ritiene che «*la qualificazione in termini di negozio giuridico della deliberazione assembleare debba essere ormai accantonata*».

<sup>151</sup> I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 589.

<sup>152</sup> Il riferimento è a A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Cacucci, Bari, 1982, p. 113, a cui fa riferimento anche I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 590.

annullamento, ma di quest'ultima alla prima, configurando entrambe come pronunce di accertamento<sup>153</sup>.

Infatti, viene affermato che di sentenza costitutiva si può parlare solo ove «*vi è una modifica nella posizione dei soggetti e [...] tale modifica è ascrivibile unicamente al processo e non è piuttosto l'effetto di meccanismi di diritto sostanziale*»<sup>154</sup>.

Nel caso dell'annullamento della delibera invalida, invece, la sentenza del giudice non produrrebbe direttamente l'estinzione degli effetti del rapporto, ma si limiterebbe ad accertare che gli effetti negoziali sono già stati prodotti prima e fuori dal processo da un fatto costitutivo impeditivo o estintivo.

L'impugnazione al giudice, dunque, non avrebbe la funzione di rimuovere l'efficacia che la delibera ha prodotto nonostante l'invalidità, ma di riconoscere (o, meglio, accertare) che sul piano sostanziale si è già verificata una circostanza che ha eliminato gli effetti di tale atto (il fatto impeditivo, appunto)<sup>155</sup>.

Anche la pronuncia di annullamento, dunque, come quella di nullità, avrebbe un peso rilevante sul piano pratico, avendo la funzione di assicurare certezza su quelli che sono gli effetti negoziali verificatisi, ovvero i diritti o obblighi prodotti dal negozio<sup>156</sup>.

In particolare, la stessa sentenza, accertando l'invalidità dell'atto (delibera) impedisce che vi siano soggetti che continuino a confidare nella validità dello stesso basandosi sul fatto formale della sua esistenza: infatti, la sentenza può «*controbilanciare sul piano formale l'esistenza della delibera invalida*»<sup>157</sup>, andando così a soddisfare quelle esigenze di certezza e di effettività di tutela delle parti e terzi che interagiscono con la società<sup>158</sup>, esigenze che in una materia come quella societaria sono particolarmente pressanti<sup>159</sup>.

---

<sup>153</sup> I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 590 ss.

<sup>154</sup> *Ivi*, p. 603.

<sup>155</sup> *Ivi*, p. 623, dove l'Autrice afferma anche che «*rispetto all'impedimento o all'estinzione degli effetti la pronuncia giudiziale non opera ex ante, come farebbe la sentenza costitutiva, ma interviene ex post, come una sentenza di accertamento, a dichiarare se l'atto annullabile abbia potuto produrre i propri effetti o l'inadempimento sia stato in grado di portare all'estinzione del rapporto contrattuale*».

<sup>156</sup> *Ivi*, p. 622.

<sup>157</sup> *Ivi*, p. 592.

<sup>158</sup> Sul punto si veda *Ivi*, p. 677, dove l'Autrice afferma che «*nel diritto commerciale l'esigenza del ricorso al giudice nasce perché il diritto sostanziale richiede la certezza legale dell'effetto. In tutti i casi, tuttavia, l'accertamento giurisdizionale riguarda un effetto che si è già prodotto quando interviene la sentenza, perché esso si è determinato nel momento (sicuramente anteriore alla pronuncia) in cui si è compiutamente realizzata la fattispecie prevista e regolata dall'ordinamento, mentre nel processo costitutivo un effetto sostanziale non si produce se non a seguito del suo preventivo accertamento*».

<sup>159</sup> *Ivi*, p. 592, «*si può riconoscere con tranquillità che nel settore societario non solo l'efficacia degli atti, ma anche l'eliminazione di essi è costruita per assicurare il corretto svolgersi dell'organizzazione della società*».

In dottrina, taluno<sup>160</sup> si è interrogato sulla tenuta di una tale ricostruzione dell'azione di annullamento della deliberazione societaria, finendo per distaccarsene apertamente, ritenendo che vi siano «*indici sicuri che dimostrano come sia la sentenza e solo la sentenza a caducare la deliberazione [...] non essendo sufficiente a tal fine l'esercizio di un preteso potere sostanziale*»<sup>161</sup>.

Più nello specifico, è stato sottolineato come per sospendere provvisoriamente l'efficacia della delibera debba essere fatto ricorso al giudice ai fini dell'ottenimento del provvedimento cautelare *ex art. 2378 c.c.*, di cui è indubbia la natura costitutiva<sup>162</sup>. Inoltre, laddove la deliberazione invalida non venisse impugnata, gli amministratori avrebbero l'obbligo di darvi esecuzione, pena la loro responsabilità, ed anzi dovrebbero chiedere loro stessi la sospensione dell'esecuzione degli effetti della deliberazione per svincolarsi da un tale obbligo di esecuzione.

Da ciò l'Autore ricava che, per privare di efficacia la delibera invalida, non sia sufficiente nemmeno il mero esercizio dell'azione, ma sia necessario l'intervento del giudice<sup>163</sup>.

Tali osservazioni paiono condivisibili, tanto che l'orientamento tradizionale che qualifica l'azione di annullamento quale azione costitutiva appare quello più adatto a descrivere il fenomeno dell'annullamento della delibera invalida.

Ciò, a parere di chi scrive, è evidente, anche avendo riguardo a quelle che sono le premesse da cui parte l'opposto orientamento, che, pur tenendo distinta la figura della delibera da quella del contratto – e dunque, riconoscendo quanto già evidenziato in apertura del presente lavoro, e cioè il fatto che la disciplina dell'invalidità delle deliberazioni si presenta come autonoma rispetto a quella dell'ambito delle impugnative del contratto –, aderisce all'ormai superata teoria della natura negoziale della delibera. Come già dimostrato da autorevole dottrina<sup>164</sup> – nonché come già esposto *supra* – tale concezione non appare congrua a descrivere il fenomeno deliberativo, in particolare perché non consentirebbe di configurare il rigetto della proposta in termini di delibera.

Appare preferibile, invece, l'impostazione di chi qualifica la deliberazione quale atto di organizzazione della società e di attuazione del contratto sociale<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 230 ss.

<sup>161</sup> *Ivi*, p. 235.

<sup>162</sup> *Ibidem*. La natura costitutiva di tale provvedimento, d'altronde, è riconosciuta anche da I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 587, nt. 173.

<sup>163</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 238 ss.

<sup>164</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 63 ss.

<sup>165</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 240.

L'Autore, giustamente a parere di chi scrive, ritiene che gli effetti della delibera possano essere caducati solamente da una sentenza di annullamento<sup>166</sup>, la quale, dunque, presenta tutti gli indici richiamati in dottrina<sup>167</sup> per orientare gli interpreti nell'individuazione delle sentenze costitutive.

La stessa esigenza di stabilità delle scelte societarie<sup>168</sup> sembra costituire, ad avviso dell'Autore, «una delle motivazioni a base della scelta legislativa per la tutela costitutiva»<sup>169</sup>.

Ritenuta sussistente la natura costitutiva della pronuncia giudiziale di annullamento volta all'eliminazione della deliberazione invalida – per la quale, vista la previsione all'art. 2377 c.c. (in materia di s.p.a.), non insorgono i summenzionati problemi di tipicità di cui all'art. 2908 c.c. – occorre ora confrontare le diverse soluzioni prospettate negli anni circa la natura (costitutiva o meramente dichiarativa) di una eventuale pronuncia sostitutiva del giudice, di cui si discute l'ammissibilità.

Con riferimento al Lodo arbitrale del 2009, il collegio giudicante in quell'occasione sembra avere trascurato il problema non entrando nel merito di tale questione<sup>170</sup>: infatti il suo ragionamento è tutto incentrato sull'equiparazione dei poteri del giudice a quelli del presidente dell'assemblea.

Implicitamente dal lodo si ricava una propensione verso la configurazione di detta pronuncia sostitutiva quale sentenza di accertamento poiché, secondo il Collegio arbitrale, di sentenza costitutiva si potrebbe parlare solo ove il giudice, invalidati i voti – nel caso di specie – in conflitto, accertando la formazione della delibera positiva *ex tunc*, facesse qualcosa in più di quello che è consentito fare al presidente dell'assemblea in sede di proclamazione dei risultati<sup>171</sup>.

Il medesimo orientamento è richiamato dal Tribunale di Milano nella citata sentenza del 2014, dove afferma che la pronuncia sostitutiva del giudice si qualificerebbe, così, come di mero «accertamento della volontà effettivamente espressa dall'assemblea»<sup>172</sup>, evitando, in questo modo, l'ostacolo frapposto dall'art. 2908 c.c. circa la tipicità delle pronunce costitutive.

La ricostruzione prospettata dai due collegi si fonda sull'assunto che, con la disciplina dell'art. 2371 c.c. (in merito ai poteri del presidente) introdotta a seguito della

---

<sup>166</sup> *Ibidem*.

<sup>167</sup> M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 40 ss.

<sup>168</sup> Che pure è nota, già prima della riforma del diritto societario, a I. PAGNI, si veda *supra*.

<sup>169</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 243.

<sup>170</sup> Sul punto si veda il commento di A. DE PRA, *op. cit.*, p. 939.

<sup>171</sup> Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), cit., p. 919.

<sup>172</sup> Trib. Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., p. 4.

riforma del 2003, l'accertamento dei risultati del voto da parte del presidente dell'assemblea non rappresenti elemento costitutivo della fattispecie deliberativa ma svolga, invece, funzione meramente ricognitiva di una volontà già formatasi: «*la delibera si perfezionerebbe nel momento dell'espressione del voto e non successivamente, con l'accertamento del risultato delle votazioni e men che meno con la proclamazione dei risultati da parte del presidente*»<sup>173</sup>.

Di conseguenza, la pronuncia del giudice di approvazione delle proposte assembleari illegittimamente rigettate avrebbe natura non costitutiva, ma dichiarativa: una volta scomputati i voti illegittimi tramite una semplice operazione di ricalcolo, il giudice compirebbe un mero accertamento dei «*legittimi risultati delle votazioni*»<sup>174</sup>.

Così esprimendosi, entrambe dette pronunce sembrano fare propria quella ricostruzione prospettata in dottrina<sup>175</sup> che ritiene che «*“accertamento” (a verbale: artt. 2371 e 2375 c.c.) e “proclamazione” (a forma libera) del risultato della votazione sono adempimenti distinti e privi entrambi di rilevanza costitutiva*»<sup>176</sup>. Da ciò conseguirebbe la natura dichiarativa della sentenza che si limita ad accertare la reale volontà formatasi in assemblea, facendo, così, venir meno la necessità di rinvenire «*una specifica disposizione di legge che attribuisca al giudice il potere di far emergere la delibera (positiva) effettivamente adottata*»<sup>177</sup>.

Varie sono le obiezioni sollevate nei confronti di questa ricostruzione.

In particolare, occorre ricordare quanto già precisato dalla Suprema Corte<sup>178</sup> circa la natura costitutiva dell'efficacia della proclamazione e del verbale del presidente dell'assemblea.

---

<sup>173</sup> C. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 708-709. Nello stesso senso si veda anche M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1162, dove afferma che, secondo questo orientamento, «*l'accertamento e la proclamazione giudiziale degli esiti della votazione costituiscono oggetto di una dichiarazione di scienza e non di volontà*»; R. SACCHI, *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Banca borsa tit. cred.*, n. 2, 2012, p. 141, spec. p. 160.

<sup>174</sup> C. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 709. Nel senso della natura dichiarativa di tale potere si esprime anche S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2020, p. 805, spec. p. 831, ritenendo che il giudice dichiarando l'approvazione della proposta non farebbe altro che «*prendere atto che, a seguito dell'espunzione dei voti abusivi o illegittimi e di un nuovo accertamento del risultato del procedimento deliberativo, la proposta è stata accolta dalla maggioranza dei soci, per cui, in realtà, lungi dall'esercitare funzioni di tipo sostitutivo, si limita a certificare l'avvenuta formazione della volontà assembleare e l'approvazione della deliberazione positiva, nonché, di conseguenza, la realizzazione della situazione giuridica oggetto della proposta*».

<sup>175</sup> Il riferimento in particolare è a M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 444 ss.

<sup>176</sup> *Ivi*, p. 472.

<sup>177</sup> *Ibidem*. Si noti che l'Autore, pur esprimendosi in questi termini, non riconosce in realtà la natura deliberativa del rigetto della proposta assembleare.

<sup>178</sup> Cass. civ., Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, cit., p. 4, richiamata anche da A. TONIOLO, *La deliberazione “negativa” dell'assemblea: un futuro ancora incerto*, in *Giur. comm.*, n. 1, 2016, II, p. 211, spec. p. 217. Nel senso della natura costitutiva della proclamazione si esprime anche F. GUERRERA, *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto delle società: liber amicorum* Gian Franco

È proprio il carattere costitutivo della dichiarazione di proclamazione dei risultati della votazione che ha condotto nel nostro ordinamento a escludere radicalmente che rientri tra i poteri del giudice proclamare un risultato della votazione diverso da quello oggettivamente verificatosi.

Secondo questo orientamento, la proclamazione, si collocherebbe «*all'interno del procedimento assembleare come elemento integrativo della volontà dei soci*»<sup>179</sup>.

Il carattere costitutivo dell'accertamento o della proclamazione presidenziale troverebbe, in particolare, riscontro nella previsione di cui all'art. 2377, co. 5, n. 2, c.c., disposizione che, prevedendo che la delibera non possa essere annullata «*per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errato conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta*»<sup>180</sup>, sembrerebbe sancire «*la prevalenza della volontà accertata dal presidente sulle reali risultanze del procedimento assembleare*»<sup>181</sup>.

Invero, la richiamata disposizione normativa opera semplicemente un bilanciamento tra due fondamentali interessi contrapposti: da un lato l'interesse, che fa soprattutto capo ai soci, «*all'emersione del contenuto della reale volontà assembleare*» e dall'altro «*l'interesse alla certezza delle situazioni giuridiche*», sussistente non solo in capo ai terzi, ma, *in primis*, in capo alla stessa compagine sociale<sup>182</sup>.

Ecco allora che la *ratio* dell'impossibilità, *ex art. 2377, co. 5, c.c.*, di impugnare una delibera la cui invalidità dipenda da semplice errore presidenziale non determinante nella proclamazione risiede proprio nel prevalere, in questo bilanciamento, delle esigenze di certezza e di affidamento, che, come già precisano *supra*, sono particolarmente rilevanti in materia di società di capitali.

Sulla base di questa precisazione, si è ritenuto in dottrina di attribuire alla proclamazione valore preclusivo-determinativo –<sup>183</sup> – ed anche costitutivo dell'efficacia della delibera, in quanto dona rilevanza esterna al volere collegiale<sup>184</sup>. In questa prospettiva, si parla di accertamento costitutivo, condividendo la qualificazione della

---

Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Vol. II, UTET giuridica, Torino, 2007, p. 91, spec. p. 126 ss., che esclude che la tutela accordata al socio a fronte di una «*proclamazione illegittima di un determinato risultato deliberativo ovvero la mancata proclamazione di una deliberazione approvata*» possa andare oltre al mero rimedio invalidatorio previsto all'art. 2377 c.c.

<sup>179</sup> S. BRIGHENTI, *op. cit.*, p. 1463.

<sup>180</sup> Art. 2377, co. 5, n. 2, c.c.

<sup>181</sup> M. BELLISSARIO, *op. cit.*, p. 1161.

<sup>182</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 114.

<sup>183</sup> Più precisamente, valore «*determinativo dell'esistenza e del contenuto dell'atto*» e «*preclusivo dell'accertamento di una diversa volontà*» (M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 113).

<sup>184</sup> *Ivi*, p. 118.

proclamazione in termini di dichiarazione di scienza, ma non escludendo il rilievo costitutivo ritraibile dagli indici normativi citati<sup>185</sup>.

Altri si distanzia, in parte, da questa ricostruzione, non ritenendo che la proclamazione del presidente sia parte della vicenda deliberativa e che concorra a determinare la deliberazione<sup>186</sup>.

Chi segue questa diversa linea di pensiero, pur ricordando la centralità della fase della proclamazione dei risultati all'interno del procedimento assembleare, evidenzia come, attraverso la proclamazione, il presidente non eserciti alcun potere, ma si limiti a prendere atto dell'intervenuto esercizio del potere espresso dai soci tramite votazione. E ciò sembra potersi condividere sol rilevando come, a differenza dei soci, infatti, il presidente non sia parte del contratto sociale, ma rappresenti un ufficio costituito per assicurare la correttezza del procedimento<sup>187</sup>.

In questo modo, viene confermata la natura di mero accertamento della proclamazione presidenziale<sup>188</sup>, motivo per cui la sostituzione in via giudiziale dei risultati proclamati dal presidente ben sembrerebbe configurabile, non insorgendo problemi di coordinamento con il principio di tassatività delle pronunce costitutive, *ex art. 2908 c.c.*<sup>189</sup>.

A chi scrive appare maggiormente condivisibile questa seconda impostazione, in primo luogo alla luce del dettato normativo: l'art. 2371 c.c., non parlando di proclamazione, ma di accertamento degli esiti della votazione, sembra avvallare la tesi dell'efficacia dichiarativa della proclamazione degli esiti assembleari, la cui paternità va attribuita, appunto all'assemblea dei soci.

In secondo luogo, a questa linea di pensiero non può obiettarsi il fatto che la legge prevede la redazione di un verbale sotto pena di nullità od annullabilità (artt. 2379 e 2377 c.c.): queste previsioni devono essere lette come contenenti «*un semplice requisito di forma di cui la legge prescrive l'osservanza sotto pena di invalidità del negozio giuridico*»<sup>190</sup>.

---

<sup>185</sup> *Ivi*, p. 121.

<sup>186</sup> E. LA MARCA, *op. cit.*, p. 152. In questo censo si esprime anche S. ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 157-158, che, criticando quanto affermato da Cian sul punto, precisa «*non convince, infatti, la tesi, pure recentemente riproposta, secondo cui [...] alla proclamazione dovrebbe riconoscersi valore determinativo [...] Né emergono, nell'ambito della normativa riformata delle società di capitali, elementi idonei a consentire che della proclamazione si parli in termini di "elemento costitutivo della fattispecie deliberativa, o meglio della sua efficacia"*».

<sup>187</sup> E. LA MARCA, *op. cit.*, p. 147.

<sup>188</sup> In questo senso chiaramente si esprime anche S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 161.

<sup>189</sup> In questo senso si veda anche R. SACCHI, *Gli effetti della sentenza*, cit., p. 161.

<sup>190</sup> S. BRIGHENTI, *op. cit.*, p. 1463. In particolare, alla nt. 58, l'Autore afferma che «*d'altronde, anche quando la legge prescrive la forma dell'atto pubblico, la volontà negoziale è riconducibile esclusivamente all'autore (o agli autori) del negozio, non certo al notaio rogante; ciò, benché certamente l'assenza della sua attestazione renda nullo l'atto in ipotesi*».



Fermo tutto ciò, non per questo risulta definitivamente suffragata la teoria della natura dichiarativa dell'approvazione giudiziale della proposta assembleare illegittimamente rigettata.

Infatti, la ricostruzione in termini dichiarativi di tale pronuncia sostitutiva è stata criticata dalla dottrina anche sotto l'aspetto dell'equiparazione dei poteri del giudice a quelli del presidente dell'assemblea<sup>191</sup>: in particolare, nonostante resti indubbio che la riforma del 2003 abbia rafforzato i poteri del presidente dell'assemblea<sup>192</sup>, alcuni ritengono che il presidente non goda affatto dei medesimi poteri che il legislatore avrebbe attribuito in via esclusiva al giudice, nell'ambito di una verifica a posteriori sulla legittimità della delibera.

Tra questi poteri rientrerebbero ad esempio quello di appurare che il contributo del socio in conflitto di interessi sia stato determinante ai fini «*dell'adozione della delibera potenzialmente dannosa per la società e pertanto escludere il suo voto dal computo*»<sup>193</sup>.

Se si riconoscesse al presidente un simile potere, si giungerebbe ad ingiustamente equiparare le due situazioni del divieto di voto e del voto in conflitto di interessi<sup>194</sup>.

Per comprendere tale assunto occorre svolgere preliminarmente una breve disamina dei poteri spettanti al presidente.

Come anticipato, l'art. 2371 c.c. può dirsi fortemente innovato dalla riforma del diritto societario, che ha «*disciplinato in modo analitico i poteri presidenziali, colmando in tal modo una lacuna del precedente ordinamento societario, che aveva dato luogo a notevoli incertezze interpretative*»<sup>195</sup>.

Infatti, accanto ai poteri ordinatori, riguardanti la regolamentazione dello svolgimento dell'assemblea, vengono esplicitamente attribuiti al presidente anche «*poteri*

---

<sup>191</sup> Si veda A. DE PRA, *op. cit.*, p. 942-943; D. RIZZARDO, *La tutela avverso le delibere negative illegittime e il ruolo del presidente dell'assemblea di s.p.a.*, in *Le società nel processo. Spiegazioni di diritto societario e processuale attraverso la giurisprudenza*, a cura di C. Consolo, G. Guizzi, I. Pagni, Giappichelli, Torino, 2012, p. 187, spec. 205 ss., la quale reputa indimostrato che, in assenza di previsione di legge, al giudice possa competere il potere di compiere attività proprie dei soggetti dell'ordinamento.

<sup>192</sup> Sul punto si veda il Tribunale di Venezia 12 febbraio 2019, in *Soc.*, 2019, n. 8-9, p. 947, spec. p. 949 dove si afferma che «*se, nel vigore della pregressa disciplina, poteva giustificarsi la posizione ermeneutica secondo cui il presidente dell'assemblea deriva i propri poteri dalla stessa, essendo egli subordinato alla volontà della maggioranza, nell'assetto normativo odierno appare difficile dubitare del fatto che egli non sia organo che dispone di propri poteri originari ed autonomi che non ripete dall'assemblea a cui, quindi, non resta subordinato*».

<sup>193</sup> D. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 207, nt. 59.

<sup>194</sup> A. DE PRA, *op. cit.*, p. 943 ss. In questo senso anche D. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 193, «*se dunque il socio in conflitto è libero di scegliere se partecipare alla votazione, chiaramente il presidente non può escluderlo a priori*».

<sup>195</sup> F. MAGLIULO, *sub art. 2371 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da Floriano D'Alessandro, Piccin, Padova, 2010, p. 707, spec. p. 712.

*decisori sul diritto di intervento in assemblea»*<sup>196</sup>, prevedendo la norma di legge il potere di accertamento della «*legittimazione dei presenti*» (art. 2371, co. 2, c.c.).

In particolare, tale legittimazione verrebbe a mancare nei casi di sospensione o di esclusione del diritto di voto, ma non anche a fronte «*di fattispecie nelle quali il voto non è impedito, ma solo limitato, come nel caso del socio che versi in conflitto di interessi con la società, in cui il socio conserva il diritto di votare, ma anche l'onere, se intende evitare l'impugnativa della delibera, di votare conformemente all'interesse della società*»<sup>197</sup>.

Infatti, si ricorda che l'attuale disciplina del conflitto di interessi al co. 1 dell'art. 2373 c.c. non configura in capo al soggetto in conflitto un divieto di voto, ma semplicemente rimette «*al socio la decisione se astenersi o votare e il presidente dell'assemblea non può estrometterlo dalla riunione*»<sup>198</sup>.

Il codice in questi casi prevede solamente la possibilità per i soggetti interessati di impugnare la delibera assunta con il voto in conflitto, in presenza dei requisiti previsti dalla legge, e l'annullamento della stessa dipende esclusivamente dall'esito della valutazione che il giudice compie circa la sussistenza di tali requisiti.

Un vero e proprio divieto di voto sarebbe, invece, configurabile unicamente al co. 2 dello stesso art. 2373 c.c., che prevede che i soci amministratori debbano astenersi dal votare nelle delibere riguardanti la loro responsabilità. Infatti, «*in tali ipotesi, il socio è privo della legittimazione attiva al voto, ragion per cui il presidente dell'assemblea ha anzi il dovere di escluderlo dalla votazione*»<sup>199</sup>. Esclusivamente in queste ipotesi, dunque, il presidente dell'assemblea avrebbe l'obbligo di astenersi dal computare tale voto nel *quorum* deliberativo<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> *Ivi*, p. 713.

<sup>197</sup> *Ivi*, p. 714.

<sup>198</sup> A. MIRONE, *op. cit.*, p. 446, in cui l'autore afferma anche che «*il legislatore non sancisce però un obbligo di astensione a carico dell'azionista in conflitto d'interessi, disponendo che il suo voto costituisce causa di annullabilità della deliberazione solamente quando: a) sia stato determinante (c.d. prova di resistenza); b) abbia contribuito all'approvazione di una deliberazione idonea a danneggiare la società (non si richiede l'attualità del danno). La disciplina normativa rimette pertanto al socio la decisione se astenersi o votare e il presidente dell'assemblea non può estrometterlo dalla riunione*».

In questo senso anche V. MELI, *sub art. 2373 c.c.*, in *Le società per azioni: Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2016, p. 998, spec. p. 1003 ss., spec. p. 1004.

<sup>199</sup> A. MIRONE, *op. cit.*, p. 447 ss.

<sup>200</sup> Cfr. S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 142 ss., spec. p. 147 ss. dove afferma «*la lettura coordinata del I e II comma dell'art. 2373 c.c. - già nella sua formulazione originaria, e oggi a maggior ragione nel testo riformato - lascia intendere abbastanza chiaramente come il nostro ordinamento non sembra avere introdotto un obbligo assoluto di astenersi dal voto in caso di conflitto, né tanto meno ha disposto una forma di invalidità insanabile per la deliberazione approvata computando questo voto. Sicché, in effetti, non può parlarsi di un vero e proprio dovere di astensione; ed anzi deve riconoscersi la piena legittimazione del socio a intervenire nella discussione e a votare: certo, nei limiti e col rispetto degli interessi della società. Nemmeno sotto l'impero della normativa originaria del codice civile poteva insomma parlarsi di privazione del diritto di voto. Ancora più esplicita la legge di riforma che, con una serie di sostanziali modifiche di struttura e di*

Dunque, dalla disciplina codicistica si ricava che a fronte del conflitto di interessi di cui all'art. 2373, co. 1, c.c. il presidente dell'assemblea non solo non abbia un potere inibitorio preventivo, inteso come «potere di escludere il socio dalla discussione e dal voto»<sup>201</sup> ma che non sia neppure *ex post* «legittimato a reprimere eventuali abusi dei diritti sociali»<sup>202</sup>, né escludendo il voto del socio che reputa invalido dal *quorum* deliberativo, né impugnando la delibera, non essendo ricompreso tra i soggetti a ciò legittimati (cfr. art. 2377, co. 2, c.c., che contiene un elenco chiuso di legittimati attivi)<sup>203</sup>.

Infatti, il presidente «per lo più, svolge un ruolo di garante (del corretto ed ordinato svolgimento dei lavori assembleari) che lo rende di necessità [...] estraneo a qualsiasi valutazione della conformità all'interesse sociale delle delibere approvate dall'assemblea»<sup>204</sup>. Tale valutazione spetta infatti ai soci, per questo legittimati ad impugnare, e, a seguito dell'impugnazione, al giudice.

Taluno<sup>205</sup> ritiene che il presidente sarebbe, inoltre, titolare del potere di sciogliere l'assemblea di fronte ad abusi e disordini imputabili ai soci, ma esclusivamente a fronte di «condizioni di eccezionalità» tali per cui «lo scioglimento si riveli come l'unica possibilità per evitare danni maggiori»<sup>206</sup>, ipotesi tra le quali non sembra rientrare quella del voto espresso dal socio in conflitto di interessi o in modo abusivo. Si ritiene, comunque, che anche in tali occasioni eccezionali, il presidente non abbia il potere di riconvocare la

---

contenuto dell'art. 2373 c.c., ha formalmente eliminato l'obbligo di astensione del socio in conflitto e ha chiarito in modo inequivocabile che unico rimedio contro il voto configgente è l'impugnazione della deliberazione dannosa per la società».

<sup>201</sup> *Ivi*, p. 142.

<sup>202</sup> *Ivi*, p. 152.

<sup>203</sup> In questo senso si è espresso più recentemente il Tribunale di Milano, Ord., 12 aprile 2021, in banca dati One legale, spec. p. 3, dove si afferma «come si ricava dall'insieme della vigente disciplina del momento assembleare e dalla specifica norma ex art.2373 c.c., non sussiste alcun potere per così dire di autotutela in capo al Presidente dell'assemblea quanto alla esclusione dal voto del socio versante in un preteso conflitto di interessi con la società, il rimedio tipico alla espressione di voto da parte di tale socio essendo quello -successivo - della impugnazione della delibera in quanto dannosa per l'ente: rimedio, va aggiunto, che recenti orientamenti giurisprudenziali hanno ammesso sia esperibile anche nei confronti di delibere c.d. negative che tali risultino proprio a seguito della espressione di un voto in conflitto ovvero abusivo». In nota a tale pronuncia, B. PETRAZZINI, *Socio in conflitto di interessi e poteri del presidente dell'assemblea*, in *Giur. it.*, 2022, p. 131, spec., p. 132-133 afferma «l'art. 2371 c.c., nell'elencare i poteri spettanti al presidente dell'assemblea gli attribuisce espressamente quello di accertare "l'identità e la legittimazione dei presenti", ma tale potere è circoscritto alle ipotesi in cui divieto o la sospensione del diritto di voto sono stabiliti ex lege [...] e non può essere esteso fino alla possibilità di escludere dalla votazione il socio in conflitto di interessi, se è vero [...] che la nuova formulazione dell'art. 2373 c.c. non lascia più spazi per individuare un divieto di voto in capo al socio, ma affida la possibilità di sanzionare l'eventuale voto determinante espresso in conflitto al rimedio -necessariamente successivo- dell'impugnazione della delibera a condizione che questa sia potenzialmente dannosa per la società».

<sup>204</sup> D. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 193-194, nt. 12.

<sup>205</sup> S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 152 ss.

<sup>206</sup> *Ivi*, p. 153. L'Autore nelle pagine successive fa riferimento esemplificativamente a «un tumulto non sedabile, a un evento calamitoso improvviso, all'indisponibilità assoluta di soggetti senza i quali l'assemblea sia inutile o, addirittura, impossibile, etc.».

riunione a nuova data, una volta sciolta, poiché altrimenti si verificherebbe un'ingerenza nelle attribuzioni di amministratori o determinati terzi qualificati<sup>207</sup>.

Sul punto, occorre rilevare come né nel caso prospettato davanti al Collegio arbitrale, né in quello avanzato innanzi al Tribunale di Milano, venga in rilievo questo secondo comma dell'art. 2373 c.c., e dunque, il menzionato divieto di voto, ma solamente la disciplina più generale del conflitto di interessi di cui al primo comma, che configura una semplice facoltà di astensione.

In definitiva, alla luce di queste considerazioni si concorda con quanti reputano non configurabile in queste ipotesi un potere di scomputo di tali voti in conflitto da parte del presidente dell'assemblea<sup>208</sup>.

Inoltre, configurare, come hanno fatto le pronunce ora in commento, tale tutela reale cd. sostitutiva come successiva a quella costitutivo-demolitoria, non sembra possibile: togliendo la pronuncia costitutiva di mezzo la delibera viziata con efficacia retroattiva, «non si vede come si possa dire che la stessa delibera in realtà esiste ed è produttiva di effetti»<sup>209</sup>. Secondo l'Autrice, il vuoto creatosi a seguito dell'annullamento della delibera ex art. 2377 c.c., potrebbe essere colmato solamente da una nuova delibera assunta dalla assemblea riconvocata oppure da una sentenza costitutiva, la quale sarebbe però inammissibile per il citato limite di cui all'art. 2908 c.c.

### **2.1.1 L'impostazione che propende per la natura costitutiva della sentenza sostitutiva**

Altra parte della dottrina, per superare l'ostacolo frapposto dall'art. 2908 c.c., pur configurando la tutela in questione come costitutiva, ha utilizzato la via dell'«*integrazione teleologica del sistema*»<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> Dubbioso circa la spettanza al presidente dell'assemblea di poteri non contemplati dalla legge è, invece, R. LENER, *sub* art. 2371 c.c., in Commentario del codice civile, diretto da Enrico Gabrielli, UTET giuridica, Torino, 2015, p. 1601, spec. p. 1605, soprattutto laddove tali poteri «non siano espressamente a lui attribuiti dallo statuto, dai regolamenti o da una delibera assembleare». In particolare, l'Autore ritiene che i poteri del presidente indicati all'art. 2371 c.c. siano poteri minimali non sottraibili allo stesso, ma non esclude che statuto, regolamenti assembleari o delibere possano attribuirgli ulteriori prerogative.

<sup>208</sup> Si confronti quanto affermato da V. PINTO, *op. cit.*, nt. 29, dove ritiene che «un siffatto potere presidenziale appare in linea di principio incompatibile con la pacifica configurazione – resa più evidente dalla modifica del testo dell'art. 2373 c.c. attuata dal d. legisl. n. 6/2003 – del conflitto di interesse come mero limite (mobile) al potere della maggioranza e non come divieto di voto».

<sup>209</sup> D. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 208.

<sup>210</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 163.

Sembra infatti, doversi rifiutare una ricostruzione che, per individuare la norma che giustifichi nel nostro ordinamento una tale pronuncia costitutiva, faccia ricorso in via analogica all'art. 2932 c.c.<sup>211</sup>.

L'articolo in questione, infatti, presuppone a monte l'esistenza di un rapporto obbligatorio e permette di reagire preventivamente ad un inadempimento, consentendo di ottenere una sentenza che tenga luogo dello specifico contratto la cui conclusione è mancata e che ha effetti costitutivi.

L'applicazione estensiva di tale norma al caso della delibera non sembra ostacolata dal fatto che si tratterebbe di surrogare una volontà collegiale – e dunque più complessa di una semplice dichiarazione di volontà. Piuttosto occorrerebbe superare il carattere coercitivo-satisfattorio del modello di sentenza *ex art. 2932 c.c.*, posta a salvaguardia di «*un obbligo avente ad oggetto l'emissione di una dichiarazione di volontà*»<sup>212</sup>, in quanto nel caso della deliberazione mancherebbe proprio la lesione «*di un obbligo avente ad oggetto l'emissione delle dichiarazioni che la sentenza dovrebbe sostituire*»<sup>213</sup>.

Più in particolare, il ricorso all'articolo in questione comporterebbe di paragonare la fattispecie deliberativa a quella contrattuale, a cui detto rimedio si riferisce<sup>214</sup>.

Tale equiparazione, come già evidenziato *supra*, non appare prospettabile e, inoltre, un richiamo all'art. 2932 c.c. non sarebbe possibile non essendo la prestazione del consenso alla conclusione del negozio assimilabile al voto, in quanto aventi «*natura e funzione profondamente diverse*»<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> Si veda, sul punto, M. C. CORRADI, *Conflitto di interessi, azione sociale di responsabilità e impugnazione di deliberazioni negative*, in *Giur. comm.*, n. 6, 2001, II, p. 851, spec. p. 856; D. RIZZARDO, *Op. cit.*, p. 196 ss. In senso contrario, però, si veda U. COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 302, nt. 215.

Per un approfondimento su interpretazione estensiva ed analogia si veda il paragrafo seguente.

<sup>212</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 157. Sul punto si veda anche A. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Giusto proc. civ.*, n. 3, 2020, p. 711, spec. p. 723, nt. 34, che afferma che «*il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. [...] deve ritenersi applicabile anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o fatto dai quali detto obbligo possa sorgere ex lege, ossia di un rapporto obbligatorio di vendita*».

<sup>213</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 158. Esclude il ricorso all'art. 2932 cc anche S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 211 ss., spec. p. 215, nt. 256.

In senso contrario U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 302, nt. 215, il quale ritiene che «*l'applicazione dell'art. 2932 c.c. all'ipotesi in esame non appaia scandalosa [...] È vero che l'art. 2932 c.c. è comunque una norma che assicura uno strumento di reazione ad un inadempimento, ma nel momento in cui il giudice accerta l'illegittimità dell'esercizio del potere, ad esempio perché il rigetto della proposta è stato approvato con voto determinante del socio in conflitto di interesse, il passo per poter affermare che la società, e cioè il soggetto titolare del potere e legittimato passivo dell'azione, era tenuta ad emettere una deliberazione di segno contrario non pare davvero troppo lungo*».

<sup>214</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 157 ss.

<sup>215</sup> D. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 196-197. Sul punto si veda anche M. GABOARDI, *Delibera assembleare negativa e tutela cautelare d'urgenza (profili processuali)*, in *Soc.*, n. 6, 2015, p. 689, spec. p.

La dottrina maggioritaria esclude, dunque, l'applicabilità analogica dell'art. 2392 c.c. a queste fattispecie, ritenendo che tale disposizione dimostri unicamente che «l'ordinamento conosce casi di sentenze destinate a tener luogo di atti negoziali non conclusi, senza per questo autorizzare generalizzazioni non compatibili col suaccennato principio di tassatività»<sup>216</sup>.

Viene in evidenza anche qui, il riferimento agli atti negoziali, dai quali la delibera, come più volte indicato, si distanzia.

Ecco che, ai fini della qualificazione in termini di tutela costitutiva di detta tutela sostitutiva, appare più facilmente perseguibile la già citata strada del «naturale completamento della protezione accordata al socio attraverso l'annullamento del rigetto»<sup>217</sup> (la cd. integrazione teleologica).

In questo modo la pronuncia del giudice sostitutiva della delibera negativa viziata rappresenterebbe sì un rimedio costitutivo, ma necessario ai fini del completamento della protezione reale accordata dalle regole societarie nei confronti delle delibere negative.

L'Autore di tale teoria, infatti, ritiene che tale potere sostitutivo del giudice sarebbe insito nello stesso potere di annullamento ex art. 2377 c.c., a sua volta costitutivo, sì che, per questa via, verrebbe rispettato il tanto temuto ostacolo rappresentato dal principio di tassatività.

In questa logica, la tutela reale nei confronti delle delibere negative sarebbe, in uno, demolitoria e sostitutiva<sup>218</sup>.

Questa rilettura della portata della tutela, secondo la dottrina in esame, non riposa semplicemente su valutazioni di opportunità ed equità sostanziale, ma si fonda sul riscontro di una lacuna tecnica del sistema<sup>219</sup>: infatti, il nostro ordinamento, se da un lato riconosce la natura deliberativa della reiezione della proposta, dall'altro lato non accorda una tutela adeguata nei confronti della stessa qualora illegittima.

---

717, ed in particolare la nt. 22, dove afferma che «la scelta di escludere la proclamazione del risultato assembleare *secundum legem* dall'ambito applicativo dell'art. 2932 c.c. è stata giustificata, anzitutto, sulla scorta della differenza intercorrente tra la prestazione del consenso, che è un atto negoziale rivolto alla formazione di un contratto, e la delibera assembleare, che concorre invece alla formazione (*rectius* al perfezionamento) di un procedimento decisionale e opera, quindi, come atto giuridico in senso stretto».

<sup>216</sup> R. RORDORF, *Minoranza di blocco*, cit., p. 1452, spec. nt. 19.

<sup>217</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 162.

<sup>218</sup> M. CIAN, *Abus d'égalité*, cit., p. 405; M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 157 ss. *Contra* R. RORDORF, *Minoranza di blocco*, cit., p. 1452, nt. 19 «altro è annullare un atto, altro è sostituirlo con un atto diverso, ed il già richiamato principio di tassatività delle pronunce costitutive impedisce di ritenere che la prima situazione comprenda in sé anche la seconda».

<sup>219</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 162.

In altri termini, l'impugnabilità del rigetto, conseguente al riconoscimento della natura deliberativa dello stesso, perderebbe effettività e senso compiuto qualora non si riconoscesse la possibilità dell'accertamento giudiziale dell'esito positivo<sup>220</sup>.

Tuttavia, è già stato rilevato in dottrina<sup>221</sup> che occorre valutare prudentemente la soluzione offerta dall'integrazione teleologica della tutela reale, il cui fondamento positivo risulta labile alla luce della formulazione dell'art. 2377 c.c. In particolare, la teoria della integrazione teleologica è stata oggetto di critiche, perché, prevedendo la tutela sostitutiva come successiva a quella demolitoria, non sembrerebbe riuscire a superare l'ostacolo di cui all'art. 2908 c.c., in quanto comunque andrebbe a configurare una pronuncia costitutiva non prevista dalla legge<sup>222</sup>.

Che tale tutela sostitutiva sia già implicitamente contemplata tra le possibili manifestazioni di tutela *ex artt.* 2377 ss. c.c. è affermato anche da chi ritiene, invece, che la dichiarazione giudiziale di avvenuta approvazione della proposta rappresenti un passaggio preliminare e non invece successivo all'annullamento della delibera negativa<sup>223</sup>.

Secondo questa impostazione, l'avvenuta assunzione della delibera positiva emerge sul piano sostanziale immediatamente dopo l'accertamento dell'invalidità del dissenso e lo scomputo dal *quorum* deliberato dei voti invalidi, ancora prima, dunque, dell'annullamento della delibera negativa.

In questa prospettiva, la dichiarazione giudiziale dell'avvenuta approvazione della proposta illegittimamente rigettata costituisce un passaggio prodromico al giudizio di annullamento, e, dunque, la tutela reale di cui all'art. 2377 c.c., nelle ipotesi in cui venga impugnata una delibera negativa, già ricomprenderebbe al suo interno la tutela sostitutiva<sup>224</sup>.

È bene ricordare che attraverso questa ricostruzione non si incorre nell'errore di considerare contemporaneamente esistenti sul piano pratico la delibera positiva e quella negativa: a questo riguardo, occorre «*distinguere il profilo formale del contenuto del provvedimento dal profilo relativo agli effetti sostanziali derivanti dallo stesso provvedimento*»<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> V. PINTO, *op. cit.*, p. 906 dove afferma «*se, in altri termini, dovesse negarsi che l'impugnazione del rigetto possa condurre all'accertamento giudiziale dell'esito positivo del procedimento, anche l'affermazione, a monte, dell'impugnabilità della delibera negativa verrebbe inevitabilmente a perdere di effettività e, in ultima analisi, di senso compiuto: tutto il discorso sulla deliberazione negativa si ridurrebbe a una speculazione dotta sulla natura della deliberazione, ma ben poco idonea a produrre il risultato – l'unico utile "perfezionamento" del diritto scritto – di modellare il rimedio sull'interesse tutelato*».

<sup>221</sup> M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1162.

<sup>222</sup> F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 920.

<sup>223</sup> *Ibidem*.

<sup>224</sup> *Ibidem*.

<sup>225</sup> *Ivi*, p. 920, nt. 45.

Infatti, proprio perché, *ex art. 2909 c.c.*, le sentenze costitutive producono effetto sul piano sostanziale solamente dopo il loro passaggio in giudicato formale, la parte rescissoria della pronuncia in questione, costitutiva degli effetti precedentemente non esistenti (la delibera positiva) acquista efficacia solamente dopo che diventi esecutiva la parte rescindente, volta all'annullamento della delibera negativa invalida, e dunque, solamente a seguito del passaggio in giudicato, appunto<sup>226</sup>.

