

Delibere C.d.A.

# Le delibere consiliari viziate tra parvenza di delibera, nullità ed impugnative sleali

Tribunale di Milano, Sez. VIII, 19 febbraio 2009 - Pres. Perozziello - Rel. Dal Moro - D. C. G e F. A. contro E. società cooperativa edilizia a r.l.

*Società cooperativa - Cooperativa a r.l. - Delibera del Consiglio di Amministrazione - Mancata convocazione, mancato raggiungimento dei quorum costitutivo e deliberativo nonché falsa verbalizzazione - Inesistenza della delibera - Non configurabilità*

*(Cod. civ. artt. 2379 e 2388)*

**I. La delibera del C.d.A. presa in mancanza di convocazione, senza le prescritte maggioranze e falsamente verbalizzata non è inesistente, ma invalida, se vi è comunque una parvenza di delibera (cioè di formale, esteriore, apparente provenienza della delibera dal consiglio di amministrazione).**

*Società cooperativa - Cooperativa a r.l. - Delibera del Consiglio di Amministrazione - Invalidità - Applicazione analogica dell'art. 2379 c.c. - Esclusione*

*(Cod. civ. artt. 2379 e 2388)*

**II. L'art. 2379 c.c. non è applicabile analogicamente alle delibere del consiglio di amministrazione.**

## Il Tribunale (*omissis*).

Ad avviso del Collegio la controversia può essere decisa alla luce del contraddittorio e dei documenti prodotti dalle parti senza necessità di approfondimenti istruttori. Essa riguarda l'invalidità della delibera consiliare volta a sostituire *ex art. 2386 c.c.* il Presidente del consiglio stesso, sig. D.C., già dimissionario (come risulta dal doc. 4 fasc. conv. la cui sottoscrizione non è disconosciuta) assunta in assenza di rituale convocazione a norma di statuto e dei consiglieri impugnanti della cui presenza il verbale dà falsa attestazione; la questione della veridicità o meno del fatto che il sig. D.C. sia comunque passato a sottoscrivere in seguito il verbale così manifestano assenso allo svolgimento dell'assemblea, che pure potrebbe avere in astratto rilevanza *ex art. 2379 bis c.c.*, perde in concreto significatività ai fini della decisione per la fondatezza della preliminare eccezione di decadenza della società convenuta.

Secondo gli attori la delibera consiliare impugnata dovrebbe essere ritenuta «inesistente» in quanto non riferibile all'organo collegiale da cui sembra promanare, o, in subordine, «nulla»; alla luce dell'art. 2379 c.c., che, ben-

ché sia norma relativa alle delibere dell'assemblea, potrebbe trovare per analogia applicazione anche alle decisioni del consiglio di amministrazione; conseguentemente, sotto entrambi i profili di invalidità invocati, agli attori non potrebbe essere eccepita alcuna decadenza.

Ad avviso del Collegio la prospettazione attorea è infondata e va respinta sotto entrambi i profili.

a) Quanto all'«inesistenza» si osserva, anzitutto che con la riforma del 2003, il legislatore ha espresso un netto sfavore verso la categoria dell'inesistenza, quale figura atipica ed estrema d'invalidità soggetta ad inevitabili margini di incertezza applicativa, non solo attraverso la dichiarata volontà del legislatore di espungerla dalle ipotesi di invalidità delle delibere assembleari (così testualmente la Relazione D.Lgs n. 6/2003 nel paragrafo dedicato all'assemblea delle società per azioni), ma anche attraverso il tenore specifico dell'intervento normativo, che ha ricondotto alla categoria delle «nullità» o dell'«annullabilità» proprio quelle ipotesi nelle quali, nel vigore della precedente normativa, veniva più frequentemente invocata la categoria dell'«inesistenza»; in particolare quelle fattispecie in cui l'atto presentava vizi (quali tra i più frequenti, la mancanza della convocazione, la

mancanza del verbale) che, non sussumibili entro la categoria della nullità come allora configurata dal previgente art. 2379 c.c. (impossibilità o illiceità dell'oggetto della delibera), concorrevano, però, secondo la giurisprudenza, a rendere così difforme l'atto deliberativo dal modello legale da far ritenere che quel modello non fosse proprio riconoscibile nell'atto viziato stesso, onde non si potesse neppure parlare di quello specifico atto deliberativo imputabile all'ente; per cui si doveva parlare di atto «inesistente», per eliminare il quale dalla realtà dei rapporti tra le parti non poteva costituire ostacolo il termine di decadenza di tre mesi previsto in generale dall'art. 2377 c.c. per l'annullamento degli atti non conformi alla legge o allo statuto.

Dopo detto intervento legislativo la stessa Corte di legittimità, pur pronunciatisi su fattispecie ancora soggetti alle previgenti disposizioni, pare non aver escluso a priori che, in casi limite, la categoria dell'inesistenza degli atti negoziali possa ancora svolgere una funzione di salvaguardia della coerenza del sistema legale a fronte di situazioni che non potrebbero comunque trovare soluzione con le ordinarie invalidità tipiche; (così Cass. civ. 24.7.2007, n. 16390; e prima Cass. 31.3.2006, n. 7693) e che dovrebbero comunque essere identificate alla luce del nuovo dato normativo e degli elementi positivi che questo offre in via interpretativa per delineare i requisiti per l'esistenza della fattispecie deliberativa, pur quando la stessa sia invalida (ciò perché l'inesistenza non è un'estensione dell'invalidità ma un concetto del tutto diverso, atteso che solo per ciò che esiste sul piano giuridico - formale può essere invalido).

Anche a voler ritenere che siffatta categoria di invalidità degli atti deliberativi possa avere ancora uno spazio dopo la riforma del diritto societario del 2003 in casi del tutto particolari (quali provvedimenti assunti al di fuori di qualunque parametro normativo di riferibilità dell'atto alla società cui venisse imputato), non v'è alcuna ragione, ad avviso del Collegio, affinché debba essere evocata in una fattispecie concreta come quello che occupa il Tribunale, soggetta alla nuova normativa e all'indirizzo che l'ha ispirata.

