

Archivio selezionato: Dottrina

## QUALIFICAZIONE E DISCIPLINA DEL RIGETTO DELLA PROPOSTA (C.D. "DELIBERA NEGATIVA")

Riv. soc., fasc.2-3, 2007, pag. 414

Michele Centonze

### Classificazioni: DIRITTO COMMERCIALE IN GENERE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il rigetto della proposta è delibera (negativa) solo se deciso a maggioranza: critica. – 3. Non esiste la fattispecie giuridica "delibera negativa". – 4. Profili di disciplina del rigetto della proposta. – 5. L'accertamento giudiziale della delibera positiva: individuazione delle questioni. – 5.1. L'illegittimità del rigetto della proposta: i) la "sterilizzazione" dei singoli voti. – 5.1.2. (ii) L'irrilevanza, per il calcolo del quorum deliberativo, della partecipazione del socio il cui voto è stato "sterilizzato" (e l'abuso di minoranza consumato tramite astensione). – 5.2. Il potere di dichiarare l'esatto risultato assembleare rientra tra quelli di cui il giudice, in astratto, è dotato per legge. – 5.3. Rilevanza costitutiva della proclamazione del risultato? – 5.3.1. "Accertamento del risultato delle votazioni" (artt. 2371 e 2375 c.c.) e proclamazione della delibera. – 5.3.2. "Struttura" dell'accertamento del risultato delle votazioni. – 5.3.3. "Rilevanza" dell'accertamento del risultato delle votazioni (con cenni sul "valore" del medesimo). – 5.3.4. Proclamazione della delibera: struttura, funzione e rilevanza. – 5.4. Ritorno al problema dell'accertamento della delibera positiva: conclusione e frammenti di disciplina.

1. La dottrina e la giurisprudenza si interrogano da sempre sulla "struttura" della fattispecie delibera, ma con minore frequenza sulla sua "ampiezza": il primo interrogativo ha dato origine ad infinite discussioni intorno al notissimo problema dell'inesistenza delle delibere assembleari; il secondo, invece, ha indotto (soprattutto) la dottrina, con sforzi che si sono intensificati in tempi recenti, a chiarire se sia delibera solo l'approvazione della proposta ovvero anche il suo rigetto (1).

Le locuzioni "rigetto/non approvazione/reiezione della proposta", o altre similari, sottendono, nella loro genericità, fattispecie diverse, perlomeno sul piano fenomenologico, poiché abbracciano uno spettro di situazioni che va dalla reiezione della proposta ad opera di una maggioranza del capitale sociale corrispondente a quella prevista dagli artt. 2368 ss. c.c., all'astensione di tutti i presenti, passando per il rigetto conseguente ad una votazione in cui i voti favorevoli all'approvazione della proposta, pur rappresentando la maggioranza di quelli espressi, non abbiano raggiunto il *quorum* deliberativo. Sul piano empirico, l'effetto è il medesimo: la proposta messa ai voti non diventa decisione della società; le cause sono però diverse.

A fronte di un quadro siffatto, le soluzioni astrattamente ipotizzabili, sul piano qualificatorio, sembrano tre: affermare sempre l'esistenza di una delibera negativa; negare sempre l'esistenza di una delibera negativa; distinguere a seconda delle fattispecie. L'unica strada che non sembra essere stata percorsa dalla nostra dottrina e dalla giurisprudenza è la prima, concordandosi nel negare l'esistenza di una delibera negativa quando tutti i presenti si siano astenuti dal votare (2).

Poiché la soluzione della questione – tanto stimolante sul piano ricostruttivo, quanto ricca di conseguenze concrete – non dipende da considerazioni di tipo puramente logico, è opportuno partire dall'analisi del dato positivo e, segnatamente, dalle norme codicistiche che si incaricano di individuare in linea generale i quozienti deliberativi (artt. 2368 e 2369 c.c.). Si deve precisare che tali norme consentono solo di fissare la base da cui muovere per l'esame del problema, ma non lo risolvono direttamente, essendo pensate, come la disciplina dell'invalidità, con esclusivo riferimento alle delibere *positive*(3).

2. A prima vista, si potrebbe credere di riservare la qualifica di delibera negativa esclusivamente alla decisione di rigetto presa da quella stessa aliquota che sarebbe sufficiente ad approvare la proposta (4). Invero, se la volontà espressa da una determinata aliquota del capitale esprime la volontà sociale in un caso (approvazione della proposta), non si comprende perché non debba più essere in grado di esprimerla nell'altro caso (rigetto): la proposta approvata diventa regola sociale perché la volontà della maggioranza è volontà dell'ente. La decisione presa dalla maggioranza indicata dalla legge o dallo statuto è dunque delibera, indipendentemente dal suo contenuto; la sua natura non cambia a seconda dell'esito della riunione.

Questo ragionamento, apparentemente inoppugnabile (5), non può però essere accolto senza riserve, dal momento che ricostruisce la nozione di delibera sulla base di una pura operazione concettuale, senza considerare che il legislatore, sovrano, non è vincolato a superiori postulati di ordine logico e ben può decidere di assegnare alla fattispecie legale un'estensione più ridotta di quella astrattamente ricostruibile in base al principio che si assume essere a fondamento della costruzione dell'ipotesi regolata. Se il legislatore – come sicuramente accade nel nostro ordinamento – si limita a qualificare come delibera unicamente quella decisione di approvazione della proposta che provenga da una certa aliquota del capitale sociale (artt. 2368 ss. c.c.), solo un'astratta esigenza di coerenza logica può indurre a ritenere che ogni decisione proveniente dalla medesima aliquota debba ricevere la medesima qualificazione, anche se consista nel rigetto della proposta; laddove, sul piano del diritto positivo, manca la necessaria dimostrazione che ciò sia stato effettivamente voluto dal legislatore (che, cioè, si sia in presenza di una delibera in senso giuridico) (6).

Soprattutto, la costruzione censurata appare incoerente sotto il profilo sostanziale, il che rappresenta una conferma della sua debolezza. Non si comprende, infatti, per quale ragione regolare diversamente le varie ipotesi di rigetto della proposta (trattando solo una di esse come delibera assembleare), posto che tutte producono lo stesso effetto (7). Come la decisione della maggioranza qualificata del capitale sociale di non approvare la proposta, così pure l'astensione di tutti i presenti oppure l'insufficienza dei voti favorevoli all'adozione della delibera (positiva) determinano, quale unica conseguenza, la reiezione della proposta: l'unicità e l'identità di effetto fa premio sulla dissomiglianza strutturale delle fattispecie e rende difficilmente comprensibile, sul piano razionale, la scelta interpretativa di differenziare la disciplina (e, prima ancora, la qualificazione del fatto) in ragione dell'aliquota di capitale che si esprime contro l'approvazione della proposta (8).

3. In un recente lavoro monografico (9) si è accreditata l'idea che qualsiasi reiezione della proposta rappresenti una delibera (negativa), purché una votazione abbia avuto luogo (cioè i lavori non siano terminati con l'astensione di tutti i partecipanti). Benché la tesi non sia isolata (10), quello condotto in tale opera costituisce senza dubbio l'approfondimento più completo della materia: è pertanto su di esso che occorre principalmente soffermare l'attenzione.