Si ricorda che la necessità di attendere il giudicato ai fini della produzione degli effetti sul piano sostanziale serve per garantire la certezza sulla correttezza dell'effetto giuridico: l'art. 2909 c.c. indica che l'accertamento contenuto nella sentenza produce effetti al di fuori del processo quando diventa incontrovertibile, di conseguenza, anche l'effetto costitutivo, che all'accertamento si lega, si produce con il passaggio in giudicato formale.

Conseguenza di ciò è che la delibera positiva viene in essere solamente nel momento in cui la delibera negativa viene meno, ed anzi contestualmente al suo venir meno.

Quest'ultima ricostruzione appare la più corretta, ponendosi, come si è illustrato, in linea con i principi del nostro ordinamento.

Del resto, non esclude la configurazione in termini costitutivi della pronuncia sostitutiva del giudice, nemmeno il Tribunale di Milano del 2014, che anzi, sembra aver «evitato di prendere posizione sulla natura dell'intervento con cui il giudice proclama il risultato effettivamente e legalmente espresso dall'assemblea»<sup>227</sup>.

Infatti, nella sentenza in questione, il collegio giudicante afferma che, qualificando la pronuncia in questione come di mero accertamento, non si porrebbe il problema dell'ostacolo costituito dall'art. 2908 c.c., ma che anche a voler qualificare detta pronuncia come costitutiva, la proclamazione da parte del giudice del risultato deliberativo *secundum legem* non sarebbe altro che «l'altra faccia»<sup>228</sup> della pronuncia costitutiva di annullamento *ex art. 2377 c.c.* in cui sfocia l'impugnazione delle delibere assembleari (tra le quali, come sopra ricordato, devono essere annoverate anche le delibere negative).

Tuttavia, secondo alcuni in dottrina, tale necessaria integrazione della tutela reale accordata al socio davanti alla delibera negativa invalida non può essere giustificata, come invece reputa il Tribunale milanese, attraverso un richiamo diretto alle norme costituzionali, che mai potrebbero arrivare a snaturare i caratteri della tutela costitutiva azionabile contro la delibera assembleare<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> *Ivi*, p. 922 ss.

<sup>227</sup> M. GABOARDI, *op. cit.*, p. 719.

<sup>228</sup> Trib. Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., p. 5.

<sup>229</sup> Il riferimento è a M. GABOARDI, *op. cit.*, p. 717, spec. nt. 23 «*se i precetti costituzionali impongono, una volta riconosciuta la natura di deliberazione al rigetto della proposta assembleare, l'accesso dei soci assenti, dissenzianti e astenuti al regime impugnatorio degli artt. 2377-2378 c.c., non possono invece giustificare una (indebita) estensione della tutela costitutiva assembleare fino a consentire una formazione giudiziale dell'esito assembleare*».



Questa critica non impedisce di configurare la costituzione del risultato assembleare legittimo come parte della medesima tutela costitutiva che porta alla caducazione della deliberazione negativa: essendo tale l'unica tutela costitutiva azionabile, deve essere intesa, quindi, «*in tutta la sua potenzialità*»<sup>230</sup>.

Ad avviso di chi scrive, dunque, per le ragioni che si è cercato qui di esporre, la qualificazione in termini costitutivi di detta tutela sostitutiva appare la più condivisibile.

Tuttavia, nonostante le valide argomentazioni riportate dalla dottrina a sostegno di tale ricostruzione, appare chiaro come la stessa si presti ad essere facilmente criticata a fronte della previsione nel nostro ordinamento di una disposizione come quella di cui all'art. 2908 c.c.

Occorrerà, dunque, in questa sede, interrogarsi sul carattere della regola della tassatività contenuta nel citato articolo, cui sarà dedicato il prossimo paragrafo.

## **2.2 Superabilità o meno del limite desumibile dall'art. 2908 c.c.? Analisi del significato e della portata della tipicità ex art. 2908 c.c.**

Concentrando, ora, l'analisi intorno all'art. 2908 c.c., occorre evidenziare che nel nostro ordinamento vige da tempo il generale principio di atipicità dell'azione, mentre il principio di tipicità sembra essere stato mantenuto esclusivamente con riferimento alle azioni che danno luogo a pronunce costitutive<sup>231</sup>.

L'art. 2908 c.c., infatti, sancisce che il giudice possa costituire, modificare o estinguere i rapporti tra le parti «*nei casi previsti dalla legge*».

È indubbio, tuttavia, che detta previsione, se letta con estremo rigore, rischia di minare l'efficienza nel nostro sistema dello stesso principio chiovendiano di effettività della tutela giurisdizionale, nello specifico laddove «*tale effettività [...] sia realizzabile solo attraverso forme di tutela [...] costitutive*»<sup>232</sup> non previste dal legislatore.

Occorre, dunque, in questa sede, interrogarsi sulla tenuta di una interpretazione rigida del principio di tassatività delle azioni costitutive – e delle conseguenti pronunce – e, prima ancora, sul motivo per cui detto principio sia stato dal legislatore mantenuto solo con riferimento alle pronunce aventi tale carattere.

---

<sup>230</sup> *Ivi*, p. 719. Secondo l'Autore, in particolare, la tutela costitutiva in questione non si limita a modificare l'atto delibera, ma detta anche la disciplina del rapporto giuridico sottostante, in modo da precludere la reiterazione del comportamento viziato.

<sup>231</sup> I. PAGNI, *Tutela specifica*, cit., p. 7.

<sup>232</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2014, p. 161.

Infatti, come è già stato evidenziato in dottrina, «*il divario di attenzione normativa a favore del fenomeno delle pronunzie costitutive sussiste, e non può non avere un significato*»<sup>233</sup>.

Nello studio delle motivazioni che sorreggono la previsione della tipicità ai sensi dell'art. 2908 c.c. nei confronti unicamente delle pronunce costitutive, occorre in primo luogo muovere dall'analisi del rapporto tra il giudice e la legge, rapporto che sarebbe particolarmente intenso con riguardo alla tutela giurisdizionale costitutiva<sup>234</sup>.

La cautela manifestata dal legislatore con la formula «*nei casi previsti dalla legge*» sarebbe giustificata proprio dal particolare potere che il giudice esplica nell'esercizio della funzione giurisdizionale costitutiva: egli non si limita ad accertare situazioni giuridiche già esistenti, ma ne crea di nuove.

Questa è la peculiarità della tutela costitutiva, rispetto alla normale tecnica di produzione degli effetti giuridici: di regola, nel nostro ordinamento primaria importanza è data ai soggetti che «*si muovono sul piano sostanziale*»<sup>235</sup>, e, normalmente, il giudice «*non può sostituirsi ad essi [...] e svolgere la loro attività*»<sup>236</sup>. Secondo tale ricostruzione, è proprio «*per la fondamentale anomalia di un giudice che crea – in positivo, in modifica, in negativo – rapporti tra altri e di altri, che la legge vuol tenere il fenomeno sotto controllo, vuol riservare a sé, alla propria previsione specifica, la possibilità di regolarne estensione e intensità*»<sup>237</sup>.

---

<sup>233</sup> S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in Tratt. Rescigno, 19, 2a ed., Utet, Torino, 1997, p. 33.

<sup>234</sup> *Ivi*, p. 33 ss.

<sup>235</sup> *Ivi*, p. 33.

<sup>236</sup> *Ivi*, p. 34.

<sup>237</sup> *Ibidem*. Nello stesso senso della preferenza del nostro sistema per la produzione dell'effetto costitutivo ad opera dell'autonomia delle parti si veda A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, Giuffrè, Milano, 2018, in Il codice civile. Commentario diretto da Busnelli, spec. p. 755, secondo il quale «*per i principi generali, si deve ritenere che i rapporti giuridici si costituiscono, modificano o estinguono, per il ricorrere di presupposti fattuali individuati dalle norme, tra i quali con diversa incidenza può postularsi o l'esercizio di una volontà dispositiva di soggetti privati o di una potestà, in senso lato, pubblica: in questo quadro, derogatorie, quindi eccezionali, appaiono le ipotesi nelle quali la legge attribuisce al giudice il potere di costituire, modificare o estinguere una situazione soggettiva, in ragione dei costi che questo impone sia alle parti che al sistema nel suo complesso*»; ID., *Dell'ammissibilità di azioni costitutive*, cit., p. 723 ss., dove a p. 729 ss. esclude che la ratio della tipicità della tutela costitutiva possa essere individuata, come evidenziano alcuni, in esigenze di economia processuale, volte a relegare l'intervento giurisdizionale ad ipotesi di controversie non risolvibili in via negoziale, poiché «*a voler così ragionare si dovrebbe contestare la stessa atipicità dell'azione di mero accertamento*»; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 4, spec. nt. 5, dove l'autrice richiama il pensiero di Andrioli, «*la ragione della tassatività va ricercata, secondo l'A., nel fatto che nel settore dell'esperienza giuridica, in cui la produzione degli effetti non è ricollegata al concreto funzionamento della coppia diritto-obbligo, l'autonomia privata e il diritto potestativo sostanziale si profilano preminenti rispetto alla funzione giurisdizionale e all'azione costitutiva, in quanto il preventivo controllo della sussistenza delle condizioni del diritto potestativo, in virtù del quale questo si trasforma in azione costitutiva, finisce per eliminarne, in pratica, la concreta utilità*».

Da ciò consegue, come ormai sostanzialmente pacifico in dottrina, che sia la legge a costituire fonte esclusiva del potere costitutivo del giudice, mentre si deve escludere che l'accordo tra privati possa costituire il «*presupposto sostanziale della tutela costitutiva*»<sup>238</sup>.

In particolare, autorevole dottrina, interrogandosi sul significato dell'inciso «*nei casi previsti dalla legge*», e dunque sul principio di tassatività che tale disposizione sembra prevedere, distingue tra tipicità della fonte di produzione e tipicità del rapporto giuridico<sup>239</sup>.

Mentre della prima si è appena discusso, occorre evidenziare come, secondo l'Autore, sia proprio con riguardo al rapporto giuridico oggetto di tutela costitutiva che si potrebbe parlare di tipicità, ma semplicemente nel senso che la funzione costitutiva è ammissibile esclusivamente con riferimento ai rapporti giuridici potestativi, e di conseguenza si deve escludere che la stessa sia attivabile con riferimento a qualsivoglia altro tipo di rapporto<sup>240</sup>.

Tuttavia, né l'individuazione della legge come fonte esclusiva del potere di modificazione, né la previsione dell'oggetto tipico del processo, possono indurre l'interprete a ritenere che l'art. 2908 c.c. abbia inteso fissare un sistema rigido di «*azioni costitutive «tipiche» e «nominate», contrapposto ad un ipotetico sistema di azioni «atipiche» ed «innominate»*»<sup>241</sup>, quale sarebbe quello della tutela di mero accertamento.

Occorre, dunque, soffermarsi sul corretto significato da attribuirsi alla tipicità delle azioni costitutive.

La dottrina maggioritaria non ritiene, invero, che dietro alla previsione di cui all'art. 2908 c.c. si celi un vero e proprio rigido principio di tassatività delle azioni costitutive<sup>242</sup>, e questa lettura meno rigorosa sembra confermata proprio dall'applicazione che la stessa giurisprudenza fa delle norme attributive del potere costitutivo del giudice. Un esempio è

---

<sup>238</sup> C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Cedam, Padova, 1970, p. 259-260. In particolare, si veda p. 256, dove l'autore sottolinea come dall'art. 2908 c.c. scaturisca «*uno stretto collegamento tra il potere decisorio e la legge che ne regola i limiti di esercizio, escludendo che i soggetti privati, nell'ambito della loro autonomia negoziale, possano invocarlo in base a presupposti diversi*».

In senso contrario si esprime A. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive*, cit., p. 731 ss., spec. p. 735, dove l'autore evidenzia come, se il principio di tassatività della tutela costitutiva di cui all'art. 2908 c.c. è posto a tutela dell'autonomia delle parti «*e se si considera poi come anche l'autonomia negoziale concorra al raggiungimento degli scopi che l'ordinamento persegue mediante l'esercizio della giurisdizione [...] non sussiste alcuna ragione sistematica per escludere che l'autonomia delle parti possa prevedere azioni costitutive a base negoziale*».

<sup>239</sup> C. FERRI, *op. cit.*, p. 250.

<sup>240</sup> *Ivi*, p. 260.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2019, p. 30.

rappresentato proprio dal già richiamato art. 2932 c.c., il quale è stato ritenuto applicabile anche ai negozi unilaterali a contenuto patrimoniale<sup>243</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, la dottrina ritiene ammissibile il ricorso ai mezzi interpretativi offerti dal nostro ordinamento affinché il giurista possa valutare, nelle fattispecie concrete sottoposte alla sua attenzione, la possibilità di fare applicazione estensiva delle norme che disciplinano le azioni costitutive<sup>244</sup>.

Se l'interpretazione estensiva di tali disposizioni sembra essere pacificamente ammessa in dottrina, non tutti concordano nell'ammettere il ricorso allo strumento dell'analogia<sup>245</sup>.

Appare opportuno, qui, richiamare alla memoria la distinzione tra interpretazione estensiva e analogia, strumenti previsti all'art. 12 delle preleggi.

Mentre con l'interpretazione estensiva ci si limita ad ampliare il significato della norma oltre il senso che se ne potrebbe ricavare dalla semplice lettura<sup>246</sup>, l'analogia è lo strumento al quale l'interprete ricorre per colmare un vuoto normativo.

Ai fini dell'individuazione della regola da applicare ad un caso non disciplinato dalla legge, l'analogia permette all'interprete di ricorrere alla norma che disciplina un caso simile, laddove presenti la medesima ratio: in questo modo, il caso simile si presenta come «*la species di un genus che comprende altre species*»<sup>247</sup> (tra cui il caso non regolato). In questi termini parliamo di analogia *legis*.

Diversamente, parliamo di analogia *iuris* quando, in assenza di un caso analogo disciplinato dalla legge, l'interprete individua la regola del caso concreto facendo ricorso ai «*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*»<sup>248</sup>.

Si ricorda, inoltre, che il divieto di interpretazione analogica è previsto all'art. 14 delle preleggi unicamente con riguardo alle leggi penali e alle norme eccezionali.

Queste ultime sono le leggi che, per le particolari esigenze a cui vanno incontro, si rifanno a principi ispiratori particolari e diversi rispetto a quelli regolanti le altre norme<sup>249</sup> (costituenti il cd. diritto regolare).

---

<sup>243</sup> Cfr. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 756, e i riferimenti giurisprudenziali ivi richiamati alla nt. 465.

<sup>244</sup> C. FERRI, *op. cit.*, p. 261 ss.; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 756; ID, dell'ammissibilità di azioni costitutive, cit., p. 723; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 31.

<sup>245</sup> Non esclude il ricorso all'analogia C. FERRI, *op. cit.*, p. 261 ss. *Contra* C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 31; A. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive*, cit., p. 723, nt. 34 «*si noti che l'affermata tipicità non esclude di per se stessa un'applicazione estensiva (ma non anche analogica, altrimenti si supererebbe il principio di tassatività) delle disposizioni*».

<sup>246</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 48<sup>o</sup> edizione, Cedam, Padova, 2017, p. 63.

<sup>247</sup> *Ivi*, p. 64.

<sup>248</sup> Art. 12, co. 2 delle disposizioni sulla legge in generale.

<sup>249</sup> A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 64.

Occorre tenere distinta, in particolare, «la categoria del diritto «eccezionale» da quella del diritto «speciale», la quale ultima categoria non interessa (appunto, nds) l'interpretazione dell'art. 14»<sup>250</sup>.

Il diritto speciale si distingue dal diritto generale dal punto di vista contenutistico, in quanto, riferendosi ad un determinato settore dell'esperienza giuridica dotato di caratteri suoi propri, costituisce un sistema «autosufficiente per la materia cui si riferisce»<sup>251</sup>.

Differentemente, il diritto eccezionale, o anche diritto singolare, che si contrappone al diritto regolare, «non si caratterizza per rispondere alle esigenze proprie di un determinato ambiente, bensì per correggere, discriminando, la portata delle norme di un determinato sistema, sottraendo alla operatività di tali norme una parte delle loro previsioni, introducendo, cioè un fattore di diseguaglianza di trattamento fra coloro che sarebbero destinatari della norma che subisce le eccezioni. Perciò sono di diritto eccezionale e sono di stretta interpretazione tutte le norme che limitano le capacità, i diritti»<sup>252</sup>. Le norme eccezionali sono, dunque, quelle che derogano ai principi generali del nostro ordinamento.

Di conseguenza, occorre in questo paragrafo prendere posizione in merito all'eccezionalità delle norme che disciplinano le sentenze costitutive, *in primis* l'art. 2908 c.c.

A questo riguardo, chi, nell'interpretazione delle disposizioni che regolano l'esercizio delle azioni costitutive, ammette la possibilità del ricorso all'analogia sostiene proprio come le stesse «non si contrappongono come norme «eccezionali» o di «diritto singolare» a tutte le altre norme che disciplinano le azioni di accertamento mero o di condanna»<sup>253</sup>.

Infatti, secondo questa linea di pensiero, il carattere eccezionale di tali norme non potrebbe derivare dal fatto che normalmente l'attività giurisdizionale abbia natura dichiarativa<sup>254</sup>, né dall'oggetto della tutela costitutiva che è «pur sempre, una situazione soggettiva di natura sostanziale», e neppure dalle «caratteristiche della posizione sostanziale facente capo a chi agisce in via costitutiva»<sup>255</sup>.

Esclusa l'eccezionalità, chi segue questa via ritiene che con l'inciso «nei casi previsti dalla legge» il «il legislatore ha inteso disporre un generico rinvio, lasciando

---

<sup>250</sup> R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, Zanichelli, Bologna, 1974, p. 303.

<sup>251</sup> *Ivi*, p. 307.

<sup>252</sup> *Ivi*, p. 310-311.

<sup>253</sup> C. FERRI, *op. cit.*, p. 261.

<sup>254</sup> *Ivi*, p. 246.

<sup>255</sup> *Ivi*, p. 247.

*all'interprete il compito di individuare, nei singoli casi, le fattispecie, anche «innominate», sulle quali possono incidere gli effetti giurisdizionali di natura costitutiva»<sup>256</sup>.*

Seguendo tale linea di pensiero, tornando alla questione oggetto di questo scritto, cioè la tutela reale conseguibile dal socio attraverso l'impugnazione di una delibera negativa, l'interprete potrebbe arrivare a configurare l'esistenza del potere sostitutivo del giudice in termini costitutivi non tanto in virtù dell'analogia *legis* operata tramite ricorso alla disciplina dell'art. 2932 c.c.<sup>257</sup>, quanto attraverso lo strumento dell'analogia *iuris*.

Infatti, è proprio ricorrendo al tanto richiamato principio di effettività della tutela – principio che ormai il nostro ordinamento riconosce *ex art. 24 Cost.*<sup>258</sup> – che si potrebbe colmare il vuoto di tutela reale del socio impugnante dinanzi al rigetto della proposta: in questo modo, riconoscendo che il potere costitutivo previsto dall'art. 2377 c.c. non comprenda solo la possibilità del giudice di caducare la delibera negativa invalida, ma anche di sostituire la stessa con la delibera positiva di accoglimento della proposta assembleare che era stata illegittimamente rigettata<sup>259</sup>.

Ed invero, occorre precisare che il richiamo al principio di effettività della tutela quale «*principio ermeneutico [...] atto ad intervenire sull'assetto dei mezzi di tutela giurisdizionale, a correggere in via interpretativa i difetti di previsione normativa disseminati nel sistema*», possa operare soltanto laddove «*non vi siano ragioni legate al limite dell'impossibilità naturale e alla necessità di un contemperamento di interessi tra valori parimenti da garantire*»<sup>260</sup>.

Occorre allora verificare se, innanzi al vuoto di tutela nei confronti dell'interesse positivo del socio impugnante la delibera negativa – derivante dalla previsione legislativa del rimedio costitutivo puramente demolitorio –, sussistano impossibilità giuridiche (o materiali) o valori contrapposti da controbilanciare, tali da impedire che l'impugnante possa ottenere in via giudiziale la soddisfazione di tale interesse e dunque la proclamazione della delibera positiva, quale dichiarazione costitutiva integrativa della tutela costitutiva di cui all'art. 2377 c.c.

Non si tratterebbe in queste ipotesi di bilanciare il principio dell'effettività della tutela con il valore della stabilità delle decisioni societarie: tale bilanciamento opera nel

---

<sup>256</sup> *Ivi*, p. 249.

<sup>257</sup> E questo in virtù di quanto esposto *supra* al paragrafo 2.1.1.

<sup>258</sup> Si veda *supra*, in particolare nt. 128.

<sup>259</sup> In senso contrario, si è visto *supra*, nt. 229, si esprime M. GABOARDI, pur, tuttavia, riconoscendo il carattere costitutivo della pronuncia sostitutiva.

<sup>260</sup> I virgolettati sono riferimenti a I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 72. In merito si confronti: A. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive*, cit., p. 726, il quale con disincanto osserva che «*la (un poco enfatica) affermazione chiovendiana per la quale "ogni mezzo di attuazione della legge deve ritenersi ammissibile" deve poi cedere inevitabilmente il passo alla più realistica considerazione che ciò potrà accadere non solo ove "sia praticamente possibile", ma anche e soprattutto quando ciò "non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto"*».

momento in cui si prevedono limiti di accesso alla stessa azione di impugnativa, quali i termini decadenziali previsti per l'esperimento dell'azione di annullamento, ovvero il limite relativo alla legittimazione ad impugnare. Qui si tratterebbe, invero, di porre a bilanciamento con l'effettività della tutela il valore della *business judgment rule*.

Laddove, però, il giudice si limiti ad accertare l'invalidità dei voti espressi e a ricalcolare le maggioranze senza tenere conto di tali voti, invero, appare difficile rilevare una violazione della *business judgment rule*, in quanto il giudice, così facendo, non si sostituirebbe alla volontà assembleare, ma, diversamente, farebbe emergere (costituendolo), quello che è il legittimo risultato assembleare.

Seguendo questo ragionamento, e sempre, lo si ricorda, che si configurino le norme che disciplinano la tutela costitutiva quali norme non aventi carattere rigorosamente eccezionale, non sembrano porsi ostacoli all'utilizzo del principio dell'effettività in chiave ermeneutica per colmare il difetto di tutela cui si trova di fronte il socio impugnante la delibera negativa.

Occorre precisare, tuttavia, che la dottrina maggioritaria<sup>261</sup> tende a qualificare le norme che disciplinano le azioni costitutive, tra cui *in primis* l'art. 2908 c.c., come norme eccezionali per il fatto che le stesse derogano al principio generale dell'autonomia privata.

Invero, si tratta di un rilievo difficile da confutare, soprattutto se si pensa al fatto che il potere costitutivo del giudice va ad incidere sulle situazioni giuridiche dei soggetti privati anche contro la loro volontà, limitando così capacità e diritti delle parti che subiscono l'azione. In questo senso sarebbe rispecchiata la nozione di norma eccezionale vista *supra*.

Ragionando in questo diverso modo, il ricorso all'analogia, in particolare all'analogia *iuris* e al principio ermeneutico di effettività, sarebbe escluso.

Infatti, questa dottrina si esprime nel senso che vi siano «*forti dubbi a ritenere che il giudice possa essere lasciato arbitro per introdurre nuove forme di tutela non previste dalla legge in via espressa, o comunque non deducibili con sicurezza ex systema*» e che in ogni caso «*non sarebbe decisivo richiamarsi al solo art. 24 Cost., in quanto il problema della c.d. effettività della tutela giurisdizionale non coincide con il quomodo della stessa*»<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> Si rinvia, per tutti, a: A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 755; ID., *Dell'ammissibilità di azioni costitutive*, cit., p. 723-724; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 31. In questa, tuttora prevalente, prospettiva, l'art. 2908 c.c., esprimendo come regola generale il divieto di intervento del giudice nella dinamica di produzione degli effetti sostanziali, risulta evidentemente refrattario alla enucleazione di nuove ipotesi di tutela costitutiva ove in via di interpretazione sistematica se ne facesse emergere la opportunità (B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., p. 222.)

<sup>262</sup> A. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive*, cit., p. 726.

E certamente si condivide l'assunto che rileva come «*affermare la strumentalità del processo non esclude di considerare come spetti sempre al diritto processuale definire le tutele che l'ordinamento predispone a garanzia dei diritti*»<sup>263</sup>.

Ed infatti, occorre porre a necessario contemperamento da un lato il principio costituzionale della «*strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale*»<sup>264</sup> ex art. 24 Cost., e dall'altro il principio del giusto processo regolato dalla legge di cui all'art. 111, co. 1, Cost., che impone, appunto, che sia il legislatore ad individuare non solo i contenuti ma anche le forme di tutela<sup>265</sup>, escludendo «*che si possa allargare il novero delle fonti anche a fatti inespressi, non descritti dai testi di legge (latamente intesi) e ricavabili per via ermeneutica*»<sup>266</sup>.

Di questo non si discute: si è già visto *supra* come spetti alla legge e unicamente ad essa regolare la funzione giurisdizionale, in particolare laddove si tratti di attribuire al giudice poteri modificativi dei rapporti giuridici facenti capo ai singoli.

Tuttavia, occorre rilevare come non serva necessariamente richiamarsi all'analogia o prevedere una nuova forma di tutela costitutiva per arrivare ad ammettere che il giudice abbia il potere di trasformare – con una pronuncia avente carattere costitutivo – la delibera negativa in delibera positiva

Ed infatti, anche a voler aderire alla impostazione maggioritaria che qualifica la tutela costitutiva come eccezionale, è già stato evidenziato come la ricostruzione *supra* prospettata che riconosce al socio impugnante la delibera negativa la possibilità di ottenere in via giudiziale non solo l'annullamento della delibera invalida, ma anche la costituzione della valida delibera positiva non andrebbe a prevedere una nuova forma di tutela costitutiva, ma ad intendere in tutte le sue potenzialità l'ipotesi di tutela costitutiva già legislativamente prevista, andando a riadattarla alla fattispecie della delibera negativa non presa in considerazione dalla norma, senza che sia a ciò necessario il ricorso all'analogia e il già criticato richiamo ai principi costituzionali.

A fronte del rigetto illegittimo, così, il potere costitutivo del giudice previsto dalla legge sarebbe in uno demolitorio della delibera negativa invalida e costitutivo di una nuova

---

<sup>263</sup> A. CHIZZINI, *Tipicità e processo civile*, in *JUS*, 2-3, 2020, p. 327, spec. p. 334.

<sup>264</sup> *Ivi*, p. 331.

<sup>265</sup> *Ivi*, p. 340 «*questo impone oggi il principio costituzionale del «giusto processo regolato dalla legge»: se è legge processuale – si ribadisce – quella che definisce non solo le forme interne, ma anche (e soprattutto) le tipologie di tutela che l'ordinamento riconosce a chi si afferma leso in un proprio diritto, sarà compito della legge – se si vuole essere rispettosi del due process of law – delineare le tutele processuali*».

<sup>266</sup> *Ivi*, p. 342, che continua precisando «*pertanto, nel nostro ordinamento, secondo il disposto dell'art. 111, co. 1, Cost., sono ammissibili fonti semanticamente tipiche, il che significa solo fatti costitutivi delle tutele descritti da disposizioni di legge, sicché il complesso delle fonti s'astringe ai fatti, cui i testi di legge espressamente associano la tutela giurisdizionale*».



delibera positiva. Il rimedio sostitutivo sarebbe, in questo modo, già implicitamente contemplato all'interno del rimedio demolitorio<sup>267</sup>.

### 2.3 Conclusioni provvisorie

In chiusura del presente capitolo occorre svolgere alcune considerazioni.

In primo luogo, è stato evidenziato che il legislatore nel codificare l'art. 2377 c.c. ed il rimedio esperibile dal socio a fronte dell'invalidità della delibera avesse a mente la fattispecie della delibera positiva e gli interessi sottesi all'impugnazione della stessa, e, dunque, in particolare, l'interesse negativo alla caducazione del deliberato invalido.

Constatato che l'impugnazione della delibera di segno negativo è sorretta da interessi diversi, o per meglio dire, ulteriori, rispetto al mero interesse demolitorio, occorre chiedersi se, anche in tali fattispecie, sia possibile per il socio impugnante ottenere in via giudiziale una tutela piena sul piano reale.

Il socio che impugna l'invalido rigetto è, infatti, titolare di un interesse positivo a vedere approvata la proposta assembleare illegittimamente rigettata, interesse che non trova soddisfazione attraverso il rimedio costitutivo dell'annullamento, – lo si ripete ancora una volta – unico rimedio legislativamente previsto.

Ci si è chiesti, dunque, se tale interesse sia destinato a rimanere insoddisfatto sul piano reale per il solo fatto che il legislatore non vi abbia previsto uno specifico rimedio.

La questione, dunque, si è spostata sul piano processuale concentrandosi sull'analisi della rigidità del principio di cui all'art. 2908 c.c.: ci si è chiesti se il principio di tassatività delle pronunce costitutive sia tale da impedire di colmare la lacuna legislativa e di ottenere l'approvazione giudiziale della proposta illegittimamente rifiutata in assemblea.

In altri termini, può il richiamo al principio di tassatività delle pronunce costitutive arrivare a limitare la tutela reale del socio a fronte di una fattispecie concreta (la delibera negativa) che non era stata nemmeno presa in considerazione dal legislatore nel momento in cui ha codificato la disciplina delle impugnative assembleari?

A parere di chi scrive questo non sarebbe possibile, almeno alla luce del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, e in questo capitolo ci si è dedicati alla ricostruzione di un percorso di tutela in grado di giustificare l'attribuzione al giudice non solo del potere demolitorio ma anche di approvazione giudiziale della proposta assembleare rigettata.

---

<sup>267</sup> Si veda *supra* nt. 222 la ricostruzione di F. CORAZZA. L'Autore dimostra come tale ricostruzione regga maggiormente a critiche, rispetto alla teoria della integrazione teleologica, poiché si tratterebbe lì di integrare la tutela costitutiva di annullamento con la tutela sostitutiva, successiva e non prevista dalla legge.

Nonostante l'esistenza di tale ulteriore potere in capo al giudice sia più facilmente giustificabile sul piano processuale seguendo quell'orientamento che attribuisce carattere dichiarativo alla relativa pronuncia di proclamazione giudiziale della delibera positiva – proprio in virtù del principio di atipicità delle azioni e delle conseguenti pronunce di accertamento – tale ricostruzione non regge sul piano sostanziale, in particolare per la rilevata impossibilità di equiparare i poteri del presidente dell'assemblea a quelli del giudice.

Appare preferibile, dunque, quell'impostazione che qualifica tale pronuncia sostitutiva del giudice quale sentenza avente carattere costitutivo, nonostante la presenza nel nostro ordinamento dell'ostacolo costituito dal principio di tassatività delle pronunce costitutive, di cui all'art. 2908 c.c.

È stato evidenziato, infatti, come nel caso di specie tale ostacolo sia solo apparente: nelle pagine precedenti ci si è impegnati a dimostrare come in tali casi non si tratterebbe di creare una nuova forma di tutela ma di intendere la già dalla legge contemplata azione costitutiva in tutte le sue potenzialità, adattandola alla fattispecie concreta della delibera di rigetto – non presa in considerazione dalla normativa.

Ed invero, chi scrive ha aderito a quella linea di pensiero che configura la dichiarazione giudiziale di avvenuta approvazione della proposta come passaggio preliminare alla caducazione della delibera negativa – e non successivo alla stessa –, passaggio già ricompreso, dunque, all'interno della tutela dell'annullamento legislativamente prevista<sup>268</sup>.

In questo modo non si elude il principio di tassatività delle pronunce costitutive, né si disconosce il loro (e delle relative norme che le disciplinano) carattere eccezionale, ma, al contrario, ci si pone in linea con i principi del nostro ordinamento.

---

<sup>268</sup> Si veda *supra* nt. 222.

### CAPITOLO III

## I COROLLARI PRATICI DEI DIVERSI PERCORSI DI TUTELA A FRONTE DELL'ILLEGITTIMO RIGETTO DELLA PROPOSTA ASSEMBLEARE

### 3.1 Breve ricapitolazione delle diverse opzioni astrattamente prospettabili

Il presente capitolo è dedicato allo studio dei corollari pratici conseguenti all'adesione di ciascuno dei diversi percorsi di tutela che sono stati prospettati da dottrina e giurisprudenza a fronte dell'illegittimo rigetto della proposta assembleare, illustrati nei capitoli precedenti.

Per agevolare tale analisi, in questo paragrafo verranno riassuntivamente ricapitolati i differenti orientamenti emersi in merito alla tutela conseguibile dal socio avverso l'illegittimo rigetto della proposta assembleare.

In primo luogo, si ricorda l'orientamento tradizionale secondo cui il socio attraverso l'azione di impugnazione *ex art. 2377 c.c.* può ottenere esclusivamente la caducazione (*i.e.* l'annullamento) della delibera negativa invalida.

In questo senso, la tutela reale accordata al socio, esplicandosi sul piano meramente demolitorio, potrebbe non risultare pienamente soddisfattiva per l'impugnante, il cui interesse consiste nel conseguimento dell'approvazione della proposta illegittimamente rifiutata.

Non riconoscendo la possibilità di conseguire tale risultato in via giudiziale, i sostenitori di questo orientamento relegano la soddisfazione di tale interesse al piano meramente risarcitorio<sup>269</sup>.

Un atteggiamento più aperto, a contrario, assumono quanti, ispirati dal principio di effettività della tutela, aderiscono a quell'orientamento che accorda al socio una tutela forte sul piano reale e, riadattando l'azione impugnatoria alla fattispecie della delibera negativa, riconoscono al socio la possibilità di ottenere in via giudiziale non solo la caducazione della delibera negativa invalida ma anche l'approvazione della proposta assembleare illegittimamente rifiutata.

---

<sup>269</sup> In dottrina R. RORDORF, *sub art. 2377*, cit., p. 262 ss.; ID., *Minoranza di blocco*, cit., p. 1451; A. TONIOLO, *op. cit.*, p. 215 ss.; A. DE PRA, *op. cit.*, p. 937 ss.; S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 211 ss.; D. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 190 ss.; P. P. FERRARO, *op. cit.*, p. 669; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 272 s; F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 129 ss.

In giurisprudenza Tribunale di Monza 4 novembre 1989, cit.; Corte d'appello di Cagliari 4 marzo 2000, cit. a cui segue Cass. civ., Sez. I., Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, cit. (quest'ultima in *obiter dictum*); Tribunale di Palermo 18 maggio 2001, cit.; Tribunale di Roma, 10 novembre 2010, cit.; Tribunale Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, cit.

All'interno di questo orientamento si individuano due differenti impostazioni, le quali entrambe riconoscono la possibilità di ottenere in via giudiziale tale risultato, ma ciascuna attraverso una diversa ricostruzione dei poteri del giudice.

Una prima impostazione attribuisce al giudice il potere di accertare la reale volontà assembleare effettivamente espressasi in assemblea. Una volta accertata l'invalidità della delibera negativa, il giudice svolgerebbe una mera operazione di scomputo dei voti invalidi o erroneamente conteggiati nel *quorum* deliberativo, con conseguente ricalcolo delle maggioranze assembleari: un'attività meramente ricognitiva di una volontà già formatasi, equiparabile all'attività svolta dal presidente dell'assemblea in sede di proclamazione dei risultati.

Di conseguenza, la pronuncia con la quale il giudice accerta l'avvenuta approvazione della proposta assembleare avrebbe, secondo questa impostazione, una natura meramente dichiarativa<sup>270</sup>.

Una seconda impostazione, invece, riconosce in capo al giudice un vero e proprio potere di sostituire la delibera negativa con una delibera di approvazione della proposta assembleare invalidamente rigettata, previo riconteggio dei voti validi. Secondo questa impostazione tale sostituzione, configurandosi quale necessaria integrazione della tutela costitutiva impugnatoria ex art. 2377 c.c. accordata al socio nei confronti di una delibera negativa, avrebbe anch'essa natura costitutiva<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 472; R. SACCHI, *Gli effetti della sentenza*, cit., p. 160; S. BRIGHENTI, *op. cit.*, p. 1462 ss.; C. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 709; C. FRANGINI, *op. cit.*; A. FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, Cedam, Padova, 1998, p. 140 ss.; E. LA MARCA, *op. cit.*, p. 1146 ss., spec. p. 153; D. PREITE, *op. cit.*, p. 121.

In questo senso si esprimono anche M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 367 ss., che, tuttavia, ritengono «che l'accertamento dei risultati possa essere sostituito (e non solo annullato) per mezzo di un accertamento giudiziario (esclusivamente, nds) quando sia stato tecnicamente errato, e cioè viziato da errori di fatto (errato calcolo dei voti) o di diritto (errato computo di azioni non aventi diritto di voto, mancato rispetto della sospensione ex lege dal diritto di voto, anche per discipline di settore, come ad es. ex art. 24 t.u.b.; violazione di norme in materia di quorum), che siano tali da non consentire margini di apprezzamento al presidente».

In giurisprudenza si esprimono in termini "sentenza dichiarativa" o "pronuncia di accertamento" Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 1959, cit.; Tribunale Velletri 26 gennaio 1994, cit.; Tribunale di Roma 2 aprile 1999 e Corte d'appello di Roma 29 maggio 2001, cit.; Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), cit.; Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit.; Cass. civ., Sez. I, Sent., 5 ottobre 2012, n. 17060, cit., la quale, seppure in *obiter dictum*, si esprime in termini di "accertamento" giudiziale dell'approvazione della proposta.

<sup>271</sup> Pur seguendo diverse ricostruzioni (si veda par. 2.1.1) configurano la pronuncia sostitutiva del giudice quale sentenza costitutiva M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 162 ss.; ID., *Abus d'égalité*, p. 405; V. PINTO, *op. cit.*, p. 913 ss.; M. GABOARDI, *op. cit.*, p. 717 ss.; F. CORAZZA, *op. cit.*, p. 919 ss.

In giurisprudenza sembra esprimersi in questo senso il Tribunale di Ancona 7 marzo 2006, cit., p. 668 «nell'annullamento, comunque, è insito anche l'accertamento dell'avvenuta approvazione della proposta a suo tempo respinta illecitamente». In realtà anche il Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre

Ricostruiti brevemente i vari orientamenti circa la tutela reale perseguibile dal socio impugnante la delibera negativa invalida, ci si occuperà, ora, delle conseguenze scaturenti sul piano pratico dalle diverse ricostruzioni, a seconda, che si decida di riconoscere o meno in capo al giudice il potere di sostituire tale deliberazione con una di segno positivo, partendo da quell'orientamento che nega al giudice tale facoltà.

### **3.2 Il mancato riconoscimento del potere sostitutivo in capo al giudice: i) l'efficacia conformativa del giudicato come via alternativa per una risposta utile in termini di tutela per il socio impugnante**

In primo luogo occorre rilevare come anche chi in dottrina neghi la configurabilità di tale potere sostitutivo in capo al giudice, riconosce i problemi che comporta la configurazione in termini meramente demolitori della sentenza di accoglimento dell'azione di cui all'art. 2377 c.c.: l'annullamento della delibera negativa e il conseguente obbligo degli amministratori di prendere gli opportuni provvedimenti, e, dunque, di riconvocare l'assemblea ai fini di una nuova votazione sulla proposta illegittimamente rigettata, non evitano il pericolo della reiterazione del comportamento invalido in data sede.

L'annullamento della delibera, assicurerebbe, dunque, una tutela meramente interinale, non tutelando il soggetto impugnante da un'eventuale ri-esercizio del potere che porti all'adozione di una delibera dal medesimo contenuto<sup>272</sup>, con il conseguente obbligo per l'attore di agire una seconda volta in giudizio per esperire una nuova impugnativa.

Ragioni di effettività della tutela giurisdizionale imporrebbero di ammettere l'efficacia del primo giudicato sul secondo giudizio, ma a ciò sembra essere d'ostacolo «*la tradizionale ricostruzione dell'oggetto del processo nei giudizi di impugnazione di atti – e dei conseguenti limiti oggettivi di efficacia della pronuncia*»<sup>273</sup>.

---

2014, n. 9846, cit., p. 5 non prende esplicitamente posizione sulla natura della sentenza volta a dichiarare l'approvazione della delibera assembleare.

<sup>272</sup> I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 611. Sul punto si veda anche A. MOTTO, *Appunti sui limiti oggettivi e soggettivi di efficacia della sentenza nei giudizi di impugnazione di deliberazioni assembleari*, in *Le società nel processo. Spiegazioni di diritto societario e processuale attraverso la giurisprudenza*, a cura di C. Consolo, G. Guizzi, I. Pagni, Giappichelli, 2012, Torino, p. 229, spec. p. 246, secondo il quale «*l'ipotesi della rinnovazione di un atto di esercizio del potere identico a quello già caducato dalla prima pronuncia evidenzia l'inidoneità dell'impostazione tradizionale a conferire un'adeguata tutela all'attore, vincitore del primo processo*». Nello stesso senso B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto: contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Cedam, Padova, 1989, p. 169-170.

<sup>273</sup> A. MOTTO, *op. cit.*, p. 242.

Per prevenire tale inconveniente, parte della dottrina ha richiamato gli sviluppi che si sono avuti in tema di giudizio di impugnazione dell'atto amministrativo<sup>274</sup>, proprio in virtù della somiglianza sussistente tra l'atto amministrativo stesso e la delibera assembleare.

La dottrina maggioritaria, infatti, ha evidenziato «*l'analogia ricorrente tra il fenomeno deliberativo e il provvedimento esercizio di un potere pubblico*»<sup>275</sup>, sottolineando come ci sia «*più di una somiglianza tra il potere della maggioranza espresso con la delibera assembleare e il potere della pubblica amministrazione, perché la delibera, come l'atto della p.a., esprime un potere puro del soggetto o dei soggetti che la pongono in essere, per la pienezza di libertà di contenuto della disciplina che il potere dà agli interessi che è chiamato a comporre*»<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> In particolare, si ricorda l'opera di M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, n. 3, 1975, V, p. 17. Si veda quanto riportato da A. MOTTO, *op. cit.*, p. 251 ss., secondo il quale «*le riflessioni condotte per il giudizio amministrativo di legittimità, dominato dall'atto esercizio del potere amministrativo, hanno influenzato la dottrina, che, per il settore del diritto privato, si è impegnata nello studio dei processi concernenti situazioni sostanziali incise da atti unilaterali esercizio di potere*».

<sup>275</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 53.