Infatti alla luce dell'intervento riformatore sopra richiamato, teso addirittura ad eliminare in funzione dell'esigenza di stabilità degli atti societari, la categoria dell'«inesistenza» (ovviamente in via indiretta, circoscrivendone lo spazio concettuale attraverso la previsione positiva di ulteriori ipotesi di nullità e la specificazione della fattispecie dell'annullabilità), il caso che occupa il Tribunale, secondo la stessa prospettazione delle parti, risulta ascrivibile ad una fattispecie di radicale «nullità» dell'atto e non di «inesistenza» dello stesso, riguardando, invece, un'ipotesi di mancanza di convocazione rituale dei componenti dell'organo deliberativo della società cooperativa e di falsità del verbale assimilabile alla mancanza del verbale stesso - vizi contemplati nel novellato art. 2379 c.c. - nonché la violazione del principio di funzionamento dell'organo collegiale, espressamente contemplato dal legislatore nel riformulare l'art. 2377 c.c.: al comma 5 c.c., infatti, è stato considerato un gruppo di vizi idoneo ad assorbire quelle patologie di funzionamen-

to della regola maggioritaria dell'assemblea che in precedenza rientravano nella casistica giurisprudenziale della dichiarazioni di inesistenza, come quei casi di delibere assunte da un'assemblea cui hanno partecipato con effetto determinante ai fini del quorum costitutivo soggetti non legittimati, o con voti invalidi di valore determinante del quorum deliberativo, (per es. delibera assembleare assunta con quorum determinato dalla partecipazione di «non soci» o dal voto di «soci privi del diritto di votare in quell'assemblea»).

Nella specie sussistendo una parvenza di delibera, di formale, esteriore, benché solo apparente provenienza dal consiglio d'amministrazione della società, nella sua forma collegiale all'esito di regolare convocazione, non si può parlare di delibera inesistente, bensì di delibera esistente, invalidata della patologia del suo procedimento di formazione (convocazione e intervento della maggioranza) e di esteriorizzazione (falsità del verbale).

b) Escluso, dunque, che nella specie si debba parlare di delibera inesistente, va esaminata la questione, posta in subordine dagli attori, della «nullità» della delibera consiliare, e, quindi il fondamento della pretesa applicabilità in via analogica anche alle delibere del consiglio d'amministrazione della disciplina prevista per quelle dell'assemblea.

Partendo dal dato incontestato che nella specie - ai sensi dell'art. 2519 c.c. nonché dall'art. 7 dello statuto della società Edilsociale a.r.l. - si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulle società per azioni, si tratta di individuare il quadro normativo di riferimento, e di verificare se con esso sia tuttora compatibile l'orientamento giurisprudenziale che reputava applicabili per analogia alla materia delle delibere consiliari le norme dettate per le delibere assembleari, e segnatamente, la norma di cui all'art. 2379 c.c. invocata dagli attori.

Infatti, nel vigore della disciplina codicistica ante riforma, che non prevedeva altro motivo di invalidità delle delibere consiliari che quello determinato dal voto espresso in conflitto di interessi, la giurisprudenza, espressa anche da questo Tribunale, considerava le norme dettate per le delibere assembleari applicabili in via analogica a tutte le delibere degli organi collegiali societari, dunque anche alle delibere consiliari: ciò perché, a fronte di un vuoto di disciplina specifica, la normativa relativa all'invalidità delle delibere assembleari era reputata caratterizzarsi, sì, per connotati di «specialità» (essendo invertito il principio di tipicità delle invalidità degli atti negoziali, con la previsione della nullità quale conseguenza specifica a fronte della regola dell'annullabilità delle delibere vizzate, sanabili entro tre mesi da chi è legittimato all'impugnativa), ma non di «eccezionalità» o contrarietà rispetto alla comune disciplina della nullità o annullabilità degli atti giuridici (cfr anche Cass. civ. n. 9040/1995).

In questo quadro, caratterizzato da un vivo dibattito animato dalla dottrina preoccupata di salvaguardare la prevalente esigenza di stabilità e certezza dell'attività dell'organo gestorio, si è inserito il recente intervento del legislatore, che ha innovato la norma di cui all'art. 2388 c.c. inserendovi una disciplina generale delle invalidità

delle delibere del Consiglio d'amministrazione: il comma 4 dell'art. 2388 c.c. stabilisce, invero, che «le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro 90 giorni dalla data della deliberazione... Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti».

Questa previsione normativa, reputa il Tribunale, possa essere considerata l'approdo del percorso sopra accennato, che ha visto fronteggiarsi, da un lato, l'esigenza di riconoscere possibilità ulteriori di invalidazione delle delibere consiliari rispetto al solo conflitto di interessi dell'amministratore (art. 2391 c.c.) e la legittimazione ad impugnare anche al socio nel caso in cui l'atto consiliare leda un suo diritto soggettivo; dall'altro, l'esigenza di salvaguardare, comunque, certezza e stabilità dell'attività sociale, molto evidente soprattutto nell'ambito dell'attività dell'organo decisionale cui compete l'operatività concreta della società, esigenza che, in mancanza di reazioni tempestive da parte di soggetti legittimati, è stato ritenuto debba prevalere rispetto all'interesse individuale ad una tutela reale.

Alla luce di queste riflessioni, sembra in definitiva al Tribunale, che il legislatore formulando al comma 4 e 5 un testo normativo che contempla tutti i casi di delibera non conforme alla legge o allo statuto (comprendendovi indifferentemente, quindi, anche quelli di delibere con oggetto impossibile o illecito) e che non richiama la norma specifica di cui all'art. 2379 c.c. e i tipici casi di nullità ivi previsti (pur richiamando invece l'art. 2378 c.c. e il 2377 c.c. quanto all'iniziativa dei soci), abbia inteso esaurire nell'ambito della generale categoria dell'«annullabilità» tutte le fattispecie di invalidità dell'atto consiliare (invero ampliate rispetto all'assetto normativo precedente) ed introdurre un chiaro e netto limite temporale entro cui i soggetti legittimati possono farle valere: ogni violazione di legge o di statuto può a essere fatta valere dall'amministratore assente o dissenziente nel termine di novanta giorni dalla pronuncia della delibera (il che è peraltro del tutto ragionevole se si considera la posizione dei componenti del consiglio e il loro potere/dovere di essere al corrente di ciò che viene deciso dall'organo gestorio di cui sono parte).