La costruzione proposta in quello studio si basa sulla convinzione che "l'interrogativo circa la configurabilità di deliberazioni negative si collochi tutto sul piano della loro rilevanza effettuale nel contesto dell'attività sociale entro la quale esse si pongono" (11). Per comprendere la peculiarità del fenomeno deliberativo – si sostiene – occorre assumere come punto di osservazione non già il suo effetto (finale) rispetto al contenuto della proposta (approvazione del bilancio; modificazione dello statuto, ecc...) (12), ma il suo effetto organizzativo, giacché la delibera, positiva o negativa che sia, costituisce in ogni caso "un momento di svolgimento dell'attività assembleare", "una vicenda avente in sé comunque valore quale momento operativo, di attività dell'organo", che prescinde dall'esito della votazione (approvazione/rigetto della proposta) (13). "Elevando l'elemento organizzativo a momento caratterizzante della fattispecie deliberativa [e, quindi, guardando] *oltre* il contenuto dell'atto" (14), ci si avvede che "senza dubbio, il completamento della fase di votazione, indipendentemente dal segno della decisione, implica, sul piano organizzativo dello svolgimento dell'attività assembleare, l'esaurimento delle operazioni sulla materia sottoposta al voto, come prova...il fatto che, ove ciò si verifichi in sede di prima convocazione, non è ammissibile la trattazione della medesima materia in una seconda convocazione" (15). Inoltre, "l'effetto di conclusione dell'*iter* assembleare, come tale" non si verifica "sul piano meramente fattuale", ma deve "essere ricondotto alla volontà dei soggetti agenti" (16): la consumazione della proposta è, cioè, il portato della "volontà *di tutti i votanti*" (indipendentemente dalla direzione del voto) (17) che "sia sancita entro il gruppo, o meglio, entro l'organizzazione, una decisione su un determinato argomento" (18); "le volontà dei soggetti agenti [prima che dirette ad approvare o respingere la proposta] sono [tutte e sempre] volontà dirette alla consumazione della proposta, o, per meglio dire, alla realizzazione dell'atto come momento di concretizzazione dell'attività del gruppo, come momento di operatività di questo" (19). Ciò spiegherebbe, secondo questa dottrina, perché la reiezione ha sempre la natura di delibera della società: "con riferimento alla figura deliberativa, l'ordinamento attribuisce autonoma rilevanza all'accadimento decisionale, quale atto attraverso cui si fissa [per volontà comune di tutti i soggetti agenti] un momento dell'agire della struttura organizzativa; *lo prova* la già ricordata inammissibilità di una seconda convocazione, allorché l'assemblea abbia respinto la proposta in prima convocazione,

il che va letto come attribuzione di un valore alla decisione in sé, cioè alla volontà di pronunciarsi sulla proposta" (20).

In poche parole – se non si è inteso male il ragionamento –, una volta che ci si soffermi ad analizzare il "profilo della rilevanza organizzativa dell'atto di reiezione", si dovrebbe convenire che ogni votazione, a prescindere dal suo esito, comporti la nascita di una delibera, positiva o negativa. Infatti, prima ancora che l'approvazione o il rigetto della proposta, gli agenti, tutti, vogliono concludere l'*iter* assembleare (mentre sono divisi circa il partito da prendere sulla proposta oggetto di votazione) e questa volontà comune, indipendentemente dalla quota di capitale che la manifesta, si imputa alla società, dando vita ad una delibera, come attesta la preclusione allo svolgimento di un'assemblea di seconda convocazione: la volontà degli agenti di consumare la proposta si imputa alla società (creando, quindi, una delibera), dal momento che, terminata la votazione, nell'ambito della società si produce proprio l'effetto organizzativo di consumazione della proposta che costituisce oggetto della volontà dei soci. Per questo motivo, la loro volontà è anche volontà dell'ente.

La tesi, qui sinteticamente riassunta (si spera senza travisamenti), lascia perplessi quando individua il presupposto della qualificazione della reiezione come delibera negativa nell'effetto organizzativo di consumazione della proposta, che – si asserisce – conseguirebbe in ogni caso alla votazione, come portato della volontà dei soggetti agenti (21). La ragione di perplessità verso questo ragionamento deriva dal constatare che il cd. "effetto di consumazione della proposta", cioè l'impedimento alla prosecuzione dei lavori assembleari in seconda convocazione, consegue per legge al mero fatto della regolare costituzione dell'organo già in prima convocazione: quindi prima e indipendentemente dalla votazione (e dalla volontà dei soci). "Se i soci partecipanti all'assemblea non rappresentano complessivamente la parte di capitale richiesta [dall'art. 2368 c.c.]", recita l'art. 2369, comma 1, c.c., "l'assemblea deve essere nuovamente convocata": viceversa, si arguisce chiaramente dalla norma trascritta, se è raggiunto il *quorum* costitutivo, perciò stesso non potrà avere luogo un'assemblea di seconda convocazione per deliberare sul medesimo ordine del giorno. L'effetto di conclusione dell'*iter* assembleare non può essere ricondotto alla votazione, perché dipende da un fatto diverso (ad essa, peraltro, anteriore), ossia la mera presenza in assemblea di una certa aliquota del capitale sociale (22).

Escluso che l'effetto di consumazione della proposta trovi causa nella manifestazione di volontà espressa dai soci all'atto della *votazione*(23), un tentativo (ipotetico) di salvare la costruzione eretta dall'indirizzo in esame (la delibera è consumazione della proposta voluta dai soci) potrebbe consistere nell'anticipare all'*intervento* in assemblea il momento di manifestazione della volontà: è con il concorrere alla regolare costituzione dell'organo che i soci esprimono (tacitamente) la volontà di consumare la proposta. Potrebbe replicarsi, però, che la volontà di partecipare all'assemblea si può anche accompagnare ad un completo disinteresse circa la "sorte" della proposta, come accade, ad esempio, quando il socio, senza prendere parte alla votazione sulla materia all'ordine del giorno, interviene all'unico scopo di acquisire informazioni sugli argomenti in discussione, oppure, trattandosi di assemblea convocata per l'approvazione del bilancio, al fine di convincere gli altri soci intervenuti dell'opportunità di agire in responsabilità contro gli amministratori. Né va dimenticato che si contesta l'esistenza di una delibera negativa quando l'assemblea, regolarmente costituita, si chiuda con l'astensione di tutti i partecipanti (24).

In definitiva, la tesi che identifica la delibera con la consumazione della proposta finisce per appiattire il concetto di delibera su quello di regolare costituzione dell'organo assembleare (25); conseguentemente, non solo non si riescono più a distinguere due momenti del processo di formazione della volontà assembleare che la legge considera separatamente (regolare costituzione dell'organo; formazione della delibera), ma anche, e in stretta connessione con ciò, la delibera perde il carattere di atto di autonomia privata pressoché universalmente riconosciute (26), non potendo più essere considerata il prodotto della volontà degli intervenuti (27) (giacché la consumazione della proposta, in cui consiste la delibera, si verifica per il mero fatto della regolare costituzione dell'assemblea).

Si ritorna così al punto di partenza: per misurare l'ampiezza della fattispecie delibera, l'unico strumento offerto dalla legge sembra rappresentato dagli artt. 2368 ss. c.c., i quali però, come già si è visto in precedenza, consentono di qualificare come delibera soltanto la decisione di approvazione della proposta. 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 (28); solo, il *dato positivo* non autorizza a ritenere che tale decisione sia (anche) una "delibera della società" in senso giuridico (29).

La fondamentale verifica della correttezza della soluzione qui suggerita si ricava dall'esame delle sue conseguenze concrete, per il quale si rinvia al paragrafo successivo (30).