<sup>276</sup> I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 605. *Contra* C. E. PUPO, *Il voto negativo nell'assemblea della società per azioni. Profili ricostruttivi dell'abuso di maggioranza e di minoranza*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 116 ss., sottolinea le differenze sussistenti «*tra i fenomeni governati dal diritto amministrativo e quelli disciplinati dal diritto societario*», ed in particolare l'Autore ricorda come : i) mentre la pubblica amministrazione può incidere in modi differenti su di una pluralità di utilità dei privati, la società può colpire solamente sull'investimento del socio, accrescendone o diminuendone il valore; ii) mentre il socio ha deciso di aderire al contratto sociale, accettando il rapporto che intercorre tra lui e la società, molto spesso è possibile che non fosse volontà del privato entrare in contratto con la pubblica amministrazione. Di conseguenza nei confronti della pubblica amministrazione «*il privato non è in linea di principio autorizzato a pretendere [...] che venga perseguito l'interesse pubblico, né più in generale che l'azione amministrativa sia conforme alla legge, perché non ha accettato di ricoprire un ruolo nella struttura pubblica o comunque non agirebbero in giudizio in quanto partecipe della stessa. È invece esattamente in virtù della propria adesione che il socio è legittimato a domandare che la società attui la funzione che le è ascritta [...] Inoltre, in considerazione della volontà espressa, l'azionista di s.p.a. vanta un legittimo interesse al rispetto di ogni regola concernente l'attività societaria, fatta eccezione per i casi in cui osservare la norma violata avrebbe prodotto il medesimo esito cui ha condotto la violazione prodottosi*»; iii) «*mentre ottenere il rispetto della procedura amministrativa può non condurre, per via della discrezionalità dell'autorità coinvolta, alla soddisfazione dell'utilità per la quale il ricorrente effettivamente agisce, l'interesse di fatto del socio che si attiva nei confronti di un illecito deliberativo non può non essere ristorato, proprio perché nella quasi totalità dei casi esso coincide con l'interesse al perseguimento lucrativo*». Tuttavia, sul punto si veda S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 57, spec. nt. 119, che, richiamando il pensiero di A. CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 89 ss., il quale accosta la delibera all'atto amministrativo, precisa che «*l'estensione della sistematica di diritto amministrativo non potrebbe comunque essere totale a causa dell'esistenza nel campo pubblicistico dell'istituto della gerarchia, della presunzione di legittimità e di "scopi necessari" a cui l'ente pubblico deve obbligatoriamente attendere, mentre in materia societaria sono facoltativi così il sorgere degli enti come il perseguimento degli scopi. Ma queste differenze non andrebbero eccessivamente accentuate proprio perché anche nell'ordinamento delle società è fissato uno scopo autonomo, predeterminato dall'atto costitutivo, che non coincide con la somma degli interessi degli azionisti*».

E, occorre precisare, questo è stato condiviso indipendentemente dalla ritenuta qualificazione o meno della delibera in termini di negozio giuridico<sup>277</sup>.

Infatti, si osserva come, analogamente a quanto avviene nel diritto amministrativo, nel diritto societario il socio è assoggettato al potere assembleare che produce effetti nella sua sfera giuridica in via unilaterale<sup>278</sup>. La delibera non è altro che un atto esercizio del potere, della cui invalidità il socio si lamenta tramite l'azione di impugnazione, definita anche come «*rimedio giurisdizionale accordato al soggetto passivo del potere*»: l'azione di impugnazione svolge così una «*funzione di controllo rispetto all'esercizio del potere*»<sup>279</sup>.

L'esercizio dell'azione, non esaurisce, però, il potere, che rimane in capo al soggetto attivo, il quale, rinnovandone l'esercizio, potrebbe nuovamente incidere la sfera giuridica del soggetto passivo con un atto di identico contenuto<sup>280</sup>.

Ciò porta a configurare il giudicato, amministrativo o relativo alla impugnativa assembleare, come una mera «*parentesi nella dinamica dell'esercizio del potere*», un «*fatto del quale l'amministrazione (o l'assemblea, nds) [...] deve tener conto senza esserne rigidamente vincolata*»<sup>281</sup>.

Tale inconveniente, scaturente dalla qualificazione dell'azione di annullamento in termini cassatori-impugnatori, ha storicamente portato il mondo della giustizia amministrativa ad interrogarsi sulla portata oggettiva dell'efficacia del giudicato di annullamento costitutivo.

Nel diritto amministrativo, infatti, la giurisprudenza, avendo riguardo agli interessi legittimi pretensivi, volti all'ottenimento di un provvedimento positivo da parte dell'amministrazione – a cui possiamo assimilare l'interesse positivo dell'azionista che impugna la delibera negativa –, ed in considerazione dell'insufficienza del mero annullamento del provvedimento autoritativo di diniego, ha elaborato la figura dell'efficacia conformativa del giudicato: i giudici hanno iniziato ad utilizzare la

---

<sup>277</sup> Cfr. nt. 150.

<sup>278</sup> Sul punto si veda A. MOTTO, *op. cit.*, p. 246-247, secondo il quale «*in ambito assembleare ricorre una figura di potere, in esercizio della quale sono prodotti effetti giuridici in via unilaterale, ossia a prescindere del consenso dei soggetti nella cui sfera giuridica essi sono destinati a realizzarsi: la delibera costituisce, estingue, modifica o, più ampiamente, regola una situazione giuridica, in modo vincolante per tutti i membri del gruppo (cfr. l'art. 2377, comma 1, c.c.). Invero, se è certo che la delibera produce effetti organizzativi rilevanti per lo svolgimento dell'attività sociale, di guisa che la sfera incisa è prioritariamente quella della società-persona giuridica, non può però disconoscersi che, allo stesso tempo, essa investe la sfera dei soci, realizzando effetti giuridici che incidono su interessi giuridicamente protetti, di cui essi sono portatori per disposizione di legge o dell'atto costitutivo*».

<sup>279</sup> *Ivi*, p. 248.

<sup>280</sup> *Ivi*, p. 249.

<sup>281</sup> C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, Padova, 2005, p. 264.

motivazione della sentenza per dettare le direttive (la cd. norma *agendi* o *regula iuris*) che la pubblica amministrazione è tenuta a seguire nel ri-esercizio del proprio potere<sup>282</sup>.

Anche in dottrina è stata sottolineata la «*necessità di individuare un'efficacia della pronuncia che vada oltre la portata meramente demolitoria e di attribuirle un qualche contenuto di accertamento*»<sup>283</sup>, contenuto che non sarebbe «*formalizzato in sedi e formule specifiche ma deve essere estratto, attraverso un'operazione ad hoc, dalla più ampia parte della sentenza che accoglie la motivazione*»<sup>284</sup>, appunto, e questo proprio per evitare che all'eliminazione dell'atto pubblico di cui è stata dichiarata l'invalidità possa conseguire l'emanazione di un nuovo atto di identico contenuto, in grado di scardinare la stabilità della sentenza ottenuta dal ricorrente<sup>285</sup>.

Si tratta del cd. effetto conformativo della sentenza a cui l'amministrazione deve uniformarsi nell'ottemperare il giudicato.

La sentenza sarebbe, dunque, dotata di un contenuto ultracostitutivo, il contenuto conformativo, dal quale sarebbero ricavabili delle regole per la futura azione dell'amministrazione.

Secondo parte della dottrina, una tale ricostruzione della sentenza costitutiva di annullamento è possibile solo riconoscendo come l'oggetto della pronuncia non sia l'atto, ma il rapporto giuridico sottostante e la disciplina degli interessi in gioco, passando così dalla concezione di un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto<sup>286</sup>.

L'attenzione deve concentrarsi, ora, sull'analisi degli effetti della sentenza di invalidità della delibera negativa, in virtù della citata similitudine.

Infatti, occorre evidenziare come la sentenza costitutiva di annullamento della delibera assembleare soddisfi unicamente in negativo l'interesse dell'azionista, mentre dalla stessa non risulti soddisfatto l'interesse positivo di cui l'impugnante è titolare, volto cioè all'adozione di una delibera di segno positivo: tale interesse, come avviene per l'interesse pretensivo del cittadino ricorrente avverso l'atto del pubblico potere, sarebbe realizzabile unicamente attraverso il ri-esercizio del potere unilaterale dell'assemblea<sup>287</sup>.

---

<sup>282</sup> E. FOLLIERI, *Le azioni costitutive*, in Giustizia amministrativa, a cura di Gaetano Scoca, Giappichelli, Torino, 2023, p. 192 ss., spec. p. 194-195.

<sup>283</sup> I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 610.

<sup>284</sup> B. SASSANI, *op. cit.*, p. 129.

<sup>285</sup> I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 610 ss. Si veda anche S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 268, il quale afferma che «*in campo pubblicistico è infatti comune il fenomeno della reiterazione del medesimo atto e il connesso tentativo di superare la mera prospettiva impugnatoria-costitutiva del giudizio di legittimità per rintracciare, nella sentenza, momenti di accertamento che siano in grado di vincolare i comportamenti successivi dell'amministrazione*».

<sup>286</sup> B. SASSANI, *op. cit.*, p. 229-230, che nell'affermare ciò richiama S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 185 ss. Si veda anche M. GABOARDI, *op. cit.*, p. 719, che, richiamando lo stesso Sassani, parla di giudizio sul rapporto.

<sup>287</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 267 ss. Allo stesso modo si veda I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 544, la quale afferma che «*il giudice non potrà*



Questo è il motivo per cui parte della dottrina ritiene che l'esito del giudizio non possa essere limitato alla caducazione della deliberazione impugnata, ma debba essere *«inteso in senso più ampio, ovvero come fonte di una regula iuris che l'assemblea dovrà seguire nel caso di successiva deliberazione sulla medesima proposta»*<sup>288</sup>.

Con riguardo, in particolare, al giudizio di impugnazione delle delibere assembleari, occorre ricordare come anche la dottrina tedesca si sia soffermata ad analizzare il problema del ri-esercizio del potere a seguito dell'accoglimento dell'azione di annullamento delle delibere assembleari delle società di capitali<sup>289</sup>. Nell'ordinamento tedesco, sulla base del principio di parità delle armi delle parti processuali, la dottrina, ha ritenuto che lo stesso vincolo che l'accertamento giudiziale della validità della delibera crea in capo al socio impugnante, scaturisca a seguito dell'annullamento della delibera invalida in capo alla società (nello specifico in capo all'assemblea), e che a tale vincolo la stessa debba adeguarsi, con conseguente obbligo di voto conforme al giudicato<sup>290</sup>.

In questo modo si riesce a garantire anche per l'attore un *«accertamento che valga per il futuro e impedisca che, di fronte alla delibera contra jus egli si trovi nella posizione di chi comincia per la prima volta un processo»*<sup>291</sup>.

Viene percorsa, dunque, anche in ambito societario, quella strada che in punto di giustizia amministrativa già si era tentato di percorrere, andando a *«ricercare nella sentenza un accertamento che sia in grado di proiettarsi anche sulle vicende future del rapporto e di vincolare, in particolare, le successive esplicazioni del medesimo potere»*<sup>292</sup>.

---

*mai sostituirsi nell'esercizio del potere a coloro che lo hanno posto in essere, perché il suo compito sarà piuttosto verificare l'esistenza del potere e controllare il rispetto delle modalità di esercizio di esso, per accertare l'idoneità dell'atto a determinare il sorgere delle situazioni soggettive conseguenti».*

<sup>288</sup> A. DE PRA, *op. cit.*, p. 948.

<sup>289</sup> Il riferimento è all'opera di P. ARENS, *Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren*, Bielefeld, Deutscher Heimatverlag Ernst und Werner Giesecking, 1960, p. 118 ss., citata da B. SASSANI, *op. cit.*, p. 268

<sup>290</sup> B. SASSANI, *op. cit.*, p. 268. Nello stesso senso, si veda A. DE PRA, *op. cit.*, p. 949-950, secondo il quale *«è quindi possibile sostenere che una volta divenuta definitiva la sentenza di annullamento della deliberazione negativa, vuoi in ragione di un voto espresso in conflitto d'interessi vuoi in conseguenza di un comportamento altrimenti ritenuto abusivo, vi sia un obbligo in capo all'organo amministrativo di procedere tempestivamente alla convocazione dell'assemblea affinché in quella sede i soci, sulla base delle motivazioni della sentenza di annullamento, esprimano il voto in modo conforme al giudicato».*

<sup>291</sup> B. SASSANI, *op. cit.*, p. 269.

<sup>292</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 267. Nello stesso modo A. DE PRA, *op. cit.*, p. 948 ss. parla di *«possibilità di attribuire una funzione ulteriore all'azione di annullamento: non solo repressiva dei comportamenti antigiuridici, legata all'efficacia costitutiva, ma anche preventiva di ulteriori violazioni e in grado di proiettare l'efficacia dell'accertamento (contenuto nella sentenza) sui comportamenti futuri, individuando la regula iuris che le parti del rapporto (di durata) devono rispettare».*

Il processo sull'impugnazione delle delibere, ponendosi, analogamente al processo amministrativo, solamente come una parentesi nel flusso dell'esercizio del potere<sup>293</sup>, riuscirebbe in questo modo, infatti, ad incardinare il futuro esercizio del potere assembleare e a garantire, così, all'impugnante la reintegrazione dell'interesse leso dal comportamento abusivo o in conflitto di interessi di chi, in modo pretestuoso, si oppone all'approvazione della proposta assembleare, costringendo il socio interessato alla delibera positiva ad una serie di impugnazioni<sup>294</sup>.

Infatti, una volta accolta l'idea secondo la quale «*il primo giudicato è efficace nel successivo processo relativo ad una deliberazione diversa, ma avente il medesimo contenuto*»<sup>295</sup>, si deve ritenere che di fronte alla reiterazione del comportamento viziato e giudizialmente accertato nel primo processo, il giudice del secondo processo debba limitarsi a prendere atto dell'esistenza del giudicato e accogliere la domanda di impugnazione.

Occorre sottolineare, tuttavia, come l'efficacia conformativa della sentenza passata in giudicato nel nuovo processo di impugnazione dipenda dal motivo su cui si fonda la prima decisione: il secondo giudice è vincolato a ritenere invalida una delibera che reiteri il vizio già censurato dal primo giudice, talché qualora la nuova delibera non presenti quel vizio, la domanda di impugnazione potrebbe essere rigettata<sup>296</sup>.

Come è desumibile da tali osservazioni, la portata della *regula iuris pro futuro* contenuta nella motivazione della sentenza di annullamento dipende molto dal modo in cui è formulata la domanda di annullamento: infatti, quanti più vizi vengono lamentati dall'attore ed accolti dal giudice, tanto più ampio sarà il contenuto del divieto di reiterazione per l'assemblea<sup>297</sup> (sul punto, infatti, si ricorda che ogni vizio lamentato costituisce un motivo di invalidità).

---

<sup>293</sup> Come «*un momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà*», I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 610. Nello stesso senso si veda S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 267 e p. 441.

<sup>294</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 490 ss.

<sup>295</sup> A. MOTTO, *op. cit.*, p. 251.

<sup>296</sup> *Ivi*, p. 252 ss. In questo senso si veda anche S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 497 ss., spec. p. 498, dove l'autore afferma che «*attraverso l'individuazione della regola concreta di comportamento, mediante la fissazione del divieto insito nella pronuncia caducatoria, viene determinato un elemento della fattispecie oggetto del secondo giudizio. In altri termini, viene individuata la norma concreta - il parametro normativo di legittimità - alla quale il giudice si dovrà attenere per valutare le successive effusioni del potere di identico contenuto. Ne consegue che nel processo avente ad oggetto una delibera di contenuto analogo a quella annullata non si potrà nuovamente discutere sulla validità della stessa, ma il giudice, accertata l'identità di contenuto della deliberazione, dovrà semplicemente pronunciarne l'annullamento. Ovviamente anche in questa ipotesi il giudicato sarà superabile in base alle regole generali, ove successivamente alla formazione del giudicato sopravvengano mutamenti della situazione di fatto e di diritto*».

<sup>297</sup> Si veda sul punto anche A. MOTTO, *op. cit.*, p. 255-256, dove afferma che «*poiché la regola precettiva dipende dal contenuto dell'accertamento, questa potrà investire un più ampio spettro della fattispecie del potere, allorché a fondamento della decisione siano posti più vizi di invalidità della delibera*».

In dottrina, è stato affermato che il quantitativo di vizi che vengono dedotti dall'attore comporti delle conseguenze anche sul piano della tecnica decisoria: come in presenza di un'impugnazione che denuncia sia vizi di tipo formale che di tipo sostanziale, si ritiene che il giudice non debba arrestarsi ad accertare la sussistenza dei vizi formali, pur sufficienti all'accoglimento della domanda, ma debba anche andare a sindacare i vizi sostanziali, così qualora sia dedotta una pluralità di vizi, si ritiene che il giudice debba spendersi per accertarli tutti. Questo proprio per garantire un vincolo quanto più ampio possibile al nuovo esercizio del potere e così assicurare una tutela quanto più effettiva ed efficace al socio impugnante<sup>298</sup>.

Sul punto, in realtà, non si vede come possa l'attore configurare un vero e proprio «vincolo al potere decisorio del giudice»<sup>299</sup>, indicando allo stesso come svolgere la propria funzione di giudicante; chi scrive, invero, condivide il parere di quanti in dottrina sottolineano come l'effetto conformativo sia nella disponibilità del giudice: «*il ricorrente può, al più, spingere, attraverso un'accorta esposizione dei motivi, verso la determinazione dell'effetto conformativo, ma se il giudice non lo coglie o non intende prenderlo in considerazione, il ricorrente non ha rimedio*»<sup>300</sup>.

L'effetto conformativo, infatti, non è un effetto ordinariamente presente nelle sentenze di annullamento, ma è solamente eventuale<sup>301</sup>.

Questo aspetto circoscrive l'utilità di fare leva sul cd. effetto conformativo della sentenza al fine di enucleare quella forma di tutela efficace ed efficiente, che in questa sede si sta cercando di conseguire.

A ciò si aggiunga quanto evidenziato alla fine del secolo scorso circa la maggior difficoltà nel riconoscere la capacità della sentenza di annullamento di creare questi vincoli *pro futuro* in capo alla parte privata soccombente piuttosto che in capo all'amministrazione<sup>302</sup>.

È stato rilevato, inoltre, come, anche qualora si volesse ammettere che dal giudicato di annullamento discenda un tale vincolo *pro futuro* nei confronti dell'organo assembleare, tale vincolo «*finirebbe per offrire gran poca effettività ai fini dell'inibizione della*

---

*l'effetto conformativo riguardo alla rinnovazione del potere, investendo più profili della disciplina di esercizio del potere, sarà corrispondentemente più ampio e minore risulterà l'area di impregiudicato esercizio di questo».*

<sup>298</sup> Ivi, p. 256.

<sup>299</sup> Ibidem.

<sup>300</sup> E. FOLLIERI, *Le azioni costitutive*, cit., p. 197.

<sup>301</sup> C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, Giappichelli, Torino, 2023, p. 641, spec. p. 643.

<sup>302</sup> B. SASSANI, *op. cit.*, p. 228.

*reiterazione futura*»<sup>303</sup> e questo proprio in virtù del «*mutamento dello stato di fatto in cui il giudice ha accertato la sussistenza dell'abuso o del conflitto di interessi*»<sup>304</sup> che potrebbe derivare dal lasso di tempo intercorrente tra l'emanazione della sentenza e la formazione del giudicato a cui l'assemblea dovrebbe ottemperare.

Non sembrerebbe, così, assicurata l'effettività della tutela giurisdizionale, che proprio tale allargamento degli effetti della sentenza voleva assicurare.

Tra l'altro, occorre sottolineare come una ricostruzione estensiva dell'accertamento contenuto nel giudicato costitutivo di annullamento, e che, dunque, ricomprenda nel suo oggetto anche il rapporto tra le parti<sup>305</sup>, abbia sollevato alcune perplessità tra gli studiosi in ambito amministrativo.

Una parte della dottrina, in particolare, non ritiene sia ricavabile dalle norme che disciplinano il processo amministrativo di legittimità «*alcun elemento che possa suffragare la tesi che esso sia diretto ad accertare – e così a determinare – quale sia la regola cui devono informarsi i rapporti tra le parti, ovvero la meritevolezza della pretesa materiale del ricorrente*»<sup>306</sup>.

Così, tale orientamento configura l'oggetto del giudicato amministrativo in maniera più ristretta, escludendo che la sentenza di accoglimento della domanda di annullamento possa comportare «*l'attribuzione, al ricorrente vittorioso dell'utilità sostanziale finale cui aspira*»<sup>307</sup>, e che dunque il giudicato contenga l'accertamento della relativa spettanza.

L'accoglimento del ricorso avverso un provvedimento di diniego non dà al ricorrente quello che nella formula chiovendiana viene chiamato il bene della vita a cui il ricorrente aspira, e quindi il provvedimento positivo: l'annullamento del provvedimento di diniego avvicina il ricorrente alla risoluzione del problema della spettanza del bene della vita, ma non comporta l'obbligo per l'amministrazione di emanare un provvedimento positivo.

Al riconoscimento che il giudicato delle sentenze costitutive del giudice amministrativo cada sul rapporto si oppongono le disposizioni di cui all'art. 34 del codice del processo amministrativo.

L'art. 34 c.p.a., infatti, prevede che, qualora accolga il ricorso di impugnazione, il giudice possa, oltre ad annullare l'atto, condannare la P.A. «*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*» (art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a.) e disporre «*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle*

---

<sup>303</sup> Così, proprio con riguardo alla impugnazione di delibere societarie: S. DALLA BONTÀ, *op. cit.*, p. 229-230.

<sup>304</sup> M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1162.

<sup>305</sup> Si veda sul punto B. SASSANI, nt. 286.

<sup>306</sup> C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., p. 287.

<sup>307</sup> C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, cit., p. 648.

*pronunce non sospese»* (art. 34, co. 1, lett. e), c.p.a.): questo, tuttavia esclusivamente nei limiti della domanda giudiziale, con il divieto di poter *«pronunciare con riferimento ai poteri amministrativi ancora non esercitati»* (art. 34, co. 2, c.p.a.).

Di conseguenza, qualora non fossero presentate le apposite domande per l'ottenimento delle misure di cui all'art. 34, co. 1, c.p.a., la decisione sulla domanda di annullamento sarebbe *«di per sé insufficiente a conformare compiutamente il rapporto sostanziale tra le parti, la cui compiuta e definitiva conformazione è anzi preclusa in via generale al giudice laddove essa postuli l'esercizio di poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.)»*<sup>308</sup>.

Secondo questo orientamento, il problema della ripetibilità delle controversie può essere risolto non già passando attraverso una forzatura del giudicato, bensì ripercorrendo *«le strade già aperte e ben battute dalla giurisprudenza [...], o per quelle di recente enunciate da autorevole dottrina [...]: dottrina la quale propone di concentrare nel giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo dispone di giurisdizione estesa al merito e del potere di sostituirsi all'amministrazione, ogni questione di spettanza del bene della vita preteso dal ricorrente vittorioso a seguito di un (primo e unico) giudizio di cognizione»*<sup>309</sup>.

Infatti, preme ricordare che il nostro ordinamento funziona secondo il criterio ordinatore della competenza. Il potere discrezionale è una prerogativa dell'amministrazione ed il giudice amministrativo nel giudizio di legittimità deve limitarsi a sindacare, appunto, la legittimità dell'atto amministrativo oggetto di ricorso.

Il giudice in sede di giudizio di legittimità non può sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale: questo il giudice può farlo solo nei casi in cui la legge gli attribuisce la giurisdizione estesa al merito – che sono *numerus clausus* – tra cui va annoverato il giudizio di ottemperanza.

Le regole ricavabili dal contenuto conformativo della pronuncia costitutiva sono regole i) indirette, in quanto desumibili solo a contrario dalla sentenza; ii) incomplete, in quanto inidonee *«a definire completamente i profili per i quali l'attività amministrativa successiva alla sentenza di annullamento può dirsi vincolata»*<sup>310</sup>; ii) elastiche *«perché la sentenza né individua concretamente quello che l'amministrazione è tenuta a fare per ripristinare la situazione quale essa era prima del provvedimento annullato, né potrebbe recare tale individuazione, nell'effettuare la quale occorre tener conto di situazioni sopravvenute e valutarne la resistenza alla necessità giuridica del ripristino»*<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> *Ibidem*.

<sup>309</sup> *Ivi*, p. 652.

<sup>310</sup> C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., p. 297.

<sup>311</sup> *Ivi*, p. 297-298.

Tali regole indirette, incomplete ed elastiche si prestano ad essere esplicitate proprio in sede di giudizio di ottemperanza.

In ambito amministrativo si è arrivati a parlare, allora, di giudicato a formazione progressiva, in virtù del fatto che «*il giudizio di ottemperanza viene configurato come prosecuzione di quello impugnatorio, perché la sentenza che conclude questo non definisce il rapporto né l'assetto degli interessi*»<sup>312</sup>, ed è, anzi, in sede di giudizio di ottemperanza – nel quale, va ribadito, il giudice ha la giurisdizione estesa al merito – che l'oggetto di accertamento giudiziale del giudizio di cognizione si presta ad essere affinato.

Dunque, è proprio la sussistenza in capo all'amministrazione del potere discrezionale (che è esclusivo di questa, salvi i casi di giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito) che impedisce al giudice di dettare la regola del rapporto tra le parti, andando ad indicare il tipo di provvedimento che la P.A. deve andare ad emanare nel caso concreto ed in questo modo risolvendo definitivamente il problema della spettanza del bene della vita.

Il contenuto conformativo della sentenza costitutiva di annullamento altro non fa che individuare i limiti che l'amministrazione deve rispettare nel ri-esercizio del proprio potere, in quanto oggetto di accertamento giudiziale o comunque ricavabili dalla sentenza costitutiva<sup>313</sup>, e non individua invece la «*regola concreta di esercizio del potere, a cui deve conformarsi il soggetto attivo, in occasione di futuri atti di esercizio*»<sup>314</sup>.

Alla discrezionalità della pubblica amministrazione si sostituisce, in ambito societario, l'autonomia privata dell'assemblea<sup>315</sup>, che sembra escludere che la sentenza di annullamento della delibera possa arrivare a configurare addirittura uno specifico obbligo di voto in capo ai soci: tale sentenza si limita a porre esclusivamente un limite negativo nei confronti della successiva attività societaria<sup>316</sup>, impedendo, così, di reiterare il medesimo comportamento invalido accertato.

---

<sup>312</sup> *Ivi*, p. 301.

<sup>313</sup> C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, cit., p. 643.

<sup>314</sup> A. MOTTO, *op. cit.*, p. 252, che richiama il pensiero di M. NIGRO, si veda nt. 274.

<sup>315</sup> In questo senso si veda *supra* nt. 14 che cita M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 343.

<sup>316</sup> R. SACCHI, *Gli effetti*, cit., p. 158. Nello stesso senso si veda M. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 1165, secondo il quale «*d'altronde, opinando diversamente si dovrebbe concludere per una generale ammissibilità del potere di costituire direttamente con sentenza gli effetti della delibera positiva: non sarebbe ragionevole demandare all'assemblea il compito di procedere ad una nuova votazione, se la sentenza di annullamento potesse predeterminare in positivo la condotta dei soci*». Anche A. MOTTO, *op. cit.*, p. 254, che sottolinea come «*la regola precettiva discendente dal giudicato in ordine a futuri atti di esercizio del potere è formulata costantemente in senso negativo: essa non dice mai come il potere deve essere esercitato per produrre validamente l'effetto giuridico, ma solo come questo non deve essere esercitato perché esso risulti senz'altro invalido*». Da ciò, secondo l'autore, discenderebbe anche la difficoltà di interpretare il contenuto della motivazione.

Quanto affermato sembra essere suffragato dalla difficoltà di immaginare la figura di un giudice-imprenditore in grado di «penetrare e incidere sulle mutevoli relazioni endo- ed extrasocietarie, di per sé inserite in un contesto associativo e sempre a forte connotazione economico-imprenditoriale»<sup>317</sup>: ancora una volta d'ostacolo è la *business judgment rule*.

Sulla base di quanto rilevato, chi scrive concorda con quanti in dottrina scetticamente escludono che l'efficacia conformativa della sentenza di annullamento della delibera negativa possa andare oltre al mero obbligo di riconvocazione dell'assemblea, imponendo all'organo decisorio di mutare indirizzo<sup>318</sup>. In questo modo, però, – come visto *supra* – non sarebbe affatto assicurata la soddisfazione dell'interesse positivo del socio impugnante.

Altra parte della dottrina, evidenziando come il divieto di reiterare il comportamento invalido evincibile dal contenuto conformativo della sentenza di annullamento non offra sufficienti garanzie, ha ritenuto che dalla sentenza siano evincibili anche degli obblighi in capo allo stesso presidente dell'assemblea, che gli impongono di evitare che l'assemblea reiteri le invalidità già giudizialmente accertate<sup>319</sup>.

Secondo questa ricostruzione dopo la sentenza di accoglimento dell'impugnazione, laddove il socio di cui è stata accertata la posizione del conflitto di interessi, o il comportamento abusivo, dovesse riesprimersi «nel (medesimo, nds) senso già giudicato invalido», si dovrebbe riconoscere in capo al presidente un obbligo di fare infungibile «di espungere i voti dei soggetti dal novero di quelli validi»<sup>320</sup>.

In questi casi, qualora il presidente risulti inadempiente a tali obblighi, andrà incontro a «responsabilità risarcitoria di concreta azionabilità» e sarà possibile il ricorso allo strumento all'*astreinte* di cui art. 614-bis c.p.c. per rendere «l'obbligo gravante sul presidente coercibile in via indiretta»<sup>321</sup>.

Tuttavia, deve rilevarsi che questa stessa dottrina ha evidenziato le difficoltà dell'applicazione della misura coercitiva indiretta al caso di specie, in particolare perché l'obbligo gravante sul presidente dell'assemblea non troverebbe esplicitazione nel dispositivo della sentenza, ma si ricaverebbe solo indirettamente dal suo contenuto conformativo, e dunque dalla motivazione<sup>322</sup>.

---

<sup>317</sup> S. DALLA BONTÀ, *op. cit.*, p. 228.

<sup>318</sup> M. CIAN, *Abus d'égalité*, cit., p. 406-407.

<sup>319</sup> D. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 192 ss.

<sup>320</sup> *Ivi*, p. 194. Infatti l'Autrice sottolinea come in questi casi non sarebbe usurpata la discrezionalità dei soci essendosi essi «già espressi nel senso di non volere quella delibera».

<sup>321</sup> *Ibidem*.

<sup>322</sup> *Ivi*, p. 194-195, spec. nt. 16.

È evidente come questa ricostruzione appaia, forse, un po' complessa e non del tutto appagante, se sol si rileva come la configurazione di tale obbligo in capo al presidente dell'assemblea non escluderebbe il dovere per l'impugnante di ricorrere nuovamente in giudizio, anche solo per esperire un'azione di condanna nei confronti del presidente stesso laddove inadempiente.

In quest'ottica, qualora, ancora una volta, non si ritenesse possibile configurare in capo al giudice il potere di sostituire la delibera negativa illegittima con una di segno positivo, al socio rimarrebbe esclusivamente la possibilità di esperire il rimedio meramente risarcitorio.

### **3.2.1 ii) La tutela risarcitoria come rimedio residuale (e insoddisfacente)**

Chi ritiene che *«l'espressa sanzione di annullabilità, nei casi di voto invalido o erroneamente conteggiato "marginale", indica una chiara opzione legislativa in ordine al contenuto dei poteri dell'autorità giudiziaria»*<sup>323</sup>, in questo modo escludendo che l'intervento del giudice possa avere un carattere ulteriore rispetto a quello cassatorio della delibera negativa impugnata *ex art. 2377 c.c.*, accorda al socio una tutela sul piano meramente risarcitorio.

Già si è detto che con la riforma del diritto societario del 2003, l'accento posto sull'esigenza di stabilità sembra aver spostato l'asse della tutela dal piano reale verso quello obbligatorio, e ciò appare evidente dalla previsione all'interno della disciplina delle s.p.a. di una soglia minima di partecipazione al capitale richiesta ai fini dell'impugnazione della delibera<sup>324</sup>.

È bene sottolineare, tuttavia, come l'azione risarcitoria qui in questione non sia la stessa prevista dal co. 4 dell'art. 2377 c.c. come rimedio alternativo per i soci che non rappresentano la parte di capitale necessaria ai fini della proposizione dell'impugnativa di cui al terzo comma<sup>325</sup>.

Tale azione, come già visto *supra* vede come legittimata passiva la società e come legittimati attivi anche i soci che possiedono la quota di partecipazione che permette loro di esperire la domanda di annullamento, in questo caso potendo ottenere il risarcimento dei danni che non sono stati eliminati dall'annullamento della delibera.

Differente è, dunque, l'azione risarcitoria di cui qui si discute, la quale è stata, invero, indicata in dottrina quale l'unico rimedio utilmente esperibile innanzi ad una

---

<sup>323</sup> C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 1057.

<sup>324</sup> Si veda *supra* paragrafo 1.1.

<sup>325</sup> G. MINA, *Problematiche relative alle disfunzioni decisionali dei soci nelle società di capitali*, in *Soc.*, n. 1, 2016, p. 13, spec. p. 24.



pronuncia negativa illegittimamente adottata: in questo senso non riconoscendo al socio una tutela forte sul piano reale, nella seconda metà dello scorso decennio, taluno ha affermato che «*la reazione all'abuso del potere di veto consumato in assemblea [...] sembra perciò necessariamente destinata a svilupparsi sul terreno del risarcimento dei danni*»<sup>326</sup>.

Si tratta del rimedio del risarcimento del danno per equivalente, che trova fondamento «*nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, quali gli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione dei rapporti contrattuali*»<sup>327</sup>.

Sul punto si ricorda quanto già esposto *supra*, circa il fatto che nell'esecuzione del contratto di società i soci debbano seguire un comportamento ispirato all'obbligo di buona fede oggettiva (o correttezza), di conseguenza, l'esercizio del voto in conflitto d'interessi o in modo abusivo si porrebbe proprio in violazione a tale obbligo di comportamento, configurando in capo ai soggetti che hanno esercitato in modo invalido (illegittimo ovvero abusivo) il proprio diritto di voto una responsabilità avente fonte contrattuale<sup>328</sup>.

Per quanto riguarda i soggetti legittimati a far valere tale azione, secondo l'opinione preferibile, «*i soggetti rispettivamente creditore e debitore della prestazione risarcitoria coincidono [...] con i soggetti rispettivamente creditore e debitore della prestazione rimasta inadempita*»<sup>329</sup>, e, dunque, titolari passivi sono i soci che hanno esercitato in modo invalido il proprio diritto di voto, mentre titolari attivi sono i soci che sono stati pregiudicati da tale comportamento *latu sensu* abusivo<sup>330</sup>.

Per quanto riguarda la società, si ritiene dover escludere la configurabilità in capo alla stessa di un'azione di risarcimento del danno provocato da violazione degli obblighi di buona fede, non facendo questa parte del contratto sociale<sup>331</sup>.

---

<sup>326</sup> R. RORDORF, *Minoranza di blocco*, cit., p. 1452.

<sup>327</sup> M. C. CORRADI, *op. cit.*, p. 838.

<sup>328</sup> In questo senso A. NUZZO, *op. cit.*, p. 225 ss., che afferma che «*in fase esecutiva, si è detto, sui contraenti grava l'obbligo di salvaguardia delle altrui utilità, sulla base ed all'interno del piano negoziale di riferimento. Così, il contraente che viola l'obbligo di salvaguardia non esegue esattamente la prestazione dovuta, e la violazione dell'obbligo di salvaguardia costituisce perciò inadempimento contrattuale. Gli "abusi" dei soci di società di capitali nell'esercizio del voto in assemblea comportano responsabilità da inadempimento contrattuale ed obbligano al risarcimento del danno cagionato agli altri soci*». Nello stesso senso P. P. FERRARO, *op. cit.*, p. 670, dove afferma come in questi casi ricorra una «*responsabilità contrattuale, che cioè deriva dall'inadempimento da parte del socio a un dovere comportamentale inerente il rapporto sociale*».

<sup>329</sup> A. NUZZO, *op. cit.*, p. 263.

<sup>330</sup> In questo senso si esprime anche A. MIRONE, *op. cit.*, p. 448, con riferimento all'abuso di maggioranza, «*la sanzione consiste nell'annullamento della delibera, come si è detto, ma anche, ove la rimozione dell'atto non basti, nel risarcimento del danno a carico dell'azionista e a favore dei soci danneggiati*»; p. 450, con riferimento all'abuso di minoranza, «*rispetto a tali situazioni, deve certamente riconoscersi la responsabilità civile dell'azionista che abbia tenuto una condotta abusiva*».

<sup>331</sup> Sul punto si veda A. NUZZO, *op. cit.*, p. 265, secondo il quale «*la violazione della clausola di buona fede nei rapporti tra i soci non coinvolge direttamente la società; se anche il comportamento del socio abbia portato all'adozione di una delibera, l'invalidità di questa, unitamente al danno eventualmente*

Il fondamento di un'eventuale azione risarcitoria in capo alla società deve essere rinvenuto altrove.

Occorre prima verificare se e quando sia configurabile un'azione risarcitoria in capo alla società. Questa non sembra configurabile laddove i soci perseguano un interesse sociale contrario a quello di altra parte della compagine sociale (esercizio di voto abusivo in senso stretto), in quanto i soci siano liberi di votare e «*la violazione dell'obbligo di salvaguardia (di interessi di altri soci) non coinvolge sul piano giuridico la società neppure qualora questa in punto fatto (da un diverso comportamento) avrebbe potuto avere un beneficio o evitare una perdita*»<sup>332</sup>.

Una responsabilità nei confronti della società potrebbe ravvisarsi, invece, laddove il socio eserciti il proprio voto in conflitto con l'interesse della società, in violazione dell'art. 2373 c.c.<sup>333</sup>.

In tale caso la responsabilità del socio in conflitto troverebbe la propria fonte non certo nella violazione dell'obbligo di buona fede contrattuale, che, come visto, obbliga i soci tra loro, ma nella violazione del principio generale del *neminem ledere*, configurandosi, dunque, tale responsabilità quale extracontrattuale<sup>334</sup>.

Di conseguenza l'azione risarcitoria di cui si discute si distinguerebbe da quella ex art. 2377, co. 4, c.c. proprio con riferimento ai legittimati passivi: infatti, sia nel caso del conflitto d'interessi, quanto nel caso dell'esercizio abusivo del diritto di voto, si ritiene che

---

*procurato agli altri soci, rappresenta solo un effetto dell'inadempimento del socio; la delibera non costituisce fattore rilevante quanto alla legittimazione all'azione di danno». In senso analogo si esprime R. RORDORF, Minoranza di blocco, cit., p. 1455, secondo il quale «la scelta di far emergere la trama degli obblighi contrattuali esistenti tra i soci pur durante la vita della società [...] impone, per coerenza, di negare che nella partecipazione di ciascun socio al funzionamento degli organi sociali e nelle modalità in cui essa concretamente si esplica possano esser ravvisati gli estremi di un qualche rapporto contrattuale tra il socio stesso e la società. Non è in discussione il fatto che questa continui ad esistere come persona giuridica distinta dai propri soci e sotto molti aspetti a rappresentare un centro di interessi autonomo da essi; ma, se e quando l'ordinamento appresta tutela anche agli interessi sottostanti alla persona giuridica, ed a tal fine impone di penetrare sotto il suo velo, è giocoforza che la società esca di scena e che i soci restino a confrontarsi da soli sul terreno dei rapporti che hanno contrattualmente intrecciato».*

<sup>332</sup> A NUZZO, *op. cit.*, p. 269 «*la violazione dell'obbligo di salvaguardia (di interessi di altri soci) non coinvolge sul piano giuridico la società neppure qualora questa in punto fatto (da un diverso comportamento) avrebbe potuto avere un beneficio o evitare una perdita*».

<sup>333</sup> *Ivi*, p. 267 «*l'unico limite che, rispetto alla società, i soci incontrano al momento dell'esercizio del diritto di voto è come detto costituito dalla situazione di conflitto di interesse. Ogni altra posizione del socio nell'esercizio del diritto di voto non può, di conseguenza, essere ricondotta al rapporto socio-società. Ciò già consentirebbe di escludere, per fattispecie che non siano riconducibili all'art. 2373 c.c., una qualsiasi responsabilità, e quindi legittimazione al risarcimento, del socio verso la società o viceversa*»; p. 268 che sottolinea come il socio sia «*libero di determinare la propria volontà in assemblea, salvo il caso di conflitto di interessi; proprio l'esistenza di tale limite induce correttamente a ritenere che là dove il socio non sia portatore per conto proprio o di terzi di un interesse in conflitto, egli possa liberamente decidersi, senza che da ciò ne derivi responsabilità verso la società*».

<sup>334</sup> *Ibidem*.

i soggetti legittimati passivi siano i soci che abbiano esercitato il loro voto in conflitto d'interessi o in modo abusivo, e non invece la società<sup>335</sup>.

Focalizzandosi il nostro studio sul tipo di tutele conseguibili dal socio impugnante, ci si concentrerà, ora, sul tipo di danno di cui il socio impugnante può pretendere il risarcimento, tralasciando l'eventuale azione di risarcimento del danno della società.

Per quanto riguarda il risarcimento del danno, trattandosi di responsabilità contrattuale, si seguono «*le regole generali in tema di risarcimento da inadempimento contrattuale*»<sup>336</sup>. Il risarcimento comprende sia la perdita che il mancato guadagno ed il danno è risarcibile se ed in quanto sia conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento (art. 1223 c.c.)<sup>337</sup>. Ci si chiede se il danno risarcibile sia solo il danno diretto, cioè quello immediatamente realizzato nel patrimonio del socio, oppure anche il danno indiretto, e cioè quello che il socio subisce di riflesso, come perdita di valore della propria partecipazione sociale, per il pregiudizio arrecato al patrimonio sociale. Le indicazioni in ambito societario non sono univoche<sup>338</sup>, ma «*sembrano muovere nel senso di una considerazione ampia del danno di cui il socio può chiedere il risarcimento in conseguenza di un esercizio illegittimo dell'attività sociale*»<sup>339</sup>. Con riferimento al voto

---

<sup>335</sup> In questo senso si veda in particolare A. GAMBINO, *sub art. 2373 c.c.*, in Commentario del codice civile, diretto da Enrico Gabrielli, UTET giuridica, Torino, 2015, p. 1625, spec. p. 1634-1635, «*per quanto concerne la responsabilità della società per l'attività in conflitto di interessi o abusiva del socio di maggioranza nell'esercizio del voto che abbia provocato la reiezione di una proposta vantaggiosa per la società, l'imputabilità alla società per l'assenza di deliberazione provocata dal voto abusivo della maggioranza non trova conforto in disposizioni o principi. Al contrario, poiché il comportamento abusivo nell'esercizio del voto può aver comportato un pregiudizio alla società, a questa compete in via primaria la legittimazione attiva per il ristoro della perdita di chances conseguente alla mancata deliberazione. Appare quindi in via di principio paradossale una tesi che imputi alla società l'illecito del socio di maggioranza dal quale la società ha diritto di essere risarcita*».

Sul punto si veda anche A. NUZZO, *op. cit.*, p. 265 ss.

<sup>336</sup> A. NUZZO, *op. cit.*, p. 227.