Confortano questa opzione interpretativa anche considerazioni di ordine sistematico, ovvero il chiaro favore che il legislatore ha espresso in generale per la salvaguardia della certezza e stabilità degli atti deliberativi - stante l'interesse intrinseco delle società ad una rapida e tempestiva operatività - chiaramente esplicitato anche per le delibere dell'assemblea, attraverso la limitazione della possibilità di ricorrere alla «tutela reale», bilanciata attraverso la valorizzazione di quella obbligatoria: a questa scelta vanno ascritte, infatti, sia le norme (art. 2377 e 2379 c.c. per le s.p.a. e art. 2479 *ter* c.c. per le s.r.l.) che riconducendo ad ipotesi di *annullabilità* o *nullità* quelle fattispecie che in precedenza avevano indotto la giurisprudenza a utilizzare la categoria atipica dell'«inesistenza» dell'atto, comunque prevedono limitazioni della legittimazione ad agire (art. 2377, comma 4 c.c.) e termini di decadenza anche per far valere la nullità (salvo il caso

del tutto eccezionale di modifica dell'oggetto sociale con previsione di attività impossibili o illecite); sia le norme che limitano comunque l'impugnativa dopo determinati eventi art. 2379 *bis* c.c., 2379 *ter* c.c., 2434 c.c. 2504 *quater* c.c.).

Perciò deve respingere la tesi attorea suddetta, poiché la valutazione sistematica della normativa sul tema non evidenzia affatto un vuoto normativo colmabile con l'interpretazione analogica, bensì una scelta precisa del legislatore a proposito della possibilità di invalidare le delibere consiliari trasfusa nell'art. 2388 c.c.; del resto non appare ragionevole neppure valutando la normativa nella prospettiva della sua evoluzione temporale che il legislatore, pur consapevole del dibattito sulle diverse categorie di invalidità delle delibere assembleari e sulla problematica estensione delle stesse alle delibere consiliari, abbia espressamente limitato le fattispecie di nullità delle prime e circoscritto la loro rilevanza nel tempo, per lasciare, invece, la disciplina delle seconde aperta alla possibilità di invocare - in via di interpretazione analogica - le disposizioni sulla nullità dettate per un ambito diverso e non richiamate dall'art. 2388 c.c.; e ciò tanto più se si considera la maggiore esigenza di certezza e stabilità che caratterizza l'ambito della operatività gestoria del consiglio di amministrazione, che, quanto alle s.r.l., ha indotto addirittura ad una scelta ben più restrittiva (così almeno risulta dal quadro normativo), con la previsione della sola possibilità di impugnare entro novanta giorni le decisioni del consiglio di amministrazione viziata da conflitto di interesse (art. 2475 *ter* c.c.).

Pertanto dovendo valutarsi il fondamento dell'azione proposta sulla base dell'art. 2388 c.c. gli attori risultano, come eccepito dalla società, ampiamente decaduti dal diritto di far valere l'invalidità che invocano, avendo agito con atto di citazione del giugno 2007 a fronte di delibera consiliare assunta il 9.1.2006 ed iscritta il 31.1.2006.

Stante l'intangibilità della predetta delibera, resta valida come ritenuto dalla convenuta la successiva decisione con cui in data 25.5.2006 l'assemblea - convocata dal nuovo Presidente asseritamente illegittimamente nominato - ha provveduto al rinnovo delle cariche sociali, che secondo la domanda degli attori avrebbe dovuto restare travolta dalla invalidità della prima agli effetti della finale richiesta di declaratoria della loro permanenza nella carica di Presidente e di consigliere della società. Va respinta anche la domanda di risarcimento che gli attori avevano svolto in via consequenziale alla richiesta di declaratoria di inesistenza o nullità della delibera in modo, peraltro, del tutto generico ed inconsistente quanto all'individuazione dell'*eventus damni* (presupposto della possibilità di invocare eventualmente una liquidazione in via equitativa del danno stesso) mancando nella specie la previsione di un compenso della carica consigliere. (*omissis*).

## IL COMMENTO di Michele Centonze

La sentenza è di notevole interesse, sia perché tocca importanti questioni di vertice sull'invalidità delle delibere del C.d.A. (se e quando se ne possa affermare l'inesistenza; se sia applicabile analogicamente l'art. 2379 c.c.), sia perché offre l'occasione per soffermarsi sugli strumenti di contrasto ad impugnazioni preteuose.

### 1. Il caso

La società cooperativa a r.l. Alfa è gestita da un consiglio di amministrazione composto di tre membri, uno dei quali (il presidente) da sostituire ai sensi degli artt. 2519 e 2386 c.c., in quanto dimissionario. A distanza di circa un anno e mezzo dalla sua adozione, la delibera consiliare di cooptazione del nuovo amministratore (nonché - ma il punto qui non interessa - la successiva delibera assembleare di rinnovo delle cariche sociali) viene impugnata da due amministratori, tra cui quello dimessosi dall'incarico, i quali lamentano di non essere stati convocati né presenti alla riunione, nonostante la contraria attestazione del verbale dell'adunanza (su cui peraltro risulta apposta la firma, che gli attori asseriscono essere falsa, di uno degli impugnanti): chiedono pertanto che di tale delibera sia dichiarata l'inesistenza, ovvero, in subordine, la nullità ex art. 2379 c.c., per mancanza di convocazione e di verbalizzazione (oltre il risarcimento dei danni: anche su questo punto si può però qui sorvolare). Il Tribunale di Milano respinge entrambe le richieste.