È appena il caso di precisare, infine, che, rifiutata cittadinanza nel nostro ordinamento alla fattispecie "delibera negativa", non si postula affatto l'irrelevanza giuridica del procedimento terminato con il rigetto della proposta (31), né del rigetto medesimo: il procedimento assembleare ha una rilevanza giuridica autonoma e costante (indipendente cioè dall'esito, incerto, della votazione), rappresentata dalla consumazione della proposta, che consegue alla regolare costituzione dell'organo; il rigetto della proposta è, invece, un effetto ulteriore ed eventuale del procedimento assembleare, diverso dalla mera consumazione della proposta (32).

La soluzione qui suggerita, in linea con la dottrina da noi dominante (33), differisce da quella accolta dalla prevalente giurisprudenza, la quale ammette l'esistenza della deliberazione negativa (anche se, occorre riconoscerlo, con scarsa consapevolezza del problema) (34). Poiché la qualificazione giuridica di un fatto è funzionale all'applicazione di una determinata disciplina, ed a fronte di un simile contrasto di opinioni, appare allora ineludibile interrogarsi sulla rilevanza concreta del problema qualificatorio, indagando le conseguenze applicative che discendono dal negare ovvero dall'affermare l'esistenza di una delibera negativa.

4. Un tratto di disciplina costante, svincolato cioè dall'inquadramento giuridico della mancata approvazione della proposta, è la redazione del verbale dell'adunanza (posto che il "principio della verbalizzazione" appartiene ad una di quelle "disposizioni relative all'attività dell'organo assembleare [che] appaiono regole del procedimento più che regole dell'atto che lo conclude") (35) e la trascrizione del medesimo nel libro delle delibere ex art. 2421, comma 1, n. 3, c.c., che "deve contenere i verbali delle riunioni (anche di quelle che non si concludessero con deliberazioni)" (36). Il rigetto della proposta, dunque, deve pur sempre essere documentato ed archiviato secondo le norme vigenti per le delibere.

Il regime del rigetto e quello della delibera negativa, viceversa, differiscono quanto allo strumento di reazione contro i vizi del processo formativo della fattispecie: in un caso (mero rigetto), si deve riconoscere a chiunque vi abbia interesse il potere di promuovere un'ordinaria azione di accertamento del vizio (sempre che sussista un interesse ad agire concreto ed attuale all'epoca della domanda) (37); nell'altro (delibera negativa), occorrerebbe agire secondo le regole, specialmente temporali e di legittimazione, sull'impugnazione delle delibere assembleari (artt. 2377 ss. c.c.) (38).

Non è il caso di entrare nei dettagli di questi profili di disciplina (39), poiché rileva piuttosto sottolineare il fatto che l'esonero del rigetto della proposta dal regime dell'invalidità delle delibere assembleari non frustra, di per sé, l'esigenza di stabilità dell'agire sociale. La sentenza che accerta l'illegittimità del procedimento terminato con la reiezione della proposta ha, infatti, la limitata conseguenza di generare in capo agli organi sociali meri obblighi di comportamento (40) – come, ad esempio, quello di convocare l'assemblea per nuovamente deliberare sulla medesima materia – (41), mentre non incide, a differenza della sentenza che invalida una delibera positiva, sullo sviluppo dell'attività sociale (42), dal momento che il rigetto della proposta in sede assembleare ha lasciato nella sostanza inalterata la situazione di fatto e di diritto esistente prima della riunione. Non sussiste, pertanto, il presupposto che spiega razionalmente la particolare disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari (43), così giustificandosi la non applicazione degli artt. 2377 ss. c.c. (e, prima ancora, la negazione della qualifica di "delibera") (44) al rigetto della proposta.

Esaurite queste brevi considerazioni di carattere generale (45), è da osservare che "l'interesse a porre nel nulla [il rigetto] illegittimo si delinea soprattutto come interesse correlato ad altro, quello diretto a rovesciare il risultato della votazione, quale era stato proclamato dal presidente dell'assemblea" (46): tema, questo, che costituirà l'oggetto del successivo discorso.

5. Il profilo di disciplina della reiezione della proposta che ha suscitato il maggior interesse in dottrina e che più ha impegnato la giurisprudenza, come è ampiamente noto, è legato al quesito se, verbalizzato il rigetto di una proposta in realtà approvata, sia possibile far emergere la decisione positiva realmente presa in assemblea, tramite una sentenza che "sostituisca" tale decisione alla fattispecie negativa che (solo) esteriormente rappresenta l'esito del procedimento assembleare (47).

Nella vicenda esaminata si delinea un conflitto tra situazione reale e situazione esteriore consacrata a verbale, nel senso che, esteriormente, risulta il rigetto della proposta, laddove, nella realtà dei fatti, la maggioranza del capitale sociale si è espressa per la sua approvazione (48).

Questa scollatura tra realtà ed esteriorità può essere il risultato di cause diverse, tra cui vanno soprattutto menzionati l'errore di calcolo da parte del presidente dell'assemblea (49), nel quale si può far rientrare anche il caso in cui la proposta azione sociale di responsabilità contro i soci amministratori sia respinta con il voto determinante di costoro (50); nonché il rigetto della proposta – potenzialmente dannoso – dovuto al voto determinante del socio in conflitto di interessi (51) o ad abusivo esercizio del voto da parte del socio di minoranza o in posizione paritaria (52).

Le questioni su cui occorre soffermarsi per comprendere se il giudice abbia il potere di "rideterminare" l'esito apparente dei lavori assembleari sono molte e complesse e possono essere compendiate nella terna seguente, ordinata secondo la successione logica che appare preferibile (53): a) in via preliminare, occorre stabilire a quali condizioni il rigetto della proposta può essere considerato illegittimo (ovviamente, per vizi riguardanti il voto e/o l'accertamento del risultato della votazione); in secondo luogo, b) se la natura dei poteri del giudice sia incompatibile, in astratto, con il riconoscimento della facoltà di dichiarare un esito della votazione diverso da quello, irrituale, proclamato dal presidente dell'assemblea; infine, risolta in senso positivo tale questione, c) se una delibera possa validamente esistere anche senza proclamazione del risultato della votazione da parte del presidente dell'assemblea (54).

5.1. Iniziando dalla prima questione, il rigetto della proposta è certamente irrituale in presenza di un errore di calcolo dei voti da parte del presidente dell'assemblea, il quale attesti la reiezione di una proposta che, in realtà, ha ottenuto la necessaria maggioranza dei voti validi favorevoli: qui, l'illegittimità è *in re ipsa* (55).

Il problema si complica, invece, per le altre ipotesi prima menzionate (mancata approvazione della proposta per voto contrario espresso dal socio amministratore in violazione dell'art. 2373, comma 2, c.c., o dal socio in conflitto di interessi con la società ovvero abusando del proprio potere), dove il rigetto può considerarsi *contra ius* solo se concorrono le seguenti condizioni, di cui una teorica e l'altra fattuale: sotto il primo profilo, si deve convenire con l'assunto che la partecipazione sociale di cui è portatore il socio amministratore, il socio in conflitto di interessi o il socio che ha abusato del proprio potere va espunta dalla base di calcolo del *quorum* deliberativo (56); sotto il secondo profilo, occorre che, nel caso concreto, tenendosi conto dei soli voti validi, la proposta risulti approvata (prova di resistenza del rigetto): altrimenti (cioè, se i voti favorevoli non raggiungono il *quorum* deliberativo), la reiezione della proposta deve considerarsi comunque legittima (57), nonostante la dichiarata irrilevanza della suddetta partecipazione sociale (58).