<sup>337</sup> Sul punto P. P. FERRARO, *op. cit.*, p. 671 sottolinea come l'attore sia sottoposto ad un onere probatorio «*particolarmente gravoso [...] dovendo l'attore non solo allegare la specifica condotta illecita imputabile ai convenuti, ma anche dimostrare il danno (nel suo preciso ammontare) e il nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso*». Inoltre, A. NUZZO, *op. cit.*, p. 229, sottolinea come qualificandosi in risarcimento in parola quale risarcimento per equivalente occorrerebbe confrontare la «*la situazione patrimoniale (ovviamente, per gli aspetti riferibili alla partecipazione societaria) in cui il socio si sarebbe trovato per il caso di adempimento dell'obbligo di salvaguardia e quella in cui si viene invece a trovare a causa dell'inadempimento*».

<sup>338</sup> Sul punto si veda R. RORDORF, *Minoranza di blocco*, cit., p. 1455, che ricorda come «*da un lato il legislatore continua a negare la risarcibilità dei danni indiretti che il socio abbia subito per fatto dell'amministratore (art. 2395 c.c.), ma, d'altro lato, sembra invece consentire anche il ristoro di quel tipo di danni in presenza di deliberazioni illegittime dell'assemblea ogni qual volta i soci titolari di partecipazioni inferiori ad una determinata soglia non dispongano di altra forma di tutela (art. 2377, comma 4, c.c.), e certamente la risarcibilità del danno indiretto è ammessa in caso di responsabilità della capogruppo per violazione degli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società controllata (art. 2497 c.c.)*».

<sup>339</sup> P. P. FERRARO, *op. cit.*, p. 670.

negativo abusivo, in quanto diretto a ledere direttamente l'interesse del socio impugnante, non sembrerebbe porsi il problema del danno indiretto<sup>340</sup>.

Il problema non può essere così aggirato, invece, con riferimento alla fattispecie del conflitto d'interesse, in quanto il comportamento del socio si ponga in contrasto con l'interesse della società: in queste ipotesi, al contrario, «*il danno della minoranza rappresenta normalmente un danno indiretto, costituito dalla perdita di valore della partecipazione posseduta in conseguenza del danno subito dalla società, anche nella forma di perdita di chances*»<sup>341</sup>.

Sul punto, si richiama la Corte di Cassazione sentenza n. 5913/2000<sup>342</sup>, la quale, con riferimento sia alla responsabilità extracontrattuale che contrattuale, afferma che «*il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della cd. regolarità causale, con la conseguenza che, ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il rapporto fra illecito ed evento può anche non essere diretto ed immediato se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, sempre che, nel momento in cui si produce l'evento causante, le conseguenze dannose di esso non appaiono del tutto inverosimili (combinazione della teoria della "condicio sine qua non" con la teoria della "causalità adeguata")*»<sup>343</sup>. Conseguenza sarebbe che la perdita di valore della partecipazione sociale conseguente al depauperamento del patrimonio sociale costituirebbe conseguenza immediata e diretta della condotta invalida<sup>344</sup>.

Analizzando il rimedio risarcitorio, si profila immediatamente il tema della sua autonomia rispetto alla tutela demolitoria: in altre parole ci si deve interrogare sulla pregiudizialità o meno dell'azione di impugnativa rispetto a quella risarcitoria.

Tale pregiudizialità, in particolare, è stata affermata in giurisprudenza dal Tribunale di Catania, Sez. IV, 10 agosto 2007<sup>345</sup> in un giudizio avente ad oggetto un'azione di risarcimento dei danni provocati dalla mancata approvazione del bilancio sociale a causa

---

<sup>340</sup> Sul punto si veda A. NUZZO, *op. cit.*, p. 251, che con riferimento all'abuso di minoranza afferma che «*il patrimonio del socio vittima dell'abuso è direttamente leso dal comportamento della minoranza, perché ad esso autonomamente appartiene l'interesse la cui lesione qualifica la condotta della minoranza come inadempimento*».

<sup>341</sup> A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 1637, il quale esclude la risarcibilità del danno indiretto subito dai soci quale perdita di valore della propria partecipazione sociale.

<sup>342</sup> Cass. civ., Sez. III, 9 maggio 2000, n. 5913, in banca dati One legale.

<sup>343</sup> Cass. civ., Sez. III, 9 maggio 2000, n. 5913, in *Mass. giur. it.*, 2000.

<sup>344</sup> P. P. FERRARO, *op. cit.*, p. 670.

<sup>345</sup> Tribunale di Catania, Sez. IV, Sent., 10 agosto 2007, in *Corr. giur.*, n. 3, 2008, p. 397, così massimata «*In caso di mancata approvazione del bilancio per effetto del voto contrario illegittimamente espresso dai soci titolari della metà del capitale sociale, i legittimati all'azione invalidatoria non possono agire per il risarcimento dei danni, nei confronti dei soci ostruzionisti, se non richiedendo pregiudizialmente l'invalidazione della delibera negativa incriminata*».

dell'abusiva e contraria a buona fede opposizione in assemblea dei soci titolari della metà del capitale sociale, e confermata nel successivo giudizio di appello del 21 luglio 2014<sup>346</sup>.

Il ragionamento seguito dalla Corte è quello secondo il quale, in assenza di tempestiva impugnazione, le delibere assembleari, anche se illegittime, vincolano tutti i soci come se fossero legittime e nei confronti delle delibere legittime, o che tali devono intendersi, non possono esperirsi azioni risarcitorie<sup>347</sup>.

La posizione condivisa dalle due corti catanesi di I e II grado in merito alla necessità della previa impugnazione della delibera illegittima ai fini della promozione dell'azione di risarcimento dei danni dalla stessa provocati viene espressamente criticata da una parte della dottrina<sup>348</sup>, la quale ritiene che «*il carattere della vincolatività*» della delibera sia in realtà «*slegato da quello della legittimità*»<sup>349</sup>: la mancata impugnazione della delibera illegittima non la rende legittima, ma solamente vincolante.

Infatti, è stato sottolineato come la previsione normativa di stretti termini di impugnazione della delibera, decorsi i quali la stessa deve ritenersi vincolante, risponde ad esigenze di stabilità, ma non preclude la possibilità di esperire rimedi di altro tipo, qualora gli stessi non pregiudichino tale esigenza, «*tanto più quando, come nel caso di specie, la condotta lesiva sia imputabile a soggetti diversi dalla società, nei confronti dei quali appare oggi direttamente invocabile senza dubbio una responsabilità "da voto"*»<sup>350</sup>.

Secondo tale dottrina, un principio di sussidiarietà dell'azione risarcitoria rispetto a quella invalidatoria sarebbe in astratto configurabile, ma attraverso una ricostruzione diversa da quella prospettata dal Tribunale di Catania, (e dunque non in base all'assunto che la mancata impugnazione sani la delibera illegittima, ma) ricorrendo ai principi generali del nostro ordinamento, ed in particolare il divieto di *divenire contra factum proprium*, e il principio generale di auto-responsabilità di cui all'art. 1227, co. 2, c.c., secondo il quale chi

---

<sup>346</sup> Corte d'appello di Catania 21 luglio 2014, in *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 329.

<sup>347</sup> Tribunale di Catania, Sez. IV, Sent., 10 agosto 2007, cit., p. 398, afferma che è una «*inammissibile contraddizione, da un lato fare acquiescenza alla deliberazione assembleare; non contestarne la legittimità; non agire per rimuoverla e, quindi, essere vincolati al relativo contenuto e nel contempo, affermarne l'illegittimità ai fini dell'azione risarcitoria. La deliberazione assembleare non impugnata o non più impugnabile è una deliberazione legittima e, comunque, equiparata dall'ordinamento ad una legittima (nei riguardi dei soci non impugnanti seppure legittimati a farlo). Per comprensibili e note ragioni volte a garantire la stabilità degli atti societari, la delibera, ove non impugnata, non può essere considerata illegittima. Ed è evidente che non possono intraprendersi azioni risarcitorie per atti che si è tenuti a osservare in quanto legittimi o tali da ritenersi*». Tale ragionamento richiamato e condiviso anche dalla Corte d'appello di Catania 21 luglio 2014, cit., p. 339.

<sup>348</sup> M. CIAN, *Abus d'égalité*, cit.; ID., *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria*, in *Riv. dir. comm.*, n. 2, 2015, p. 329.

<sup>349</sup> M. CIAN, *Abus d'égalité*, cit., p. 403. Nello stesso senso M. CIAN, *La mistificazione*, cit., p. 346 «*come una delibera non è vincolante in quanto legittima, così non si può arguire che essa sia legittima semplicemente in quanto vincolante*».

<sup>350</sup> M. CIAN, *Abus d'égalité*, cit., p. 404.

agisce in giudizio per il risarcimento dei danni non ha diritto al risarcimento di quei danni che avrebbe potuto evitare comportandosi con l'ordinaria diligenza, e, dunque, nel caso di specie, esperendo tempestivamente l'azione di annullamento<sup>351</sup>.

Tuttavia, in relazione alle delibere negative, qualora non si ammetta che il giudice in sede di giudizio di impugnazione possa, annullando l'atto assembleare invalido, sostituire lo stesso con una delibera di segno positivo, «*il risultato che il socio potrebbe ottenere con il rimedio demolitorio non sarebbe idoneo a soddisfare il suo interesse ad agire e pertanto il suo comportamento non potrebbe ritenersi contraddittorio o ingiustificato sul piano dei rapporti interni e quindi portare ad escludere la sua legittimazione per violazione del principio del venire contra factum proprium né essere sanzionato con l'esclusione del risarcimento ex art. 1227 c.c.*»<sup>352</sup>.

A difesa dell'inesistenza di tale pregiudizialità affermata in primo grado, innanzi alla Corte d'appello di Catania gli appellanti lamentano pure gli stretti termini di decadenza cui sarebbe sottoposta l'azione risarcitoria laddove si riconoscesse la sua dipendenza all'azione demolitoria, con «*il conseguente affievolimento della tutela del soggetto leso, il quale trascorsi novanta giorni, si vedrebbe preclusa la facoltà di agire anche in sede risarcitoria*»<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> Tuttavia, sul punto, si veda quanto esplicitato da A. NUZZO, *op. cit.*, p. 270-271, secondo il quale, escludendo che il socio sia gravato di un onere di impugnazione, richiama «*quella giurisprudenza di legittimità che esclude che dall'art. 1227 c.c. derivi il creditore l'obbligo di dare avvio ad azioni legali, al fine di evitare l'aggravarsi delle conseguenze dannose*». Sul punto si richiama anche E. FOLLIERI, *Le azioni di condanna*, in Giustizia amministrativa, a cura di Gaetano Scoca, Giappichelli, Torino, 2023, p. 198, spec. p. 200, che afferma che «*la giurisprudenza del giudice ordinario [...] ha ritenuto che non rientri nell'ordinaria diligenza del creditore la proposizione di un'azione giudiziaria o esecutiva poiché è attività gravosa ed implicante rischi e spese e, comunque, l'ordinaria diligenza del creditore non può consistere in comportamenti positivi*», e si vedano anche i riferimenti giurisprudenziali richiamati dall'Autore alla nt. 33.

<sup>352</sup> P. CALZAVARA, *Impugnazione delle delibere assembleari. Tutela reale e risarcimento del danno*, Pacini Giuridica, 2018, p. 105. In questo senso si esprime anche M. CIAN, *Abus d'égalité*, cit., p. 407, «*il ricorso alla tutela demolitoria, preteso dal Tribunale, sarebbe risultato del tutto sterile, sì che l'omissione non appare in alcun modo stigmatizzabile, a prescindere da ogni altra considerazione, nel quadro della valutazione di correttezza richiesta dall'art. 1227, comma 2, c.c.*» e ancora «*l'omissione non pare censurabile neppure da un punto di vista più generale, specie da quello del divieto di venire contra factum proprium. In questa direzione potrebbe leggersi il riferimento, contenuto nella stessa sentenza, all'acquiescenza alla delibera, che la mancata impugnazione determinerebbe in capo ai soci titolari del relativo potere. Ma, anche sotto tale profilo, l'effettiva sussidiarietà della tutela risarcitoria all'azione di annullamento – pur predicabile in linea teorica – deve essere valutata (e nel caso specifico negata) in concreto, alla luce dell'interesse leso e dell'idoneità del rimedio demolitorio a reintegrarlo efficacemente, trattandosi pur sempre, in sostanza, di apprezzare la correttezza e la coerenza del comportamento tenuto dal soggetto danneggiato*»; ID., *La mistificazione*, cit., p. 348. Si veda anche C. PATRIARCA, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 1072, che affermano come «*considerato che [...] nessun vantaggio concreto potrebbe discendere al socio attore dall'impugnativa della deliberazione [...], l'eventuale azione di risarcimento del danno da questi introdotta contro i soci autori del blocco [...] non potrà ritenersi subordinata alla domanda di annullamento ovvero preclusa, in termini poi addirittura di inammissibilità e/o improponibilità della domanda, dalla sua mancata proposizione*».

<sup>353</sup> Corte d'appello di Catania, 21 luglio 2014, cit., p. 339.

L'organo d'appello, per contro, giustifica tale termine di decadenza richiamando i termini di esperimento dell'azione risarcitoria dei soci sottosoglia nei confronti della società ex art. 2377, co. 4, c.c., previsione che trova giustificazione nell'esigenza di assicurare certezza circa la validità della deliberazione<sup>354</sup>.

Tale principio troverebbe applicazione anche con riguardo all'azione risarcitoria per la responsabilità da voto degli altri soci, i quali altrimenti si troverebbero esposti al rischio di eventuali azioni per il risarcimento del danno per tutta la durata degli ordinari termini prescrizionali, andando così a disincentivare l'assunzione di partecipazioni in società di capitali.

Secondo la critica, tuttavia, *«l'idea di voler comprimere i tempi di esposizione dei soci alle azioni risarcitorie altrui, allo scopo di non disincentivare gli investimenti, appare, oltre che estranea alla logica dell'art. 2377, assai poco persuasiva»*<sup>355</sup> e pare anzi più una *«petizione di principio, priva di alcun radicamento normativo e, a ben vedere, di plausibilità sistematica»*<sup>356</sup>.

A ciò si aggiunga, quanto rilevato in dottrina, circa il fatto che talvolta il mancato esperimento dell'impugnazione non possa essere imputato a comportamento negligente del socio, in quanto l'abuso divenga riconoscibile solo successivamente alla scadenza del termine: casi, questi, in cui l'esigenza di ottenere un rimedio quantomeno sul piano risarcitorio risulta per il socio leso essenziale<sup>357</sup>.

L'azione di impugnazione non sembrerebbe, dunque, porsi come condizione per l'azione di risarcimento, e questo anche perché *«la sentenza di rigetto dell'impugnazione non fa stato – pur potendo costituire argomento nel convincimento del giudice – nel giudizio di danno, che in effetti si svolge tra soggetti diversi (ossia, tra socio e società per l'annullamento, tra soci per il risarcimento)»*<sup>358</sup>.

Si tratta, come noto, di un tema, quello della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria, ampiamente discusso con riferimento al giudizio di impugnazione di atti amministrativi, giudizio a cui possiamo accostare, in virtù delle summenzionate forti analogie, il processo civile di impugnazione delle delibere assembleari.

Il riferimento è all'art. 7, co. 4, c.p.a. che ammette in termini generali l'esperimento dell'azione di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi in via autonoma. Come noto, a seguito del riconoscimento, con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999, della risarcibilità del danno derivante dalla lesione dell'interesse

---

<sup>354</sup> *Ibidem.*

<sup>355</sup> M. CIAN, *La mistificazione*, cit., p. 353.

<sup>356</sup> *Ivi*, p. 354.

<sup>357</sup> A NUZZO, *op. cit.*, p. 271.

<sup>358</sup> *Ibidem.*

legittimo<sup>359</sup>, è sorta una «lunga querelle che ha opposto il giudice ordinario ed il giudice amministrativo sulla cd. pregiudizialità tra l'azione di annullamento e l'azione risarcitoria»<sup>360</sup>. In sintesi, mentre il Consiglio di Stato<sup>361</sup> era schierato a favore della tesi della pregiudizialità, cioè della subordinazione dell'azione risarcitoria al previo esperimento dell'azione di annullamento; la Corte di cassazione<sup>362</sup> reputava la preclusione

---

<sup>359</sup> Prima di tale pronuncia vi era un contrasto tra la maggioranza della dottrina favorevole alla risarcibilità del danno in questione e la giurisprudenza della Cassazione che respingeva tale risarcibilità. La posizione di chiusura della giurisprudenza della Cassazione si fondava su una particolare lettura della locuzione “danno ingiusto” ex art. 2043 c.c., ritenendo tale esclusivamente il pregiudizio arrecato ad un diritto soggettivo. Inoltre, si constatava che, dal punto di vista processuale, anche ammettendo la risarcibilità del danno arrecato all'interesse legittimo, non sarebbe stato possibile individuare il giudice competente a risolvere tale controversia, questo in quanto il giudice civile non potesse conoscere degli interessi legittimi, ma solamente dei diritti soggettivi lesi dalla pubblica amministrazione, ed essendo il giudice amministrativo, all'epoca, privo di potere di condanna al pagamento di somme di denaro, potendo solo pronunciarsi sull'annullamento di provvedimenti illegittimi. L'unica evenienza in cui era possibile ottenere il risarcimento del danno provocato dalla pubblica amministrazione era il caso in cui vi fosse un provvedimento illegittimo che avesse colpito un interesse legittimo oppositivo: a seguito dell'annullamento del provvedimento ablativo, ritornava in vita il diritto soggettivo che esisteva precedentemente all'esercizio del potere amministrativo e che era stato illegittimamente leso dallo stesso: in questo caso il risarcimento del danno riguardava tale diritto soggettivo e non l'interesse legittimo oppositivo, il quale veniva tutelato con il semplice annullamento. Vi era, dunque, un'assenza di tutela per l'interesse legittimo pretensivo (a cui è assimilabile l'interesse del socio impugnante all'ottenimento della delibera di segno positivo) – a fronte del quale non è configurabile alcun diritto soggettivo del privato – il quale non trovava alcun risarcimento dei danni subiti per illegittimo o tardivo esercizio del potere amministrativo. Conseguenza di tale evenienza era l'irresponsabilità garantita alla pubblica amministrazione nei confronti dei danni arrecati ai privati nell'esercizio illegittimo della propria attività di diritto pubblico. Nel 1999 la Cassazione riconosce il risarcimento del danno derivante dalla lesione dell'interesse legittimo, sulla base di una diversa lettura dell'art. 2043 c.c., secondo la quale nel danno ingiusto rientra anche il pregiudizio ingiustamente arrecato all'interesse legittimo. Le Sezioni Unite riconoscono la competenza a risolvere le relative questioni al giudice ordinario, esclusi i casi rientranti nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ed escludono una subordinazione dell'azione di risarcimento al previo esperimento dell'azione di annullamento. Successivamente, la legge n. 205/2000 attribuisce al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni, e questo non solo in sede di giurisdizione esclusiva, ma anche in sede di giurisdizione di legittimità. Per una più approfondita ricostruzione del percorso giurisprudenziale esposto si veda M. R. SPASIANO, A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in Giustizia amministrativa, a cura di Gaetano Scoca, Giappichelli, Torino, 2023, p. 73, spec. p. 90 ss.

<sup>360</sup> *Ivi*, p. 98.

<sup>361</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro it.*, n. 1, 2008, p. 1. Tale convinzione si fondava sulla centralità nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa dell'azione di annullamento, avente efficacia sia ripristinatoria che conformativa, e sulla conseguente residualità dell'azione risarcitoria, volta a porre rimedio esclusivamente a quel segmento di pregiudizio non coperto dalla sentenza costitutiva di annullamento.

<sup>362</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254, in banca dati One legale; Cass. civ., Sez. Unite, Ord., 6 marzo 2009, n. 5464, in banca dati One legale. In particolare, le Sezioni Unite sostenevano che non vi fosse alcun indizio nello *ius scriptum* su cui formare il convincimento che l'azione costitutiva fosse pregiudiziale rispetto alla domanda risarcitoria.



della richiesta di tutela risarcitoria conseguente alla mancata impugnazione del provvedimento nei termini quale una «*menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino a fronte dell'esercizio illegittimo dell'azione amministrativa, con grave lesione del principio di effettività della tutela medesima*»<sup>363</sup>.

Il contrasto giurisprudenziale venne infine risolto definitivamente con il Codice del processo amministrativo del 2010, che, devolvendo alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo anche le controversie «*relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*» (art. 7, co. 4, c.p.a.), sembra escludere – almeno formalmente, si veda *infra* – la sussistenza della discussa pregiudizialità.

Nel nuovo codice del processo amministrativo, tuttavia, il legislatore ha previsto che l'azione di risarcimento debba essere esercitata entro un «*termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo*» (art. 30, co. 3, primo periodo, c.p.a), ovvero laddove sia in corso un giudizio di annullamento, nel corso dello stesso o comunque entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento (art. 30, co. 5, c.p.a.). Inoltre, è previsto che «*nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo della parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*» (art. 30, co. 3, secondo periodo, c.p.a.).

A fronte di un tale quadro normativo, si è chiosato che «*la pregiudizialità da processuale diventa sostanziale*»<sup>364</sup> per effetto del richiamo esplicito all'art. 1227, co. 2, c.c., disposizione la cui portata viene, anzi, ampliata, ritenendo rilevanti ai fini della determinazione dell'ammontare del risarcimento anche il mancato esperimento degli strumenti di tutela, tra i quali vi rientra non solo l'azione di cognizione ma anche l'azione cautelare<sup>365</sup>. In altri termini, l'esperimento dell'azione di annullamento se non è condizione per poter chiedere il risarcimento dei danni derivanti dall'atto illegittimo, essendo all'uopo sufficiente una cognizione incidentale, diviene parametro su cui valutare il *quantum* di danno risarcibile<sup>366</sup>.

---

<sup>363</sup> M. R. SPASIANO, A. ZITO, *op. cit.*, p. 99.

<sup>364</sup> E. FOLLIERI, *Le azioni di condanna*, cit., p. 200.

<sup>365</sup> *Ivi*, p. 199 ss. Si veda anche *supra* nt. 351.

<sup>366</sup> Alla luce di quanto disposto nel nuovo Codice, anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011 ha ribadito l'assenza di una pregiudizialità "di rito" tra azione di annullamento e azione risarcitoria, evidenziando tuttavia come sussista una dipendenza sostanziale tra le due azioni in virtù di quanto disposto al co. 3 dell'art. 30 c.p.a. (M. R. SPASIANO, A. ZITO, *op. cit.*, p. 99).

Ebbene, tornando al tema che qui ci occupa, anche nell'ambito del giudizio di impugnazione delle delibere societarie negative deve ritenersi che il giudice, investito di una domanda di risarcimento del danno derivante da invalida delibera negativa, non potrebbe rigettare la domanda semplicemente a causa della mancata previa o contestuale impugnazione dell'azione di annullamento della stessa delibera.

Nello specifico contesto delle delibere negative, peraltro, anche volendo importare la medesima logica sottesa al citato art. 30 c.p.a., si deve ad avviso di chi scrive riconoscere che, in virtù della già rilevata inidoneità dell'azione di annullamento della delibera negativa di apportare, di per se stessa (ove cioè limitata esclusivamente al profilo demolitorio), alcun significativo beneficio al socio impugnante, tra le citate azioni non sembra doversi configurare nemmeno una pregiudizialità c.d. "sostanziale", cioè un onere di percorrere la via del rimedio demolitorio pena la riduzione della misura del danno risarcibile<sup>367</sup>.

In conclusione, al di là dell'indipendenza o meno del rimedio risarcitorio rispetto a quello caducatorio, resta il dato della sostanziale insoddisfazione dell'interesse positivo del socio, impugnante la delibera negativa, ove la tutela venisse confinata solo sul piano del risarcimento per equivalente.

Da quanto rilevato emerge che né la mera azione demolitoria di cui all'art. 2377 c.c. né il residuale rimedio risarcitorio sembrano riuscire a rispettare il principio chiovendiano e, dunque, a dare all'attore tutto quello e proprio quello che avrebbe diritto ad ottenere sul piano sostanziale.

### **3.3 Le conseguenze del riconoscimento del potere sostitutivo del giudice. La tenuta della sentenza sostitutiva: i) i limiti oggettivi del giudicato: il già dedotto e il deducibile non dedotto, con particolare focus sulle cause di annullabilità**

Un'altra serie di problemi consegue, invece, alla ricostruzione in termini cd. forti della tutela reale in capo al socio impugnante la delibera negativa.

In particolare, qualora si condivida – attraverso una delle vie percorse da dottrina e giurisprudenza e ricapitolate al paragrafo 3.1 – l'idea che il giudice, una volta accertata l'invalidità della delibera negativa, abbia il potere di sostituire la stessa con una delibera di segno positivo, ci si deve interrogare sulla tenuta di tale sentenza sostitutiva.

Uno dei primi interrogativi con cui occorre confrontarsi riguarda il tema dell'oggetto della sentenza sostitutiva, e, più in particolare, se la stessa contenga un

---

<sup>367</sup> In questo senso si esprime anche C. PATRIARCA, *sub* art. 2377 c.c., cit., p. 1072 secondo i quali «*va esclusa, infatti, la pregiudizialità – sia essa processuale ex art. 295 c.p.c. che sostanziale, a mente dell'art. 1227 c.c. – dell'annullamento in tutte le ipotesi [...] in cui oggetto di contestazione sia la validità di una delibera c.d. negativa ed il risarcimento del pregiudizio cagionato dal conseguente blocco abusivo*».

accertamento negativo sull'invalidità della delibera positiva giudizialmente proclamata, idoneo a passare in giudicato.

Sul punto, occorre precisare che con il termine giudicato sostanziale s'intende l'utilità concreta che la sentenza garantisce al vincitore e che non può essere tolta.

*Ex art. 2909 c.c.*, il giudicato fa stato ad ogni effetto come se fosse la legge speciale che regola il rapporto: questa legge speciale si sovrappone alla legge generale alla quale non accedono più le parti del rapporto in questione; il giudicato, infatti, resiste anche di fronte all'introduzione di una nuova norma.

Il bene della vita assicurato dal giudicato non può essere tolto in un successivo processo, contestando il fatto che il giudice abbia commesso un errore: questo è possibile solo attraverso un'impugnazione, ma l'impugnazione è esperibile prima del giudicato. Il giudicato sana qualunque errore il giudice abbia commesso (giudicato come sanatoria), motivo per cui parlare di giudicato ingiusto non sarebbe possibile, rappresenterebbe un ossimoro.

Dal punto di vista oggettivo, il giudicato, infatti, copre il dedotto e il deducibile.

Questa espressione sta ad indicare che il giudicato preclude non solo la contestazione di quanto già dedotto in giudizio (e ciò dimostra la resistenza del giudicato a critiche), ma anche che questioni mai esaminate nel primo processo, ma che attengono tipicamente a fatti che esistevano già nel momento in cui si verificava tale processo e che nessuno ha mai rilevato, possano essere contestate successivamente: è la preclusione del deducibile non dedotto.

Occorre ora precisare che con il deducibile si intendono sia le questioni sollevabili su eccezione di parte ma non sollevate, sia quelle rilevabili d'ufficio, non rilevate dal giudice<sup>368</sup>.

Il limite del deducibile è rappresentato dal limite cronologico del giudicato: fatti nuovi sopravvenuti rispetto al giudicato possono certamente alimentare un nuovo processo, in quanto gli stessi non potevano essere considerati nel giudicato.

In particolare, con riguardo alla sentenza sostitutiva passata in giudicato, ci si chiede se nel deducibile rientrino anche i vizi di annullabilità (originari) di cui potrebbe essere affetta la delibera positiva giudizialmente proclamata. La questione sorge dal fatto che «*il giudicato, proprio perché investe anche il deducibile, non può coprire questioni che il convenuto non aveva il potere di eccepire*»<sup>369</sup>: la società, infatti, non essendo indicata tra i soggetti titolari della legittimazione ad impugnare la delibera *ex art. 2377 c.c.*, non sembrerebbe legittimata a far valere in via d'eccezione tali invalidità<sup>370</sup>, ragione che

---

<sup>368</sup> M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 478.

<sup>369</sup> *Ivi*, p. 480.

<sup>370</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 169.

porterebbe a ritenere che il giudicato non copra le cause di annullabilità della delibera diverse da quelle poste a fondamento dell'impugnazione.

Tuttavia, l'analisi non si deve arrestare qui: questo ostacolo, infatti, può essere superato sol rilevando come la mancata previsione della legittimazione attiva della società sia il risultato di una pura scelta logica del legislatore derivante dall'inutilità di prevedere tale legittimazione, dato che la stessa è già attribuita all'organo amministrativo che nell'eventuale impugnazione della delibera deve curare l'interesse della società stessa<sup>371</sup>.

Seguendo la ricostruzione appena prospettata, si arriva a ritenere che le cause di annullabilità possano essere sollevate in via d'eccezione dalla medesima società convenuta<sup>372</sup>, e che, dunque, le stesse rientrino nell'oggetto del giudicato, anche qualora non eccepite, e dunque non dedotte in giudizio, in quanto questioni deducibili da parte del convenuto.

Da ciò deriverebbe, l'impossibilità di contestare in un nuovo processo la validità della nuova delibera, quantomeno sotto il profilo dei vizi di annullabilità (originari).

Con riguardo, invece, alle cause di nullità, occorre compiere un adeguato approfondimento.

### 3.3.1 ii) I vizi di nullità

Ora, occorre chiedersi se la sentenza sostitutiva del giudice che, accogliendo l'impugnazione avverso la delibera negativa, approva la proposta assembleare illegittimamente respinta, una volta passata in giudicato accerti, implicitamente, l'assenza di cause di nullità della delibera medesima.

Il quesito si pone perché l'art. 2379 c.c. – dopo aver previsto al primo comma le ipotesi specifiche di nullità e la legittimazione ad impugnare la delibera nulla da parte di chiunque vi abbia interesse – sancisce al secondo comma la regola della rilevanza d'ufficio dei vizi che comportano la nullità della delibera (regola che si ritiene applicabile

---

<sup>371</sup> *Ivi*, p. 170.

<sup>372</sup> Si esclude però che l'invalidità della delibera possa essere opposta in via d'eccezione anche quando sia scaduto il termine per proporre la relativa azione di annullamento. Sul punto si veda R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 861 che ritiene che il principio *ex art. 1442*, ultimo comma, c.c. – secondo il quale l'intervenuta prescrizione dell'azione di annullamento non osta alla possibilità di opporre l'annullabilità in via di eccezione – non possa essere estendibile al caso della decadenza «*specie quando - come nella specie - questa sia comminata dalla legge per meglio garantire la certezza dei traffici giuridici e, quindi, proprio al fine d'impedire che possano comunque essere rimessi in discussione a distanza di tempo gli effetti di un deliberato assembleare non impugnato, che tutti perciò debbono potere ormai considerare definitivamente consolidati*».

anche alle s.r.l. nonostante non sia richiamata all'art. 2479-ter c.c. in tema di invalidità delle decisioni di tale tipo di società per azioni<sup>373</sup>).

Il tema riflette la questione affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le pronunce nn. 26242 e 26243 del 2014 sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nei processi aventi ad oggetto un'azione di impugnativa negoziale e le conseguenze di tale rilevabilità nell'ambito della dinamica processuale<sup>374</sup>.

Tali sentenze, ponendosi sulla scia della pronuncia delle Sezioni Unite n. 14828 del 2012, sanciscono definitivamente la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice della nullità nei giudizi aventi ad oggetto domande di adempimento, risoluzione, annullamento e rescissione<sup>375</sup>.

Il problema a monte riguarda la portata del giudicato: le Sezioni Unite con queste sentenze gemelle affermano che il giudice, investito di una domanda di adempimento, risoluzione, annullamento o rescissione di un contratto, debba sempre porsi la questione della non-nullità dello stesso<sup>376</sup>, anche se le parti non la segnalano.

Di conseguenza, anche se nessuna parte propone domanda di accertamento incidentale della nullità, qualora il giudice accolga una delle domande indicate sopra (domanda di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione), si forma un giudicato implicito sulla non-nullità del contratto, e questo avviene sia che vi sia stato rilievo officioso della nullità del contratto ma poi il giudice non l'abbia dichiarata in motivazione, sia che il giudice non avesse nemmeno rilevato la questione (salva la rilevabilità officiosa del giudice di appello).

---

<sup>373</sup> R. RORDORF, *Invalidità ed impugnazione delle decisioni dei soci di s.r.l.*, in *Soc.*, n. 3, 2007, p. 270, spec. p. 273.

<sup>374</sup> Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 12 dicembre 2014, n. 26242, in banca dati One legale; Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 12 dicembre 2014, n. 26243, in banca dati One legale.

<sup>375</sup> La rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale è sancita all'art. 1421 c.c. Tuttavia, in passato, il necessario coordinamento di tale disposizione con il principio dispositivo (principio della domanda) di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. portava l'orientamento dominante a riconoscere la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'eventuale presenza di una causa di nullità del negozio solamente nei giudizi che vertevano su domande di adempimento, dove la validità veniva intesa quale elemento costitutivo della domanda (in particolare, in questo senso, Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., 14 ottobre 2005, n. 19903, in banca dati One legale), escludendo tale possibilità nei giudizi aventi ad oggetto domande di risoluzione, annullamento o rescissione del contratto. In contrasto con tale orientamento si esprimeva successivamente la Cass. 2956/2011 (Cass. civ., Sez. III, Sent., 7 febbraio 2011, n. 2956, in banca dati One legale), ammettendo anche in tali giudizi la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice della nullità del contratto, in quanto anche le domande di risoluzione, annullamento e rescissione postulino implicitamente l'assenza di vizi determinanti la nullità del contratto. Nel 2012, con la sentenza n. 14828 le Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 4 settembre 2012, n. 14828, in banca dati One legale) riconoscevano la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto con riferimento ad una causa promossa per la risoluzione dello stesso (oltre che nei giudizi di adempimento). Su tale scia, nel 2014 intervengono le sentenze gemelle, sciogliendo definitivamente il contrasto giurisprudenziale sul punto e ammettendo la rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità anche nei giudizi di annullamento e rescissione.

<sup>376</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 157.

Un giudicato implicito sulla non nullità del contratto si forma generalmente anche laddove il giudice rigetti nel merito la domanda originaria, quando nella motivazione si accerta una inequivoca pronuncia nel senso della validità del contratto, salvo che la sentenza sia stata decisa in virtù di una ragione più liquida.

Se, al contrario, la domanda principale viene respinta a motivo di nullità enunciata in motivazione, pur in assenza di una domanda di parte, su di essa si forma giudicato sull'invalidità del contratto.

Il problema non si pone qualora il giudice rilevi officiosamente una causa di nullità e la sottoponga alle parti e una delle parti formuli la domanda ex art. 34 c.p.c.: nel caso in cui la domanda accertamento incidentale della nullità venga accolta, il giudice dichiarerà in dispositivo (con piena efficacia di giudicato, quindi) la nullità del contratto e rigetterà la domanda originaria svolta<sup>377</sup>.

Le Sezioni Unite infatti affermano che *«l'accertamento/dichiarazione della nullità (in motivazione, nds) è idoneo alla formazione del giudicato, in sostanziale applicazione (peraltro estensiva) della teoria, di matrice tedesca, del cd. vincolo al motivo portante [...] Il vincolo del motivo portante, peraltro, se si ammette che, in motivazione, il giudice possa, in modo non equivoco, affrontare e risolvere, dichiarandola, la tematica della validità/nullità del negozio, non si limiterà ai soli segmenti del rapporto sostanziale dedotti in giudizio in tempi diversi, ma si estenderà a tutti i successivi processi in cui si discuta di diritti scaturenti dal contratto dichiarato nullo (onde la necessità di discorrere di oggetto del processo non soltanto in termini di rapporto, ma anche di negozio fatto storico/fattispecie programmatica). Si evita così il (non agevole) riferimento ai "diritti ed effetti strettamente collegati al giudicato di rigetto da nessi funzionali di senso giuridico", che renderebbe assai arduo il compito del giudice di merito»*<sup>378</sup>.

Le Sezioni Unite, seguendo la teoria zeuneriana, affermano, dunque, che a seguito della dichiarazione in motivazione della nullità/non nullità del contratto si formi un vincolo al motivo portante nei successivi processi tra le parti aventi ad oggetto diritti scaturenti dal

---

<sup>377</sup> Sul punto si veda la massima di Cass. civ., Sez. Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242, in *ilcaso.it*, 2015, «Con riguardo alla mancata rilevazione ex officio della nullità da parte del giudice, occorre distinguere: se il giudice accoglie la domanda (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento): la pronuncia è idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio (salva rilevazione officiosa del giudice di appello). Se il giudice rigetta la domanda (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento), si forma il giudicato implicito sulla validità del negozio, salvo il caso in cui la decisione non risulti fondata sulla ragione cd. "più liquida". Se il giudice rigetta la domanda (di adempimento, risoluzione rescissione, annullamento), il giudicato implicito sulla non nullità del negozio si forma (in tutti gli altri casi) se, nella motivazione, egli accerti e si pronunci non equivocamente nel senso della validità del negozio. Se il giudice rigetta la domanda, essendo stato sin dall'origine investito di una domanda di nullità negoziale, senza aver rilevato alcuna altra causa di nullità negoziale, l'accertamento della non nullità del contratto è idoneo al passaggio in giudicato, di talché, in altro giudizio, non potrà essere ulteriormente addotta, a fondamento dell'azione, una diversa causa di nullità».

<sup>378</sup> Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., paragrafo 7.3, punto A.2.

contratto stesso, e che, dunque, in virtù di tale vincolo, in tali giudizi le parti non possano più tornare sulla questione della validità/non validità del contratto<sup>379</sup>.

Le sentenze gemelle affrontano anche il tema della rilevabilità officiosa di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento del giudizio di nullità dall'impugnante. Discostandosi dall'orientamento tradizionale che qualificava la domanda di nullità come domanda eterodeterminata, le Sezioni Unite affermano la natura autodeterminata della domanda di nullità, con la conseguente possibilità per il giudice di rilevare officiosamente in giudizio una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda dell'attore, proprio perché la domanda di nullità si identifica solo in ragione del *petitum*, mentre la *causa petendi* non varia al variare del motivo di nullità dedotto.

Tali principi espressi dalle SS.UU. con riferimento alla validità del contratto, sono stati dichiarati applicabili anche all'ambito societario – con riguardo, dunque, alla validità delle delibere assembleari – da una successiva sentenza della Corte di Cassazione. In particolare, il riferimento è alla Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 4 maggio 2016, n. 8795<sup>380</sup>, di cui di seguito viene riportata la massima.

*«Il principio per cui il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare d'ufficio (o, comunque, a seguito di allegazione di parte*

---

<sup>379</sup> Tali sentenze sono state oggetto di differenti letture: in particolare ci si è chiesti se i termini “giudicato” e “giudicato implicito” sulla nullità/non nullità del contratto, utilizzati dalle Sezioni Unite, riflettano un vero e proprio accertamento incontrovertibile *ex art. 2909 c.c.* o meno. Due sono i principali orientamenti che si sono opposti e che riflettono le teorie esistenti già precedentemente alle stesse sentenze gemelle. Da un lato C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, n. 2, 2015, p. 225, seguendo la teoria dei nessi funzionali/selettivi, danno una lettura più restrittiva di tali termini. Gli Autori, tenendo fermi i limiti oggettivi del giudicato, quali si ricavano dall'art. 34 c.p.c., ritengono che di vero e proprio giudicato *ex art. 2909 c.c.* non si possa parlare in assenza di una domanda di parte sulla nullità del negozio. Solo se vi è domanda di parte si amplia la *res in iudicium deducta*, con conseguente accertamento a tutti gli effetti contenuto nel dispositivo, in mancanza su tale questione avremo mera cognizione incidentale presente in motivazione, inidonea al giudicato. Per queste ragioni, gli Autori interpretano il vincolo al motivo portante riconosciuto dalle Sezioni Unite, non come un vero e proprio giudicato in senso tecnico *ex art. 2909 c.c.*, ma come una preclusione extraprocessuale per le parti del giudizio – fondata sul dovere di correttezza e buona fede *ex art. 1175 c.c.* – «*alla proposizione di domande che conducano a risultati distonici (attraverso una diversa valutazione della questione della nullità del contratto) rispetto a quelli già raggiunti*» (C. CONSOLO – F. GODIO, *op. cit.*, p. 233). Dall'altro lato si pongono I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 71; S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 931; ID., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 87 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, I, p. 944. Gli Autori da ultimo citati seguendo la teoria alternativa della cd. pregiudizialità logica, danno una lettura ampia dell'oggetto del giudicato: ritengono che, in questi casi, l'art. 34 c.p.c. che perimetra l'oggetto del giudicato all'oggetto della domanda non troverebbe applicazione in quanto l'intero rapporto contrattuale divenga sempre oggetto di accertamento con efficacia di giudicato ogniqualvolta in giudizio si discuta di uno dei suoi effetti. In questi casi riconoscono, perciò, la formazione di un vero e proprio giudicato sulla nullità/non nullità del contratto.

<sup>380</sup> Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 4 maggio 2016, n. 8795, in banca dati One legale.

successiva all'“*editio actionis*”), ove emergente dagli atti, l'esistenza di un diverso vizio di nullità, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, è suscettibile di applicazione estensiva anche nel sottosistema societario, nell'ambito delle azioni di impugnazione delle deliberazioni assembleari, benché non assimilabili ai contratti, atteso che, per la naturale forza espansiva riconnessa al principio generale, va riconosciuto al giudice il potere di rilevare d'ufficio la nullità di una delibera anche in difetto di un'espressa deduzione di parte o per profili diversi da quelli enunciati, purché desumibili dagli atti ritualmente acquisiti al processo e previa provocazione del contraddittorio sul punto, trattandosi di potere volto alla tutela di interessi generali dell'ordinamento, afferenti a valori di rango fondamentale per l'organizzazione sociale, che trascendono gli interessi particolari del singolo»<sup>381</sup>.

Da tale pronuncia sembra potersi ricavare che «la nullità può essere rilevata d'ufficio e pronunciata anche se la delibera sia stata impugnata solo per un vizio che è causa di annullamento»<sup>382</sup>.

Tale sentenza della Cassazione, tuttavia, è stata commentata criticamente da una parte della dottrina, la quale non condivide «l'automatica estensione dei principi dettati in materia di impugnative negoziali alle azioni di nullità delle deliberazioni assembleari»<sup>383</sup>, in virtù dell'impossibilità di assimilare il fenomeno deliberativo a quello negoziale<sup>384</sup>.

In senso totalmente opposto si esprimeva sul tema altra parte della dottrina, già prima del 2016<sup>385</sup>.

Si ritiene opportuno, ai fini della nostra analisi, mettere a confronto tali differenti posizioni.

Già si è detto come vi siano più elementi che distinguono le nullità deliberative da quelle negoziali, differenziazione, tra l'altro, accentuata a seguito della riforma del diritto societario del 2003. Tale riforma ha, invero, operato un «riavvicinamento, sul piano della disciplina, tra il regime generale delle delibere nulle e quello delle delibere annullabili»<sup>386</sup>, che ha portato taluno a configurare nell'ambito societario la presenza di un'unitaria azione di impugnativa (si veda *supra* paragrafo 1.1).