Prima di addentrarsi nell'esame delle motivazioni del provvedimento, va sottolineato un aspetto della vicenda rimasto comprensibilmente nell'ombra (date le premesse accolte dal giudice milanese: v. *infra* n. 2 e 3), ma non per questo trascurabile in sede di analisi critica, visto il diverso ruolo che potrebbe giocare se si partisse da premesse opposte (v. *infra* n. 4). Dalla difesa della società convenuta si apprende che, «tra i tre membri del C.d.A., in un clima di collaborazione e fiducia, era invalsa la prassi consolidata di provvedere alla convocazione del C.d.A. mediante un mero accordo verbale cui seguiva la redazione del verbale che il [Presidente del C.d.A.] passava a firmare...al termine del suo orario di lavoro, anche quando non vi era formalmente potuto intervenire»; e che con queste modalità era stata presa anche la delibera consiliare al vaglio del Tribunale: delibera poi impugnata dal vecchio presidente e da uno degli amministratori in carica proprio per far valere la mancata convocazione, la mancata riunione e la falsa verbalizzazione.

Ciò precisato, tornando ora alla sentenza, la domanda attorea è respinta perché giudicata intempestiva, essendo stata introdotta dopo il decorso del termine trimestrale previsto dall'art. 2388 c.c.: il giudice dichiara applicabile tale norma, dopo aver negato sia l'inesistenza della delibera (ed il corollario dell'assenza di limiti cronologici all'impugnazione), sia l'applicabilità analogica dell'art. 2379 c.c. (a cui farebbe seguito la disponibilità di un termine triennale per agire in giudizio) (1). Entriamo nel dettaglio.

### 2. La sentenza: a) su parvenza e inesistenza della delibera

In principio il Tribunale di Milano esclude che nel caso di specie si possa parlare di inesistenza della delibera consiliare, attraverso un ragionamento del seguente tenore. Contrariamente alle attestazioni del (falso) verbale, che danno conto di un iter procedimentale regolare, la decisione è stata presa, all'insaputa degli altri amministratori, da uno solo di essi (quello non impugnante), che poi ha provveduto a confezionare il falso verbale e ad iscriverlo nel registro delle imprese (2): manca, quindi, la convocazione; non c'è verbalizzazione (giacché la falsa verbalizzazione equivale a mancata verbalizzazione); infine, non sono raggiunti i *quorum* costitutivo e deliberativo (la decisione provenendo da uno solo dei tre amministratori). Eppure, si conclude, in un caso del genere - dove, a ben vedere, altro non vi è se non un falso verbale redatto in solitudi-

#### Note:

(1) Inoltre, applicando l'art. 2388 c.c., anziché l'art. 2379 c.c. (o l'inesistenza), viene meno la legittimazione ad impugnare degli assenzienti (tali erano gli amministratori impugnanti, stando alle tesi difensive della società convenuta).

(2) Per la verità, sembra che una convocazione vi sia stata, anche se in forma orale (v. la narrazione del fatto nel par. 1): tuttavia ciò non pregiudica l'esito del ragionamento svolto dal Tribunale, il quale, se afferma l'esistenza di una delibera nel caso in cui, oltre agli altri vizi menzionati nel testo, manchi anche la convocazione, certo non potrebbe poi concludere diversamente per il caso (meno grave) in cui (ferma la sussistenza degli altri vizi) una convocazione, sia pure irregolare, vi sia comunque stata.

ne dal singolo amministratore - la delibera non è inesistente, ma semplicemente invalida (3).

Come si giustifichi una simile conclusione è spiegato nei seguenti termini: «nella specie [sussiste] una *parvenza di delibera*, di formale, esteriore, benché solo *apparente provenienza* dal consiglio d'amministrazione della società, nella sua forma collegiale all'esito di regolare convocazione», sicché «non si può parlare di delibera inesistente, bensì di delibera esistente, invalidata dalla patologia del suo procedimento di formazione (convocazione e intervento della maggioranza) e di esteriorizzazione (falsità del verbale)» (corsivi miei).

A quanto consta è la prima volta che un giudice italiano afferma l'esistenza di una delibera nell'ipotesi cd. di «inesistenza materiale», fattispecie che tradizionalmente ricomprende quei casi - non così isolati come si potrebbe pensare a prima vista - in cui un falso verbale attesti lo svolgimento di una riunione mai tenutasi e la formazione di una decisione collegiale mai adottata. Per comprendere la portata della pronuncia, si tenga presente che proprio il caso del falso verbale era considerato - fino ad oggi - un rifugio inespugnabile della categoria dell'inesistenza (4), che nemmeno il riformatore del 2003, secondo la dottrina dominante, sarebbe riuscito a scalfire (5). La pronuncia in esame apre invece una breccia profonda nelle mura che proteggono l'inesistenza; ed una breccia potenzialmente dirompente, perché ad aver armato la mano del giudice è proprio la riforma societaria, di cui la sentenza pienamente realizza lo spirito ed asseconda l'obiettivo (6).

Esaminiamo la motivazione del provvedimento. Afferma il giudice milanese che, per stabilire se una certa decisione, viziata, che qualcuno pretenda di qualificare come delibera (qui: consiliare), sia effettivamente tale, non bisogna concentrarsi sulle patologie della decisione della cui qualificazione si tratta, sulla loro natura o sul loro numero; bisogna invece guardare esclusivamente al tratto esteriore della decisione, alla quale sarà da attribuire la qualifica di delibera, se e purché di tale fattispecie presenti la *parvenza*, l'esteriorità. Questa caratteristica, precisa il giudice, ricorre quando la decisione in questione formalmente, esteriormente, apparentemente, provenga dall'organo abilitato ad emetterla, secondo le prescritte maggioranze. Una decisione così caratterizzata va perciò solo inquadrata come delibera (eventualmente invalida), senza che possano essere di ostacolo a tale qualificazione la gravità o la quantità delle patologie da cui per avventura essa sia afflitta. L'apparenza diventa, in tal caso, sostanza.