Si comprende, allora, benché alcune pronunce affermino il contrario, che il mero accertamento dell'invalidità/inefficacia del voto contrario marginale non importa affatto, automaticamente, né accertamento dell'illegittimità del rigetto, né, tanto meno, accertamento dell'avvenuta approvazione della proposta (59).

Accantonata, per sua natura, la *quaestio facti* appena segnalata, ci si sofferma, d'ora in avanti, sulla sola *quaestio iuris*. Essa si risolve agevolmente con riguardo all'ipotesi in cui la proposta azione di responsabilità contro i soci amministratori sia respinta con il voto determinante di costoro. Come già si è accennato, questo caso è assimilabile ad un errore del presidente dell'assemblea nel calcolo dei voti: il socio non avrebbe potuto votare (art. 2373, comma 2, c.c.) e della sua partecipazione non si sarebbe dovuto tenere conto nel calcolo del *quorum* deliberativo (art. 2368, comma 3, c.c.) (60). L'esistenza di un simile vizio nella formazione del rigetto può essere rilevata dal giudice con una normale pronuncia di accertamento (61). A questo punto, la conformità a legge del rigetto dipende solo dalla *quaestio facti* a cui si alludeva poc'anzi (62).

Il discorso si fa più complesso, invece, a proposito del conflitto di interessi o dell'abuso di potere, giacché il voto contrario determinante per il rigetto proviene da un socio formalmente legittimato e, pertanto, non può essere considerato *tout court* nullo o inefficace (63). Proprio basandosi su questa constatazione una parte minoritaria della dottrina ritiene il voto inattuabile e, conseguentemente, valido il rigetto ed inibito al giudice il potere di accertare un risultato diverso da quello emerso in assemblea (64). La prevalente dottrina (65) e la giurisprudenza (66), per contro, riconoscono l'annullabilità del voto, anche se poi non individuano in maniera soddisfacente il mezzo giuridico più

appropriato per consentirne la rimozione. Infatti, chi ha tentato di approfondire tale profilo si è richiamato all'azione di annullamento del singolo voto per vizio del volere (67), senza però avvedersi che il ragionamento, nell'estendere una simile azione anche al voto viziato da conflitto di interessi o abuso di potere, amplia, rispetto a quelli previsti dalla legge, i presupposti di esercizio di un'azione di tipo costitutivo (incapacità, dolo, errore, violenza: artt. 1428 ss. c.c.), urtando in tal modo contro il principio di tassatività delle azioni di tale natura (68).

Una strada diversa, in grado di condurre allo stesso risultato pratico, potrebbe muovere dalla considerazione che la disciplina del conflitto di interessi e il principio di correttezza e buona fede (69), direttamente collegati alla causa del contratto di società (70), pongono un *limite funzionale invalicabile* all'esercizio del voto (71), il quale non può essere asservito ad un fine "privato" in danno dell'interesse comune o degli altri soci (72). Ponendosi in questa prospettiva, il voto può essere considerato nullo ovvero inefficace (73), a seconda della ricostruzione che appaia preferibile (ma non interessa in questa sede effettuare una scelta): lo si può considerare nullo per illiceità della causa (74) ovvero del motivo (75); oppure (76) inefficace, in quanto espresso superando un limite sostanziale al potere di concorrere alla formazione della volontà sociale (77). In ogni caso, la nullità/inefficacia del voto (78) deve essere solo accertata dal giudice, attraverso una sentenza dichiarativa, non costitutiva (79), che egli ha il potere di pronunciare per principio, senza bisogno di un'espressa previsione di legge (80).

Anche prescindendo dall'esatta qualificazione del voto espresso in conflitto di interessi ovvero abusando del relativo potere, sembra comunque implicito nella disciplina dettata dall'art. 2373 c.c. che il voto non debba essere conteggiato dal giudice, una volta che questi abbia accertato la sussistenza della fattispecie invalidante. Ai sensi della disposizione richiamata, infatti, il giudice, verificata l'esistenza del conflitto di interessi e la potenziale dannosità della delibera, può annullare la delibera solo se la cd. prova di resistenza dia esito negativo: il che postula che si proceda ad un nuovo calcolo del *quorum* deliberativo, escludendo dal conteggio i voti del socio in conflitto di interessi (81). Dunque, è il sistema stesso che, attraverso l'art. 2373 c.c., consente di affermare che i voti "abusivi" (in senso ampio) devono essere "sterilizzati", "congelati", ai fini del calcolo del *quorum* deliberativo, una volta che, in sede giudiziale, ne sia accertata la reale natura.

5.1.2. Compiendo adesso un passo ulteriore, si osserva che, a seguito della "sterilizzazione" del voto espresso in conflitto di interessi ovvero "abusivamente", nel giudizio di verifica della legittimità del rigetto della proposta, la posizione del votante deve essere equiparata a quella di un astenuto, cioè di chi è presente ai lavori, ma non ha espresso il proprio voto (82). Bisogna illustrare le conseguenze prodotte da tale inquadramento.

Con riferimento al conflitto di interessi, soccorre l'art. 2368, comma 3, c.c., il quale dispone che "le... azioni... per le quali il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del socio di astenersi per conflitto di interessi non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazione" (83). Quando il voto contrario sia "sterilizzato" a causa del conflitto di interessi, la conseguente equiparazione del socio ad un astenuto (appunto, per conflitto di interessi) produce effetti analoghi a quelli che si sono descritti a proposito del voto espresso dal socio amministratore nella delibera concernente la sua responsabilità: la relativa quota di capitale va espunta dal calcolo del *quorum* deliberativo (non solo al numeratore, ma anche al denominatore). Al giudice che abbia accertato la situazione in esame e rettificato la base per il calcolo della maggioranza, resta solo da affrontare la *quaestio facti* a cui si alludeva nel paragrafo precedente: se i voti validi favorevoli raggiungono o meno la maggioranza richiesta, misurata secondo i criteri appena riferiti (84).

Il discorso si complica, invece, per quanto attiene alla fattispecie di abuso della minoranza (o di posizione paritaria): in tal caso il socio, il cui voto negativo è stato "sterilizzato", deve essere assimilato, in prima battuta, ad un astenuto "puro", non ad un astenuto "per conflitto di interessi", sicché non valgono più (almeno, direttamente) le considerazioni appena svolte. In relazione a questa fattispecie diventa decisiva, allora, una corretta ricostruzione della disciplina del calcolo del *quorum* deliberativo (85), giacché, se si ritiene che, per regola generale, la quota di capitale rappresentata dall'astenuto "puro" concorra a formare la base di calcolo del *quorum* deliberativo, l'ipotizzata assimilazione non sarebbe in grado, già in principio, di determinare un esito della votazione diverso da quello dichiarato dal presidente dell'assemblea (86).

È proprio questa la conclusione a cui si dovrebbe pervenire, alla luce dell'opinione espressa dalla prevalente dottrina posteriore alla riforma, la quale ritiene che l'astensione volontaria (per causa diversa dal conflitto di interessi) equivalga a voto contrario (87). Muovendo da questo presupposto, si dovrebbe concludere che la "sterilizzazione" del voto negativo espresso "abusivamente" non modifica l'esito della riunione assembleare, perché la parte di capitale rappresentata dal socio conserverebbe, come quota intestata ad un astenuto, lo stesso peso che aveva in precedenza, come quota intestata a chi aveva votato contro l'approvazione della proposta.