---

<sup>381</sup> Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 4 maggio 2016, n. 8795, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, n. 3, p. 837.

<sup>382</sup> P. CALZAVARA, *op. cit.*, p. 70, il quale continua precisando che «il giudice, tuttavia, prima di pronunciare la nullità, dovrà provocare il contraddittorio delle parti sul vizio motivo della nullità».

<sup>383</sup> S. A. VILLATA, *Sul rilievo d'ufficio della nullità*, cit., p. 844; ID., *Il rilievo d'ufficio della nullità delle deliberazioni assembleari*, in *Soc.*, 10, 2021, p. 1111, spec., p. 1113.

<sup>384</sup> In realtà Villata è critico anche nei confronti degli stessi risultati raggiunti in tema di nullità contrattuale dalle sentenze gemelle del 2014. Si veda S. A. VILLATA, *Sul rilievo d'ufficio della nullità*, cit., p. 846 ss.; ID., *Il rilievo d'ufficio della nullità*, cit., p. 1113 ss.

<sup>385</sup> Il riferimento è a G. GUIZZI, *Impugnazione delle delibere assembleari e poteri officiosi del giudice. (Glosse a margine di S.U. n. 26243/2014)*, in *Corr. giur.*, n. 10, 2015, p. 1189.

<sup>386</sup> *Ivi*, p. 1192.



In ambito societario, dunque, azione di nullità e azione di annullamento sembrano avere oggi identica funzione e struttura, ma non tutti condividono quale sia l'unitario carattere di queste azioni.

Chi critica l'estensione dei principi delle sentenze gemelle al piano societario configura entrambe tali azioni quali azioni costitutive eterodeterminate ed esclude, in questo modo, la possibilità di rilievo officioso di una causa di nullità diversa rispetto a quella dedotta dalla parte in giudizio<sup>387</sup>.

Chi, invece, segue l'opposta opinione qualifica entrambe dette azioni quali autodeterminate<sup>388</sup> e riconosce il potere del giudice di rilevare officiosamente non solo un diverso vizio di nullità rispetto a quello oggetto del giudizio instaurato, ma anche un vizio di annullabilità diverso da quello dedotto dalle parti<sup>389</sup>.

Sul punto, a chi scrive appare difficile negare che le novità introdotte dalla riforma con riferimento alla nullità (termini di decadenza, sanatoria ecc...., si veda paragrafo 1.1.) costituiscano chiari indizi per una qualificazione anche di tale azione in termini di azione eterodeterminata, con conseguente perplessità sulla possibilità di estendere il principio enunciato dalle sentenze gemelle del 2014 in tema di rilevabilità officiosa di un diverso vizio di nullità rispetto a quello posto a fondamento della domanda dell'attore.

Tuttavia, per risolvere la questione posta in apertura del presente paragrafo circa l'idoneità della sentenza del giudice che sostituisce l'invalida delibera negativa con una di segno positivo ad accertare, implicitamente, l'assenza di cause di nullità della delibera medesima occorre concentrare l'attenzione sulla possibilità del rilievo officioso di una causa nullità nell'ambito di un giudizio di annullamento *ex art. 2377 c.c.*

La dottrina che esclude tale possibilità, tra le altre cose, sottolinea come tale rilievo non solo comporterebbe una «*significativa ingerenza nel potere dell'impugnante di determinare [...] il perimetro dell'oggetto del giudicato*»<sup>390</sup> ma anche che – in assenza di una domanda incidentale sollevata dalla parte – la conseguente dichiarazione della nullità

---

<sup>387</sup> S. A. VILLATA, *Il rilievo d'ufficio della nullità*, cit., p. 1116 ss., spec. p. 1118.

<sup>388</sup> Nel senso che i vizi di annullabilità e nullità siano fungibili *causae petendi* di una in realtà unitaria impugnativa delle delibere, di natura costitutivo-demolitoria, ma cionondimeno qualificabile come domanda autodeterminata in base al *petitum*: S. DALLA BONTÀ, *op.cit.*, p. 222 ss., la quale peraltro riconosce le differenze in ordine alla legittimazione ad agire ed al termine per la proposizione dell'azione.

<sup>389</sup> In questa prospettiva, che esalta il carattere unitario della azione volta a demolire la delibera indipendentemente dallo specifico vizio invocato, si veda la proposta interpretativa formulata da GUIZZI, *op. cit.*, p. 1196-1198, il quale giunge ad immaginare il rilievo officioso di ogni vizio che dia luogo ad invalidità della delibera, indipendentemente dal *nomen juris*. Sul punto chi scrive esclude categoricamente che il giudice possa rilevare d'ufficio un vizio di annullabilità, e questo, in particolare seguendo un'interpretazione che aderisce alla norma codicistica. La rilevabilità d'ufficio è prevista dal legislatore esclusivamente con riferimento ai vizi di nullità, mentre i soggetti legittimati a far valere i vizi di annullabilità sono individuati all'art. 2377, co. 1, c.c., e si ritiene che l'elenco ivi previsto sia un elenco chiuso, esaustivo ed imperativo (si veda *supra* paragrafo 1.1).

<sup>390</sup> S. A. VILLATA, *Il rilievo d'ufficio della nullità*, cit., p. 1120.

solo in motivazione comporterebbe l'impossibilità di ridiscutere della validità della sentenza per le sole parti del giudizio (tipicamente società e socio impugnante), in questo modo non esplicando tale dichiarazione dell'invalidità del contratto l'efficacia *erga omnes* tipica della domanda di caducazione *ex art. 2377 c.c.*

In realtà, proprio per il carattere unitario della volontà dell'ente (si veda *infra* paragrafo 3.3.2) dovrebbe ritenersi che in questi casi anche la dichiarazione dell'invalidità del contratto, pur se enunciata in motivazione, espliciti la propria efficacia (preclusiva o di pieno giudicato, a seconda dell'orientamento seguito<sup>391</sup>) anche nei confronti dei soci non parte del processo, non potendo ritenersi all'interno della società la delibera valida per qualcuno e nulla per altri (sia pure per effetto del giudicato implicito).

Appare, invero, difficile pensare che il giudice, investito di una domanda di annullamento e conseguente sostituzione della delibera negativa con una di segno positivo, non si debba porre il problema della nullità di tale costituenda delibera (e questo, ancora una volta, soprattutto se si pensa all'efficacia *erga omnes* di tale pronuncia – di cui si veda al paragrafo successivo).

Sul punto occorre, invero, richiamare l'altra parte della dottrina che ricorda come, nonostante all'art. 2379 c.c. sia stato eliminato il richiamo all'art. 1421 c.c., la previsione della possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'invalidità della delibera «*nei casi e nei termini*» di cui al co. 2 dell'art. 2379 c.c., in quanto perfettamente identica alla previsione contenuta all'art. 1421 c.c., potrebbe indurre a «*riconoscere che anche rispetto alle impugnazioni assembleari il potere di rilievo officioso del giudice delle cause di nullità, anche nell'ambito di un giudizio già introdotto dai soci assenti o dissenzienti per ottenere la caducazione della delibera, non sia escluso, ma al più limitato, dovendo cioè anch'esso coordinarsi con la maggiore enfasi accordata al principio di stabilità degli atti societari*»<sup>392</sup>.

Dunque, la previsione legislativa del termine di decadenza triennale, che, è stato rilevato, già soddisferebbe «*le esigenze funzionali poste alla base del restatement delle SS.UU.*»<sup>393</sup> non vale quale indice per escludere un rilievo officioso sulla nullità della delibera, quanto quale termine con cui coordinare detto potere officioso del giudice<sup>394</sup>.

Tale rilievo d'ufficio sarebbe, dunque, precluso esclusivamente laddove siano scaduti i termini per far valere la nullità, oppure laddove, nonostante la tempestiva

---

<sup>391</sup> Si veda *supra* nt. 379.

<sup>392</sup> G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 1194-1195. E questo non solo con riguardo ad una nullità di una delibera pregiudiziale per la delibera oggetto del giudizio.

<sup>393</sup> S. A. VILLATA, *Il rilievo d'ufficio della nullità*, cit., p. 1120.

<sup>394</sup> Non si deve trascurare tra l'altro, che il solo richiamo a tale termine di decadenza per escludere tale potere officioso non pare giustificato a fronte di quei vizi di nullità che sono rilevabili in ogni tempo: è il caso delle delibere che modificano l'oggetto sociale prevenendo attività illecite o impossibili, *ex art. 2377, co.1, ultimo capoverso, c.c.*

impugnazione e il mancato decorso di tali termini, «siano ormai già intervenuti quei fatti che ne stabilizzano gli effetti impedendone la caducazione»<sup>395</sup>.

A fronte del dato testuale, appare, dunque, difficile negare il rilievo officioso, da parte del giudice, di un vizio di nullità, almeno nell'ambito di un giudizio di impugnazione ex art. 2377 c.c.

In definitiva, deve ritenersi, a parere di chi scrive, che la sentenza sostitutiva, emanata a seguito di un'impugnazione dove si faceva valere una causa di annullamento – quale, ad esempio, il conflitto d'interesse oppure l'esercizio abusivo del diritto di voto di uno dei partecipanti all'assemblea –, una volta passata in giudicato, accerti in modo incontrovertibile l'esistenza di una valida delibera assembleare positiva sia dal punto di vista dell'assenza di cause di annullabilità, sia per quanto riguarda l'assenza di cause di nullità.

Il discorso sulla tenuta della sentenza sostitutiva, però, non si arresta qui, in quanto una tale configurazione dell'oggetto della pronuncia sostitutiva «non preclude senz'altro un successivo processo avente ad oggetto l'invalidità della delibera accertata giudizialmente, poiché resta ancora da verificare la portata soggettiva del giudicato in questione, cioè se esso abbia un'efficacia limitata alle parti del giudizio ovvero estesa erga omnes»<sup>396</sup>.

È, dunque, a tale profilo dell'efficacia soggettiva della sentenza – su cui, in parte, già si è detto – che sarà dedicato il seguente paragrafo.

### 3.3.2 iii) I limiti soggettivi della sentenza sostitutiva

Occorre ora affrontare il tema dei limiti soggettivi della sentenza sostitutiva, e più in particolare se essa abbia efficacia anche nei confronti di quei soggetti che non hanno partecipato al processo nel quale la stessa è stata emanata, in quanto non l'hanno promosso o non sono intervenuti.

Sul punto occorre rilevare come l'art. 2377 c.c. al co. 7 sancisca l'efficacia *erga omnes* della sentenza di accoglimento dell'azione di impugnativa nei confronti di tutti i soci e degli organi sociali, ancorché gli stessi non abbiano preso parte al processo<sup>397</sup>. Questo, secondo la dottrina, trova giustificazione proprio nel fatto che «la volontà dell'ente è una soltanto; questa, una volta che si sia (legittimamente) formata, obbliga tutti i soggetti.

---

<sup>395</sup> G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 1195.

<sup>396</sup> M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 480.

<sup>397</sup> *Ivi*, p. 474. Nello stesso senso si veda M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 166.

*L'atto deliberativo è unico e indivisibile; i suoi effetti colpiscono necessariamente ed in modo identico tutti i suoi soci»<sup>398</sup>.*

Infatti, in ambito societario è sentita l'esigenza che *«qualsiasi atto volto a modificare o estinguere l'effetto realizzato – sia esso la sentenza o una successiva delibera assembleare (di sostituzione, annullamento, revoca) – o è efficace nei confronti di tutti oppure non lo è per nessuno»<sup>399</sup>.*

In questo modo viene sottolineata in dottrina una differenza tra giudicato di accoglimento e giudicato di rigetto dell'azione di impugnazione: quest'ultimo, infatti, non manifesta effetti nei confronti dei soggetti che non hanno preso parte al processo<sup>400</sup>.

Diverse sono le teorie elaborate in dottrina per giustificare tale differente efficacia sentenza a seconda del suo contenuto.

Secondo una prima, più datata, linea di pensiero<sup>401</sup>, tale estensione dell'efficacia della sola sentenza di annullamento resa tra singolo socio e società all'intera compagine sociale trova giustificazione nella presenza di una pluralità di soggetti (i soci) collegittimati all'impugnazione dell'atto (la delibera): i soci sono titolari di diritti di impugnativa (azioni di annullamento) tra loro concorrenti, *«aventi il medesimo contenuto (la eliminazione della delibera) e destinati ad estinguersi allorché (anche solo) uno di loro trovi soddisfacimento (con l'accoglimento della domanda), non invece ove uno di quei diritti sia stato esercitato ma non soddisfatto (per il rigetto dell'azione)»<sup>402</sup>.*

Secondo questa prima impostazione, dunque, l'accoglimento dell'azione di annullamento di uno dei soci legittimati, consumerebbe anche le altre, per raggiungimento dello scopo comune, cioè l'eliminazione della delibera viziata<sup>403</sup>.

---

<sup>398</sup> S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, p. 511.

<sup>399</sup> A. MOTTO, *op. cit.*, p. 276 ss.

<sup>400</sup> Si veda sul punto R. RORDORF, *sub art. 2377 c.c.*, cit., p. 861-862, il quale afferma che *«sembra destinato a restar fermo il principio secondo il quale il rigetto della domanda di annullamento non fa stato nei confronti dei soci non partecipanti al giudizio, ed è altresì confermato che, viceversa, l'annullamento della deliberazione impugnata ha effetto rispetto a tutti i soci. Ciò che, a ben vedere, più ancora che un'eccezione ai limiti soggettivi del giudicato, stabiliti dall'art. 2909, appare una naturale conseguenza del fatto che tutti i soci sono partecipi della società nei cui confronti la sentenza di annullamento è pronunciata, onde essi non possono non risentire delle conseguenze che quell'annullamento determina sull'assetto dell'ente».*

<sup>401</sup> Il riferimento è a E. T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Giuffrè, Milano, 1935, p. 79.

<sup>402</sup> S. DALLA BONTÀ, *op. cit.*, p. 224.

<sup>403</sup> *Ivi*, p. 224, nt. 43, l'Autrice riporta tale linea di pensiero secondo cui *«l'accoglimento della domanda di annullamento comporterebbe la cassazione della delibera impugnata anche per tutti gli altri soci, non tanto per un'estensione soggettiva della cosa giudicata, quanto piuttosto per la funzione teleologica cui mirano tutte le distinte azioni di annullamento e che verrebbe soddisfatta proprio dall'ablazione della delibera impugnata, atto a natura inscindibile e pertanto capace di stare o cadere per intero».*

Secondo altri<sup>404</sup>, invece, l'art. 2377, co. 7, c.c., scoldirebbe «*la regola dell'efficacia secundum eventum litis del giudicato, in una fattispecie in cui viene in considerazione una situazione giuridica unica in contitolarità di più soggetti, disgiuntamente legittimati a farla valere in giudizio*»<sup>405</sup>: distinguendo la diversa natura degli effetti prodotti dalla sentenza, seguendo questa impostazione, solo la sentenza di accoglimento produrrebbe un risultato favorevole tale da giustificare l'estensione ai soggetti che non erano parte del processo, mentre la pronuncia di rigetto produrrebbe unicamente effetti sfavorevoli, tali da precluderne l'efficacia *erga omnes*.

E allo stesso tempo questo risultato apparirebbe in linea con le norme costituzionali ed in particolare con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., in quanto conforme alla regola per cui «*gli effetti della sentenza non sono opponibili al terzo, quando gli arrecano un pregiudizio giuridico – implicando l'inesistenza di un suo diritto o l'esistenza di un obbligo –, mentre operano nei suoi confronti, quando sono di carattere vantaggioso*»<sup>406</sup>.

Una terza linea di pensiero<sup>407</sup>, escludendo qualsiasi riferimento al giudicato *secundum eventum litis*, ritiene che l'efficacia *erga omnes* della sola pronuncia di accoglimento trovi giustificazione nel fatto che l'estensione di cui all'art. 2377, co. 7, c.c. si riferisca esclusivamente all'effetto costitutivo di annullamento, di cui è dotata, appunto, solo la sentenza di accoglimento e non quella di rigetto<sup>408</sup>.

Tale estensione *erga omnes*, tra l'altro, secondo l'Autore, opererebbe anche in assenza di una specifica previsione in tal senso<sup>409</sup>, in quanto, come già ribadito, «*la deliberazione assembleare è sempre (e per definizione) destinata ad avere gli effetti che le competono, per tutti i soggetti che possono risentirne all'interno della compagine sociale; ed altrettanto va detto per la caducazione della delibera, che è a sua volta destinata per natura ad avere conseguenze erga omnes all'interno della stessa compagine*»<sup>410</sup>.

---

<sup>404</sup> S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, cit., p. 532 ss.

<sup>405</sup> Si riportano le parole di A. MOTTO, *op. cit.*, p. 278, il quale dal canto suo osserva però che, con riguardo all'accoglimento dell'impugnazione della delibera, non potrebbe a rigore dirsi che tale evenienza produca effetti favorevoli nei confronti di tutti i soci, i cui interessi non sono necessariamente allineati: non tutti i soci, infatti, erano interessati alla rimozione della delibera e sicuramente non lo erano coloro i quali avevano votato a favore della delibera impugnata (*i.e.* i soci che si sono opposti all'approvazione della proposta assembleare nel caso di delibera negativa).

<sup>406</sup> *Ibidem*.

<sup>407</sup> E. F. RICCI, *Gli effetti delle sentenze sulle impugnazioni di deliberazioni assembleari*, in *Processo civile e società commerciali. Atti del XX convegno nazionale Pisa-Lucca, 13-14 maggio 1994*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 9.

<sup>408</sup> *Ivi*, p. 18 ss. Per una critica a tale impostazione si veda l'intervento di S. MENCHINI, in *Processo civile e società commerciali. Atti del XX convegno nazionale Pisa-Lucca, 13-14 maggio 1994*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 232, spec. p. 233 ss.

<sup>409</sup> Si noti che Ricci fa riferimento all'art. 2377, co. 3, c.c. del testo previgente, sostanzialmente equivalente al nuovo comma 7 post riforma.

<sup>410</sup> E. F. RICCI, *op. cit.*, p. 20. In senso analogo, A. MOTTO, *op. cit.*, p. 280, «*come, sul piano dell'agire sociale, i soci sono vincolati agli effetti della determinazione assembleare, quantunque ad essa non*

È l'equiparazione tra delibera e pronuncia di annullamento sotto il profilo della produzione dell'effetto giuridico sostanziale a giustificare l'efficacia *ultra partes* della sentenza di accoglimento: infatti, è «*il diritto sostanziale a postulare il vincolo del socio alle modificazioni giuridiche inerenti l'organizzazione societaria; e poco conta, sotto questo profilo, che queste derivano dalla sentenza o dalla delibera*»<sup>411</sup>.

Seguendo questa linea di pensiero che collega l'efficacia *erga omnes* all'effetto costitutivo di annullamento, ci si dovrebbe chiedere se, con riguardo all'impugnazione della delibera negativa, tale efficacia estensiva riguardi anche l'effetto sostitutivo della deliberazione con una di segno positivo, facendo l'art. 2377 c.c. esclusivamente riferimento all'annullamento.

Se si accolgono le esortazioni richiamate in apertura del presente lavoro<sup>412</sup> che spingono una configurazione della tutela del socio che sia adattata alla peculiarità della delibera negativa, non si vede perché detta efficacia *erga omnes* non possa interessare anche la pronuncia sostitutiva del giudice: essendo la disciplina delle invalidità conformata sulla figura della delibera positiva, è logico che l'art. 2377 c.c. faccia riferimento esclusivamente al mero annullamento, perché è l'effetto costitutivo caducatorio a costituire il rimedio attraverso cui garantire una piena tutela reale al socio avverso una delibera di tale tenore.

Nel caso dell'impugnazione della delibera di segno negativo, invece, si può rilevare come questa distinzione tra effetto di annullamento ed effetto sostitutivo della sentenza di accoglimento sicuramente non operi qualora si decida di aderire – come sembra opportuno fare, a parere di chi scrive – alla tesi della natura costitutiva anche della pronuncia sostitutiva, in quanto la stessa si ponga, secondo questa linea di pensiero, quale integrazione necessaria della pronuncia caducatoria di annullamento<sup>413</sup>. In questo modo, configurandosi come parte della medesima tutela costitutiva di annullamento, anche la proclamazione giudiziale della deliberazione positiva produrrebbe effetti costitutivi *erga omnes*.

Di differente avviso sembra essere chi configura tale sostituzione della delibera negativa con la deliberazione positiva quale pronuncia avente carattere dichiarativo, ed assimila gli effetti di tale accertamento a quelli della pronuncia di rigetto dell'impugnazione<sup>414</sup>.

---

*abbiano acconsentito – e, in specie, sono vincolati alla delibera di sostituzione (oppure di annullamento o revoca) –, così essi sono vincolati alla sentenza che rimuove gli effetti della delibera impugnata, senza che a tal fine occorra la loro partecipazione al processo».*

<sup>411</sup> A. MOTTO, *op. cit.*, p. 280.

<sup>412</sup> Il riferimento è a V. PINTO, *op. cit.*, p. 904 ss.

<sup>413</sup> Si veda, *supra* paragrafo 2.1., nt. 217, con riferimento a M. CIAN; nt. 222, con riferimento a F. CORAZZA.

<sup>414</sup> M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 481.

Nonostante l'Autore in questione non prenda posizione sulla portata dell'efficacia della sentenza di rigetto<sup>415</sup>, ricordando quanto osservato *supra*, si deve condividere l'opinione maggioritaria che ritiene che la sentenza di rigetto produce effetti solamente nei confronti dei soggetti parte del giudizio in cui è stata emanata.

Di conseguenza, questa ricostruzione secondo cui anche l'accertamento della decisione realmente presa in assemblea (*i.e.* la sentenza sostitutiva, come configurata da chi le attribuisce carattere dichiarativo) avrebbe efficacia esclusivamente nei confronti dei soggetti che abbiano preso parte al giudizio, cozzerebbe con quanto fino ad ora affermato, e cioè con il principio dell'unicità della volontà assemblea: le delibere, dunque, o hanno efficacia nei confronti di tutti o di nessuno.

Per questi motivi si deve ritenere, a parere di chi scrive, che sia la pronuncia invalidatoria che quella sostitutiva abbiano efficacia *erga omnes* e dunque vincolino tutti i soci, indipendentemente dal fatto che essi abbiano preso parte al giudizio di cui dette pronunce costituiscono il risultato.

### **3.3.3 iv) I rimedi esperibili dai soci interessati alla rimozione della delibera proclamata in via giudiziale**

Ulteriore problema che emerge da questa ricostruzione in termini forti della tutela reale accordata al socio nei confronti della delibera negativa riguarda la possibilità di un controllo giurisdizionale sulla nuova deliberazione positiva giudizialmente emersa.

Questo aspetto è rilevante, in particolare, per quei soci che erano contrari all'impugnazione della delibera negativa, i quali, a seguito della sua sostituzione con una deliberazione di segno positivo, potrebbero avere interesse alla sua rimozione.

La necessità, imposta dal rispetto del diritto di azione, di garantire a tali soci forme di tutela adeguate ha portato la dottrina ad interrogarsi intorno agli strumenti processuali funzionali alla realizzazione di tale obiettivo, e dunque tramite i quali reagire all'adozione di tale delibera di segno positivo.

In particolare, ci si è chiesti se i soci interessati alla sua rimozione, debbano esperire un'autonoma azione di impugnazione *ex artt. 2377 ss. c.c.* nei confronti della nuova deliberazione, oppure impugnare la sentenza del giudice che opera tale sostituzione<sup>416</sup>.

Come è stato rilevato, la strada dell'impugnazione della pronuncia giudiziale sostitutiva potrebbe comportare alcune problematiche laddove si riconoscesse la possibilità di proporre appello a soggetti che non hanno partecipato al giudizio di primo grado.

---

<sup>415</sup> *Ibidem.*

<sup>416</sup> Cfr. C. FRANGINI, *op. cit.*, par. 4.

Tuttavia, ciò non accadrebbe qualora il soggetto del cui voto si lamenti l'illegittimità fosse intervenuto nel giudizio di primo grado, difendendo la legittimità della delibera negativa<sup>417</sup>.

Già si è detto che il socio impugnante con l'azione di annullamento della delibera negativa agisce in giudizio nei confronti della società, legittimata passiva, senza che vi sia la necessità di instaurare un litisconsorzio fra società e soci in virtù della previsione della efficacia *erga omnes* della sentenza di annullamento di cui all'art. 2377, co. 7, c.c.<sup>418</sup>.

Tuttavia, proprio il fatto che la sentenza di accoglimento dell'azione di annullamento produca effetti nei confronti di tutta la compagine sociale, può spingere i soci la cui volontà ha contribuito all'adozione della delibera della cui impugnazione trattasi – dunque, nel caso di delibera negativa, i soci che hanno espresso voto contrario rispetto all'approvazione della proposta assembleare – ad intervenire in giudizio per opporsi all'accoglimento della domanda di annullamento.

Occorre, dunque, ricostruire la posizione del socio per poter qualificare tale intervento.

In particolare, occorre verificare se l'interveniente faccia valere un proprio diritto autonomo, ma in qualche modo relativo all'oggetto o dipendente dal titolo di quello dedotto in giudizio (intervento litisconsortile o intervento principale, *ex art. 105, co. 1, c.p.c.*), oppure se il socio con il suo intervento non allarghi l'oggetto del processo, facendo valere un proprio diritto indipendente, ma si limiti, invece, a sostenere la posizione di una delle parti in giudizio (intervento adesivo, *ex art. 105, co. 2, c.p.c.*).

Se, da un lato, non si discute che un socio che sarebbe parimenti legittimato ad impugnare la delibera negativa intervenga nel giudizio di annullamento instaurato da altri con un intervento litisconsortile *ex art. 105, co. 1, c.p.c.*, in quanto facente valere nei confronti della società un proprio diritto autonomo di impugnativa, dipendente dal titolo (delibera invalida) del diritto già dedotto in giudizio<sup>419</sup>, maggiori interrogativi sembra far

---

<sup>417</sup> *Ibidem*.

<sup>418</sup> G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 397, il quale, facendo riferimento al vecchio co. 3 coincidente sostanzialmente con il nuovo co. 7 dell'art. 2377 c.c., afferma come «*tale norma, disponendo che l'annullamento della deliberazione «ha effetto rispetto a tutti i soci», intende verosimilmente [...] estendere l'efficacia della sentenza di annullamento oltre la cerchia di coloro che hanno rivestito la qualità di parte in senso formale nel procedimento di impugnazione, in quanto l'efficacia inter partes discende pianamente dall'art. 2909 c.c. e non avrebbe bisogno di essere ribadita: e poiché destinatari di simile estensione sono «tutti i soci», e quindi (la norma non consente distinzioni) anche quelli che sono stati direttamente investiti dagli effetti della delibera annullata, è giocoforza ammettere che la partecipazione di costoro al processo di impugnazione non è condizione necessaria perché quest'ultimo possa concludersi con una sentenza efficace nei loro confronti».*

<sup>419</sup> *Ivi*, p. 401; R. RORDORF, *sub art. 2378 c.c.*, in Commentario romano al nuovo diritto delle società, diretto da Floriano D'Alessandro, Piccin, Padova, 2010, p. 867, spec. p. 874 precisa che tale intervento dovrebbe essere effettuato entro il termine per proporre l'impugnativa.



sorgere l'intervento del socio che con il proprio voto ha contribuito all'adozione della delibera di segno negativo e che, dunque, si oppone all'annullamento della delibera.

Sul punto occorre rilevare come, secondo l'impostazione tradizionale, in simili casi sembrerebbe doversi escludere un intervento litisconsortile<sup>420</sup>, non essendo tale socio titolare di alcun diritto autonomo da far valere contro l'impugnativa, in quanto gli effetti della delibera siano imputabili unicamente alla società.

È, dunque, da preferire l'opinione di quanti ritengono che tale socio possa intervenire nel giudizio di impugnazione attraverso un intervento adesivo dipendente (intervento *ad adiuvandum*)<sup>421</sup> sostenendo le ragioni della società, e dunque opponendosi all'annullamento della delibera negativa, alla cui formazione, lo si ripete, tale socio ha contribuito con il proprio voto negativo<sup>422</sup>.

La qualificazione dell'intervento di tale socio quale intervento adesivo dipendente sembra possibile proprio «*data la genericità della formula impiegata dal secondo comma dell'art. 105 c.p.c., che autorizza a tale tipo di intervento chiunque vi abbia «un proprio interesse»»*<sup>423</sup>.

In particolare, l'interesse di cui è portatore il socio che ha votato a favore della delibera negativa (in senso contrario all'approvazione della proposta assembleare), si ritiene qualificabile non tanto in termini di interesse di mero fatto, ma di interesse «*giuridicamente qualificato dalla sua condizione di socio – ad intervenire in giudizio per sostenere le ragioni della società, interesse individuabile nella esigenza di evitare che siano posti nel nulla gli effetti di un atto, il cui contenuto è da presumere in sintonia con gli obiettivi dallo stesso perseguiti, alla cui formazione egli ha contribuito, dalla cui caducazione discenderebbero, infine, significativi e pregiudizievoli effetti, sotto il profilo*

---

<sup>420</sup> G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 402, in particolare si vedano i riferimenti giurisprudenziali in nt. 76.

<sup>421</sup> Ammette l'intervento adesivo di coloro che sarebbero legittimati ad impugnare la delibera positiva qualora la stessa fosse stata adottata (per far valere eventuali vizi del procedimento assembleare che potrebbero inficiare anche la deliberazione positiva emersa dalla pronuncia giudiziale) anche M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 167 ss.

<sup>422</sup> G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 402, si vedano i riferimenti giurisprudenziali in nt. 81. R. RORDORF, *sub art. 2378 c.c.*, cit., p. 874. In questo senso si esprime anche la Cass. civ., Sez. I, 1° aprile 2003, n. 4929, in banca dati One legale, p. 4, pronuncia avente ad oggetto l'impugnazione di una delibera negativa sollevata da un socio che afferma che tale delibera sia viziata in quanto assunta con il voto negativo dell'altro socio paritario in conflitto di interessi; in tale pronuncia la Cassazione afferma che «*il socio il quale intervenga a fianco della società, in un giudizio conseguente all'impugnazione di una deliberazione assembleare proposta da altro socio, può solo aver veste di litisconsorte adesivo dipendente. La deliberazione, infatti, è atto della società, e non del socio, cui perciò non compete al riguardo un'autonoma posizione di diritto soggettivo*».

<sup>423</sup> G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 402.

della stabilità, sull'attività sociale successivamente svolta (C. 2003/4929, C. 1997/6201)»<sup>424</sup>.

Tuttavia, dalla qualificazione dell'intervento del socio che si oppone all'annullamento della delibera negativa quale intervento adesivo dipendente deriva, stando alla tradizionale impostazione della giurisprudenza, l'impossibilità per il socio di impugnare autonomamente l'eventuale sentenza di annullamento della delibera, potendo l'interventore adesivo solo aderire all'altrui impugnazione, salvo il caso in cui «*in una sentenza siano contenute statuizioni che incidano direttamente in modo sfavorevole sulla posizione giuridica dell'interventore adesivo dipendente (come può accadere, ad esempio, in tema di spese processuali)*», ma «*limitatamente a tali statuizioni*»<sup>425</sup>.

Ci si limita qui a prendere atto del dato giurisprudenziale, che sembra chiaro nell'escludere l'evenienza di un intervento litisconsortile, non vantando il socio interventore alcun autonomo diritto<sup>426</sup>, senza addentrarsi nell'eventuale possibilità di un intervento litisconsortile del socio, che richiederebbe un certo approfondimento nel rinvenire l'esistenza in capo al socio di un proprio diritto autonomo.

Seguendo l'impostazione tradizionale, dunque, si ritiene che il socio il cui voto ha contribuito all'adozione della delibera negativa, laddove abbia interesse a contrastare l'adozione della delibera positiva, debba intervenire nel giudizio già instaurato dall'impugnante con un intervento *ad adiuvandum* a fianco alla società, opponendosi così

---

<sup>424</sup> Cass. civ., Sez. I, Sent., 22 marzo 2005, n. 6193, in banca dati One legale, p. 3, che richiama le sentenze Cass. civ., Sez. II, 9 luglio 1997, n. 6201, in banca dati One legale e Cass. civ., Sez. I, 1° aprile 2003, n. 4929, cit.

In particolare, Cass. civ., Sez. I, 1° aprile 2003, n. 4929, cit., p. 4 precisa come l'interesse del socio in questione sia «*un interesse giuridicamente qualificato dalla condizione stessa di socio: il quale, per un verso, è titolare di diritti partecipativi che lo abilitano (nei limiti proporzionali della sua quota) ad influenzare secondo i propri intenti il processo decisionale dell'assemblea di società, e, per altro verso, è vincolato alle deliberazioni adottate dall'assemblea, ma sul presupposto che tali deliberazioni, quando prese nel rispetto della legge e dello statuto, vincolino allo stesso modo anche gli altri soci*».

<sup>425</sup> Cass. civ., Sez. I, 1° aprile 2003, n. 4929, cit., p. 4. Più recentemente la Cass. civ., Sez. Unite, 17 aprile 2012, n. 5992, in banca dati One legale, p. 3 «*l'interventore adesivo non ha autonoma legittimazione ad impugnare (salvo che si tratti di impugnazione limitata alle questioni specificamente attinenti la qualificazione dell'intervento o la condanna alle spese imposte a suo carico), sicché la sua impugnazione è inammissibile, laddove la parte adiuvata non abbia esercitato il proprio diritto a proporre impugnazione ovvero abbia fatto acquiescenza alla decisione ad essa sfavorevole*». In dottrina si veda R. RORDORF, *sub art. 2378 c.c.*, cit., p. 874. Per più distese considerazioni, si veda tuttavia: C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2019, p. 431. In effetti, la compattezza del richiamato orientamento giurisprudenziale, che enfatizza il carattere accessorio della posizione dell'interveniente adesivo, mostra segni di incrinatura alla luce della posizione assunta da Cass. civ., Sez. Unite, n. 24707/2015 (Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 4 dicembre 2015, n. 24707, in banca dati One legale), la quale apre alla impugnazione autonoma del garante chiamato per mera comunanza di causa. Si tratta di una apertura che riecheggia impostazioni ben rappresentate dalla dottrina processualcivile, che da tempo ormai auspica il riconoscimento anche all'interveniente adesivo (almeno nei casi in cui rimanendo terzo non subirebbe appieno il vincolo al giudicato *inter alios*) del potere di rimettere in discussione l'esito del giudizio.

<sup>426</sup> Si veda *supra*, in particolare nt. 422.

alla domanda di annullamento, e laddove risultante soccombente in prime cure possa esclusivamente aderire all'impugnazione svolta dalla società, dovendo altrimenti rimettersi all'acquiescenza della società, alla quale sola è riferibile la delibera, quale espressione della volontà assembleare.

Si ritiene, invece, non condivisibile fino in fondo il ragionamento di chi ritiene che *«la possibilità di sottoporre ad un ulteriore controllo giurisdizionale la nuova deliberazione positiva (ripetesi: quella sostitutiva) deve comunque essere necessariamente garantita sia in relazione alla posizione di coloro che non abbiano proposto intervento nel giudizio di impugnazione della deliberazione negativa o che [...] non avevano interesse nella sua rimozione, sia in relazione alla possibilità di far valere questioni ulteriori e diverse rispetto a quelle dedotte in quel giudizio»*<sup>427</sup>.

Infatti, l'Autrice a cui si fa riferimento arriva ad ammettere addirittura la possibilità di esperire azioni di impugnazione avverso la nuova delibera positiva. Questo appare a chi scrive assurdo: la delibera positiva diventa efficace (in maniera retroattiva, sin dalla data in cui la delibera negativa fu adottata in assemblea) solamente al momento del passaggio in giudicato della sentenza sostitutiva, e questo sia che la si voglia qualificare in termini dichiarativi che costitutivi; dunque, è solo da quel momento che potrebbero essere esperite le azioni di impugnativa contro la stessa delibera. In questo modo, però, si andrebbe a scalfire l'accertamento ormai indiscutibile (art. 2909 c.c.) contenuto nel giudicato, andando, quindi, a mettere in dubbio ciò che sul piano giuridico nel nostro ordinamento è considerato certezza (il giudicato sostanziale, appunto).

Il diritto ad impugnare la delibera accertata dal giudice si configurerebbe in capo ai soggetti rimasti estranei alla lite unicamente qualora si ritenesse che la sentenza passata in giudicato vincoli solo le parti del processo<sup>428</sup>.

Invece, riconoscendo che il giudicato abbia efficacia *erga omnes* – come è giusto fare, a parere di chi scrive – si arriva alla conclusione che *«la delibera accertata dal giudice con sentenza passata in giudicato non possa essere oggetto di successiva impugnazione»*<sup>429</sup>, e questo quantomeno con riferimento ai vizi originari che devono essere dedotti nel processo.

Diversamente, la possibilità di esperire nuove azioni di impugnativa contro la deliberazione giudizialmente accertata, porterebbe a continue impugnazioni ed inesauribili processi: questo sarebbe contrario non solo al principio di economia processuale – motivo per cui appare maggiormente opportuno, a parere di chi scrive, intervenire nel giudizio già instaurato ed eventualmente aderire all'appello della società avverso la decisione di primo grado, ponendosi così all'interno della catena di impugnazioni avviata dalla prima azione

---

<sup>427</sup> C. FRANGINI, *op. cit.*, par. 4.

<sup>428</sup> M. CENTONZE, *op. cit.*, p. 481, spec. nt. 214.

<sup>429</sup> *Ivi*, p. 481.

di impugnativa – ma ciò sarebbe contrario pure al principio di certezza del diritto, andando a scardinare l'idea stessa di giudicato sostanziale, nonché negando alla società la stabilità delle decisioni societarie, uno dei principi cardine della riforma del diritto societario.

### **3.3.4 v) Confronto tra tenuta della delibera proclamata in via giudiziale e il contratto definitivo ex art. 2932 c.c.**

L'approfondimento sulla tenuta della sentenza del giudice che proclama in via giudiziale l'approvazione della proposta illegittimamente rigettata si può concludere con un richiamo alla sentenza che tiene luogo del contratto definitivo a fronte di un preliminare rimasto inadempito ex art. 2932 c.c.

Nonostante sia già stato affermato come la natura costitutiva della sentenza sostitutiva non possa essere giustificata attraverso un ricorso analogico all'art. 2932 c.c. (si veda *supra*), è forse possibile accostare la stabilità della sentenza ex art. 2932 c.c. alla stabilità della sentenza che sostituisce la delibera negativa con quella di segno positivo, e questo semplicemente notando come la situazione in cui il giudice emana una sentenza che tiene luogo dello specifico contratto di compravendita la cui conclusione è mancata e che ha effetti costitutivi (del diritto di proprietà e di tutte le garanzie accessorie tipiche del contratto di vendita) presenti elementi di similitudine con la situazione in cui il giudice proclama in via giudiziale l'approvazione della proposta assembleare, il cui accoglimento è mancato a causa dell'illegittima opposizione di alcuni soci in assemblea.

Si precisa, tuttavia, che tale accostamento non possa operare in toto, per via della presenza di alcune differenze tra le due fattispecie.

In particolare se, da un lato, nel giudizio che si conclude con la sentenza che tiene luogo del definitivo non concluso vi sono tipicamente due parti, che hanno stipulato un contratto preliminare che contiene tutte le caratteristiche del definitivo, e dunque il giudice, in questo caso, si limita a dare atto della già manifestata volontà delle parti a fronte dell'inadempimento di una di queste; nel giudizio che si conclude con la trasformazione della delibera da negativa a positiva, invece, il giudice non dà atto di una volontà assembleare già precedentemente espressa, ma cambia il segno della delibera sulla base di quella che sarebbe stata l'effettiva volontà assembleare qualora i voti abusivi e/o in conflitto di interessi non fossero stati espressi.

Da una parte, dunque, sembra esservi una volontà delle parti già espressa, la cui esecuzione è mancata, dall'altra parte, una volontà assembleare viziata che deve essere riportata a legalità dal giudice.

Tuttavia, deve qui precisarsi come, in realtà, a volte il contenuto della sentenza ex art. 2932 c.c. dia vita ad un rapporto giuridico in parte diverso al contratto definitivo di

vendita non concluso: infatti, «*in alcuni casi il giudice, con la sentenza, può anche intervenire modificando i contenuti delle originarie pattuizioni contrattuali. In queste ipotesi, cioè, la sentenza sostituisce il contratto definitivo ma non è meramente riproduttiva di quanto già programmato dalle parti nel preliminare*»<sup>430</sup>. Questo può accadere tipicamente quando assieme alla domanda ex art. 2932 c.c. la parte sollevi anche l'azione estimatoria: l'accoglimento di entrambe le domande comporta non solo la costituzione dell'effetto traslativo ma anche la modificazione dell'obbligazione di pagamento del prezzo<sup>431</sup>.

Andando ora ad analizzare la stabilità della sentenza di cui all'art. 2932 c.c., appare opportuno richiamare quanto sottolineato da un recente contributo in dottrina, e cioè che «*gli effetti prodotti dalla sentenza hanno fonte giurisdizionale e si producono solo con il suo passaggio in giudicato. Ciò non toglie che essi siano pur sempre effetti sostanziali, che innovano, modificandolo, il rapporto giuridico tra le parti sorto dal contratto preliminare*»<sup>432</sup>.

Il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., comportando il prodursi degli effetti che modificano il rapporto sostanziale, impedisce che possano essere fatti valere fatti giuridici deducibili nel giudizio che ha dato luogo alla sentenza costitutiva, specie quelli che integrano vizi genetici del preliminare<sup>433</sup>.

In un successivo giudizio potrebbero sì farsi valere, invece, i vizi occulti, la cui scoperta sia successiva al giudicato costitutivo (conducendo, ad esempio, alla risoluzione del rapporto negoziale per inadempimento nel pagamento del corrispettivo, oppure a seguito dell'esperimento fruttuoso di azioni redibitorie): si tratta di questioni non deducibili in virtù del limite cronologico dell'accertamento, e quindi non rientranti nell'oggetto del giudicato.

Non sarà invece ammissibile l'azione di rescissione dopo il giudicato costitutivo, né l'azione di nullità, «*anche se la sentenza traslativa dovesse produrre un effetto giuridico sostanziale in violazione di norme imperative*»<sup>434</sup>.

I vizi originari rientreranno nel deducibile, e quindi saranno oggetto di giudicato. La parte che volesse impedire la costituzione del rapporto definitivo in via giudiziale ha l'onere di dedurre le relative eccezioni in corso di causa<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 39.

<sup>431</sup> *Ivi*, p. 39-40.

<sup>432</sup> R. MURONI, *L'azione ex art. 2932 c.c.: contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Jovene, Napoli, 2018, p. 195.

<sup>433</sup> *Ivi*, p. 195-196.

<sup>434</sup> *Ivi*, p. 196.