Il Tribunale di Milano, con questa motivazione, mostra di ritenere applicabili al settore delle *delibere del C.d.A* gli esiti di una recente indagine dottrinale incentrata sul contiguo problema dell'inesistenza delle *delibere assembleari* (7): in tale indagine dottrinale si conclude che la qualificazione giuridica della fattispecie concreta (delibera/non delibera) va condotta esclusivamente sulla base di indici esteriori, senza che possano assumere rilevanza la tipologia ed il numero dei vizi riscontrati in concreto; e che l'indice esteriore che segnala l'esistenza di una delibera è la *parvenza* di essa, cioè la formale, esteriore, anche solo apparente, provenienza della decisione dalla maggioranza dei soci richiesta dalla legge o dallo statuto; con la conseguenza che, sussistendo tale requisito, va affermata l'esistenza di una delibera persino nel caso estremo (corrispondente a quello in esame) in cui si accerti che, in realtà, l'atto si è formato al di fuori di qualsiasi regola procedimentale e senza osservanza dei *quorum* costitutivi e deliberativi. Usando l'imprecisa terminologia tradizionale, si può sintetizzare dicendo che *l'inesistenza «materiale» non comporta l'inesistenza «giuridica» della delibera, se di tale fattispecie vi sia comunque la parvenza*.

Rinviando alle sedi già ricordate per una più approfondita illustrazione di tale tesi, si segnala che il provvedimento annotato offre lo spunto per riflettere su una possibile generalizzazione della regola della *parvenza*, per effetto della quale la *parvenza* andrebbe considerata come *requisito unico di esistenza non solo delle delibere assembleari o consiliari di s.p.a., ma di tutte le molteplici fattispecie deliberative*

**Note:**

(3) Com'è noto, il tema dell'inesistenza delle delibere è studiato prevalentemente con riguardo alle decisioni dell'assemblea dei soci: in argomento sia consentito rinviare, anche per ogni altro riferimento, a Centonze, *L'«inesistenza» delle delibere assembleari di s.p.a.*, Torino, 2008.

(4) In giurisprudenza, v. Trib. Milano 1° aprile 2008, in questa *Rivista*, 2008, 1130, con nota critica di Centonze; Trib. Ferrara 22 dicembre 2006, in *RDS*, 2008, 598, con nota critica di Postiglione.

(5) V. in dottrina, di recente e tra molti altri, Palmieri, *L'invalidità delle decisioni*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibbà e Marasà, IV, Padova, 2009, 188 ss.

(6) È noto, lo ricorda correttamente anche la pronuncia in esame, che uno degli obiettivi del riformatore è stato proprio quello di bandire il ricorso alla categoria dell'inesistenza, fonte di incertezze insolubili nel vigore della precedente disciplina: v. diffusamente sul punto la Relazione al D.Lgs. 6/03, in *Riv. soc.*, 2003, 112.

(7) Cfr. Centonze, *L'«inesistenza»*, cit.; e cfr. anche Id., *Inesistenza delle delibere assembleari e nuovo diritto societario*, in questa *Rivista*, 2008, 1132: a queste sedi si fa rinvio per ogni approfondimento.

nel campo societario. Questa prospettiva di indagine non è però qui ulteriormente coltivabile.

### 3. *Segue: b)* sulla non applicabilità dell'art. 2379 c.c. alle delibere consiliari viziate

In subordine all'inesistenza, gli attori lamentano la nullità della delibera del C.d.A., ai sensi dell'art. 2379 c.c., per mancanza della convocazione e della verbalizzazione; il Tribunale giudica però infondata anche questa richiesta. Per comprendere i motivi della pronuncia è opportuno richiamare sinteticamente il quadro normativo in materia, profondamente inciso dalla riforma del 2003.

Prima di tale momento, come noto, era regolata una sola fattispecie di invalidità delle delibere dell'organo amministrativo, all'art. 2391 c.c., nell'ambito del conflitto di interessi degli amministratori. A questa norma si è oggi affiancato l'art. 2388, comma 4, c.c., il quale pone una disciplina generale dell'invalidità delle delibere consiliari, stabilendo che «le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissidenti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'art. 2378. Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli artt. 2377 e 2378».

Anche tale novella, creando nuovo diritto, chiude dei problemi, ma ne genera altri: soffermandoci su quelli più aderenti alla pronuncia in esame, la nuova norma, nel chiarire che le delibere del C.d.A. possono essere invalidate anche per vizi diversi dal conflitto di interessi (8), solleva il dubbio se tutti i vizi, procedurali e di contenuto, vadano sanzionati applicando l'art. 2388 c.c., ovvero se ve ne siano alcuni da sanzionare diversamente, e, se sì, quali e come.

Messe di fronte alla regola poc'anzi trascritta, dottrina e giurisprudenza studiano così le possibili eccezioni, considerando inopportuno consegnare al solo art. 2388 c.c. la regolamentazione di sì delicata materia (9). Il quadro che ne risulta è però disorganico: si afferma che la delibera consiliare è inesistente quando interviene su materie di competenza dell'assemblea (10); o che va applicato analogicamente l'art. 2379 c.c. (nullità della delibera consiliare per mancanza della convocazione, della verbalizzazione o per illiceità dell'oggetto), se non sempre (11), quando si tratti di delibere del C.d.A. su

materie delegate dall'assemblea (12), o, perlomeno, per le delibere con oggetto illecito (13).

La ricerca di sanzioni diverse da quella prevista dall'art. 2388 c.c. è tuttavia osteggiata dalla dottrina prevalente (14), con l'avallo della giurisprudenza (15). In sintesi si obietta che le interpretazioni opposte: 1) contrastano con il dato formale, il quale richiama, della disciplina delle delibere invalide, gli artt. 2377 e 2378 c.c., con ciò mostrando di escludere l'applicazione dell'art. 2379 c.c.; 2) collidono con l'esigenza di stabilità delle decisioni consiliari, più rilevante nel settore in esame che nel campo delle delibere assembleari: il che, si sostiene, spiega perché alcuni vizi (mancanza di convocazione, di verbalizzazione e illiceità dell'oggetto) producono conseguenze diverse a seconda che colpiscano una delibera assembleare (nullità) o consiliare (semplice impugnabilità ex art. 2388 c.c.); 3) sono eccentriche rispetto al sistema, perché ampliano la

#### Note:

(8) Punto ampiamente discusso prima della riforma: v., per la ricostruzione, Ventrone, *art. 2388*, in *Amministratori*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, 313 ss.