È questo un risultato interpretativo che, però, non soddisfa, in quanto, senza giustificato motivo, finisce per trattare diversamente, nel silenzio della legge, due ipotesi identiche nella sostanza (il voto espresso in conflitto di interessi e il voto espresso "abusivamente" appartengono ad un unico genere di condotta illegittima, secondo un insegnamento costante della dottrina e della giurisprudenza) (88). Vi sono, dunque, i presupposti per estendere analogicamente alla fattispecie ora in esame il trattamento che si è poc'anzi ipotizzato per il conflitto di interessi, in forza del quale si deve escludere dalla base di calcolo del *quorum* deliberativo la frazione di capitale corrispondente al voto negativo illegittimamente espresso. È opportuno precisare che, sul piano formale, il ragionamento suggerito si risolve nell'applicazione analogica non già dell'art. 2368, comma 3, c.c. (89), ma di quella particolare regola (poc'anzi ricavata in via interpretativa), secondo la quale la quota di capitale di cui è portatore il socio che ha votato in conflitto di interessi, dopo l'accertamento del conflitto, deve essere "sterilizzata" ai fini del calcolo del *quorum* deliberativo (90). L'illazione, se corretta, sembra foriera di interessanti sviluppi. L'indagine è stata condotta ipotizzando che il rigetto della proposta maturi a seguito del voto contrario espresso dal socio abusando del proprio potere di blocco (91). L'aver constatato che il riformatore – stando all'opinione prevalente in dottrina – ha inteso assegnare all'astensione (per cause diverse dal conflitto di interessi) un valore corrispondente al voto contrario impone ora di estendere il campo di osservazione anche al caso in cui il medesimo socio, anziché votare contro la proposta, si astenga. In un'ipotesi del genere, l'accertamento dell'illegittimità del rigetto della proposta passa attraverso (l'accertamento del carattere abusivo dell'astensione – ciò che non solleva nessun particolare tipo di problema – e soprattutto) (92) la "sterilizzazione" dell'astensione abusiva, ai fini del calcolo del *quorum* deliberativo.

A questo proposito, si devono richiamare ed ulteriormente valorizzare i risultati emersi poc'anzi: il voto (contrario) espresso in violazione dei principi di correttezza e buona fede non influisce sul calcolo della maggioranza; il che significa che l'ordinamento sanziona l'abuso del voto "sterilizzando", per questo aspetto, la corrispondente partecipazione sociale. Se ciò è vero, è lecito asserire che i medesimi principi debbano valere anche nel caso, non regolato, in cui l'abuso sia consumato tramite astensione: trattandosi di un atteggiamento che provoca gli stessi effetti del voto negativo, non vi è ragione alcuna per differenziare il trattamento delle due ipotesi.

*L'esclusione, per mano del giudice, della partecipazione sociale dalla base di calcolo del quorum deliberativo opera, allora, come sanzione di carattere generale per i casi di condotta abusiva del socio in sede di votazione(93). L'abuso rende il socio immeritevole di contribuire allo sviluppo dell'azione sociale(94).*

Le riflessioni precedenti autorizzano a concludere che, in tutte le fattispecie esaminate (voto contrario espresso in violazione dell'art. 2373, comma 2, c.c., o in conflitto di interessi, ovvero abusando del proprio potere; astensione "abusiva"), la quota di capitale rappresentata dal socio il cui voto è stato invalidato (o la cui astensione è stata dichiarata "abusiva") perde rilevanza, di tal che il giudice, chiamato a controllare la reale volontà emersa in assemblea, non deve più tenerne conto, ai fini del calcolo della maggioranza richiesta (95). La disciplina del calcolo del *quorum* deliberativo non rappresenta, quindi, un ostacolo al potere del giudice di accertare l'esistenza di una deliberazione positiva (96).

5.2. Il giudice accerta, dunque, che la reiezione della proposta si è formata illegittimamente (errore di conteggio; voto o astensione "abusivi") e che, secondo un calcolo corretto del *quorum* deliberativo (condotto cioè senza tenere conto della partecipazione sociale intestata al socio che ha votato o si è astenuto "abusivamente"), la proposta deve in realtà considerarsi approvata dall'assemblea, perché sorretta dalla necessaria maggioranza dei consensi validamente espressi.

In una situazione così caratterizzata, un'opinione giurisprudenziale e dottrinale si oppone all'emersione giudiziale della delibera positiva asserendo che questo risultato sarebbe precluso dalla circostanza che

"l'autorità giudiziaria... non può sostituire la propria volontà a quella... che siasi manifestata attraverso gli organi sociali... Nel che [deve] ravvisarsi... il rispetto [della] autonomia della volontà privata..." (97). L'asserto, difeso con particolare convinzione dalla giurisprudenza, sembra frutto di un equivoco (98). La massima confonde la tutela dell'autonomia privata della società con la tutela del risultato comunque emerso al termine dei lavori assembleari. Il che è sbagliato, in primo luogo, sul piano tecnico, perché la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari dimostra proprio che il giudice è autorizzato a sindacare ed eventualmente rimuovere l'esito della singola riunione; ed è sbagliato anche sul piano dei valori, perché proprio la salvaguardia dell'autonomia privata della società dovrebbe condurre ad una conclusione opposta a quella ipotizzata dalla giurisprudenza in esame: l'illegittima reiezione della proposta va rimossa, per un'elementare esigenza di rispetto delle regole e perché nessuna norma lo impedisce (v., invece, per le delibere positive, gli artt. 2379-ter, comma 2, 2434-bis, comma 1, 2500-bis, comma 1, c.c.); e se poi risulta anche che, nella realtà, si era formata una maggioranza favorevole all'approvazione della proposta stessa, proprio la protezione della reale volontà dei soci, quindi dell'autonomia della società, impone che sia dichiarata l'avvenuta formazione di una deliberazione assembleare (positiva).

La verità è che il giudice non si sostituisce affatto all'assemblea (99), se e finché egli si limiti a prendere in esame il fatto (atteggiamento dei soci in assemblea), lo depuri dell'elemento viziato (per fare un esempio relativamente sicuro, si pensi all'errore di calcolo del presidente dell'assemblea) (100) e poi, sulla base di tale correzione, constati che i voti favorevoli rappresentano, in realtà, la necessaria maggioranza del capitale sociale (101): entro questi limiti, infatti, il giudice esercita il potere (che certamente gli compete, almeno in linea di principio) (102), di dare al fatto una qualificazione conforme al diritto (delibera positiva) (103).

A ragione, quindi, si è autorevolmente scritto che "il richiamo all'autonomia privata... è del tutto fuori luogo" (104). Il giudice non altera il risultato assembleare, non sovrappone la propria volontà a quella dei soci; egli si limita ad accertare il vizio e, contestualmente, a dare al fatto la corretta qualificazione giuridica, esercitando un potere non già costitutivo, ma meramente dichiarativo, che gli spetta come attribuzione naturale, anche in mancanza di espressa previsione di legge: dunque, facendo uso di tale potere, corregge una valutazione (quella del presidente dell'assemblea) illegittima, sostituendo al rigetto della proposta la sua approvazione, perché quest'ultimo è il reale esito della riunione assembleare emergente dai fatti allegati e dimostrati in giudizio dall'attore (105).

Tutto ciò è consentito al giudice, salvo dedurre altrimenti la natura costitutiva della pronuncia giudiziale.