<sup>435</sup> *Ivi*, p. 196-197, dove l'Autrice afferma che «*solo mediante i mezzi ordinari di impugnazione si potrà scalfire la sentenza*». Nello stesso senso C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 40, secondo il quale «*è molto delicato definire il regime di impugnabilità e di risolubilità di questi effetti della vendita disposti dalla sentenza, ossia ope iudicis, e non (direttamente) sorti da un*

Appare evidente, dunque, come i risultati raggiunti dalla dottrina con riferimento alla stabilità della sentenza di cui all'art 2932 c.c. siano gli stessi illustrati nei paragrafi precedenti con riguardo alla pronuncia sostitutiva della delibera negativa.

---

*contratto. Ad ammettere azioni di risoluzione, che si indirizzano sul rapporto e non sull'atto, non vi sono ostacoli. Azioni di invalidazione (annullamento, rescissione), invece, potevano farsi valere contro il preliminare oppure, in via di eccezione, per bloccare l'accoglimento della azione costitutiva; certo non contro la sentenza, la quale tiene luogo del contratto, ma non è un contratto e non è quindi oggetto di azioni di annullamento o di rescissione».*

## CAPITOLO IV

### TUTELA CAUTELARE NEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE DELLA DELIBERA NEGATIVA

#### 4.1 Funzioni e caratteri della tutela cautelare

Il processo è procedimento: una serie di atti successivi che si dipanano nel tempo. I lunghi tempi processuali necessari per la cognizione piena, cioè per arrivare alla pronuncia nel merito potrebbero andare a scapito dell'interesse dell'attore che ha ragione: vi è il rischio che durante il tempo necessario per ottenere la sentenza succeda qualche cosa al di fuori del processo che faccia sì che la sentenza arrivi, ma sia infruttuosa, oppure che la situazione sul piano reale sia mutata al punto che di quel rimedio l'attore non abbia più bisogno ed il problema non sia più suscettibile di essere risolto, soddisfatto<sup>436</sup>.

Si parla, in questo senso, di rischio da infruttuosità della tutela, cioè il pericolo derivante da tardività della sentenza di merito.

Per assicurare che non vi siano diminuzioni dell'efficacia della sentenza definitiva tra la proposizione della domanda di cognizione piena e la pronuncia della sentenza di merito, sempre più spesso le parti chiedono al giudice forme di tutela interinali, volte a garantire, dunque, che l'effetto della sentenza finale sia tale e quale a quello che si avrebbe qualora la stessa fosse stata emessa il giorno in cui è stata proposta la domanda.

Da questa necessità di contemperare, da un lato, il principio della ragionevole durata del processo, *ex art. 111, co. 2, Cost.*, necessaria per ottenere la cognizione piena, e dall'altro, l'esigenza di tutela dell'attore che ha ragione, nasce la tutela cautelare.

I provvedimenti cautelari servono, dunque, a neutralizzare il tempo necessario al procedimento giurisdizionale di merito e a proteggere interinalmente, nelle more del processo, l'attore che ha ragione<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> In questo senso si veda G. CHIOVENDA, *I principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, IV Edizione inalterata, Jovene, Napoli, 1928, p. 225, dove evidenzia come nel tempo necessario per ottenere la sentenza di merito può darsi che «**si presentino tali circostanze da impedire in tutto od in parte o rendere più difficile o gravoso il conseguimento del bene che risultasse poi garantito dalla legge, qualora non si provveda fin d'ora ad evitare il pericolo. Può darsi anche che si tratti di un bene il cui conseguimento, se dovuto, non può essere ritardato senza danno. Può darsi ancora che si abbia bensì un accertamento della volontà della legge, ma che durante il tempo necessario per la esecuzione si presenti il timore di danno**».

<sup>437</sup> Si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 205, dove afferma che «*in chiave temporale va spiegato anche il fondamento del fenomeno della c.d. tutela cautelare. Esso consiste nella possibilità di richiedere [...] provvedimenti di vario contenuto comunque capaci di garantire che la attesa della decisione ordinaria di merito – quale che sia il rito applicabile o scelto (rito base, laburistico o sommario-semplificato) – e il correlato decorso del tempo, non pregiudichino la soddisfazione del diritto dell'attore, se esso risulterà esistente [...], o, almeno, non lo pregiudichino in modo grave o*

L'idea di fondo è quella dell'effettività della protezione giurisdizionale, che non è altro che una declinazione del giusto processo.

Ecco che torna sotto i riflettori il già richiamato principio di effettività, che costituisce un po' il *fil rouge* del presente approfondimento: «*l'ordinamento va interpretato in modo da assicurare al cittadino la maggiore tutela possibile*» e dunque «*il processo deve attribuire le stesse utilità che si sarebbero potute trarre da uno spontaneo adeguamento delle parti all'ordine giuridico*»<sup>438</sup>.

Sul punto, più recentemente, in dottrina è stato affermato (proprio con riferimento al settore dell'impugnazione delle delibere societarie) che lo stesso principio di effettività della tutela giurisdizionale sembra trovare «*la sua più concreta realizzazione proprio nel momento cautelare della giurisdizione*»<sup>439</sup>.

I manuali di diritto processuale civile, insegnano che le misure cautelari sono provvedimenti strumentali e provvisori, che nascono da una dimensione ipotetica<sup>440</sup>.

Proprio l'esigenza della tutela cautelare di assicurare che la sentenza di merito, una volta emanata sia in grado di garantire all'attore che ha ragione la piena soddisfazione del suo diritto, e dunque «*tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire*»<sup>441</sup> sul piano sostanziale, comporta che la tutela cautelare non possa dare a colui che la richiede una protezione superiore, o di grado o consistenza diversa rispetto a quella che otterrebbe con la sentenza di merito: si tratta del carattere strumentale della tutela cautelare<sup>442</sup>.

Per strumentalità, infatti, si intende il carattere servente del provvedimento cautelare, il quale non ha valore in sé, ma in quanto strumentale alla garanzia dell'efficacia del provvedimento di merito (che è strumentale a sua volta del diritto soggettivo: si parla, a tal punto, di strumentalità al quadrato).

Questa strumentalità si salda con la provvisorietà del provvedimento cautelare, il quale non nasce con l'ambizione di diventare esso stesso definitivo, ma con la prospettiva

---

*addirittura tale da palesarsi irreversibile al momento della sentenza definitiva resa al termine del processo a cognizione piena, frustrandone ogni utilità».*

<sup>438</sup>I riferimenti sono a F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela*, Cedam, Padova, 1983, p. 76.

<sup>439</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 65. Nello stesso senso si veda M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 175, il quale afferma che «*la stessa effettività degli strumenti di tutela in via ordinaria - annullamento e «accertamento» della avvenuta approvazione della proposta - dipende quasi totalmente dalla possibilità di ricorrere ad una misura cautelare nelle more del giudizio».*

<sup>440</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 206, dove l'Autore indica i connotati strutturali della tutela cautelare.

<sup>441</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1933, p. 42, è il famoso principio secondo il quale «*il processo deve dare, per quanto è possibile, praticamente a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire*».

<sup>442</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 206-207, «*il contenuto della tutela cautelare urgente non può mai anticipare effetti che la stessa sentenza di merito favorevole al ricorrente non sarà in grado di avere, mentre ne può disporre di identici, o di minori, o anche di diversi, ma ricompresi e contenuti nella orbita della attesa tutela di merito*».



di perdere efficacia una volta ottenuta la sentenza definitiva: infatti, dopo la pronuncia di cognizione piena, il provvedimento perde la sua ragion d'essere e viene meno, non può durare più di quanto dura l'intero arco del processo e non oltre il provvedimento finale, la sentenza di merito.

Si parla a questi fini anche di strumentalità strutturale (gli effetti della misura cessano con l'emanazione della sentenza): la misura cautelare deve essere sempre reversibile, ossia suscettibile di scomparire *naturaliter* con l'eventuale sentenza di rigetto della domanda giudiziale. Il provvedimento cautelare, in quanto sempre provvisorio, non avrà mai efficacia definitiva, di qui l'inidoneità del provvedimento cautelare di produrre la cosa giudicata sostanziale.

Occorre ricordare come il concetto di strumentalità sia cambiato nel tempo poiché, a seguito delle riforme del 2005-2006, il legislatore ha distinto due forme di provvedimenti cautelari sotto il profilo del modo in cui interagiscono con il processo di cognizione.

Accanto al regime ordinario, in cui si esaltavano al massimo grado i caratteri della strumentalità e della provvisorietà, tale per cui si prevedeva che la parte per mantenere efficace il provvedimento cautelare dovesse provvedere a dare impulso al processo di cognizione piena (si tratta dei provvedimenti cautelari conservativi caratterizzati dal carattere della cd. strumentalità forte), viene creata la categoria dei provvedimenti cautelari anticipatori caratterizzati dal carattere della cd. strumentalità attenuata: il provvedimento rimane funzionalmente strumentale (nel senso che serve a far sì che l'utilità della sentenza non arrivi troppo tardi), resta ferma, pure, la sua inidoneità al giudicato e la sua superabilità da parte della sentenza di cognizione piena, quello che cambia è che tali provvedimenti anticipatori vivono indipendentemente dalla pendenza del processo di cognizione piena.

Il legislatore, con queste riforme, ha, dunque, deciso di isolare un gruppo di provvedimenti cautelari e dissociarli dal merito per evitare che il giudizio di cognizione piena dovesse essere instaurato pena la decadenza del provvedimento cautelare.

Si badi che a volte il provvedimento cautelare è proprio ciò a cui la parte mira: il provvedimento anticipatorio vive dissociato dal sempre possibile, ma non necessario, procedimento di cognizione piena, ed è dunque «*capace di durare a tempo indefinito, e di fatto può finire per tener luogo tra le parti di una sentenza di merito che non arriverà mai*»<sup>443</sup>.

Questo sembra proprio ciò a cui auspicava il legislatore con tali riforme, mirando, sulla base di un calcolo utilitaristico, a deflazionare, così, il numero di processi a cognizione piena che vengono instaurati: la parte, infatti, può risultare soddisfatta – e spesso questo è proprio ciò che accade – del risultato minore assicurato dal provvedimento cautelare, senza

---

<sup>443</sup> *Ivi*, p. 207.

necessità di dover instaurare un processo di cognizione piena<sup>444</sup>, divenuto non più necessario.

Possiamo dire, dunque, che oggi il *proprium* dei provvedimenti cautelari sia il carattere della strumentalità funzionale – che sempre permane – e cioè il fatto che i provvedimenti cautelari, siano essi anticipatori o conservativi, in ogni caso sono funzionalmente serventi rispetto alla sempre possibile sentenza di cognizione piena: di qui la provvisorietà della pronuncia cautelare, sempre suscettibile di divenire inefficace innanzi alla pronuncia di merito, e la sua inidoneità al giudicato.

Passando all'analisi del carattere ipotetico, e così (più o meno marcatamente) prognostico, del giudizio richiesto al giudice cautelare, si evidenzia come il provvedimento cautelare, in quanto concesso nelle more del giudizio di cognizione piena, è dato quando ancora non è certo che il soggetto che lo chiede abbia ragione o torto, non essendovi ancora l'accertamento definitivo per l'ipotesi che l'attore abbia effettivamente ragione.

Il provvedimento cautelare, infatti, viene concesso a seguito di un accertamento sommario concernente una prognosi ipotetica su chi ha ragione, per proteggere l'utilità della sentenza che a costui darebbe ragione.

A questi tre caratteri della tutela cautelare – deve ricordarsi – se ne aggiunge un quarto<sup>445</sup>, che è l'immediata efficacia delle disposizioni cautelari adottate, indipendentemente dal loro contenuto (ciò, ancora una volta, è funzionale alla tutela interinale del richiedente).

Da questi caratteri funzionali della tutela cautelare, in particolare dalla strumentalità e dalla dimensione ipotetica della misura cautelare, derivano le condizioni necessarie per accedere alla tutela cautelare: il *fumus boni iuris* (che, in particolare, traduce il carattere dell'ipoteticità) e il *periculum in mora* (che traduce il concetto di strumentalità).

Il *fumus boni iuris*, *i.e.* la parvenza del buon diritto, richiede un giudizio prognostico circa l'astratta verosimiglianza che l'attore che richiede la misura cautelare sia titolare del diritto che fa valere in giudizio<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> Sul punto, si veda anche quanto affermato da U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 114, «i provvedimenti cautelari anticipatori consentono infatti di perseguire una funzione parzialmente differente da quella tradizionalmente attribuita alla cautela: rendere al cittadino una tutela giurisdizionale effettiva per via di una misura che non solo possa «assicurare» gli effetti della decisione finale (come fin qui è stato e come, in potenza, continua ad essere), quanto sia immediatamente idonea a produrre effetti costitutivi o esecutivi (in tutto o in parte coincidenti con quelli, anticipati, della sentenza finale), «esaurendo» all'occorrenza la sua domanda di giustizia, senza necessità (salva sempre la diversa volontà delle parti) di «impegnare» l'autorità giurisdizionale in un processo a cognizione piena. Una misura, quindi, in grado di fornire una tutela «alternativa» a quella ordinaria, in quanto rapida ed efficace, autonoma e relativamente stabile, per quanto frutto di una cognizione solo sommaria e priva di autorità di cosa giudicata».

<sup>445</sup> Si veda nt. 440.

<sup>446</sup> In particolare, si sottolinea come la soglia del *fumus boni iuris* non è fissa, ma varia in ragione dell'intensità del pregiudizio che arriva a controparte dalla misura cautelare: più incisiva è nella sfera giuridica del soccombente, più elevato dovrà essere il grado di plausibilità che l'attore dovrà dimostrare per ottenere tutela. Massimamente elevata dovrà essere la soglia qualora la cautela

Il *periculum in mora*, invece, richiede che vi sia il pericolo che il soggetto che ha ragione subisca un pregiudizio del suo diritto nelle more del processo di cognizione ordinaria (tale pregiudizio nelle ipotesi di provvedimenti cautelari tipizzati è esplicitamente descritto dalla norma di riferimento)<sup>447</sup>.

È necessario, dunque, affinché la misura cautelare richiesta sia concessa, che vi sia una prospettiva non infausta di accoglimento della domanda in sede di giudizio di cognizione ordinaria e la possibilità che il tempo necessario per ottenere la sentenza di merito pregiudichi l'attore.

#### **4.2 La misura cautelare tipica della sospensione ex art. 2378 c.c.: considerazioni generali**

L'esigenza di evitare che i tempi processuali pregiudichino l'attore che ha ragione si fa ancora più forte nel settore societario, «*ove il tumultuoso evolversi del mercato impedisce di attendere i tempi lunghi della paludata giustizia di cognizione, che usualmente definiamo "ordinaria"*»<sup>448</sup>.

Ecco perché anche nel giudizio di impugnazione delle delibere assembleari invalide, si vede spesso l'azione di cognizione dell'attore accostata alla domanda cautelare.

In questo settore, anzi, la tutela cautelare risulta spesso indispensabile, al fine di scongiurare la definitiva efficacia di determinate delibere od operazioni societarie: si pensi alle ipotesi di cui agli artt. 2379-ter, 2504-quater, 2500-bis, 2506-ter c.c. in cui l'ordinamento preclude la pronuncia di invalidità come conseguenza dell'avvenuta iscrizione della delibera, o dell'atto relativo all'operazione di riferimento, nel registro delle imprese, da quel momento «*facendo solo salva la tutela risarcitoria*»<sup>449</sup>.

---

oltre che lesiva della sfera giuridica di controparte, deve essere una di quelle cautele che il legislatore dal 2007 ha assoggettato al regime che viene nominato strumentalità cd. attenuata. Si veda sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 210 ss.

<sup>447</sup> *Ivi*, p. 210.

<sup>448</sup> S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2014, p. 601, spec. p. 601-602. Si veda, inoltre, quanto sottolineato da U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 66, il quale afferma che «*le stesse esigenze di stabilità e certezza dei rapporti societari possano trovare un primo sintomatico riscontro proprio nell'esito dell'istanza cautelare*»: d'altronde, l'Autore sottolinea proprio come «*anche nel campo delle impugnative societarie il legislatore abbia previsto che detta tutela possa «esaurirsi» in una forma sommaria, non essendovi alcuna necessità di costringere le parti a «tenere in piedi» la controversia fino alla lontana, e talvolta inutile, sentenza definitiva (cfr. art. 24, d.lgs. n. 5/2003)*».

<sup>449</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 408. Nello stesso senso si veda R. RORDORF, *sub art. 2378 c.c.*, cit., p. 875, che fa riferimento all'importanza decisiva della tutela cautelare «*in un quadro nel quale [...] esistono molteplici casi di esecuzione (o di connessa pubblicità) con effetto sanante*».

In particolare, occorre evidenziare come in tale ambito sia legislativamente previsto all'art. 2378, co. 3, c.c. il rimedio cautelare tipico della sospensione degli effetti della delibera, di cui nel presente paragrafo saranno analizzate le caratteristiche.

Il riconoscimento della funzione cautelare della sospensione, la quale mira ad evitare che il socio nel tempo necessario per ottenere un provvedimento di merito di annullamento possa subire un pregiudizio irreparabile dei propri diritti<sup>450</sup> comparativamente valutato con quello che subirebbe la società, comporta la conseguente applicazione del rito cautelare uniforme, e dunque delle norme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. – «*in quanto compatibili ed ove non derogate dalle più specifiche disposizioni del medesimo art. 2378*»<sup>451</sup>.

La necessità di individuare la normativa procedimentale applicabile al rimedio in questione porta ad interrogarsi sulla configurazione della sospensione quale tutela cautelare conservativa oppure anticipatoria, in virtù della distinzione introdotta dalle riforme *supra* citate.

Non si tratta, quindi, di una questione meramente dogmatica, ma la stessa assume una certa rilevanza anche sul piano pratico.

Se un tempo sussisteva un vero e proprio dibattito tra dottrina maggioritaria e giurisprudenza di legittimità in tema di classificazione della sospensione della delibera come tutela cautelare anticipatoria o conservativa, ad oggi è possibile constatare come tale contrasto sia stato definitivamente risolto con la modifica dell'art. 669-*octies*, co. 8, c.p.c. operata dalla Riforma Cartabia, che ha definitivamente qualificato la misura cautelare in questione quale misura anticipatoria.

Prima della modifica, infatti, la norma qualificava quali anticipatori i «*provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali*»<sup>452</sup>: il contrasto s'incentrava, dunque, sulla definizione stessa di tutela cautelare anticipatoria.

La giurisprudenza di legittimità<sup>453</sup>, infatti, abbracciava quell'orientamento dottrinale che dava al concetto di anticipatorietà un'interpretazione più rigorosa<sup>454</sup>,

---

<sup>450</sup> T. SALVIONI, *L'ordinanza di sospensione della delibera di esclusione del socio*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4, 2022, p. 1367, spec. p. 1373.

<sup>451</sup> R. RORDORF, *sub art. 2378 c.c.*, cit., p. 876. Si coglie l'occasione per sottolineare come prima della l. 69/2009, che ha abrogato il rito societario, trovassero applicazione gli artt. 23 e ss. del d.lgs. 5/2003, in particolare l'art. 24 («*Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato*»), che al co. 8 disponeva «*l'istanza di sospensione proposta a norma dell'art. 2378 del codice civile è disciplinata dalle disposizioni di cui al presente articolo*»

<sup>452</sup> Art. 669-*octies*, co. 6, c.c.

<sup>453</sup> Cass. civ., Sez. I, Ord., 7 ottobre 2019, n. 24939, in banca dati One legale; Cass. civ., Sez. I, Ord., 26 aprile 2021, n. 10986, in banca dati One legale.

<sup>454</sup> C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, n. 11, 2003, p. 1505, spec. p. 1518 ss.; G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, CEDAM, Padova, 2004, p. 386.

ritenendo configurabili in termini anticipatori esclusivamente quei provvedimenti che strutturalmente anticipano gli effetti propri della decisione di merito.

Seguendo questa ricostruzione, la Corte di Cassazione nel 2021, riprendendo quanto già affermato nel 2019, inquadrava la misura sospensiva dell'efficacia della delibera assembleare tra i provvedimenti cautelari conservativi.

L'argomento principale su cui faceva leva la Corte per negare il carattere anticipatorio alla sospensione delle delibere assembleare era la natura costitutiva del provvedimento di annullamento, cui la sospensione è servente<sup>455</sup>.

La Corte, infatti, ricordando l'impossibilità – dichiarata anche in sede di legittimità<sup>456</sup> – della sentenza costitutiva di produrre effetti prima del passaggio in giudicato, affermava come la misura cautelare sospensiva non possa mai anticipare gli effetti propri del provvedimento di annullamento, i quali si produrrebbero solo con il passaggio in giudicato. *«In altri termini, quello che si può anticipare – in via di provvisoria esecuzione della sentenza esecutiva di condanna o in via di tutela cautelare anticipatoria - sono solo gli effetti meramente dipendenti dall'effetto costitutivo, ossia in qualche modo autonomi rispetto allo stesso, non gli effetti che sono diretta conseguenza dell'effetto costitutivo. Pertanto, relativamente alle sentenze costitutive, è possibile affermare che il bisogno di tutela urgente riguarda non tanto la salvaguardia o l'anticipazione del provvedimento costitutivo in sé e per sé considerato, bensì l'adozione di una cautela con riferimento alla statuizione consequenziale alla pronuncia costitutiva»*<sup>457</sup>, affermava la Corte.

La dottrina maggioritaria<sup>458</sup>, per converso, propendeva per una lettura più ampia della norma, qualificando come anticipatori i provvedimenti idonei a garantire un risultato pratico equivalente a quello della sentenza<sup>459</sup>.

---

<sup>455</sup> Cass. civ., Sez. I, Ord., 26 aprile 2021, n. 10986, cit., p. 4, *«il riferimento alla natura costitutiva della sentenza di annullamento della delibera di esclusione del socio costituisce, sul piano dogmatico, un parametro ontologico da cui muovere ogni argomentazione al riguardo»*.

<sup>456</sup> Il riferimento è a Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., 24 agosto 2016, n. 17311, in banca dati One legale; Cass. civ., Sez. II, Sent., 23 maggio 2016, n. 10605, in banca dati One legale richiamate dalla Corte a p. 4.

<sup>457</sup> Cass. civ., Sez. I, Ord., 26 aprile 2021, n. 10986, cit., p. 5; *idem* Cass. civ., Sez. I, Ord., 7 ottobre 2019, n. 24939, cit., p. 4-5.

<sup>458</sup> U. COREA, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all'italiana*, in *Judicium.it*, 2020, par. 3; ID., *La sospensione*, cit., p. 66; S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 504 ss.; G. ROMANO, *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*, in *Soc.*, n. 4, 2022, p. 501, spec. p. 506; M. L. GUARNIERI, *La sospensione delle delibere assembleari già eseguite: ammissibilità della cautela, natura della misura e ricadute processuali*, in *Judicium.it*, 2021, par. 7; T. SALVIONI, *op. cit.*, p. 1376 ss.

<sup>459</sup> Cfr. T. SALVIONI, *op. cit.*, p. 1374, che parla di *«nozione più ampia di anticipatorietà, estesa alle misure che precorrono non solo il pieno contenuto della pronuncia di merito, ma anche alcuni soltanto dei suoi effetti, ivi compresi quelli pratici»*.

Questa dottrina faceva leva, in particolare, proprio sullo spirito deflazionistico alla base della riforma del sistema cautelare, secondo il quale «*la tutela giurisdizionale dei diritti non deve necessariamente avvenire nelle forme e con le garanzie di un processo a cognizione piena che conduca a una sentenza munita di forza di giudicato*»<sup>460</sup>, soprattutto laddove l'interesse dell'attore possa trovare soddisfazione già attraverso una misura provvisoria<sup>461</sup>. Tale spirito sembrava essere contrastato proprio dalla Corte di legittimità<sup>462</sup>.

Sulla base di tale ricostruzione, dunque, la dottrina maggioritaria qualificava la sospensione quale misura anticipatoria: infatti, «*ove si guardi alla sua capacità di neutralizzare gli effetti della delibera e di creare in tal modo una nuova situazione giuridica, analoga alla preesistente, e un nuovo assetto di interessi da cui possono insorgere obblighi ripristinatori e conformativi, sembra difficile disconoscerle l'idoneità ad anticipare gli effetti analoghi a quelli della sentenza che definisce il giudizio impugnatorio*»<sup>463</sup>.

---

<sup>460</sup> U. COREA, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione*, cit., par. 3.

<sup>461</sup> Sul punto si veda U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 222, dove afferma che «*la concessione della sospensione, assicurando al ricorrente una soddisfazione analoga a quella prodotta dalla sentenza, ben può rendere inutile e privo di interesse il prosieguo del giudizio. E ciò non solo per il ricorrente ormai appagato da un provvedimento pienamente anticipatorio, ma anche per la società, la quale potrebbe ras. segnarsi a non reiterare la delibera lesiva ovvero a sostituirla con altra conforme a legge o a statuto*».

<sup>462</sup> Si veda U. COREA, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione*, cit., par. 5, che commentando la pronuncia della Cassazione, n. 24939/2019, afferma «*la decisione della cassazione, che pretende di confinare la categoria delle misure anticipatorie a quelle suscettibili di produrre i medesimi effetti della sentenza, segna pertanto una netta sconfessione della ratio della riforma*». Nello stesso senso G. ROMANO, *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*, in *Soc.*, n. 4, 2022, p. 501, spec. p. 505-506, dove l'Autore sostiene che «*le conclusioni cui giunge la Corte [...] non appaiono condivisibili, in quanto, oltre ad apparire in contrasto con le finalità (e con lo spirito) che il legislatore delle riforme e del 2005 aveva inteso perseguire con la riduzione dei casi di necessaria correlazione tra provvedimento cautelare e decisione di merito e con la "stabilizzazione" dei provvedimenti cautelari a natura anticipatoria, appaiono revocabili in dubbio sia sotto il profilo strettamente processuale, sia perché, sotto il profilo sostanziale, non tengono nella debita considerazione la realtà e l'incidenza del provvedimento cautelare di sospensione all'interno dell'organizzazione societaria*».

<sup>463</sup> U. COREA, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione*, cit., par. 4, che continua affermando «*non quindi una identità di effetti [...] ma l'inefficacia dell'atto quale essenza dell'effetto caducatorio*». In senso analogo, M. L. GUARNIERI, *op. cit.*, par. 7, «*la misura sospensiva, dunque, ove si guardi alla sua capacità di inibire gli effetti della delibera e di creare una regula iuris da cui possano insorgere obblighi ripristinatori e conformativi, si sovrappone perfettamente alla sentenza che definisce il giudizio impugnatorio. Una sovrapposizione, come efficacemente chiarito dagli interpreti, da intendersi non in termini di identità di effetti, giacché solo la sentenza di annullamento impatta sulla validità dell'atto impugnato, bensì in termini di affinità, (se così possiamo dire), in quanto l'inibitoria produce al pari della sentenza l'inefficacia della delibera, che è "l'essenza dell'effetto caducatorio" »». Ancora, S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 514-515, afferma che «*pare quindi fondata, anche da un punto di vista strutturale una ricostruzione in chiave anticipatoria della sospensione di cui all'art. 2378 c.c.: la differenza infatti tra annullamento e sospensione si lascia apprezzare soltanto dal punto di vista della provvisorietà della misura cautelare*», e questo perché «*mentre l'annullamento estingue definitivamente gli effetti della fattispecie deliberativa, la sospensione si limita a paralizzarli provvisoriamente ponendo la deliberazione in una situazione simile ad un negozio sottoposto a condizione sospensiva*».*

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (cd. “Riforma Cartabia”), come modificato dalla l. 29 dicembre 2022, n. 197, modificando il comma 8 dell’art. 669-*octies* c.p.c., sembra cogliere le esortazioni di chi in dottrina auspicava un intervento del legislatore a porre fine a tale contrasto giurisprudenziale e dottrinario<sup>464</sup>.

Ad oggi, il comma 8 dell’art. 669-*octies* c.p.c., infatti, recita «*l’estinzione del giudizio di merito non determina l’inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, né dei provvedimenti cautelari di sospensione dell’efficacia delle deliberazioni assunte da qualsiasi organo di associazioni, fondazioni o società, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa*»<sup>465</sup>.

Da tale comma è ricavabile la strumentalità attenuata dell’ordinanza di sospensione delle delibere delle società, e la conseguente classificazione della misura cautelare tra quelle aventi carattere anticipatorio, accogliendo così, il legislatore della riforma, la posizione della dottrina maggioritaria.

La misura cautelare, dunque, avrà efficacia ultrattiva e rimarrà in vita anche a seguito dell’eventuale estinzione del giudizio di merito.

È opportuno ora soffermarsi sul carattere endoprocessuale della misura sospensiva.

La sospensione infatti, secondo l’opinione maggioritaria, può essere chiesta solo in corso di causa, e questo sembra emergere chiaramente dalla lettera dell’art. 2378, co. 3, c.c., secondo il quale la sospensione può essere richiesta solo dal soggetto impugnante «*con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione*»<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> G. ROMANO, *op. cit.*, p. 513; M. L. GUARNIERI, *op. cit.*, par. 7.

<sup>465</sup> Si tenga conto, però, che in virtù dell’art. 35, co. 1 della l. 197/2022, modificativa del d. lgs. 149/2022, «*le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti*».

<sup>466</sup> Virgolettato è l’incipit dell’art. 2378, co. 3, c.c. Sul punto occorre richiamare R. RORDORF, *sub art. 2378 c.c.*, cit., p. 876-877, il quale evidenzia come «*la richiesta di sospensione non sia più riferita al solo socio opponente ma, in termini generali, a chi impugna la deliberazione*», in questo modo sciogliendo qualsiasi «*dubbio circa la legittimazione a proporre una tale istanza anche da parte degli amministratori, degli organi di controllo della società e delle autorità di vigilanza, qualora l’impugnazione della deliberazione assembleare provenga da uno di questi soggetti*». Infatti, già alla fine del secolo scorso G. ZANARONE, *L’invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 413 ss., criticava il fatto che la legittimazione a chiedere la sospensione fosse solo in capo al «*socio opponente*» e non a chiunque fosse legittimato all’impugnazione della delibera, essendo la misura cautelare sospensiva strumentale proprio al giudizio di annullamento. Tuttavia, come sottolinea U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 167, «*d’altra parte, anche il testo previgente, nel legittimare il solo socio opponente all’istanza di sospensione dell’esecuzione della delibera impugnata, optava chiaramente per l’esperibilità del rimedio cautelare soltanto in corso di causa*». In aggiunta A. A. ROMANO, *sub art. 2378 c.c.*, in *Le società per azioni: Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2016, p. 1089, spec. p. 1100, sottolinea come il fatto che l’art. 2378, co. 3, c.c. stabilisca che la domanda cautelare debba essere proposta «*contestualmente al deposito*» dell’atto di citazione, *i.e.* al momento della costituzione in giudizio dell’attore, «*non sembra tuttavia escludere che la misura cautelare sia richiesta con ricorso successivo al deposito dell’atto di citazione, anziché «contestuale» ad esso*». E ancora, l’Autore evidenzia come, mentre nel caso in cui la domanda cautelare sia proposta al momento della costituzione, il ricorso si intende diretto verso il

Tale assunto, un tempo, trovava giustificazione anche nell'ultimo comma dell'art. 24 del d.lgs. n. 5/2003 (rubricato "Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato") che, «*nel disporre che «l'istanza di sospensione proposta a norma dell'art. 2378 del codice civile è disciplinata dalle disposizioni di cui al presente articolo», sembrava altrettanto chiaro nell'assoggettare tale istanza alla disciplina dei «provvedimenti cautelari in corso di causam»»<sup>467</sup>. Come è già stato evidenziato *supra*<sup>468</sup>, tuttavia, tale disposizione non è più in vigore dal 2009, quando la l. 69/2009 ha abrogato il cd. rito societario, e quindi gli artt. da 1 a 33, 41, co. 1, e 42 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.*

Appare evidente, dunque come il (oggi solo) dato codicistico metta in luce il carattere endoprocessuale della misura sospensiva<sup>469</sup>.

A quanti in dottrina contrastano tale affermazione e ritengono estrapolabile in via interpretativa dall'art. 2378 c.c. la possibilità di esperire l'azione *ante causam*, e lo fanno invocando il rispetto dell'art. 24 Cost., nonché il principio di effettività della tutela, possono opporsi serie obiezioni<sup>470</sup>.

In primo luogo, non pare fondato l'argomento dell'incostituzionalità dell'art. 2378 c.c. laddove interpretato in senso preclusivo di una tutela preventiva, perché «*le esigenze che giustificavano la possibilità di ottenere la sospensione ante causam sono state ritenute soddisfatte dall'introduzione di uno speciale procedimento cautelare, in grado di attribuire la tutela necessaria in tempi rapidi, fermo restando che sarà la pratica a rivelare l'adeguatezza anche costituzionale di una disciplina di tal specie»*<sup>471</sup>.

---

presidente (della sezione specializzata) che designa un magistrato che deciderà della domanda cautelare ed assumerà il ruolo di giudice istruttore della causa di merito, essendo questa l'interpretazione che sembra doversi dare, «*ai riferimenti al « giudice designato per la trattazione del merito », altrimenti inspiegabili»* di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 2378 c.c.; nel caso di deposito successivo, «*il ricorso si dirigerà di regola al giudice istruttore della causa di merito, a meno che non si versi in una delle situazioni eccezionali previste dall'art. 669 quater co. 2, ult. parte c.p.c., ed il ricorso debba perciò anche qui esser diretto al presidente della sezione specializzata del tribunale adito»*.

<sup>467</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 167.

<sup>468</sup> Si veda nt. 451.

<sup>469</sup> In questo senso si veda anche R. RORDORF, *sub art. 2378 c.c.*, cit., p. 877, dove, interrogandosi sulla possibilità di ottenere la sospensione dell'esecuzione della delibera in un momento anteriore alla proposizione della domanda di merito di annullamento, afferma che «*il carattere dichiaratamente incidentale della misura cautelare prevista dalla norma in esame sembrerebbe escludere una simile possibilità»*.

<sup>470</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 168 ss.

<sup>471</sup> A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società: liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Vol. II, UTET giuridica, Torino, 2007, p. 255, spec. p. 283. Nello stesso senso si esprime U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 168, dove afferma che «*per quanto riguarda, invece, il diverso profilo della lamentata lesione del principio di effettività della tutela cautelare da parte di una norma che non contempli una tutela ante causam, occorre considerare che una siffatta violazione appare esclusa dalla previsione secondo cui «in caso di motivata ed eccezionale urgenza, il presidente del tribunale, omessa la convocazione della società convenuta, provvede sull'istanza con decreto*



Infatti, al secondo periodo del co. 3 dell'art. 2378 c.c., il legislatore ha previsto la possibilità che «*in caso di eccezionale e motivata urgenza*» il presidente del tribunale possa provvedere sull'istanza di sospensione *inaudita altera parte* (i.e. senza previa convocazione della società) con decreto motivato, «*salva la successiva conferma, modifica o revoca dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice designato (con lo stesso decreto presidenziale) per la trattazione della causa di merito in apposita udienza da fissarsi entro i successivi quindici giorni (art. 2378, 3° co., c.c.)*»<sup>472</sup>.

Differentemente dal caso di cui all'art. 2378, co. 3, primo periodo, c.c., dove il presidente del tribunale provvede previa convocazione della società convenuta, si tratterebbe qui di un pregiudizio tale da non permettere di attendere il contraddittorio delle parti sulla istanza cautelare.

Pare proprio che «*attraverso la previsione di due provvedimenti cautelari dai presupposti significativamente diversi, si sia voluta disciplinare anche l'ipotesi in cui vi siano esigenze di tutela immediata; in questi casi è comunque necessario proporre il giudizio di merito, ma si può ottenere il provvedimento di sospensione all'esito di un procedimento iper-semplificato. Ne deriva dunque l'inammissibilità di iniziative cautelari indipendenti dall'instaurazione del giudizio di merito*»<sup>473</sup>.

Infatti, persuade chi osserva come «*il dato normativo dovrebbe dunque essere di per sé sufficiente a convincere della necessità della previa impugnazione della delibera*»<sup>474</sup>.

Parte della dottrina non si è arrestata non si arresta al testo codicistico e ricerca le intime ragioni ad esso sottese<sup>475</sup>.

In particolare, è stato evidenziato come il legislatore abbia previsto che chi è legittimato a far valere l'azione di annullamento della delibera, lo debba fare entro un termine di decadenza, decorso il quale tale azione è preclusa e con essa ogni possibilità di tutela cautelare: da tale assunto sembrerebbe che tra azione di sospensione e quella di annullamento vi sia un'intima connessione tale per cui l'impugnazione della delibera si porrebbe quale presupposto di procedibilità della sospensione<sup>476</sup>.

---

*motivato» salva la successiva conferma, modifica o revoca dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice designato per la trattazione della fase cautelare (art. 2378, terzo comma, c.c.)*».

<sup>472</sup> U. COREA, *sub art. 2378 c.c.*, in Commentario del codice civile, diretto da Enrico Gabrielli, UTET giuridica, Torino, 2015, p. 1765, spec. p. 1789; ID., *La sospensione*, cit., p. 169.

<sup>473</sup> A. SCALA, *op. cit.*, p. 282.

<sup>474</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 170; ID., *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 700 c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, n. 2, 2008, p. 527, spec. p. 534.

<sup>475</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 171 ss.

<sup>476</sup> *Ivi*, p. 171. ID., *Note in tema di tutela impugnatoria*, cit., p. 544-545.

Questo, in particolare perché, solo dopo che l'attore abbia con l'impugnativa lamentato i vizi di legittimità della delibera, è possibile valutare il *fumus* della pretesa. «*In altre parole, se la concessione della sospensiva è subordinata ad un fumus di fondatezza dell'azione di merito (rectius, dei motivi di impugnazione), è coerente e logico richiedere che quest'ultima sia già stata introdotta*»<sup>477</sup>.

E, infatti, «*pur essendo riconosciuta al giudizio cautelare una sua autonomia rispetto al giudizio di merito la pendenza di quest'ultimo costituisce, pertanto, un presupposto processuale del primo, ossia un elemento che condiziona l'emanazione della decisione, la cui mancanza impone al giudice investito della domanda di tutela cautelare di arrestare il procedimento con un pronuncia in rito di inammissibilità*»<sup>478</sup>.

Inoltre, riconosciuto il carattere anticipatorio della sospensione, la possibilità di ottenere tale misura prima dell'impugnazione, comporterebbe che la parte, ritenendosi soddisfatta dalla stessa, potrebbe non avere interesse ad instaurare la causa di merito (stante l'efficacia ultrattiva tipica delle misure cautelari anticipatorie), con il conseguente obbligo per la società di attivarsi per «*intraprendere un'azione di accertamento della validità (e quindi della non annullabilità)*»<sup>479</sup> della delibera impugnata, la cui configurabilità è stata contestata<sup>480</sup>.

In definitiva, in virtù di quanto esposto, si può affermare come la tutela cautelare tipica della sospensione sia una tutela anticipatoria, ma non preventiva, non essendo possibile esperire tale misura prima che il processo sia instaurato.

---

<sup>477</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 171-172. ID., *sub art. 2378 c.c.*, cit., p. 1190.

<sup>478</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 172. In senso contrario C. DELLE DONNE, *Sospensione e cautela ex art. 700 c.p.c. nel sistema di tutela della valida formazione delle decisioni assembleari*, in *Giust. civ.*, n. 2, 2016, p. 417, spec. p. 427 ss., che afferma che «*nessuna delle obiezioni generalmente addotte a sostegno dell'inammissibilità pare a perfetta tenuta*», non il «*tenore letterale dell'art. 2378 c.c. che, indubbiamente pensato per una cautela in corso di causa, non appare per ciò solo automaticamente escludente quella ante causam (che al contrario potrebbe oggi ricavarsi da alcuni significativi dati di "sistema")*», e «*neppure quella basata sulla considerazione che, se per concedere la sospensione il giudice deve valutare i motivi di impugnazione della delibera, l'assenza di formalizzazione di questi ultimi nell'atto introduttivo del giudizio di merito impedisce la valutazione del fumus della pretesa. I motivi di illegittimità della delibera ben possono infatti essere indicati nel ricorso cautelare sicché il giudice è posto nella condizione di valutarne la verosimiglianza rispetto ad una delibera pur sempre già adottata, e che è in grado di valutare direttamente*». L'Autore, inoltre, evidenzia come «*la tutela cautelare ante causam caratterizza, a seguito del varo del Codice del processo amministrativo, anche quest'ultimo, sicché proprio le forti similitudini tra l'impugnativa dell'atto amministrativo illegittimo e quella delle delibere assembleari fa propendere per l'ammissibilità di una tutela ante causam nel nostro caso*».

<sup>479</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 172-173.

<sup>480</sup> *Ibidem*. Sul tema si veda C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività*, cit., p. 1520; A. SCALA, *op. cit.*, p. 285.

### 4.3 L'applicazione residuale dell'art. 700 c.p.c. in ambito societario

In presenza di tale rimedio tipico, dunque, in dottrina e giurisprudenza ci si è chiesti se nell'ambito dell'impugnazione delle delibere societarie possa essere esperito il rimedio d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.

In particolare, il primo interrogativo ha riguardato la possibilità di richiedere il provvedimento d'urgenza per ottenere la sospensione preventiva della delibera assembleare.

Il problema sorge dal fatto che la tutela cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* è una tutela innominata, atipica e residuale: è esperibile solo ove non vi siano altri rimedi tipici<sup>481</sup>.

Più nello specifico, l'art. 700 c.p.c. è l'ultima norma del Capo III, del Libro I del Codice di procedura civile, in tema di procedimenti cautelari, e chiude il sistema dei provvedimenti cautelari in modo da non lasciare scoperto nessun bisogno di tutela cautelare.

Il provvedimento d'urgenza, infatti, è un provvedimento che si adatta ad ogni situazione possibile: è innominato, nel senso che non è denominato in relazione ai tipi di diritti e di pericoli per i quali può essere utilizzato e ha una descrizione meramente in termini funzionali, non di specificazione esatta dei parametri che lo governano.

Ancora, il provvedimento d'urgenza è un provvedimento atipico sia in base alle situazioni giuridiche tutelate (non vi è indicazione dei diritti che si possono far valere: infatti, al co. 1 dell'art. 700 c.p.c. si trova scritto «*chi ha fondato diritto di temere*», e dunque si parla di un diritto qualunque) sia in base ai contenuti che può avere (proprio perché l'area di applicazione è vastissima, il contenuto del provvedimento non è determinato *ex ante*, ma è il più adatto a vagliare il problema nella situazione concreta).

Infine, è un provvedimento residuale, e cioè è utilizzabile unicamente laddove non sia previsto dalla legge un rimedio cautelare tipico: la residualità si desume dall'*incipit* dell'art. 700 c.p.c., che recita «*fuori dai casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo*».

Ai fini della nostra analisi occorre sottolineare come, oltre al limite della residualità, vi sia un altro elemento capace di circoscrivere l'applicazione del provvedimento di cui all'art. 700 c.p.c. ed è il grado del *periculum in mora* che deve essere rappresentato e provato per ottenere un tale provvedimento: la norma parla di «*pregiudizio imminente irreparabile*». Si tratta dunque di una soglia molto elevata, di un pregiudizio talmente grave da assurgere a livello di irreparabilità del danno a cui il ricorrente potrebbe andare incontro nelle more del giudizio.