(9) L'iter argomentativo alla base di tale corrente di pensiero è antico e percorre tutta la storia del diritto commerciale italiano: sempre, alla comparsa di una disciplina espressa dell'invalidità delle delibere collegiali (assembleari e, oggi, anche consiliari) si è associata l'idea che tale disciplina non fosse in grado di proteggere adeguatamente gli interessi sottostanti. Dal codice di commercio del 1882 (l'art. 163 legittimava i soci a fare «opposizione» alle delibere assembleari «manifestamente» contrarie alla legge o allo statuto, ma si tentava di superare il dato positivo ipotizzando le categorie delle delibere inesistenti e nulle: per tutti Donati, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, 93 ss.); passando per il codice civile del 1942, fino alla riforma del 2003 (questa è storia recente o stretta attualità, di cui si è già dato o si darà conto appresso).

(10) Trib. Ferrara 22 dicembre 2006, *cit.*, con riferimento ad una delibera consiliare di revoca di alcuni amministratori. Per una diversa ricostruzione Pinto, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, 241 ss. (e 120, nt. 46 per una corretta critica alla sentenza).

(11) Irrera, *art. 2388*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, 728 ss.

(12) Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori e le società*<sup>13</sup>, Milano, 2006, 584.

(13) Rordorf, *Impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione di società*, in *Foro it.*, 2007, I, 628.

(14) Associazione Disiano Preite, *Il diritto delle società*<sup>2</sup>, Bologna, 2006, 175; AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*<sup>4</sup>, Milano, 2008, 222; Guerrieri, *art. 2388*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 733 ss.; Ventrone, *op. cit.*, 319 ss.; C. Patriarca, *Le delibere consiliari viziate*, in *Annali dell'Università del Molise*, 2005, Napoli, 675 ss.; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*<sup>6</sup>, a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 368; Pisani Massamormile, *Invalidità delle delibere consiliari*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, 515 ss.

(15) Trib. Ferrara 22 dicembre 2006, *cit.*

possibilità di ricorso al rimedio reale, laddove la tendenza dell'ordinamento è nel senso di una limitazione della tutela demolitoria.

In quest'ottica, è chiaro che non vi è alcuno spazio per applicare analogicamente l'art. 2379 c.c. alle delibere consiliari (16). Ed infatti, coerentemente, il Tribunale di Milano, dopo aver aderito agli argomenti appena riportati, conclude che i vizi del procedimento di formazione della volontà collegiale dell'organo amministrativo sono compiutamente regolati dall'art. 2388 c.c., senza possibilità di applicazione analogica dell'art. 2379 c.c.

Discende da questa premessa che nel caso di specie la domanda è intempestiva, perché introdotta dopo il decorso del termine trimestrale previsto dall'art. 2388 c.c.

È anche opportuno notare che la delibera in esame esibisce (a) *vizi di natura solo procedimentale* (b) *in materia propria del c.d.a.* Se si pone mente ai diversi tentativi di superare il dato normativo posto dall'art. 2388 c.c., di cui si è dato conto poco sopra, ci si avvede che si sarebbe potuto pervenire ad una soluzione diversa da quella propugnata dal giudice milanese solo aderendo alla tesi che ritiene applicabile *tout court* l'art. 2379 c.c. alle delibere consiliari (17): tesi che, effettivamente, tra le altre prima riportate, appare la meno attendibile, per le ragioni sottolineate dalla dottrina dominante e fatte proprie dalla pronuncia commentata.

#### 4. Sulle impugnazioni pretestuose

Ponendosi adesso a margine della sentenza in esame, può essere utile provare ad immaginare l'esito del processo, nella diversa ipotesi in cui il giudice, ritenendo applicabile l'art. 2379 c.c., non avesse dichiarato la decadenza dell'attore dai termini per impugnare. Con un buon margine di sicurezza si può affermare che non sarebbe cambiato granché: è vero che, accolta tale diversa premessa, l'attore sarebbe stato formalmente legittimato ad agire (la delibera nulla può essere impugnata entro tre anni), ma, ciononostante, un altro ostacolo si sarebbe frapposto alla possibilità di dare corso alla domanda.

Decisiva in tal senso è la circostanza - già richiamata nel paragrafo introduttivo - che in realtà la decisione era stata presa con il consenso di *tutti gli amministratori*, compresi gli impugnanti (18), anche se al di fuori di qualsiasi regola procedimentale, in conformità ad una prassi consolidata di *intenzionale disapplicazione* delle regole di funzionamento del collegio (convocazione, riunione, ecc...) (19): quel-

le stesse regole che alcuni di quegli amministratori, impugnando la delibera, pretendevano di far valere in via giudiziale. Questa circostanza - fatta presente dalla società convenuta e che qui si dà per vera - fa sì che gli amministratori, pur formalmente legittimati ad impugnare (la delibera nulla può essere impugnata entro tre anni da chiunque vi abbia interesse, quindi anche dall'assenziente), perdano tuttavia tale potere in concreto (20).

A base di una simile conclusione si può porre: a) la carenza di interesse ad agire (21); b) la violazione del divieto di *venire contra factum proprium* (22); c) l'opponibilità agli impugnanti dell'*exceptio doli* (per abuso o eccesso di potere) (23); d) la riduzione

#### Note:

(16) In argomento v. anche Pinto, *art. 2388*, nel Commentario romano diretto da F. d'Alessandro, in corso di pubblicazione, che esclude l'applicabilità dell'art. 2379 c.c., ritenendo che nel contesto della funzione amministrativa non ricorrono quelle esigenze di tutela che, nel contesto delle delibere assembleari, giustificano il più rigoroso regime della nullità.

(17) Stando alle altre tesi, l'art. 2379 c.c. sarebbe applicabile analogicamente o quando la delibera del C.d.A. abbia oggetto illecito, oppure (anche per i vizi procedimentali previsti da detta norma, ma) solo quando il C.d.A. deliberi su materia delegata dall'assemblea: il caso di specie esulava però da entrambe le ipotesi.