5.3. Ed infatti, un consistente, ma disomogeneo, indirizzo nega al giudice il potere di accertare l'avvenuta approvazione della deliberazione denunciando l'esistenza di un ulteriore ostacolo, rappresentato dal principio di tassatività delle pronunce costitutive: si ritiene che alla sentenza diretta ad accertare la deliberazione positiva dovrebbe essere riconosciuta natura costitutiva e che ciò ne ostacoli (o potrebbe in principio ostacolarne) l'ammissibilità, proprio in ragione del fatto che le pronunce di tale natura costituiscono un *numerus clausus*, tra cui non figura quella qui in discussione. Più che sul principio generale posto a base del ragionamento (quello di tassatività delle pronunce costitutive), bisogna in questa sede concentrarsi soprattutto sulla premessa che attribuisce natura costitutiva alla sentenza in esame.

Questa tesi, si diceva, è argomentata in vario modo. Alcune argomentazioni si giustificano esclusivamente nella prospettiva che qualifica il rigetto della proposta come autentica deliberazione (negativa), sicché possono senz'altro essere accantonate, ove si condivida la tesi qui patrocinata che nega l'esistenza di tale categoria (106). Un'altra conserva, invece, valore anche nell'ottica di chi non ammetta la fattispecie "delibera negativa": su di essa bisogna allora esclusivamente concentrare l'attenzione. Il ragionamento suona grosso modo così: elemento costitutivo della delibera, necessario per la sua esistenza, è la proclamazione del risultato della votazione ad opera del presidente dell'assemblea; la delibera dichiarata dal giudice manca, per definizione, di tale elemento e, quindi, non può esistere, a meno che non si ritenga che la sentenza surroghi l'elemento mancante; ma l'attribuzione di una simile capacità surrogatoria postula il riconoscimento della natura costitutiva della sentenza, a cui in sostanza andrebbe ricondotta la nascita della deliberazione; questo risultato è, però, impedito dalla vigenza del principio di tassatività delle pronunce costitutive e dal riscontro della mancanza di una norma espressa che attribuisca al giudice un simile potere (107). Viceversa, la

possibilità di far emergere la reale volontà assembleare è ammessa da chi ritiene che l'accertamento presidenziale non rappresenti un elemento costitutivo della fattispecie delibera (108). L'alternativa può essere sciolta solo dopo aver ricostruito la fase successiva alla votazione (109), alla luce del nuovo diritto societario. Si deve quindi aprire una lunga e complessa parentesi diretta a questo scopo, al termine della quale potrà essere ripreso il discorso, per trarne le conclusioni.

5.3.1. Quello che si prende in esame è un tema caratterizzato dall'incertezza, a cominciare dal concetto di proclamazione – ovvero dall'identificazione dell'attività materiale che tale locuzione sottende (110) –, per finire con il ruolo da essa svolto nel processo formativo della delibera (111). Un'incertezza in buona misura dovuta al fatto che, nel vigore del vecchio ordinamento, la legge, per un verso, non faceva in nessun luogo menzione di una "proclamazione" dei risultati, e, per altro verso, non precisava né i compiti del presidente dell'assemblea né i criteri di redazione del verbale assembleare in relazione al suo contenuto, lasciando così campo libero al dispiegarsi delle più diverse opinioni (112).

Il quadro post – riforma è sensibilmente mutato, limitatamente, però, ai profili da ultimo accennati. La proclamazione continua infatti ad essere figura igno(r)ata (d)al nostro codice (113), mentre si è provveduto ad una puntualizzazione sia delle prerogative presidenziali (art. 2371 c.c.) sia dei requisiti contenutistici del verbale (art. 2375 c.c.). Proprio le rilevanti novità che si registrano nel settore di disciplina ora in esame consigliano di astenersi dal procedere ad una minuziosa ricostruzione del complesso stato del diritto vivente anteriore alla riforma (diritto, si ripete, formatosi in assenza pressoché totale di coordinate normative precise) e di confrontarsi subito con il nuovo diritto positivo, per tentare di capire come sia strutturata la fase immediatamente successiva alla votazione e con quale rilevanza gli adempimenti che la connotano si iscrivono nel processo formativo della delibera.

Un corollario discende da quanto finora osservato: non appartenendo al diritto scritto delle società per azioni, il termine "proclamazione" e le infinite dispute ad esso connesse devono essere accantonati (che non vuol dire ignorati), per lo meno nel primo approccio alle nuove norme. Oltre che aderente al dato positivo, questa scelta ha l'indubbio vantaggio di prevenire il pericolo, altrimenti elevatissimo, che il discorso sul diritto riformato possa essere inquinato da prese di posizione che si rivelerebbero aprioristiche, perché maturate in un ambiente normativo radicalmente diverso da quello attuale. Anche sul piano terminologico, quindi, appare sensato (proprio per evitare arbitrii o fraintendimenti) affidarsi esclusivamente alle indicazioni provenienti dal nuovo diritto societario.

Con riguardo alla fase immediatamente successiva alla votazione, la legge (artt. 2371 e 2375 c.c.) dispone quanto segue: *i*) i risultati della votazione devono essere accertati; *ii*) all'accertamento procede il presidente dell'assemblea; *iii*) degli "esiti di tali accertamenti deve essere dato conto nel verbale"; *iv*) il verbale deve indicare "il risultato delle votazioni" e deve essere redatto senza ritardo. Al centro delle norme appena richiamate stanno, quindi, l'accertamento del risultato della votazione e la sua verbalizzazione (114).

Imponendo l'accertamento (ad opera di un soggetto qualificato: presidente dell'assemblea) e (attraverso la verbalizzazione ad opera di altro soggetto qualificato: segretario o notaio) la divulgazione del risultato della votazione, l'ordinamento positivo, che non è a ciò costretto da superiori postulati di ordine logico-giuridico connessi con la particolare struttura (collegiale) dell'atto (115), dimostra di stimare opportuna la predisposizione di uno strumento di informazione circa l'operato dell'organo assembleare (116), affinché chi abbia accesso a tale informazione e vi abbia interesse sia messo in grado di conoscere le determinazioni assunte dai soci e, quindi, di comprendere che cosa la società considera come propria delibera (117).

Naturalmente, il livello di appagamento di tale esigenza informativa, così come pure l'intensità dei suoi rapporti con le contigue istanze di chiarezza e certezza del deliberato, dipendono da alcune variabili legislative (118) e, in particolare, dalle scelte concernenti:

(a) la *struttura* dell'accertamento presidenziale (vale a dire le modalità di diffusione dell'informazione sull'esito della votazione: annuncio orale al consesso, mera attestazione a verbale, o altre particolari forme di divulgazione);

(b) il *concetto* di "accertamento del risultato delle votazioni" (tale locuzione potendo essere intesa o come accertamento della mera relazione numerica dei voti espressi, in ragione del loro contenuto: accertamento "quantitativo" dei favorevoli, dei contrari, e degli astenuti; oppure come verifica

dell'effettiva direzione della volontà manifestata dai partecipanti, se nel senso dell'approvazione o meno della proposta: accertamento "qualitativo" (119);

(c) la sua "rilevanza" (le conseguenze dell'omissione dell'accertamento del risultato delle votazioni da parte del presidente potendo essere le più svariate: nessuna, annullabilità, nullità, inefficacia o inesistenza della delibera) (120);

(d) infine, il suo "valore" (suscettibile di oscillare tra la mera opinione del presidente, come tale rettificabile in ogni momento, e l'accertamento determinativo della delibera, rimuovibile, pertanto, solo attraverso la sua impugnazione) (121).