Il pregiudizio è imminente quando è incombente con vicina probabilità; mentre con riferimento all'irreparabilità del pregiudizio occorre sottolineare come la stessa è una

---

<sup>481</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 218 ss.

nozione relativa che va contestualizzata al tipo di situazione davanti a cui ci si trova: irreparabile non è «solo quel tipo di pregiudizio che in assoluto [...] non può trovare alcuna forma di ristoro», ma «anche quel pregiudizio che nella sanzione del successivo risarcimento del danno trova una riparazione troppo parziale e troppo tardiva, oltre che di troppo incerta ed aleatoria qualificazione, e perciò difficilmente risarcibile»<sup>482</sup>.

Occorre, infine, in particolare, soffermarci sul concetto di residualità, uno dei due fondamentali limiti all'applicazione del provvedimento cautelare.

Chiaro è che la tutela cautelare d'urgenza sia esperibile solo ove non vi siano altri rimedi tipici, ed invero, come si è già sottolineato, nel giudizio di impugnazione delle delibere assembleari è legislativamente previsto il rimedio cautelare tipico della sospensione, ma ciò non basta ad escludere l'esperibilità del rimedio cautelare atipico. Infatti, occorre sottolineare come residualità non significhi che in presenza di una misura cautelare tipica non si possa chiedere il provvedimento d'urgenza<sup>483</sup>: lo scopo dell'art. 700 c.p.c. è quello di poter ottenere un provvedimento cautelare forgiabile a seconda delle esigenze concrete<sup>484</sup>, in modo da «preservare la piena effettività della futura tutela definitiva»<sup>485</sup>.

Il criterio, allora, è quello di andare a guardare al tipo di *periculum in mora* che l'attore rappresenta in giudizio: l'attore potrà ottenere il provvedimento cautelare d'urgenza solo se il *periculum* paventato non è coperto, neutralizzato, dalla misura cautelare tipizzata.

Si ricorda che deve trattarsi comunque di un pericolo che arrivi alla soglia del pregiudizio imminente e irreparabile che segna il confine della possibilità effettiva di ottenere un provvedimento d'urgenza.

A fronte di tale precisazione circa il concetto di residualità, occorre chiedersi se sia possibile invocare il provvedimento cautelare d'urgenza ai fini dell'ottenimento della sospensione *ante causam* della delibera assembleare<sup>486</sup>.

---

<sup>482</sup> *Ivi*, p. 218.

<sup>483</sup> In questo senso anche *Ivi*, p. 220 «questo limite della residualità [...] non esclude, però, che il diritto per il quale sia già prevista una cautela tipica possa essere salvaguardato da un provvedimento d'urgenza, qualora si sia in presenza di un pregiudizio diverso da quello avuto presente dalla cautela tipica».

<sup>484</sup> In questo senso si veda S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 612, dove afferma che la residualità vada valutata non in astratto, ma in concreto.

<sup>485</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 219. Nello stesso senso si veda M. GABOARDI, *Delibera assembleare negativa e tutela cautelare d'urgenza (profili processuali)*, in *Soc.*, n. 6, 2015, p. 689, spec. p. 721, «se è vero, dunque, che la tutela d'urgenza non ha uno scopo puramente integrativo della tutela cautelare tipica, è pur vero, però, che l'ambito di operatività della cautela innominata non può ridursi a quelle sole situazioni soggettive che non siano presidiate da alcuna forma di tutela cautelare, posto che, nei casi in cui sia riconosciuta un'azione di merito diversa da quella presidiata da una cautela tipica oppure un'azione di merito dal contenuto complesso, l'impossibilità di accesso allo strumento dell'art. 700 c.p.c. finisce per risolversi in un inammissibile diniego di giustizia (rectius di tutela cautelare)».

<sup>486</sup> In particolare, si veda U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 173 ss.

Infatti, chi adotta un atteggiamento più lassista sembra riconoscere tale evenienza giustificandola sulla base dell'assenza, prima dell'instaurazione della causa di merito, di una misura cautelare tipica capace di sventare il pregiudizio imminente e irreparabile derivante dall'esecuzione della delibera<sup>487</sup>.

Il ragionamento seguito da chi propende per tale orientamento è il seguente: «*il principio, secondo il quale non è possibile introdurre un procedimento ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in presenza di altro procedimento urgente previsto dall'ordinamento, opera nei casi in cui la tutela che si vuole ottenere attraverso il ricorso al provvedimento innominato possa essere assicurata attraverso un rimedio tipico*»<sup>488</sup>, ma il rimedio cautelare tipico di cui all'art. 2378 c.c., la cui esperibilità è limitata esclusivamente agli impugnanti, non offrirebbe alcuna tutela specifica nel termine di decadenza di tre mesi previsto per l'impugnazione della delibera, tale per cui, in quel termine, potrebbe essere esperito il provvedimento d'urgenza.

Si tratta, tuttavia, di un orientamento giurisprudenziale e dottrinale minoritario che fonda la propria convinzione su un'interpretazione forse un po' troppo ampia del concetto di residualità<sup>489</sup>.

A chi scrive pare, invece, maggiormente condivisibile quell'orientamento che nega che il provvedimento d'urgenza possa essere chiesto per ottenere la sospensione *ante causam*<sup>490</sup>.

Occorre tenere bene a mente l'insegnamento di autorevole Autore, secondo il quale «*la tutela urgente non può essere invocata per integrare la disciplina dei procedimenti*

---

<sup>487</sup> A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza art. 700-701*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 309. Gli Autori ivi, nt. 855, richiamano i principali sostenitori di tale tesi, A. CARRATTA, *sub art. 2378 c.c.*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da Sergio Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 1160; C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività*, cit., p. 1520; F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della S.p.A.*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 297; G. MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle spa (seconda parte): l'impugnazione*, in *Soc.*, n. 5, 2003, p. 673, spec. p. 679.

<sup>488</sup> Tribunale di Milano, Ord., 20 gennaio 1998, in *Soc.*, n. 7, 1998, p. 811, richiamato da U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 174-175 (nt. 76).

<sup>489</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 175.

<sup>490</sup> Si veda in particolare, *Ivi*, p. 173 ss.; ID, *sub art. 2378 c.c.*, p. 1791 ss. ID, *Note in tema di tutela impugnatoria*, cit., p. 547 ss. Nello stesso senso, più recentemente anche, S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 605, dove, con riferimento al rimedio cautelare tipico della sospensione *ex art. 2378 c.c.*, afferma «*essendo configurato come procedimento incidentale ad una controversia di merito, l'istanza di sospensione non è proponibile ante causam, nelle more dell'instaurazione del procedimento di cognizione*». Ancora, contrari al ricorso all'art. 700 c.p.c. per ottenere una sospensione preventiva sono G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 415; A. SCALA, *op. cit.*, p. 282 ss. Più timidamente, A. A. ROMANO, *sub art. 2378 c.c.*, cit. p. 1102, ritiene che la soluzione contraria alla possibilità di ottenere, per via dell'art. 700 c.p.c., un provvedimento d'urgenza che inibisca *ante causam* l'esecuzione della delibera da impugnare «*si lascia forse testualmente preferire, poiché la presenza della misura cautelare tipica, sia pur con sue precise limitazioni, dovrebbe bandire il ricorso ad una misura innominata di pari oggetto*».

*cautelari nominati, al fine di consentire l'utilizzazione – quasi in cumulo oggettivo – delle regole proprie dell'una e dell'altra»*<sup>491</sup>.

Infatti, l'orientamento che abbraccia il più ristretto significato di residualità, evidenzia come il *periculum in mora* lamentato in tali casi sarebbe il medesimo «*vuoi che si condizioni la concedibilità della tutela cautelare alla proposizione dell'impugnativa, vuoi che – in astratta ipotesi – la si sganci da essa»*<sup>492</sup> ed afferma come «*la sussistenza di una misura cautelare tipica quale la sospensione impedisca il ricorso all'art. 700 c.p.c. al fine di ottenere in via preventiva una misura di contenuto analogo, proprio in virtù della impossibilità di «aggirare» la norma disciplinante il provvedimento tipico sul presupposto di una sua (pretesa) scarsa efficacia nel caso concreto»*<sup>493</sup>: le formalità richieste dalla norma di cui all'art. 2378 c.c. ai fini dell'ottenimento della sospensione (in particolare l'impugnazione della delibera e l'enunciazione dei motivi di illegittimità) sono funzionali ad assicurare le esigenze di stabilità e certezza di atti e rapporti societari, che «*risulterebbero minate ove si ammettesse una indiscriminata facoltà di accesso alla tutela ante causam, svincolata da quel preciso onere»*<sup>494</sup>.

Una volta appurata l'impossibilità di esperire il provvedimento cautelare d'urgenza per ottenere la sospensione dell'esecuzione della delibera prima dell'instaurazione del giudizio di impugnazione della stessa, occorre concentrare l'attenzione sul margine di applicazione dell'art. 700 c.p.c., in generale, nell'ambito delle delibere societarie<sup>495</sup>.

Nello specifico, essendo l'art. 700 c.p.c. un rimedio residuale – nel senso detto *supra* – occorre valutare se rispetto alle delibere possano verificarsi delle situazioni in cui il rimedio tipico della sospensione non è in grado di evitare il pregiudizio lamentato.

Con riguardo, in particolare, alla tutela cautelare di quella compagine sociale che non rappresenta la parte di capitale richiesta dalla disciplina delle s.p.a. per poter esperire l'azione di impugnazione delle delibere, è evidente che tali soci non siano legittimati ad avanzare istanza cautelare per la sospensione dell'esecuzione della stessa. Questo è chiaro, perché altrimenti ai soci sarebbe permesso di ottenere in via cautelare una tutela che non

---

<sup>491</sup> F. TOMMASEO, *op. cit.*, p. 183.

<sup>492</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 178.

<sup>493</sup> *Ivi*, p. 179. ID., *Note in tema di tutela impugnatoria*, cit., p. 553. ID., *sub art. 2378*, cit., p. 1791.

<sup>494</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 177. ID., *Note in tema di tutela impugnatoria*, cit., p. 551. ID., *sub art. 2378*, cit., p. 1791-1792. Nello stesso senso si veda G. ZANARONE, *op. cit.*, p. 415, il quale sottolinea come «*quando ricorrano i presupposti per la concessione del rimedio previsto nell'art. 2378 [...], la sospensione della delibera non potrebbe essere ottenuta in sede di tutela di urgenza, la quale è suscettibile di prestarsi ad una facile elusione delle rigorose prescrizioni di sostanza e di forma dettate per quel rimedio»*.

<sup>495</sup> A proposito, A. SCALA, *op. cit.*, p. 283, parla di «*problema dell'ammissibilità di forme di tutela cautelare diverse dalla sospensione, realizzabili attraverso l'emanazione di un provvedimento ex art. 700 c.p.c., ogni qualvolta l'interesse del ricorrente non può essere soddisfatto dalla semplice misura di cui all'art. 2378»*.

avrebbero diritto ad ottenere in sede di cognizione ordinaria, venendo meno, in questo modo, il carattere strumentale della tutela cautelare.

I soci in questione sono, invece, titolari esclusivamente del rimedio risarcitorio (art. 2377, co. 4, c.c.), e dunque delle conseguenti «*misure cautelari coerenti con la azione risarcitoria utilizzabile*»<sup>496</sup>. In particolare, occorre evidenziare ai fini della nostra analisi come in tale ventaglio di cautele sarà ricompreso non solo il sequestro conservativo, ma «*anche una tutela innominata quando si prospettino pericula diversi da quelli tipizzati e differenti [...] dalla sospensione degli effetti di una deliberazione (asseritamente) invalida*»<sup>497</sup>.

Avendo riguardo, ancora, alla tutela cautelare dell'impugnante, occorre verificare se sussistono situazioni in cui la sospensione si rivelerebbe inutile.

A questo proposito, autorevole dottrina ha recentemente evidenziato la presenza di vuoti di tutela del rimedio cautelare tipico<sup>498</sup>, e l'esistenza di nuovi orientamenti giurisprudenziali che, sulla scorta del principio chiovendiano di effettività della tutela giurisdizionale, tendono ad ammettere il ricorso allo strumento cautelare d'urgenza, pur dove il legislatore abbia previsto misure tipiche, interpretando, così, in maniera meno rigorosa la clausola di residualità<sup>499</sup>.

In particolare, si assiste in giurisprudenza alla concessione di provvedimenti d'urgenza in sede preassembleare: si tratta di «*ipotesi in cui l'intervento cautelare precede addirittura la stessa celebrazione dell'assemblea*»<sup>500</sup>.

Si riportano, a titolo esemplificativo, alcuni tipi di ordinanze cautelari preassembleari richieste negli ultimi anni: «*ordini di sospensione di un'assemblea irregolarmente convocata; ordine al presidente dell'assemblea di ammettere al voto soci già esclusi (magari a seguito di un rinvio dell'adunanza) ovvero di tenere determinate condotte in relazione ai sistemi di votazione o ancora di computare le azioni proprie ai fini del calcolo della maggioranza deliberativa necessaria; inibitoria al voto per i soci il cui diritto si affermi essere sospeso o, in alternativa, ordine al presidente dell'assemblea (i.e. alla società) di non tener conto delle manifestazioni di voto provenienti dagli azionisti "sospesi"; ordine ad un socio di votare in un determinato modo per impedire abusi di maggioranza ovvero comportamenti meramente arbitrari; ordine inibitorio ad un delegato di non avvalersi delle deleghe di voto raccolte tramite sollecitazione di deleghe ritenuta illegittima*»<sup>501</sup>.

---

<sup>496</sup> A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 311.

<sup>497</sup> *Ibidem*.

<sup>498</sup> S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 605, p. 608.

<sup>499</sup> *Ivi*, p. 608. Nello stesso senso anche A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 311 ss.

<sup>500</sup> S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 608.

<sup>501</sup> *Ivi*, p. 608 ss. Si vedano i riferimenti giurisprudenziali citati dall'Autore.

Contro l'ammissibilità di tale tutela preventiva non sembrano tenere le critiche fondate sull'assunto che un «atto preliminare mai potrebbe causare un danno irreparabile»<sup>502</sup>: infatti, occorre rilevare che «talvolta la sola convocazione dell'assemblea con un certo ordine del giorno, o con una certa modalità di svolgimento (ad esempio, una presidenza che ha dato luogo, in precedenza, a gravi irregolarità), potrebbero essere causa di pregiudizio meritevole di prevenzione. A ciò si aggiunga che il rimedio preventivo, soprattutto a fronte di palesi e gravi violazioni nella fase preliminare del procedimento deliberativo (mancati depositi preventivi, convocazioni irregolari, etc.), potrebbe dimostrarsi l'unico strumento possibile di tutela per le deliberazioni la cui dichiarazione di invalidità sia soggetta alle varie preclusioni oggi previste dal sistema (v. artt. 2500-bis, 2504-quater)»<sup>503</sup>.

Il vero ostacolo all'ammissibilità di tali provvedimenti nella fase che precede l'assunzione della delibera non è costituito neanche dal carattere della residualità: il *periculum* dell'adozione di una delibera suscettibile di immediata e integrale esecuzione paventato in tale fase non potrebbe essere escluso dall'esperimento dell'art. 2378 c.c., in questo modo risultando inutile la misura tipica nel caso concreto<sup>504</sup>.

Il vero aspetto problematico riguarda l'individuazione dell'azione di merito cui il provvedimento d'urgenza preassembleare deve necessariamente correlarsi – e dunque l'individuazione del corrispondente diritto oggetto di tale domanda – pena la violazione del carattere della strumentalità della misura cautelare.

Tale azione sicuramente non può essere individuata nell'azione di annullamento di cui all'art. 2377 c.c., poiché il diritto all'annullamento sorge solo in seguito all'emanazione di una delibera: qui non si può tutelare tale diritto «che anzi l'eventuale accoglimento della misura cautelare addirittura impedirà di nascere»<sup>505</sup>.

Dunque, «il tema si interseca con la possibilità di individuare veri e propri diritti soggettivi nella fase procedimentale, suscettibili di accertamento e tutela giurisdizionale»<sup>506</sup>, e la difficoltà sta proprio nell'individuazione del diritto soggettivo oggetto di cautela: questo diritto non può essere individuato in un generale diritto del socio alla legittimità della delibera, che si deve ritenere non sussistere<sup>507</sup>.

---

<sup>502</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 409.

<sup>503</sup> *Ivi*, p. 410.

<sup>504</sup> S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 611 ss., spec. p. 612-613. Si veda anche C. DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 431-432.

<sup>505</sup> S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 616. Nello stesso senso si esprime anche C. DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 433.

<sup>506</sup> S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 615.

<sup>507</sup> *Ivi*, p. 617. Nello stesso senso anche C. DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 434.



Ora, la misura cautelare preassembleare serve nella pratica ad impedire la futura adozione di una delibera viziata in quanto contrastante con la cornice legale/statutaria di riferimento, e così a prevenire un'eventuale azione di annullamento contro tale delibera.

In altri termini, tramite il provvedimento cautelare preassembleare si cerca di individuare la fissazione di regole in grado di incardinare il futuro esercizio del potere in modo da evitare una futura azione di impugnazione.

Dunque, in queste situazioni «*i ricorrenti lamenterebbero l'illegittimità di uno o più atti del procedimento preassembleare assumendone la capacità di condizionare il contenuto della futura delibera in senso lesivo di proprie posizioni soggettive, e chiedendone l'annullamento*»<sup>508</sup>.

Si tratterebbe dunque di un'azione di accertamento dell'illegittimità degli atti preliminari all'adozione della delibera (in sostanza, un'azione inibitoria a tenere un determinato comportamento<sup>509</sup>), azione posta a tutela dell'interesse legittimo al rispetto delle regole procedurali<sup>510</sup>.

In questo modo, la dottrina che si è occupata della questione risolve il problema prospettato *supra*, ritenendo che nella fase che precede l'emanazione della delibera, i ricorrenti non siano titolari di veri e propri diritti soggettivi alla legittimità degli atti del procedimento assembleare, ma di interessi legittimi<sup>511</sup>.

Una volta ritenuto, così, ammissibile il ricorso alla tutela d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. nella fase preassembleare, ai fini dell'ottenimento della misura cautelare, occorrerà valutare nel caso concreto il rispetto del filtro della residualità, la sussistenza del *periculum in mora* e dell'interesse ad agire.

Con riguardo alla residualità, in particolare, è stato ritenuto ammissibile il ricorso al provvedimento d'urgenza preassembleare a fronte di delibere suscettibili di immediata consolidazione, oppure laddove si presenti il rischio dell'assunzione di una delibera negativa con voto invalido determinante. Si tratta di ipotesi a fronte delle quali l'annullamento e la misura sospensiva si rileverebbero inutili<sup>512</sup>.

In particolare, con riguardo alle delibere negative, viene fatto riferimento all'ipotesi del rischio di assunzione di una delibera negativa con voto determinante di soci il cui voto

---

<sup>508</sup> C. DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 435.

<sup>509</sup> In questo senso si esprime S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 619 ss., spec. p. 621.

<sup>510</sup> C. DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 436, spec. nt. 34.

<sup>511</sup> *Ivi*, p. 436, dove l'Autrice sottolinea che «*l'esercizio del potere della maggioranza assembleare conforma la sfera giuridica della minoranza solo se rispettoso delle norme che ne disciplinano l'esercizio. Il cui controllo diviene dunque, in caso di contrasto interpretativo, soggetto all'accertamento giurisdizionale, in forma impugnatoria del deliberato finale come degli atti preparatori (nella misura in cui se ne prospetti la capacità condizionante il contenuto di quest'ultimo in senso asseritamente lesivo)*».

<sup>512</sup> S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti*, cit., p. 622.

è sospeso<sup>513</sup>: si tratta di un'ipotesi in cui, come visto *supra*, il socio non sarebbe neppure legittimato a votare, e in cui il presidente dell'assemblea sarebbe tenuto ad escludere tale voto dal *quorum* deliberativo. In presenza di tali fattispecie è ben possibile immaginare un provvedimento cautelare preassembleare che inibisca il socio dal voto o che ordini al presidente di non tenere conto di tale voto.

Non viene fatto riferimento, invece, ai casi in cui si presenta il rischio di assunzione di una delibera con voto determinante espresso in conflitto d'interessi o in modo abusivo. Ed, invero, è più difficile, forse, in queste ipotesi immaginare un provvedimento cautelare preassembleare dai contenuti visti *supra*, proprio perché in tali fattispecie non si è in presenza di un divieto di voto o di un dovere di scomputo di tale voto del parte del presidente dell'assemblea: il socio è libero di votare e solo *ex post*, una volta espresso il voto, il giudice – e, lo si ricorda, mai il presidente dell'assemblea – potrà valutare la sussistenza dei requisiti richiesti per l'integrazione del conflitto di interessi o dell'abuso, in sede di impugnazione della delibera negativa.

Per un approfondimento sulla tutela cautelare esperibile innanzi alle delibere negative e sull'utilità della misura cautelare tipica nei confronti delle stesse, si rimanda al paragrafo successivo.

#### **4.4 Illegittima delibera negativa e tutela cautelare: limiti della sospensione cautelare e ricorso al provvedimento d'urgenza**

Ora, avendo particolare riguardo alle deliberazioni negative, di rigetto della proposta avanzata in assemblea, sembra che la tutela cautelare tipica della sospensione degli effetti della delibera non abbia alcuna utilità nei confronti delle stesse: tale misura sospensiva, essendo chiaramente codificata, ancora una volta, avendo riguardo alle deliberazioni di segno positivo, non sembra invocabile con riferimento alle delibere negative, in quanto inidonee a produrre effetti ulteriori a quelli meramente consumativi della proposta.

Tale rimedio cautelare, infatti, appare inadeguato a realizzare i già evidenziati interessi di cui è portatore il socio impugnante la delibera negativa, il quale mira alla rimozione della decisione negativa e alla produzione in via giudiziale della deliberazione positiva<sup>514</sup>.

---

<sup>513</sup> *Ibidem*.

<sup>514</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 175. In senso analogo si veda CENTONZE, *op. cit.*, p. 477, dove afferma che «la sospensione del rigetto, secondo un'opinione diffusa in dottrina e in giurisprudenza, non equivale ad accertamento della delibera positiva». Si veda anche U. COREA, *La sospensione*, cit. p. 299-300, secondo il quale «la dottrina ha evidenziato le difficoltà derivanti dall'applicazione alle delibere negative della disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari, che

Questo, a meno che non si costruisca la misura della sospensione come «volta ad assicurare in generale il diritto del socio all'impugnazione», spingendosi così «a considerare operante detto rimedio anche come misura per la produzione in via cautelare degli effetti derivanti dall'approvazione della proposta respinta»<sup>515</sup>.

In questo senso, alcuni ritengono che «l'intervento della sospensione non avviene sulla esecuzione materiale dell'atto (a dispetto del tenore letterale dell'art. 2378 c.c.), ma sul piano giuridico e ideale, sull'intero regime della sua efficacia, mediante l'anticipazione degli effetti della sentenza di annullamento, ivi compresi quelli di costitutivi e di accertamento»<sup>516</sup>.

Non ritenendo opportuna una tale interpretazione estensiva della misura sospensiva<sup>517</sup>, e, dunque, in assenza di un rimedio cautelare tipico che permetta la realizzazione in via cautelare degli effetti dell'approvazione della proposta assembleare illegittimamente respinta, occorre interrogarsi sull'esperibilità del rimedio cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c.

Al riguardo occorre sottolineare come il carattere della residualità appaia qui, invero, sussistere: il pregiudizio non è quello derivante dalla produzione degli effetti della delibera – ancora una volta, non producendo la delibera negativa effetto alcuno – e dunque non può essere sventato dalla sospensione; il pregiudizio è la lesione dell'interesse del socio derivante dalla mancata assunzione di una determinata delibera di segno positivo.

Infatti, deve condividersi con quanto affermato in dottrina da chi sottolinea che, una volta ammessa la possibilità di ottenere, attraverso l'impugnazione della delibera negativa, la proclamazione in via giudiziale della delibera positiva, «l'esperibilità di un'azione cautelare atipica volta ad anticipare gli effetti positivi della delibera che appaia illegittimamente respinta segue come conseguenza giuridicamente imposta»<sup>518</sup>.

---

risulterebbe «pensata» essenzialmente con riferimento a delibere positive e sembrerebbe, sovente, inidonea a tutelare gli interessi sorgenti dall'emanazione di una delibera di rigetto, potendo risultare a tal fine inadeguati sia la sentenza di annullamento che la misura cautelare sospensiva».

<sup>515</sup> I riferimenti sono a M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 176. Anche S. BRIGHENTI, *Deliberazioni negative: problematiche ed ipotesi di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10, 2017, p. 1454, spec. p. 1464, sottolinea come la possibilità di proclamare la delibera positiva in via cautelare attraverso la misura tipica di cui all'art. 2378 c.c. dipenda «dall'estensione che si è disposti a tollerare nell'interpretazione» di tale disposizione, «nel senso, cioè, di accettare [...] o meno una sua esegesi ortopedica che ne adatti l'applicabilità ad un'ipotesi trascurata dal legislatore storico». Ritieni che la proclamazione in via giudiziale della delibera di segno positivo sia anticipabile ricorrendo alla misura cautelare della sospensione U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 302 ss.

<sup>516</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 303, nt. 220. Anche in Tribunale di Velletri, Ord., 26 gennaio 1994, cit., viene richiamato il necessario ricorso alla misura sospensiva ai fini dell'ottenimento in via cautelare dell'accertamento dell'avvenuta approvazione della proposta respinta.

<sup>517</sup> Si veda, ancora una volta, sul punto M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 176 e S. BRIGHENTI, *op. cit.*, p. 1464.

<sup>518</sup> S. BRIGHENTI, *op. cit.*, p. 1464. Nello stesso senso, M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 177 «la strada del provvedimento d'urgenza appare in linea di principio praticabile, una volta che si sia

Questo, è quanto emerge anche dalla lettura dell'ordinanza del Tribunale di Milano del 2014 analizzata nei capitoli precedenti<sup>519</sup>.

È apparsa, infatti, sin da subito evidente la peculiarità del caso in questione, data dal fatto che il tema della delibera cd. negativa viene affrontato anche sul piano cautelare.

Tale pronuncia, in particolare, è importante perché ammette l'esperibilità della tutela reale cd. forte «*non solo all'esito del giudizio di merito, ma anche nell'ambito del giudizio cautelare*»<sup>520</sup>.

In tale occasione, appunto, i ricorrenti proponevano le medesime domande di annullamento delle deliberazioni assembleari negative e di sostituzione delle stesse con delle delibere di segno positivo sia in sede cautelare che in sede di merito<sup>521</sup>.

Nel pronunciarsi sul ricorso, il Tribunale, dopo aver risolto positivamente la questione circa l'ammissibilità della relativa azione di merito, e, dunque, dopo aver riconosciuto *apertis verbis* in capo al giudice il potere sostitutivo in questione<sup>522</sup>, analizza il tema della tutela cautelare.

*In primis*, l'organo giudicante afferma – come già sottolineato – che l'efficacia delle delibere negative non possa essere sospesa *ex art. 2378, co. 3, c.c.*, in quanto prive di effetti, e affronta, di conseguenza, la questione circa l'ammissibilità o meno in tale ambito della tutela cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.

Sul punto il Tribunale, rifacendosi agli artt. 3 e 24 Cost., quindi al diritto di uguaglianza ed al diritto di azione, nonché richiamando alcune celebri sentenze della Corte costituzionale<sup>523</sup>, afferma come «*una volta ammessa l'azione (di accertamento o costitutiva) volta a dichiarare il legittimo risultato deliberativo dell'assemblea, è precluso il diniego della tutela cautelare corrispondente*»<sup>524</sup>, in questo modo, richiamando il

---

*riconosciuta (e non oltre i limiti in cui sia stata riconosciuta) la costituibilità in via giudiziale della deliberazione positiva mancante».*

<sup>519</sup> Il riferimento è a Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., ordinanza già analizzata al paragrafo 1.3. Occorre sottolineare come, d'altronde, il ricorso al provvedimento di cui all'art. 700 c.p.c. era stato già ammesso dal Tribunale di S. Maria di Capua Vetere 5 novembre 1996, in *Soc.*, n. 5, 1997, p. 558. In senso contrario si esprime il già citato Tribunale di Velletri, 26 gennaio 1994, cit., che, pur riconoscendo la possibilità per il socio di ottenere in via giudiziale l'approvazione della proposta assembleare illegittimamente rigettata, nega che tale risultato sia perseguibile attraverso un provvedimento cautelare d'urgenza. Sul punto si veda nt. 515.

<sup>520</sup> C. FRANGINI, *op. cit.*, par.1.

<sup>521</sup> Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit. p. 1-2.

<sup>522</sup> Per un approfondimento sul punto si rimanda al paragrafo 1.3., a ciò dedicato.

<sup>523</sup> Corte cost., Sent., 28 giugno, 1985, n. 190, in banca dati One legale; Corte cost., Sent., 13 luglio 1990, n. 318, in banca dati One legale.

<sup>524</sup> Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., p. 5.

principio secondo cui una volta ammessa l'azione di merito, la tutela cautelare è fisiologica per tutelare interinalmente, nelle more del processo, l'attore che ha ragione<sup>525</sup>.

Il Tribunale sottolinea, in questo modo, la «*complementarità della tutela cautelare con quella di merito*»<sup>526</sup>.

#### **4.5 Ammissibilità della tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c. in relazione alle domande di mero accertamento o costitutive**

Alla ricostruzione proposta al paragrafo precedente si oppone una non trascurabile critica: «*mentre si addice al potere cautelare la tecnica della temporanea privazione di efficacia di atti sottoposti a giudizio, mal si addice la anticipazione, magari irreversibile o difficilmente reversibile, degli esiti del giudizio, e la creazione di realtà giuridiche sostanziali prima e senza di esso*»<sup>527</sup>.

Infatti, da più autori in dottrina sono stati evidenziati i problemi che sollevano le azioni costitutive e quelle di mero accertamento – come sembra doversi qualificare l'azione volta ad ottenere la proclamazione in sede giudiziale dell'approvazione della proposta assembleare illegittimamente rigettata, secondo le ricostruzioni riportate al capitolo II – circa l'ammissibilità di una tutela cautelare d'urgenza<sup>528</sup>.

Appaiono, dunque, esservi ulteriori limiti all'applicazione dell'art. 700 c.p.c. che derivano indirettamente dal modo in cui il legislatore descrive il provvedimento d'urgenza o comunque dai caratteri della tutela cautelare.

*In primis* occorre sottolineare che l'ultimo inciso dell'art. 700 c.p.c. precisa come, attraverso apposito ricorso, si possano richiedere al giudice «*i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*»: è il carattere servente del provvedimento d'urgenza, che non può dare a colui che lo richiede nulla di più di quello che può ottenere con la sentenza di merito, ma solamente qualcosa che rientra nel limite degli interessi protetti dalla sentenza di merito.

---

<sup>525</sup> In questo senso anche M. GABOARDI, *op. cit.*, p. 720, il quale afferma «*ed invero, laddove si aprono spazi di tutela cognitoria, emerge che la salvaguardia delle posizioni soggettive non può dirsi pienamente realizzata – in ossequio alla garanzia costituzionale di una tutela giurisdizionale efficiente – ogni qualvolta manchi nell'ordinamento uno strumento atto ad assicurare una protezione dei diritti soggettivi temporanea e provvisoria, ma idonea a sterilizzare le conseguenze pregiudizievoli che sono insite nella durata del giudizio di merito*».

<sup>526</sup> *Ibidem*.

<sup>527</sup> S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in Tratt. Rescigno, 19, 2a ed., Utet, Torino, 1997, p. 35.

<sup>528</sup> Si veda, ad es., C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 221.

Occorre, allora, chiedersi quali siano gli effetti della decisione di merito anticipabili dal provvedimento cautelare d'urgenza e, più in particolare, se questi ricomprendano tutti gli effetti della pronuncia di cognizione piena o solamente alcuni, e la natura degli stessi.

A tale proposito, è stato affermato, innanzitutto, che gli effetti anticipabili dal provvedimento d'urgenza siano quelli che riguardano il contenuto precettivo della sentenza, e dunque i cd. effetti principali della sentenza, cioè quelli «*che formano specifico oggetto della domanda e della decisione*»<sup>529</sup>, restando esclusi, di conseguenza, i cd. effetti secondari della stessa<sup>530</sup>.

Con riferimento alla natura delle sentenze di cui è possibile anticipare gli effetti in via cautelare, invece, occorre sottolineare come in dottrina sia stato già rilevato il fatto che l'art. 700 c.p.c. non contenga alcuna precisazione in merito<sup>531</sup>.

Il *focus*, allora, si concentra sull'interrogativo circa la possibilità del provvedimento d'urgenza di assicurare qualunque effetto della tutela giurisdizionale dichiarativa.

Avendo il provvedimento d'urgenza un contenuto condannatorio, per le sentenze di tutela condannatoria non c'è dubbio che si possa utilizzare il provvedimento d'urgenza.

Ci si chiede, invece, se sia possibile anticipare con il provvedimento d'urgenza gli effetti di accertamento.

Il provvedimento d'urgenza non è altro che un'anticipazione provvisoria degli effetti che si producono con la sentenza definitiva: sul punto, è stato rilevato come non sia possibile anticipare gli effetti che si collegano al giudicato – e, dunque, gli effetti delle sentenze di mero accertamento o anche costitutive – in un provvedimento che non è mai riconducibile al giudicato<sup>532</sup>.

Taluno in dottrina è, invece, diverso parere e sembra ammettere la possibilità del provvedimento cautelare di anticipare almeno gli effetti costitutivi della sentenza<sup>533</sup>.

Tale convinzione si fonda su di un'interpretazione restrittiva dell'art. 23 del d.lgs. 5/2003 che, trattando i provvedimenti cautelari anteriori alla causa, al co. 6 afferma che «*in nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo*»: secondo l'Autore, il termine “autorità”, facendo chiaramente riferimento al fenomeno del

---

<sup>529</sup> F. TOMMASEO, *op. cit.*, p. 243

<sup>530</sup> *Ivi*, p. 244, dove l'autore sottolinea che «*il giudice, infatti, non può anticipare gli effetti secondari della sentenza poiché, ove ciò facesse, modificherebbe arbitrariamente la stessa fattispecie normativa e ciò in quanto l'effetto che il legislatore ricollega alla sentenza verrebbe prodotto da elementi non positivamente contemplati*».

<sup>531</sup> *Ivi*, p. 254.

<sup>532</sup> Si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 221 dove l'autore afferma che «*con un provvedimento cautelare, come tale venato di provvisorietà ed instabilità (quale è anche quello atipico: artt. 669-novies e -decies), non si possono anticipare gli effetti di un giudicato di accertamento o anche di accertamento costitutivo*».

<sup>533</sup> S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., p. 519.

giudicato, dovrebbe essere inteso come «*effetto di incontrovertibilità dell'accertamento di cui all'art. 2909 c.c.*»<sup>534</sup>, e, dunque, come referente esclusivamente agli effetti dichiarativi.

In questo modo, l'Autore ritiene che se il provvedimento cautelare non possa anticipare gli effetti dichiarativi in senso stretto, possa almeno produrre effetti costitutivi.

Questo, in realtà non si può condividere pienamente, solo rilevando quanto già sottolineato *supra*<sup>535</sup>: l'effetto costitutivo della pronuncia giudiziale, legandosi all'accertamento, si produce solamente con il passaggio in giudicato formale della sentenza. Nel termine "autorità" sarebbe, dunque, ricompreso anche l'effetto costitutivo, in quanto anch'esso legato al giudicato.

Anche nella dottrina meno recente, si condivide l'impossibilità di «*anticipare in sede cautelare urgente l'effetto dichiarativo della sentenza di merito attribuendo immediatamente alla parte quel bene della certezza dei rapporti giuridici che è conseguibile con la sentenza di mero accertamento*», tuttavia questo «*non per una pretesa logica incompatibilità fra certezza e provvisorietà, quanto per l'intrinseca inidoneità della cognizione cautelare di consentire al giudice d'anticipare quella certezza sull'assetto dei rapporti giuridici in cui si risolve il bene attuato dalla sentenza dichiarativa*»<sup>536</sup>.

In questo senso, dunque, il problema non riguarderebbe la provvisorietà del provvedimento cautelare, quanto piuttosto il giudizio in termini di verosimiglianza, di mera probabilità, che il giudice cautelare compie per concedere la cautela.

Tale dottrina ritiene, però, che l'effetto dichiarativo possa impropriamente essere anticipato in sede cautelare. Ed infatti, afferma la possibilità di soddisfare provvisoriamente l'interesse del ricorrente, attraverso «*il conseguimento di quella certezza di modesto grado che si risolve nella valutazione in termini di probabilità del buon diritto affermato dalla parte*»<sup>537</sup>.

Tuttavia, almeno con riferimento alle azioni dichiarative, si deve ritenere non sia utile ricorrere al provvedimento d'urgenza per ottenere una certezza di grado minore a quella assicurata dalla sentenza di merito: ad esempio, qualora il giudice dichiarasse approvata interinalmente la proposta assembleare e poi la sentenza definitiva, a seguito di

---

<sup>534</sup> *Ibidem*.

<sup>535</sup> Si veda paragrafo 2.1.1.

<sup>536</sup> Entrambi i virgolettati sono riferimenti a F. TOMMASEO, *op. cit.*, p. 257. Infatti, l'Autore se da un lato sottolinea che «*il carattere strutturalmente provvisorio della tutela cautelare urgente non è d'ostacolo, per sé solamente, all'anticipazione dell'effetto dichiarativo: non è nuovo il rilievo che la certezza non è un effetto della stabilità del provvedimento su cui essa si fonda e che la certezza ben può presentare dei gradi, ferma restando l'impossibilità di una ricerca assoluta*», dall'altro evidenzia proprio «*l'inidoneità della cognizione cautelare d'accertare l'esistenza del diritto cautelato e l'estraneità, dal suo ambito, di quell'effetto dichiarativo che caratterizza il giudizio di cognizione*».

<sup>537</sup> *Ivi*, p. 258. In particolare, il tema si pone in sede di richiesta da parte del ricorrente di valutazione della legittimità del proprio atto.

una più approfondita cognizione in sede di merito, rigettasse l'impugnazione e dichiarasse valida la delibera di rigetto, il provvedimento d'urgenza non sarà servito a nulla.

Una differente valutazione sul punto è da farsi, invece, con riferimento alle azioni costitutive, per le quali si ritiene che la «*conclusione circa la non anticipabilità cautelare della modificazione sostanziale di cui all'art. 2908 c.c. non esclude però che all'art. 700 si possa fare ricorso, in casi del genere, per ottenere utilità più circoscritte di quelle proprie del giudicato costitutivo e della sua stabilità*»<sup>538</sup>.

Il provvedimento d'urgenza dà, quindi, al ricorrente qualcosa di meno e di diverso da quello che otterrebbe con la pronuncia di merito: se esiste un pregiudizio irreparabile all'interesse che l'attore vuole vedere tutelato con la sentenza costitutiva, lo stesso può chiedere un provvedimento cautelare aventi tali caratteristiche.

La tutela anticipatoria, avrebbe, dunque, ad oggetto, «*l'adempimento di obblighi consequenziali alla pronuncia del giudice*»<sup>539</sup>.

D'altronde, anche il Tribunale di Milano nell'ordinanza del 2014, sottolinea come sia da ritenere ammissibile la tutela cautelare atipica in funzione anticipatoria sia nei confronti delle azioni di accertamento che di quelle costitutive, in quanto orientamenti consolidati abbiano evidenziato che in sede cautelare ad essere anticipati sono solamente gli effetti obbligatori che scaturiscono da dette pronunce e non gli effetti, rispettivamente, dichiarativi e modificativi sostanziali delle stesse<sup>540</sup>.

Qualche commentatore dell'ordinanza in questione, sul punto, richiama quanto affermato in Cassazione, secondo cui «*i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. hanno di norma il carattere dell'atipicità, dovendo essere adottati, secondo le circostanze, allo scopo di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, ma non devono per ciò solo anticipare il prevedibile contenuto della medesima*»<sup>541</sup>.

Dunque, in contrasto con il principio di effettività, è stato rilevato che l'ammissibilità del provvedimento giudiziale di trasformazione della delibera da negativa

---

<sup>538</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 221. Infatti, l'Autore afferma che «*è difficile negare che, nelle more della formazione del giudicato, anche il titolare di un potere di azione costitutiva possa andare incontro a pregiudizi irreparabili, almeno in casi particolari e pure se il decorso del tempo certo non svuota di efficacia quella posizione giuridica soggettiva*».

<sup>539</sup> F. TOMMASEO, *op. cit.*, p. 264.

<sup>540</sup> Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, cit., p. 5. Nello stesso senso si esprime anche M. GABOARDI, *op. cit.*, p. 721 che, commentando detta ordinanza, afferma che «*se è vero che l'effetto propriamente costitutivo, conseguendo alla sentenza di merito (ed, anzi, dal suo passaggio in giudicato), non è di per sé anticipabile in sede cautelare, non è meno vero, a me pare, che il provvedimento urgente - ove finalizzato ad impedire la concretizzazione di un pregiudizio irreparabile - possa anticipare taluni effetti obbligatori della sentenza che hanno il loro antecedente logico-giuridico nell'instaurando effetto costitutivo*».

<sup>541</sup> *Incipit* della massima di Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, 14 dicembre 2010, n. 25246, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 850, richiamata da M. GABOARDI, *op. cit.*, p. 721, nt. 40.



a positiva «non comporta automaticamente che lo stesso provvedimento possa essere richiesto in via d'urgenza»<sup>542</sup>.

In questo senso, si è espressa la dottrina prendendo spunto da un caso<sup>543</sup> avente ad oggetto il ricorso ex art. 700 c.p.c. avverso una delibera che rigettava la proposta di azione di responsabilità degli amministratori viziata per conflitto d'interessi, con il quale veniva richiesta in via cautelare la proclamazione giudiziale dell'avvenuta approvazione della proposta. Nel caso di specie, il ricorso veniva rigettato, ritenendo il giudice della cautela l'inammissibilità dell'art. 700 c.p.c., essendovi in materia la tutela tipica di cui all'art. 2378 c.c., nonché l'impossibilità di trasformare in via giudiziale una delibera da negativa a positiva.

Nonostante, in commento a tale decisione la dottrina si mostri critica, riconoscendo la proclamabilità in via giudiziale della delibera di segno positivo, nonché ritenendo ammissibile in tali ipotesi il ricorso all'art. 700 c.p.c.<sup>544</sup>, dall'altra parte non ritiene che il provvedimento d'urgenza possa sostituirsi ad una pronuncia di mero accertamento o costitutiva: «i ricorrenti non possono chiedere – ex art. 700 c.p.c. – né la trasformazione della delibera assembleare [...] né l'ulteriore effetto, a questa conseguente, consistente nella revoca automatica dell'amministratore, perché la stessa presuppone l'avvenuta deliberazione dell'azione di responsabilità»<sup>545</sup>. Invece, «tenendo conto del fatto che il provvedimento d'urgenza deve manifestarsi entro i limiti strettamente necessari alla funzione cautelare, la misura più idonea, secondo le circostanze, ad anticipare gli effetti della delibera sul merito, appare essere la sospensione dell'amministratore»<sup>546</sup>: si tratta delle cd. circoscritte utilità della sentenza di merito di cui si è detto *supra*<sup>547</sup>.