(18) Si osserva incidentalmente che tale circostanza avrebbe consentito al giudice milanese, che non applica l'art. 2379 c.c., di respingere la domanda, oltre che per intempestività (v. *retro*), anche perché proposta dall'assenziente (ai sensi dell'art. 2388 c.c. la legittimazione ad impugnare spetta solo al non consenziente).

(19) Seguendo un modo di procedere piuttosto consueto nella prassi!

(20) Addirittura si potrebbe dubitare dell'invalidità della delibera consiliare in questione, qualora si ritenga che gli amministratori possano assumere decisioni *unanimesi* senza il rispetto del metodo collegiale: ma *contra* v. Grippo, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, 160 ss.; Ventoruzzo, *op. cit.*, 305.

(21) Spesso la carenza di interesse ad agire viene utilizzato come mezzo per combattere impugnazioni pretestuose o contraddittorie con condotte anteriori del medesimo impugnante: Astone, *Impugnativa di bilancio e divieto di venire contra factum proprium*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 225 ss.; più in generale, Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, 223 ss. V. anche Trib. Milano 20 dicembre 1996, con nota di Daccò, *Legittimazione ed interesse ad agire nell'impugnazione di delibere del consiglio di amministrazione di società facenti parte di un gruppo*, in *Giur. comm.*, 1998, II, 79. E v., proprio in tema di impugnazione di delibere consiliari e ipotizzando l'applicabilità dell'art. 2379 c.c. (prima della riforma), Irrera, *Le delibere del consiglio di amministrazione*, Milano, 2000, 398.

(22) Su cui v. Astone, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; Festi, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano, 2007.

(23) Su cui v., per tutti, Venosta, Note sull'*exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, 525 ss.; Meruzzi, *L'exceptio doli*, Padova, 2005, spec. 452 ss.; AA.VV., *L'eccezione di dolo generale*, a cura di L. Garofalo. Padova, 2006. Uno dei casi (segue)

teleologica della norma (in ipotesi: art. 2379 c.c.) che attribuisce la legittimazione ad impugnare anche all'assenziente (tali erano gli impugnanti nel caso concreto) (24).

Si può tuttavia prescindere dall'esatta demarcazione dei confini di tali ricostruzioni (25), a cui è comune la sostanza del discorso, così sintetizzabile: 1) il ripensamento (inteso come impugnazione della delibera da parte del consenziente) è guardato con diffidenza dal legislatore, sia perché sospetto di frodolenzia, sia - e soprattutto - perché espone ad un rischio eccezionale la stabilità dell'azione sociale (26): perciò, anche quando è ammesso in astratto (come per le delibere nulle: art. 2379 c.c.), deve comunque essere meritevole di tutela in concreto, nel senso di conforme alla *ratio* del potere di impugnare e agli interessi sottesi (non è vietato cambiare idea, ma cambiarla in modo sleale, contrario a correttezza e buona fede) (27); 2) nel caso di specie tale requisito certamente non ricorre (e ciò anche a non voler considerare che uno degli impugnanti mira a difendere il proprio interesse personale a non essere rimosso dalla carica di amministratore): con l'impugnazione gli attori pretendono il rispetto proprio di quel metodo collegiale che la loro condotta anteriore, di *intenzionale* e *costante* disapplicazione del metodo stesso, dimostra essere irrilevante, in quello specifico contesto societario, per la formazione della loro volontà come C.d.A. (28); 3) né le norme violate, né il contenuto della delibera, toccano nel caso esaminato interessi generali (29); 4) oltre a tutto questo, nemmeno risulta che gli amministratori impugnanti abbiano motivato le ragioni del ripensamento (30).

Una precisazione. Si potrebbe obiettare che agli amministratori che impugnano una delibera consiliare non sono opponibili il divieto di *venire contra factum proprium* o l'*exceptio doli*, in quanto regole di *autoresponsabilità* non invocabili contro quanti perseguono un interesse altrui (31). In realtà, l'ostacolo si supera, se si considera che dette regole sono espressione del principio di correttezza; che tale principio informa anche il rapporto società-amministratori; che nel nostro caso la regola di correttezza non risolve, come di norma, un contrasto tra interessi e soggetti diversi, ma è chiamata a comporre un contrasto tra interessi - quello alla legalità e quello alla stabilità (32) - entrambi non generali (v. poco sopra sub 3) e facenti capo al medesimo centro di imputazione (la società amministrata dagli impugnanti). Nel nostro caso cioè un conflitto di interessi intra-soggettivo (interno all'ente) viene risolto attraverso l'applicazione della regola di corret-

### Note:

(segue nota 23)

più celebri in materia riguarda proprio l'impugnazione di delibere assembleari nulle: v. Cass. 11 dicembre 2000, n. 15592, in *Giur. it.*, 2001, 1887, con note di Giusti e Bergamo. La figura dell'eccesso di potere, inadatta a sanzionare la condotta del socio che abusa del potere di voto (o degli altri diritti sociali), pare invece meglio attagliarsi alla condotta abusiva degli amministratori, atteso il carattere dovuto della loro attività e l'obbligo di perseguire l'interesse sociale.

(24) Per l'uso di tale noto criterio interpretativo al fine di paralizzare iniziative pretestuose v. Festi, *op. cit.*, 174 ss., 245 ss. (secondo cui tale metodo si rivelerebbe più idoneo del divieto di *venire contra factum proprium* per limitare l'esercizio delle azioni di impugnativa, giacché in tal modo si estende «l'impedimento a tutte le ipotesi in cui sia venuto meno l'interesse perseguito dal precepto fonte della sanzione di invalidità»). L'analisi della *ratio* della norma, legale o privata, attributiva del potere si rivela fondamentale anche in tema di contratto autonomo di garanzia, per consentire al garante, tramite l'*exceptio doli*, di rifiutare il pagamento: v., anche per riferimenti, Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 398.