Sono questi, in estrema sintesi, i principali problemi interpretativi connessi con la fase procedimentale in esame. Non tutti costituiscono, però, oggetto di approfondimento nell'ambito di questo scritto, nel quale occupa un rilievo centrale solo l'analisi della "struttura" e della "rilevanza" dell'accertamento del risultato delle votazioni (122).

5.3.2. È prassi che il presidente dell'assemblea, esaurite le operazioni di voto, comunichi oralmente ai presenti l'esito della votazione (approvazione o rigetto della proposta). Tradizionalmente si descrive quest'attività con il termine "proclamazione" (ma della locuzione, come già s'è detto e si ripeterà, la dottrina fa un uso promiscuo). Il problema che adesso bisogna affrontare è se, per legge (artt. 2371 e 2375), l'"accertamento del risultato delle votazioni" coincida con siffatta attività materiale ovvero designi qualcosa di diverso: di tale fase procedimentale interessa ora verificare la struttura legale (123).

Dal dato positivo emerge che a) l'"accertamento del risultato delle votazioni" (sia esso il mero computo dei voti o anche la sua "interpretazione") (124) deve essere consacrato a verbale (artt. 2371 e 2375 c.c.); b) questo è l'unico mezzo che il legislatore conosce per diffondere l'esito della votazione così come accertato dal presidente dell'assemblea: in nessun luogo dell'ordinamento si fa menzione della necessità di ulteriori forme di divulgazione (125), né, in particolare, dell'obbligo, da parte del presidente dell'assemblea, di annunciare oralmente al consesso l'esito degli accertamenti che egli ha effettuato (cd. "proclamazione") (126). È mai possibile – si potrebbe osservare – che il riformatore si dimostri così insensibile alle abitudini di vita delle assemblee, notoriamente orientate (s'è detto) in senso opposto? La risposta affermativa, lungi dal poter essere imputata a mera disattenzione del riformatore verso le esigenze della prassi, rappresenta l'esito di una scelta, giusta o sbagliata che sia, senz'altro coerente con la tradizione italiana. Salvo rare eccezioni (127), invero, non incontra resistenze, nemmeno tra quanti elevavano (e tutt'oggi elevano) la "proclamazione" a condizione di esistenza o efficacia della delibera (128), l'idea che un'assemblea possa chiudersi anche senza che ai soci presenti sia data notizia dell'esito della votazione. Era (ed è) (129) ampiamente riconosciuto, infatti, che la cd. "proclamazione" avesse (abbia) una struttura "variabile", ammettendosi che l'annuncio al consesso potesse (possa) "essere *sostituito* da altri mezzi idonei a dar notizia ai soci dell'esito della votazione (comunicazione diretta, affissione dei risultati presso la sede sociale, ecc.)" (130). In altri termini: verbale a parte, si è sempre ritenuto che la società godesse (goda) della libertà di scegliere il mezzo ritenuto il più idoneo ad assicurare la trasmissione ai soci dell'informazione circa il deliberato. Non si vede, su queste basi, come sia lecito dedurre, dal combinato disposto degli artt. 2371 e 2375 c.c., un obbligo del presidente che abbia ad oggetto proprio la dichiarazione al consesso assembleare del risultato della votazione. Sotto questo profilo, affermare che il verbale sia l'unico strumento legale di conoscenza del *decisum* non può destare alcuna meraviglia.

Su altro fronte, non va trascurato che nel nostro ordinamento mancano le condizioni normative che altrove hanno giocato un ruolo decisivo per giustificare, anche solo sul piano sostanziale, l'ineludibilità della comunicazione al consesso dei presenti dell'approvazione o meno della proposta (131). Si allude, in particolare, alla disposizione (§ 245, n. 1, *AktG*) che, nel sistema tedesco, legittima all'impugnazione, tra i soci intervenuti, solo quanti abbiano dichiarato a verbale la loro opposizione (*Widerspruch*) contro la delibera (132): per effetto di questa disposizione, l'obbligo della proclamazione (*Verkündung*) si giustifica con la necessità di preservare il diritto del socio all'impugnazione, mettendo costui fin da subito nelle condizioni di capire che cosa la società consideri come propria delibera (133).

Per tornare al diritto italiano, non sembra convincente il rilievo, autorevolmente formulato prima della riforma (134), che giudica l'esistenza di un obbligo di proclamazione implicito nella circostanza che, per le delibere non soggette a pubblicità, il termine per impugnare decorre proprio dalla data della

delibera. Prescindendo dalla fondatezza della premessa (135), sembra comunque che tale ragionamento provi troppo, perché: per un verso, il termine per impugnare decorre dalla data della delibera anche per i soci assenti, rispetto ai quali l'annuncio in assemblea del risultato della votazione rimane un fatto del tutto irrilevante (136); per altro verso, manca una norma corrispondente al ricordato § 245 *AktG*, che consenta all'interprete di arguire – per un principio di coerenza della disciplina con la fattispecie regolata (137) – l'esistenza di un legame tra legittimazione all'impugnazione della delibera, da un lato, e necessità della proclamazione del risultato in assemblea, dall'altro (138). Come si diceva in principio, dunque, la scelta del riformatore, emergente dal combinato disposto degli artt. 2371 e 2375 c.c., di concepire l'"accertamento del risultato della votazione" come mera attestazione a verbale del *decisum* appare in sintonia con la specificità del contesto dottrinale e normativo nazionale (139).

Se si condividono queste osservazioni, si può allora concludere che gli artt. 2371 e 2375 c.c. sono da interpretare, come chiaramente lascia intendere il testo letterale delle norme, nel senso della necessità della sola consacrazione a verbale del risultato della votazione, con esclusione di altre forme legali di divulgazione (ovviamente diverse da quelle cui è preordinato il verbale medesimo: trascrizione nel libro delle delibere, deposito o iscrizione presso il registro delle imprese).

5.3.3. Il presidente dell'assemblea deve accertare, quindi, se la proposta messa ai voti sia stata o meno approvata (140); l'esito di tale accertamento confluisce nel verbale. Si può anche accettare di definire questa attività come "proclamazione", purché sia chiaro che con tale locuzione non si descrive altro che la consacrazione a verbale del fatto se la proposta è diventata o no delibera (positiva) della società (141).

Esaurite queste considerazioni preliminari, diventa possibile esaminare la questione (di importanza centrale per il prosieguo del discorso) concernente la rilevanza dell'accertamento del risultato della votazione ad opera del presidente dell'assemblea. Si è detto, infatti, che, nel caso di illegittima riezione della proposta, un ostacolo ad ammettere la possibilità di accertare in via giudiziale l'esistenza di una delibera positiva è rappresentato dall'illusione secondo cui (la "proclamazione" o meglio:) l'accertamento del risultato della votazione ad opera del presidente dell'assemblea è elemento costitutivo della fattispecie, tale per cui la sua mancanza o impedisce la nascita di una delibera ovvero, secondo un orientamento ribadito ancora di recente, impedisce il verificarsi dell'indispensabile condizione esterna integrativa della sua efficacia (142). Ebbene, sembra lecito ritenere che la disciplina introdotta con la riforma del 2003 smentisca la tesi della rilevanza costitutiva della proclamazione, in entrambe le versioni in cui essa è formulata: decisivo al riguardo è l'aver constatato che l'accertamento del risultato della votazione è parte integrante del contenuto tipico del verbale.