Tra l'altro, occorre qui riportare un'osservazione: per l'attore che con l'impugnazione della delibera, questa volta di segno positivo, punta ad ottenere in via giudiziale il mero annullamento della stessa, il legislatore ha previsto la misura cautelare tipica della sospensione, escludendo, dunque, la possibilità – come sopra osservato – che questo possa tutelare in via cautelare il suo interesse ricorrendo ad un provvedimento d'urgenza volto ad anticipare gli effetti costitutivi dell'annullamento. Con la sospensione,

---

<sup>542</sup> M. L. SERRA, *Anticipazione degli effetti della sentenza di merito e tutela cautelare ex art. 700 al fine di ottenere la trasformazione di una delibera assembleare negativa in una delibera positiva*, in *Corr. giur.*, n. 7, 2002, p. 949, spec. p. 954.

<sup>543</sup> Tribunale di Roma, Ord. 24 settembre 2001, in *Corr. giur.*, n. 7, 2002, p. 949.

<sup>544</sup> M. L. SERRA, *op. cit.*, p. 953 ss.

<sup>545</sup> *Ivi*, p. 954.

<sup>546</sup> *Ivi*, p. 954-955.

<sup>547</sup> Si veda *supra* nt. 538. L'Autrice, M. L. SERRA, *op. cit.*, p. 956, si esprime, infatti, nel senso che «sembra corretto ritenere legittimo il ricorso alla misura cautelare ex art. 700 c.p.c., anche in materia di impugnazione di deliberazioni assembleari, assunte ai sensi e per gli effetti dell'art. 2373 c.c., ogni qual volta debbano essere assicurati "risultati utili" a salvaguardia del diritto da accertare nel giudizio di merito».

infatti, non si ottiene la vera e propria caducazione della delibera come avviene con la sentenza demolitoria di annullamento della stessa, ma la semplice sospensione, interinale appunto, dei suoi effetti. Si ottiene un risultato finale analogo a quello che deriverebbe dall'accoglimento del provvedimento, ma non lo stesso, neanche in via provvisoria.

Nonostante, qui, il principio di effettività richiamato *supra*<sup>548</sup> sembri subire, forse, un affievolimento, occorre concordare nel ritenere che tale attenuazione appaia necessaria in un più ampio contemperamento con gli altri principi cardine del nostro ordinamento, tra i quali – occorre ricordarlo – vi è anche quello espresso dall'art. 2909 c.c.

Un altro ostacolo che si presenta davanti all'ammissibilità della tutela cautelare d'urgenza per anticipare la proclamazione giudiziale dell'approvazione della proposta assembleare illegittimamente rigettata riguarda la compatibilità tra il carattere provvisorio e precario del provvedimento cautelare e le esigenze di stabilità e certezza dell'attività sociale, ed in particolare, delle delibere assembleari<sup>549</sup>.

Se, da un lato, sembra pacifico accordare la tutela d'urgenza innanzi ad una delibera negativa avente ad oggetto la proposizione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori – come nel caso del Tribunale di Roma del 2001, e sempre nei limiti appena indicati –, non del tutto pacifico appare chiedere in via d'urgenza la proclamazione della proposta modificativa dell'atto costitutivo, e questo non solo per il mancato controllo notarile, ma anche per la necessità di iscrivere nel registro delle imprese detta modifica<sup>550</sup>.

Infatti, come sottolinea autorevole dottrina, «*la naturale instabilità della misura d'urgenza rende non agevolmente percorribile una strada di questo genere, atteso che gli effetti modificativi dell'atto costitutivo, che si sarebbero prodotti in via cautelare, potrebbero risultare ormai non più reversibili, nel momento in cui venisse rigettata la domanda di annullamento della deliberazione negativa*»<sup>551</sup>.

In tali occasioni, si potrebbe forse pensare ad un provvedimento d'urgenza volto a garantire l'immediata convocazione dell'assemblea per discutere nuovamente tale proposta modificativa dell'atto costitutivo, tuttavia, «*in assenza di una norma che in generale preveda la convocabilità in via giudiziale di tale organo, in caso di inadempimento da parte degli amministratori, questo risultato non sembra perseguibile*»<sup>552</sup>.

Tale orientamento sottolinea come in questa e nelle altre ipotesi in cui il ricorso ad una misura cautelare non risulta possibile, subisce una lesione l'effettività della tutela ordinaria dell'interesse del socio impugnante: in questo caso, «*non sembra rinvenibile*

---

<sup>548</sup> Si veda paragrafo 4.1.

<sup>549</sup> M. CIAN, *La deliberazione negativa*, cit., p. 177.

<sup>550</sup> *Ibidem*.

<sup>551</sup> *Ibidem*.

<sup>552</sup> *Ivi*, p. 178, dove l'Autore afferma anche che la medesima conclusione si raggiunge laddove venga in gioco la richiesta di annullamento di una delibera negativa per vizio del procedimento.

*alcun sistema alternativo ed efficiente della tutela, la quale, dunque, in questi casi dovrà indirizzarsi verso forme di tipo risarcitorio»<sup>553</sup>.*

Altra parte della dottrina, tuttavia, ritiene che tali rilievi riguardino non tanto l'ammissibilità della tutela cautelare, quanto l'opportunità della sua concessione<sup>554</sup>.

Viene sottolineato come, da un lato, l'instabilità della misura cautelare anticipatoria è contenuta dal carattere della cd. strumentalità attenuata e, dall'altro, *«la possibile irreversibilità degli effetti del provvedimento cautelare non è di per sé causa di inammissibilità dei provvedimenti cautelari, con la conseguenza, anch'essa rilevata in precedenza, che l'apprezzamento di tale eventualità riposa esclusivamente sul piano della mera opportunità di accordare l'invocata tutela cautelare o di respingerla per carenza del periculum, all'esito della comparazione degli interessi rilevanti oggi imposta dall'art. 2378 c.c., a nulla rilevando la natura organizzativa o gestionale della delibera negativa impugnata»<sup>555</sup>.*

Si ricorda, infine, chi in dottrina è arrivato addirittura ad ammettere che il provvedimento cautelare d'urgenza che inverte il segno dell'originaria votazione, anticipando in questo modo la pronuncia di merito, *«rappresenta il momento a partire dal quale le azioni di impugnazione della deliberazione sostitutiva possono essere svolte, nel rispetto dei termini di decadenza previsti, dai soggetti che, con l'adozione di tale nuova deliberazione, acquistino legittimazione ed interesse al relativo annullamento»<sup>556</sup>.*

E questo sulla base del fatto che gli effetti del provvedimento d'urgenza, ancorché provvisori (si ricorda come il provvedimento stesso non sia mai destinato a passare in giudicato), siano comunque destinati a prodursi sino al momento della pronuncia di merito.

Indipendentemente dalla fondatezza questi ultimi rilievi, e dal fatto che, in ogni caso, come sopra rilevato, il provvedimento d'urgenza possa anticipare esclusivamente gli effetti obbligatori della pronuncia di merito e mai quelli propriamente costitutivi o di mero accertamento, occorre rilevare l'erroneità di quanto statuito dall'Autrice, ricordando quanto già rilevato nei paragrafi precedenti circa l'impossibilità di esperire nuove azioni di impugnazione avverso la nuova delibera sostitutiva: chi volesse impedire la proclamazione giudiziale della delibera positiva avrebbe l'onere di intervenire adesivamente in giudizio dal lato della società, perdendo altrimenti la possibilità di dolersi del contenuto positivo della delibera una volta che la sentenza giudiziale sia passata in giudicato<sup>557</sup>.

---

<sup>553</sup> *Ibidem*.

<sup>554</sup> U. COREA, *La sospensione*, cit., p. 302 ss., spec. p. 304.

<sup>555</sup> *Ivi*, p. 304.

<sup>556</sup> C. FRANGINI, *op. cit.*, par. 6.

<sup>557</sup> Si veda quanto già affrontato al paragrafo 3.2.

#### 4.6 Conclusioni riassuntive in merito alla tutela cautelare

Occorre riassuntivamente riportare le conclusioni a cui si è pervenuti nel presente capitolo dedicato allo studio della tutela cautelare nell'ambito del processo di impugnazione delle delibere assembleari, dove si fa particolarmente forte l'esigenza di evitare che nelle more del processo di cognizione l'attore che ha ragione subisca pregiudizi.

In primo luogo, sono state analizzate le caratteristiche del rimedio cautelare tipico della sospensione delle delibere assembleari, previsto all'art. 2378 c.c.

È stato evidenziato come, a seguito delle modifiche apportate dalla Riforma Cartabia all'art. 669-*octies*, co. 8, c.p.c., sia stato sancito il regime della strumentalità attenuata dell'ordinanza di sospensione e si possa oggi pacificamente affermare il carattere anticipatorio di tale misura. Non sembra possibile, invece, attribuirle il carattere preventivo: è stato rilevato, infatti, come dall'art. 2378 c.c. sia desumibile un'intima connessione tra sospensione della delibera e impugnazione della stessa tale da richiedere la necessaria preventiva instaurazione del giudizio di merito.

La presenza della misura cautelare tipica della sospensione non impedisce, tuttavia, il ricorso, anche in ambito societario, al provvedimento cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., almeno laddove il ricorrente lamenti un pregiudizio imminente e irreparabile non idoneo ad essere neutralizzato dal rimedio cautelare tipico.

Tale precisazione ha permesso di escludere la possibilità di ricorrere al provvedimento cautelare d'urgenza per ottenere una sospensione *ante causam*, aggirando così la disciplina di cui all'art. 2378 c.c., proprio perché in tali casi il tipo di *periculum in mora* sarebbe il medesimo già tutelato attraverso il rimedio cautelare tipico.

Ci si è soffermati, dunque, all'analisi dei casi in cui potrebbe trovare applicazione l'art. 700 c.p.c. nell'ambito delle delibere societarie.

Al provvedimento cautelare d'urgenza possono sicuramente fare ricorso i soci che non sarebbero legittimati all'impugnazioni per tutelare interinalmente il proprio diritto al risarcimento del danno, laddove il pregiudizio paventato fosse diverso da quello tipizzato nella disciplina del sequestro conservativo.

È emerso, inoltre, come recentemente nella pratica i giudici abbiano concesso provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* addirittura nella fase che precede la celebrazione dell'assemblea a fronte del mero rischio dell'adozione di una delibera invalida, così prevenendo lo stesso ricorso all'azione di impugnazione della futura delibera innanzi a fattispecie concrete in cui annullamento e sospensione si rivelerebbero inutili (ad es. le delibere suscettibili di immediata esecuzione).

Per giustificare sul piano teorico questa prassi della concessione di provvedimenti preassembleari, e dunque, per individuare un'azione di merito cui tale provvedimento cautelare fosse servente, in dottrina si è fatto ricorso alla figura dell'azione di accertamento

dell'illegittimità degli atti preliminari all'adozione della delibera (una sorta di azione inibitoria a tenere determinati comportamenti) ed alla figura dell'interesse legittimo come posizione giuridica soggettiva di cui sarebbe titolare il ricorrente nella fase preassembleare.

Ancora, il ricorso all'art. 700 c.p.c. è stato ammesso, in particolare, a tutela del socio impugnante la delibera negativa.

È stato evidenziato infatti come la misura sospensiva tipica appaia inutile a fronte di una delibera che, in quanto negativa, non produce effetti sul piano pratico (se non quelli meramente consumativi della proposta assembleare) e nemmeno appare invocabile una lettura estensiva della sospensione per realizzare in via interinale l'interesse positivo di cui è portatore l'impugnante, cioè l'approvazione giudiziale della proposta assembleare illegittimamente respinta.

In assenza di una tutela cautelare tipica volta a tutelare interinalmente tale interesse, è necessario ricorrere proprio all'art. 700 c.p.c. Infatti, una volta riconosciuta l'ammissibilità dell'azione del socio impugnante volta ad ottenere in via giudiziale la trasformazione della delibera negativa impugnata, la relativa tutela cautelare è fisiologica.

Se in linea di principio questo non è da escludere, è stato precisato che appare, invero, problematica l'anticipazione in sede cautelare di effetti costitutivi e di accertamento, quali sarebbero, appunto, quelli della pronuncia che trasforma la delibera negativa in delibera positiva: il problema riguarda l'anticipazione con un provvedimento che non è mai idoneo al giudicato (il provvedimento cautelare, appunto), di effetti la cui produzione è riconducibile unicamente al passaggio in giudicato della sentenza *ex art. 2909 c.c.*

Pertanto, si deve ritenere siano anticipabili in sede cautelare solo le più circoscritte utilità della sentenza di merito costitutiva o di accertamento, e dunque gli effetti meramente obbligatori che da tali pronunce scaturiscono.

Tale soluzione, come è stato illustrato, è imposta dal necessario coordinamento del principio di effettività con il principio di cui all'art. 2909 c.c.

Inoltre, proprio perché a fronte di una delibera negativa sospensione e annullamento si rileverebbero inutili, è stato ammesso il ricorso alla tutela cautelare preassembleare, anche a fronte del mero rischio dell'assunzione di una delibera di segno negativo con voto determinante invalido, almeno laddove si tratti di voto determinante di un socio il cui voto è sospeso.

Tuttavia, a fronte del rischio di assunzione di una delibera negativa con voto determinante di un socio espresso in conflitto d'interessi o in modo abusivo – laddove, dunque, non ricorrano le ipotesi di divieto di voto o di voto sospeso – si esclude che sia possibile ottenere un provvedimento cautelare preassembleare volto ad inibire al voto tale socio, ovvero ad ordinare al presidente di non computare tale voto. In questi casi il socio,

infatti, è libero di partecipare alla votazione e la validità del suo voto può essere valutata solo *ex post*, in sede giudiziale.

In tali ultime ipotesi, dunque, sembra preferibile ritenere che sia possibile ricorrere al rimedio cautelare d'urgenza esclusivamente a seguito dell'assunzione della delibera, per ottenere un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* con i caratteri visti *supra*.

## CONCLUSIONI

Nel presente lavoro si è preso in esame il fenomeno della delibera negativa, analizzando le impostazioni della giurisprudenza e della dottrina, con la prospettiva di individuare *de jure condito* forme di tutela quanto più effettive al soggetto impugnante.

In assenza di chiare ed univoche indicazioni da parte della Corte di legittimità ed al cospetto di orientamenti di merito assai divaricati, si è indagata la possibilità di supplire in via interpretativa alla assenza di previsioni normative esplicite.

Infatti, una volta riconosciuta la natura deliberativa della reiezione della proposta, si è cercato di perseguire un riadattamento della disciplina codicistica alla fattispecie della delibera negativa che andasse oltre la mera riformulazione della regola sulla legittimazione ad impugnare – la quale, come si è visto, passa dai soci dissenzienti a quelli consenzienti – e muovesse verso la soddisfazione in forma specifica del particolare interesse di cui è portatore in tali occasioni il socio impugnante.

Un primo importante passo in questo senso è stato, sicuramente, quello compiuto dal tentativo di dimostrare la tenuta nel nostro ordinamento del riconoscimento in capo all'impugnante di una tutela reale cd. forte innanzi ad una delibera di segno negativo, tutela volta ad assicurargli, una volta accertata l'invalidità della stessa, la proclamazione in via giudiziale dell'approvazione della proposta assembleare illegittimamente respinta.

Infatti, è stato evidenziato come in tali ipotesi il socio impugnante sia portatore non solo di un interesse negativo a veder caducare l'illegittimo deliberato negativo, ma anche di un interesse positivo ad ottenere in via giudiziale la legittima delibera positiva.

L'analisi dei più recenti casi pratici, infatti, ha fatto emergere come una ricostruzione forte della tutela reale non sembri contrastare a priori con il principio della *business judgment rule* né con il principio di parità di trattamento, che sarebbe anzi, rispettato proprio accordando al socio impugnante l'illegittimo rigetto una tutela parimenti effettiva a quella riconosciuta dal legislatore nel caso di impugnazione di una delibera positiva. Si è cercato di dimostrare come il vuoto legislativo non costituisca impedimento al riconoscimento di una tale tutela, ma lo stesso sia naturale conseguenza del fatto che il legislatore abbia codificato la disciplina delle impugnazioni delle delibere assembleari sul prototipo delle delibere positive.

Con riguardo alla natura della pronuncia del giudice che approva la delibera assembleare illegittimamente rigettata, a discapito della (più facilmente ammissibile sul piano processualistico) ricostruzione in termini dichiarativi della stessa, si è privilegiata la apparentemente più impervia strada della qualificazione di tale pronuncia quale sentenza costitutiva, imbattendosi così nell'ostacolo costituito dal principio di tassatività delle pronunce costitutive di cui all'art. 2908 c.c.

Infatti, l'opposto orientamento che tende a negare la configurazione di un tale potere sostitutivo in capo al giudice fa leva proprio sul carattere costitutivo dell'eventuale pronuncia di trasformazione della delibera, che, non essendo legislativamente prevista, si porrebbe in violazione con l'art. 2908 c.c.

Ci si è interrogati, allora, intorno alla rigosità di tale principio. In particolare, è stato evidenziato come neanche l'adesione alla tradizionale impostazione che qualifica come eccezionali le norme che disciplinano le azioni costitutive e conseguentemente vieta il ricorso all'analogia configuri reale impedimento alla qualificazione in termini costitutivi della tutela in questione. Questo, in particolare laddove si riconosca che la pronuncia sostitutiva è già ricompresa all'interno della pronuncia invalidatoria di cui all'art. 2377 c.c.: in questo modo non si tratterebbe di configurare una nuova tutela non contemplata dalla legge, ma – lo si ripete ancora una volta – di intendere in tutte le sue potenzialità quell'unica tutela legislativamente prevista.

La ricostruzione dei corollari pratici dei diversi percorsi di tutela, poi, ha permesso di mettere in luce l'insoddisfazione che comporta il mancato riconoscimento del potere sostitutivo in capo al giudice.

Si è ritenuto che dal contenuto conformativo della sentenza di annullamento della delibera negativa sia evincibile esclusivamente un obbligo per gli amministratori di prendere gli opportuni provvedimenti, e dunque di riconvocare l'assemblea per una nuova votazione sulla medesima proposta, ma non, invece, un obbligo per i soci di votare a favore della proposta. Questo, come è stato evidenziato, non mette certo al riparo dal rischio della reiterazione del comportamento invalido, con conseguente onere di nuova impugnazione.

Ed è di per sé insoddisfacente relegare la tutela in questione al piano meramente risarcitorio, in questo modo negando al socio una tutela specifica dell'interesse positivo di cui è portatore. Analizzando il rimedio del risarcimento per equivalente si è avuto modo di precisare, inoltre, come lo stesso non sia legato da alcun rapporto di pregiudizialità all'azione di impugnazione di cui all'art. 2377 c.c., ma sia, contrariamente, esperibile in via autonoma.

Le conseguenze del riconoscimento del potere sostitutivo in capo al giudice appaiono indubbiamente più appaganti.

In particolare, ci si è soffermati sulla tenuta della pronuncia sostitutiva del giudice, analizzandone i limiti oggettivi e soggettivi.

È stato rilevato come, la sentenza che proclama la delibera positiva, una volta passata in giudicato, accerti l'esistenza di una valida delibera assembleare, sia sotto il profilo dell'assenza di cause di annullabilità, sia sotto il profilo dell'assenza di cause di nullità. Tale accertamento, inoltre, è valido nei confronti di tutti i consociati, in virtù dell'efficacia *erga omnes* della sentenza di accoglimento del giudizio di impugnazione sancita all'art. 2377, co. 7, c.c. (di cui ci è occupati al paragrafo 3.3.2).



Proprio perché tale sentenza, una volta passata in giudicato, esplica la sua incontrovertibile efficacia *erga omnes socios*, è stato rilevato come i soci che vogliono impedire la proclamazione giudiziale della delibera positiva debbano intervenire in giudizio, con un intervento che la dottrina maggioritaria configura in termini di intervento adesivo.

È stata esclusa, invece, la possibilità di impugnare la nuova delibera positiva giudizialmente proclamata: la stessa verrebbe in esistenza solo al momento del passaggio in giudicato della pronuncia sostitutiva del giudice ed un'eventuale successiva impugnazione della delibera positiva si porrebbe in contrasto con lo stesso significato del concetto di giudicato, andando a minare il principio di certezza del diritto ad esso sotteso.

Da ultimo ci si è occupati del tema della tutela cautelare in ambito societario, con particolare *focus* sulla tutela cautelare conseguibile a fronte di una delibera di segno negativo.

Dopo aver dimostrato l'inutilità del rimedio tipico della sospensione cautelare *ex art. 2378 c.c.* a fronte di una delibera che non produce altri effetti se non quelli meramente consumativi della proposta assembleare, si è intrapresa la strada del provvedimento cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, e della possibilità di ottenere in sede cautelare, la proclamazione giudiziale della proposta illegittimamente rigettata.

Al riguardo è emersa la difficoltà di riconoscere nel nostro ordinamento l'anticipazione di effetti dichiarativi o costitutivi, la cui produzione è riconducibile al passaggio in giudicato della sentenza. Nondimeno, è stato rilevato che la tutela cautelare in questo ambito può avere un qualche ruolo, anticipando gli effetti obbligatori collegati alla proclamazione della sentenza che possono essere utili a sventare il pericolo di un pregiudizio all'interesse dell'attore per l'ipotesi in cui l'impugnazione venga, poi, accolta in sede di cognizione.

In chiusura del presente lavoro, deve evidenziarsi, tuttavia, come, indipendentemente da quale sia lo strumento di tutela esperibile a fronte delle delibere negative, rimanga comunque difficile sul piano probatorio «*dimostrare il carattere abusivo del voto, anti- sociale per il conflitto d'interessi ex art. 2373 c.c. e/o anti-soci in violazione del canone di buona fede dell'art. 1375 c.c.*»<sup>558</sup>.

Questo, in particolare, è evidente se solo si tengono in considerazione gli elementi – evidenziati al paragrafo 1.2. – che devono essere presenti affinché un determinato comportamento possa essere fatto rientrare nelle fattispecie del conflitto d'interessi o dell'abuso del diritto di voto: si tratta di un onere della prova molto complesso.

Al fine di evitare che si verifichino queste situazioni di stallo decisionale, soprattutto se si guarda alle conseguenze, talvolta disastrose che può comportare la mancata

---

<sup>558</sup> C. DI BITONTO, *Abuso del diritto di voto a carattere ostruzionistico (c.d. "delibere negative")*: *profili sostanziali*, in *Soc.*, n. 6, 2015, p. 689., spec. p. 710.

adozione della delibera – quali, in particolare, lo scioglimento della società *ex art.* 2484 c.c. e la conseguente dispersione di valori –, si dovrebbe, allora, puntare a “giocare in anticipo” prevedendo nello statuto o in appositi patti parasociali delle cd. clausole antistallo, clausole cioè che prevedono soluzioni, diverse dallo scioglimento, alla situazione di stallo decisionale.

Le più note clausole antistallo sono le cd. clausole di *roulette* russa, le quali, operando tipicamente in presenza di una suddivisione del capitale sociale tra due soci paritetici, prevedono un diritto reciproco di acquisto e vendita delle partecipazioni ad un determinato prezzo al verificarsi di una particolare situazione.

Il procedimento che, nello statuto o in appositi patti parasociali, i soci si impegnano a seguire è il seguente: in una ipotetica situazione in cui ci sono due soci, ognuno titolare del 50% del capitale sociale, se si verifica il presupposto (la situazione di blocco decisionale, cd. *deadlock*), ciascuno dei soci (o anche solo uno di questi, a seconda del modo in cui la clausola è formulata) ha il diritto di fare all’altro un’offerta di vendita delle sue partecipazioni ad un determinato prezzo, e colui che ha ricevuto l’offerta (l’oblato) ha il diritto di acquisire le partecipazioni dell’altro o di vendere le proprie a quel prezzo.

Recentemente sul tema si è pronunciata la Corte di cassazione<sup>559</sup>, esprimendosi nel senso della legittimità dell’utilizzo di questo tipo di clausole.

La Corte è intervenuta anche con riguardo alla questione della determinazione del prezzo di vendita delle partecipazioni, richiamando l’orientamento del Consiglio notarile milanese<sup>560</sup> che distingue a seconda che la clausola sia inserita in un patto parasociale, ovvero in una clausola statutaria: nel primo caso, la clausola è legittima a prescindere dalla determinazione del prezzo, in quanto «*non sussistono limiti normativi espressi alla libertà negoziale delle parti di programmare le condizioni economiche di un contratto di scambio che vincola solo le parti stesse*»<sup>561</sup>; nel caso in cui la clausola sia prevista, invece, a livello statutario, il Consiglio notarile ritiene necessario comprimere l’autonomia statutaria per valorizzare gli interessi all’equa valorizzazione dell’investimento, ritenendo che ai fini della validità della clausola, occorra prevedere dei criteri di valutazione della partecipazione e tali devono essere equi, e quindi in linea con quelli del recesso.

Da tale orientamento la Cassazione, invece, si discosta laddove esclude che la clausola determini una situazione di *exit* forzoso, in quanto è rimessa alla volontà

---

<sup>559</sup> Si veda, da ultimo, Cass. civ., Sez. I, Sent., 25 luglio 2023, n. 22375, in banca dati One legale, p. 10 (*sub* motivi della decisione lett. g)).

<sup>560</sup> Massima notarile n. 181 del 9 luglio 2019 del Consiglio Notarile di Milano, *Clausola «anti-stallo» di riscatto o di acquisto forzato di partecipazioni sociali (c.d. clausola della «roulette russa» o clausola del «cowboy»)*, in *Consiglionorarilemilano.it*, richiamata in Cass. civ., Sez. I, Sent., 25 luglio 2023, n. 22375, cit., p. 15-16 (*sub* motivi della decisione lett. m2).

<sup>561</sup> Massima notarile n. 181 del 9 luglio 2019 del Consiglio Notarile di Milano, cit., *sub* punto 1 della motivazione.

dell'oblato la scelta se accettare o meno l'offerta di acquisto, in ciò avvicinandosi a quanto era stato affermato dal Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato nella massima n. 73/2020<sup>562</sup>.

Non è questa la sede per discutere sul tema, che necessiterebbe di un ben più adeguato approfondimento, tuttavia preme qui ricordare come sia importante da un punto di vista consulenziale soprattutto quando il capitale sociale sia suddiviso tra due soci in misura paritetica, oppure vi siano due soci di controllo paritetico, che il buon giurista menzioni ai propri clienti la possibilità di prevedere all'interno dello statuto, o a latere in un patto parasociale, questo tipo di clausole volte a evitare fenomeni di stallo che possono comportare *in extremis* risultati quali la liquidazione della società, la perdita di valore, di posti di lavoro ecc.

---

<sup>562</sup> Massima notarile n. 73/2020 del Consiglio notarile dei Distretti Riuniti di Firenze Pistoia e Prato, *La clausola "russian roulette": rilevanza organizzativa e autonomia statutaria*, in *Consigliotarilefirenze.it*.



## BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

ALAGNA S., *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2005.

ARIETA G., DE SANTIS F., *Diritto processuale societario*, CEDAM, Padova, 2004.

BELLISARIO M., *L'invalidità della deliberazione negativa e la tutela del socio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5, 2022, p. 1156.

BRIGHENTI S., *Deliberazioni negative: problematiche ed ipotesi di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10, 2017, p. 1454.

CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, Padova, 2005.

CACCIAVILLANI C., *Il giudicato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, Giappichelli, Torino, 2023, p. 641.

CALZAVARA P., *Impugnazione delle delibere assembleari. Tutela reale e risarcimento del danno*, Pacini Giuridica, 2018.

CANDIAN A., *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1942.

CARRATTA A., *sub art. 2378 c.c.*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da Sergio Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2004.

CENTONZE M., *Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (cd. «delibera negativa»)*, in *Riv. soc.*, n. 2-3, 2007, p. 414.

CIAN M., *La deliberazione negativa dell'assemblea nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2003.

CIAN M., *Abus d'égalité, tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, in *Corr. giur.*, n. 3, 2008, p. 397.

CIAN M., *La mistificazione del carattere vincolante della delibera assembleare: ancora su decisione di rigetto, impugnazione, azione risarcitoria*, in *Riv. dir. comm.*, n. 2, 2015, p. 329.

CIAN M., *La s.r.l.: la struttura organizzativa*, in *Diritto commerciale*, III, a cura di M. Cian, Giappichelli, Torino, 2020, p. 725.

CICERI S., *L'impugnazione delle delibere negative e il diritto di recesso del socio per modifica dell'oggetto sociale nella giurisprudenza spagnola*, in *Riv. dir. soc.*, n. 2, 2022, sub Osservatorio sulla giurisprudenza straniera, Sez. I, a cura di Marco Speranzin, p. 361.

CHIOVENDA G., *I principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, IV Edizione inalterata, Jovene, Napoli, 1928.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1933.

CHIZZINI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, Giuffrè, Milano, 2018, in *Il codice civile. Commentario diretto da Busnelli*.

CHIZZINI A., *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Giusto proc. civ.*, n. 3, 2020, p. 711.

CHIZZINI A., *Tipicità e processo civile*, in *JUS*, n. 2-3, 2020, p. 327.

CONSOLO C., *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, n. 11, 2003, p. 1505.

CONSOLO C. – GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, n. 2, 2015, p. 225.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2019.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2019.

CORAZZA F., *Delibere negative e regime codicistico delle invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Giur. comm.*, n. 5, 2022.

COREA U., *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

COREA U., *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 700 c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, n. 2, 2008, p. 527

COREA U., *sub art. 2378 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, UTET giuridica, Torino, 2015, p. 1765.

COREA U., *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all'italiana*, in *Judicium.it*, 2020.

CORRADI M. C., *Conflitto di interessi, azione sociale di responsabilità e impugnazione di deliberazioni negative*, in *Giur. comm.*, n. 6, 2001, II, p. 835.

DALLA BONTÀ S., *L'impugnazione delle delibere del consiglio d'amministrazione nelle società per azioni*, Cedam, Padova, 2012.

DELLE DONNE C., *Sospensione e cautela ex art. 700 c.p.c. nel sistema di tutela della valida formazione delle decisioni assembleari*, in *Giust. civ.*, n. 2, 2016, p. 417.

DE PRA A., *Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio-amministratore*, in *Giur. comm.*, n. 5, 2010, II, p. 922.

DI BITONTO C., *Abuso del diritto di voto di voto a carattere ostruzionistico (cd. "delibere negative")*: profili sostanziali, in *Soc.*, n. 6, 2015, p. 689.

FERRARI A., *L'abuso del diritto nelle società*, Cedam, Padova, 1998.

FERRARO P. P., *Ostruzionismo del socio e impossibilità di funzionamento dell'assemblea nella s.r.l.*, in *Corr. giur.*, n. 5, 2016, p. 659.

FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Cedam, Padova, 1970.

FOLLIERI E., *Le azioni costitutive*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di Gaetano Scoca, Giappichelli, Torino, 2023, p. 192.

FOLLIERI E., *Le azioni di condanna*, in Giustizia amministrativa, a cura di Gaetano Scoca, Giappichelli, Torino, 2023, p. 198.

M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Giappichelli, Torino, 1999.

FRANGINI C., *Deliberazioni negative, tutela reale e controllo*, Focus del 04 agosto 2016, in *ilSocietario.it*.

GABOARDI M., *Delibera assembleare negativa e tutela cautelare d'urgenza (profili processuali)*, in *Soc.*, n. 6, 2015, p. 689.

GAMBINO A., *sub art. 2373 c.c.*, in Commentario del codice civile, diretto da Enrico Gabrielli, UTET giuridica, Torino, 2015, p. 1625.

GUARNIERI M. L., *La sospensione delle delibere assembleari già eseguite: ammissibilità della cautela, natura della misura e ricadute processuali*, in *Judicium.it*, 2021.

GUERRERA F., *Il verbale di assemblea*, in Il nuovo diritto delle società: *liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Vol. II, UTET giuridica, Torino, 2007, p. 91.

GUIZZI G., *Impugnazione delle delibere assembleari e poteri officiosi del giudice. (Glosse a margine di S.U. n. 26243/2014)*, in *Corr. giur.*, n. 10, 2015, p. 1189.

LA CHINA S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in Tratt. Rescigno, 19, 2a ed., Utet, Torino, 1997, p. 33.

LA MARCA E., *La mancata approvazione della deliberazione assembleare. Deliberazione "negativa", deliberazione apparente e deliberazione negata*, Giuffrè, 2020.

LENER R., *sub art. 2371 c.c.*, in Commentario del codice civile, diretto da Enrico Gabrielli, UTET giuridica, Torino, 2015, p. 1601.

LIBERTINI M., MIRONE A., SANFILIPPO P., *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379 ter*, Giuffrè, 2016.



LIEBMAN E. T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Giuffrè, Milano, 1935.

MAGLIULO F., *sub art. 2371 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da Floriano D'Alessandro, Piccin, Padova, 2010, p. 707.

MARZIALE G., *sub artt. 2379, 2379-bis e 2379-ter c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da Floriano D'Alessandro, Piccin, Padova, 2010, p. 882.

MELI V., *sub art. 2373 c.c.*, in *Le società per azioni: Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa, G. B. Portale Tomo I, Giuffrè, Milano, 2016, p. 998.

MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano, 1987.

MENCHINI S., *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993.

MENCHINI S., intervento in *Processo civile e società commerciali. Atti del XX convegno nazionale Pisa-Lucca, 13-14 maggio 1994*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 232.

MENCHINI S., *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 931.

MENCHINI S., *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Diritto proc. amm.*, n. 4, 2020, p. 805.

MINA G., *Problematiche relative alle disfunzioni decisionali dei soci nelle società di capitali*, in *Soc.*, n. 1, 2016, p. 13.

MIRONE A., *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale*, III, a cura di M. Cian, Giappichelli, Torino, 2020, p. 401.

MOTTO A., *Appunti sui limiti oggettivi e soggettivi di efficacia della sentenza nei giudizi di impugnazione di deliberazioni assembleari*, in *Le società nel processo. Spiegazioni di diritto societario e processuale attraverso la giurisprudenza*, a cura di C. Consolo, G. Guizzi, I. Pagni, Giappichelli, 2012, Torino, p. 229.

MURONI R., *L'azione ex art. 2932 c.c.: contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Jovene, Napoli, 2018.

MUSCOLO G., *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle spa (seconda parte): l'impugnazione*, in *Soc.*, n. 5, 2003, p. 673.

M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, n. 3, 1975, V, p. 17.

NUZZO A., *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Giappichelli, Torino, 2003.

PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale: contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, Milano, 1998.

PAGNI I., *Tutela specifica e tutela per equivalente: situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004.

PAGNI I., *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 71.

PANZAROLA A., GIORDANO R., *Dei provvedimenti d'urgenza art. 700-702*, Zanichelli, 2016, Bologna.

PATRIARCA C., *sub art. 2377 c.c.*, in *Le società per azioni: Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G. B. PORTALE, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2016, p. 1048.

PETRAZZINI B., *Socio in conflitto di interessi e poteri del presidente dell'assemblea*, in *Giur. it.*, 2022, p. 131.

PINTO V., *Il problema dell'impugnazione della delibera negativa nella giurisprudenza delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2016, p. 901.

PORTALE G. B., *«Minoranze di blocco» e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des juges»?* , in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 1999, p. 153.

PREITE D., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in Trattato delle società per azioni, 3\*\*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, UTET, Torino, 1998.

PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Cacucci, Bari, 1982.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2014.

PROTO PISANI A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, I, p. 944.

PUPO C. E., *Il voto negativo nell'assemblea della società per azioni. Profili ricostruttivi dell'abuso di maggioranza e di minoranza*, Giuffrè, Milano, 2016

QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, Zanichelli, Bologna, 1974.

RICCI E. F., *Gli effetti delle sentenze sulle impugnazioni di deliberazioni assembleari*, in *Processo civile e società commerciali. Atti del XX convegno nazionale Pisa-Lucca, 13-14 maggio 1994*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 9.

RIZZARDO D., *La tutela avverso le delibere negative illegittime e il ruolo del presidente dell'assemblea di s.p.a.*, in *Le società nel processo. Spiegazioni di diritto societario e processuale attraverso la giurisprudenza*, a cura di C. Consolo, G. Guizzi, I. Pagni, Giappichelli, 2012, p. 187.

ROMANO A. A., *sub art. 2378 c.c.*, in *Le società per azioni: Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2016, p. 1089.

ROMANO G., *La natura della sospensione dell'efficacia di una deliberazione societaria tra diritto societario e diritto processuale*, in *Soc.*, n. 4, 2022, p. 501.

RORDORF R., *L'abuso di potere della minoranza*, in *Soc.*, n. 7, 1999, p. 809.

RORDORF R., *Invalidità ed impugnazione delle decisioni dei soci di s.r.l.*, in *Soc.*, n. 3, 2007, p. 270.

RORDORF R., *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Corr. giur.*, n. 10, 2007, p. 1443.

RORDORF R., *sub art. 2377 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da Floriano D'Alessandro, Piccin, Padova, 2010, p. 837.

RORDORF R., *sub art. 2378 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da Floriano D'Alessandro, Piccin, Padova, 2010, p. 867.

SACCHI R., *La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 cod. civ.*, in P. BENAZZO-S. PATRIARCA- G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 155.

SACCHI R., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società: liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Vol. II, UTET giuridica, Torino, 2007, p. 133.

SACCHI R., *Gli effetti della sentenza che accoglie l'impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Banca borsa tit. cred.*, n. 2, 2012, p. 141.

SALVIONI T., *L'ordinanza di sospensione della delibera di esclusione del socio*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4, 2022, p. 1367.

SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto: contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Cedam, Padova, 1989.

SCALA A., *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società: liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Vol. II, UTET giuridica, Torino, 2007, p. 255.

SERRA M. L., *Anticipazione degli effetti della sentenza di merito e tutela cautelare ex art. 700 al fine di ottenere la trasformazione di una delibera assembleare negativa in una delibera positiva*, in *Corr. giur.*, n. 7, 2002, p. 949.

SPASIANO M. R., ZITO A., *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di Gaetano Scoca, Giappichelli, Torino, 2023, p. 73.

TERRUSI F., *L'invalidità delle delibere assembleari della S.p.A.*, Giuffrè, Milano, 2007.

TOMMASEO F., *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela*, Cedam, Padova, 1983.

TONIOLO A., *La delibera "negativa" dell'assemblea: un futuro ancora incerto*, in *Giur. comm.*, n. 1, 2016, II, p. 220.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 48° edizione, Cedam, Padova, 2017.

VILLATA S. A., *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 2006.

VILLATA S. A., *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2014, p. 601.

VILLATA S. A., *Sul rilievo d'ufficio della nullità delle deliberazioni assembleari per motivi diversi rispetto a quelli dedotti dalle parti*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2017, p. 837.

VILLATA S. A., *Il rilievo d'ufficio della nullità delle deliberazioni assembleari*, in *Soc.*, n. 10, 2021, p. 1111.

ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 3\*\*, UTET, Torino, 1998, p. 187.



## GIURISPRUDENZA

Corte cost., Sent., 28 giugno, 1985, n. 190, in banca dati One legale.

Corte cost., Sent., 13 luglio 1990, n. 318, in banca dati One legale.

Corte cost., Sent., 22 ottobre 1999, n. 388, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 1959, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 2130.

Cass. civ., Sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. Comm.*, n. 3, 1996, II, p. 329.

Cass. civ., Sez. II, 9 luglio 1997, n. 6201, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. III, 9 maggio 2000, n. 5913, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, 1° aprile 2003, n. 4929, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2003, n. 9353, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I., Sent., 26 agosto 2004, n. 16999, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, Sent., 22 marzo 2005, n. 6193, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., 14 ottobre 2005, n. 19903, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Foro it.*, n. 12, 2006, p. 3455.

Cass. civ., Sez. I, Sent., 17 luglio 2007, n. 15942, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. Unite, Ord., 6 marzo 2009, n. 5464, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ord., 14 dicembre 2010, n. 25246, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. III, Sent., 7 febbraio 2011, n. 2956, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. Unite, 17 aprile 2012, n. 5992, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 4 settembre 2012, n. 14828, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, Sent., 5 ottobre 2012, n. 17060, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 12 dicembre 2014, n. 26242, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 12 dicembre 2014, n. 26243, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 4 dicembre 2015, n. 24707, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, Sentenza, 4 maggio 2016, n. 8795, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. II, Sent., 23 maggio 2016, n. 10605, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., 24 agosto 2016, n. 17311, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, Ord., 7 ottobre 2019, n. 24939, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, Ord., 26 aprile 2021, n. 10986, in banca dati One legale.

Cass. civ., Sez. I, Sent., 25 luglio 2023, n. 22375, in banca dati One legale

Corte d'appello di Cagliari 4 marzo 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001.

Corte d'appello di Roma 29 maggio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 295.

Corte d'appello di Catania 21 luglio 2014, in *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 329.

Tribunale di Monza 4 novembre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 472  
Tribunale di Velletri, Ord., 26 gennaio 1994, in *Soc.*, n. 6, 1994, p. 804.  
Tribunale di S. Maria di Capua Vetere 5 novembre 1996, in *Soc.*, n. 5, 1997, p. 558.  
Tribunale di Milano, Ord., 20 gennaio 1998, in *Soc.*, n. 7, 1998, p. 811.  
Tribunale di Roma 2 aprile 1999 in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, p. 295.  
Tribunale di Palermo 18 maggio 2001, in *Giur. comm.*, n. 6, 2001, II, 835.  
Tribunale di Roma, Ord., 24 settembre 2001, in *Corr. giur.*, n. 7, 2002, p. 949.  
Tribunale di Ancona 7 marzo 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 666.  
Tribunale di Catania, Sez. IV, Sent., 10 agosto 2007, in *Corr. giur.*, n. 3, 2008, p. 397.  
Tribunale di Roma 10 novembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, p. 1940.  
Tribunale di Napoli 14 gennaio 2011, in *Giur. comm.*, n. 3, 2012, II, p. 697.  
Tribunale di Milano, Ord., 28 novembre 2014, n. 9846, in banca dati One legale.  
Tribunale di Napoli 30 dicembre 2015, in *Corr. giur.*, n. 5, 2015, p. 659.  
Tribunale di Venezia 12 febbraio 2019, in *Soc.*, 2019, n. 8-9, p. 947.  
Tribunale di Roma, Sez. XVI, Sent., 14 dicembre 2020, n. 17824, in banca dati One legale.  
Tribunale di Milano, Ord., 12 aprile 2021, in banca dati One legale.

Lodo arbitrale del 2 luglio 2009 (Arbitri Prof. C. CONSOLO Presidente – Prof. M. RESCIGNO e Prof. R. SACCHI), in *Giur. comm.*, n. 5, 2010, II, p. 911.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro it.*, n.1, 2008, p. 1.