(25) Per dare un'idea dell'incertezza, si pensi che l'art. 2379 *bis* viene visto ora come espressione del divieto di *venire contra factum proprium* (Angelici, *La riforma delle società di capitali*<sup>2</sup>, Padova, 2006, 135 ss.; Ghirga, *op. cit.*, 281), ora come tipizzazione di carenza di interesse ad agire (Sanzo, *artt. 2379-2379 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2005, 657). E v. anche Astone, *Impugnativa*, cit., 220 ss.; Meruzzi, *op. cit.*, 491; Portale, *Lezioni di diritto privato comparato*<sup>2</sup>, Torino, 2007, 163 ss.

(26) V. Festi, *op. cit.*, 198 ss.

(27) Festi, *op. cit.*, 73 ss.; Astone, *Venire*, cit., 60 ss., 154 ss., 223, 243; *Id.*, *Impugnativa*, cit., 220 ss., che richiama l'importanza di un'attenta valutazione delle circostanze del singolo caso concreto. V. anche Portale, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 407 ss.; Daccò, *op. cit.*, 92 ss.; Ghirga, *op. cit.*, 223 ss.; in giurisprudenza Trib. Milano, 20 dicembre 1996, cit. In generale, sul rapporto tra correttezza e principio di meritevolezza, v. Meruzzi, *op. cit.*, 288 ss., 349 ss.

(28) Interessante a questo proposito il parallelo con il principio secondo cui «*fraudem suam nemo debet allegare*», su cui v. Festi, *op. cit.*, 155 ss. E v. anche Astone, *Venire*, cit., 183 ss., dove si suggerisce l'elevazione a sistema di un complesso di norme (artt. 590, 799, 1426, 1444, 1479, comma 1, 1491, 1667, comma 1, 2226, comma 2, c.c., lo stesso art. 2377, comma 2) nelle quali si nega il potere di mettere in discussione il rapporto (ad es. tramite azione di annullamento del contratto) a chi, con un proprio comportamento anteriore, abbia dimostrato l'interesse al mantenimento di quel rapporto e l'irrilevanza della patologia che lo colpisce (sul punto v. anche Galgano, *Il negozio giuridico*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2002, 521, 641 ss.).

(29) Secondo Festi, *op. cit.*, 155 ss., 177 ss., «la regola per la quale chi ha provocato [l'invalidità] del negozio non può eccepir-la in giudizio...appare pienamente operante», eccezione fatta solo «per il caso in cui la norma che stabilisce la nullità sia posta a presidio di un interesse pubblico o di terzi». Ma appare corretto ritenere che le norme sul procedimento deliberativo del C.d.A. non rientrino in questa categoria: v. Grippo, *op. cit.*, 131; Venturuzzo, *op. cit.*, 302 ss.

(30) Secondo Astone, *Impugnativa*, cit., 220 ss., è onere dell'attore dimostrare che le ragioni del ripensamento sono meritevoli di tutela. Nello stesso senso Venosta, *op. cit.*, 533 ss.; Meruzzi, *op. cit.*, 498.

(31) V. Daccò, *op. cit.*, 93.

(32) V. anche Portale, *Impugnativa*, cit., 413 ss.; Meruzzi, *op. cit.*, 498.

tezza, i cui corollari, prima richiamati, consentono di inibire iniziative pretestuose degli amministratori. Ed invero, impugnando la delibera, alcuni amministratori insidiano la stabilità sociale (primo interesse sociale) per garantire il rispetto di determinate regole procedimentali (secondo interesse sociale) che essi stessi hanno *costantemente* e consapevolmente calpestato (con ciò mostrando di considerare quelle regole non rilevanti per la formazione di una ponderata decisione sociale), e per di più senza dare spiegazione alcuna dell'improvviso afflato legalitario (33). Per le ragioni esposte in precedenza l'iniziativa giudiziale degli amministratori non può trovare tutela nell'ordinamento.

E comunque sia, se non bastasse quanto già osservato, a fronte dell'ambiguità, mai sciolta, degli impugnanti (che violano alla sera le regole di cui al

mattino - senza motivare il ripensamento - chiedono il rispetto), conclusioni analoghe a quelle riferite sono giustificate, se non dalla «logica giuridica», dal «semplice, modesto, umile buon senso» (34).

**Note:**

(33) Come accennato, le stesse osservazioni potrebbero anche portare a ritenere che gli amministratori nel caso di specie siano privi dell'interesse ad agire oppure suggerire una riduzione teleologica della norma che li legittima ad impugnare. Il confine tra le diverse opzioni ricostruttive non interessa però qui ulteriormente indagare.

(34) Scialoja, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, 255. Per il rinvio a regole generali di giustizia, v. Schlesinger, *Invalidità di deliberazioni assembleari nelle società di capitali per «abuso» del diritto di voto?*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica contemporanea*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2003, 467.

**ON-LINE**

**Il Quotidiano Ipsoa**

*Professionalità quotidiana*

**Autori:** AA.VV.

IL **Quotidiano Ipsoa** è un prodotto inedito, che deve la sua unicità soprattutto alla trasversalità delle materie trattate, garantendo ogni giorno informazioni multidisciplinari per i professionisti:

- le **materie**: fisco, diritto, lavoro e previdenza, bilancio e società, economia, finanziamenti e mercati;
- **due newsletter**: l'anteprima del mattino con le notizie utili per organizzare la giornata lavorativa; l'edizione del pomeriggio con tutti gli approfondimenti e i commenti d'autore legati alle principali novità;
- la **rassegna stampa** con collegamenti d'autore tra gli articoli più importanti tratti dalla stampa specializzata;

- lo **scadenario**, la **Gazzetta Ufficiale**, il **motore di ricerca** efficace e dettagliato.

Ogni area tematica propone le news del giorno più importanti corredate dal **commento degli autori** e si completa con contenuti specifici: **osservatorio di giurisprudenza**, **dati tabellari**, **rinnovi CCNL**.

*Abbonamento annuale: € 250,00*

**Per informazioni e acquisti**

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **<http://ipshop.ipsoa.it>**