Procedendo con ordine, bisogna, in via preliminare, constatare che la tesi che erige l'accertamento del risultato della votazione da parte del presidente dell'assemblea a presupposto di esistenza o di efficacia della delibera non si limita a pretendere che il risultato della votazione sia da alcuno accertato, ma, spingendosi ancora oltre, subordina l'esistenza o l'efficacia della delibera alla specifica circostanza che l'accertamento del risultato della votazione sia stato compiuto *proprio ed esclusivamente dal presidente dell'assemblea*(143). Essa, quindi, imposta e risolve il problema non già in termini oggettivi, come necessità, *sic et simpliciter*, dell'accertamento del risultato della votazione, ma in termini soggettivi, come necessità (a pena di inesistenza o radicale inefficacia della deliberazione) che tale accertamento provenga proprio e soltanto dal presidente dell'assemblea (144). Si assegna, cioè, rilevanza costitutiva (dell'esistenza o dell'efficacia della delibera) alla peculiare posizione (alla qualifica soggettiva) di chi procede all'accertamento del risultato della votazione, non al mero dato oggettivo dell'accertamento. Ora, che una regola, per poter operare all'interno della società, debba essere "riconosciuta", non è dubbio (145); il problema, piuttosto, è se sia corretto affermare che l'unico strumento ammesso dall'ordinamento per rendere riconoscibile e, dunque, operativa, la regola creata dai soci sia proprio l'accertamento del risultato della votazione ad opera del presidente dell'assemblea.

Nonostante la contraria opinione espressa da taluno dei fautori dell'indirizzo criticato, si deve, in primo luogo, escludere che una simile conclusione rappresenti una necessità logico-giuridica connessa con la particolare struttura (collegiale) dell'atto (146). Come dimostrano anche importanti esperienze normative straniere, la soluzione del problema relativo alla sorte di una delibera di cui il presidente

dell'assemblea non abbia provveduto ad accertare i risultati non dipende dalla logica astratta, ma va colta tra le pieghe del diritto positivo (147). Ma se si appunta l'attenzione esclusivamente sulle norme introdotte dalla riforma societaria, non si rinvengono indizi che possano indurre ad elevare l'accertamento presidenziale a condizione di esistenza della delibera o ad elemento esterno integrativo della sua efficacia (148). Non sembra, in particolare, che tale opinione possa essere accreditata constatando che, oggi, l'accertamento presidenziale del risultato della votazione gode di un "valore" determinativo dell'esistenza della delibera: nel senso che l'attestazione del presidente dell'assemblea dell'avvenuta approvazione della proposta comporta la nascita di una delibera (positiva) imputabile alla società, nonostante che nel caso concreto non sia raggiunto il necessario *quorum* deliberativo (arg. ex art. 2377, comma 5, n. 2, c.c.) (149). Si deve tenere presente, al riguardo, che, in epoca anteriore alla riforma, non era raro risolvere la questione della "rilevanza" (costitutiva o meno) dell'accertamento del risultato (all'epoca: della "proclamazione") alla luce della soluzione della questione relativa al suo "valore" (apprezzabile in relazione al caso in cui il presidente abbia dichiarato l'approvazione di una proposta in realtà respinta): segnatamente, dal(l'asserito) "valore" meramente "certificativo" dell'accertamento del risultato (tale per cui si riteneva che la dichiarazione del presidente non determinasse la nascita di una delibera, se la proposta fosse stata in realtà respinta), si deduceva la "rilevanza" non costitutiva del medesimo (150). La legge riconosce ora esplicitamente "valore determinativo" (dell'esistenza della delibera) all'accertamento presidenziale, sicché viene naturale di chiedersi se questa scelta imponga anche di attribuire "rilevanza" costitutiva all'accertamento stesso (151).

È senz'altro preferibile risolvere il quesito in senso negativo, alla luce delle indicazioni provenienti dal panorama comparatistico e dall'ordinamento tedesco, in particolare, dove sia la disciplina dell'AG (nostra società per azioni) prima della riforma del 1937, sia quella attuale della *GmbH* (nostra s.r.l.) dimostrano che l'accertamento presidenziale del risultato della votazione può avere un "valore" *determinativo dell'esistenza* della delibera, pur senza esserne un *elemento costitutivo*(152): caratteristica di entrambi i plessi normativi, infatti, è di ammettere l'esistenza (e la validità) della delibera anche in mancanza dell'accertamento presidenziale del risultato (purché, naturalmente, la proposta abbia ricevuto il consenso della maggioranza richiesta) e, al contempo, di assegnare a tale accertamento un "valore determinativo" dell'esistenza della delibera, nel senso che, se il presidente dell'assemblea dichiara l'avvenuta approvazione della proposta, esiste una delibera, anche se non sia stato raggiunto il necessario *quorum* deliberativo.

In altri termini, la comparazione con l'ordinamento tedesco mette in luce come, sul piano logico, il "valore determinativo" dell'accertamento presidenziale del risultato della votazione non implica, necessariamente, anche la sua "rilevanza costitutiva". Si deve, quindi, escludere che l'esplicito riconoscimento, all'accertamento presidenziale del risultato della votazione, di un "valore" determinativo dell'esistenza della delibera (art. 2377, comma 5, n. 2, c.c.) possa, di per sé – cioè in mancanza di una chiara indicazione normativa al riguardo – costituire un'indiretta elevazione dello stesso ad elemento costitutivo della fattispecie "delibera" (153). Ancora una volta, assume allora carattere dirimente verificare le scelte operate al riguardo dal singolo ordinamento nazionale.

La soluzione del problema può essere incanalata lungo la giusta direzione, richiamando le considerazioni svolte in precedenza circa la "struttura" dell'accertamento del risultato della votazione (154), quando si è chiarito che la legge, da un lato, pone proprio in capo al presidente dell'assemblea il dovere di procedere a tale accertamento e, dall'altro lato, prescrive che l'esito di tale accertamento confluisca (soltanto) nel verbale, come parte del suo contenuto (cfr. artt. 2371 e 2375 c.c.). Un verbale conforme a legge, quindi, deve contenere gli esiti dell'accertamento del risultato della votazione ad opera del presidente dell'assemblea. Proprio questa sorta di "incorporazione" dell'accertamento presidenziale nel verbale, fa sì che la mancanza del primo, anziché atteggiarsi come vizio autonomo del procedimento deliberativo, si traduca in un vizio del verbale (155): mancando l'accertamento presidenziale, infatti, il contenuto del verbale risulta carente di una sua parte; esso è, quindi, "incompleto" (per usare l'espressione dell'art. 2377, comma 5, n. 3, c.c.). Questa conclusione, a seconda del lato dal quale la si voglia esaminare, assume un duplice significato, negativo e positivo, ma comunque d'importanza fondamentale ai fini del discorso qui condotto: l'accertamento del risultato ad opera del presidente dell'assemblea non è condizione di esistenza della delibera (significato negativo), dal momento che (significato positivo) la sua mancanza dà semplicemente luogo ad un vizio

del verbale: vizio che, ormai è certo, riduce, in principio, la patologia della delibera al binomio nullità/annullabilità (156).

Sono da esaminare, a questo punto, le conseguenze implicate dalla mancanza dell'accertamento presidenziale del risultato delle votazioni. È noto che, in linea generale, i vizi del verbale possono dare luogo a nullità della delibera o a sua annullabilità (art. 2379, commi 1 e 3, c.c.), come pure che, in quest'ultimo caso, si tratta di vizi cd. "autosananti", nel senso che "la deliberazione non può essere annullata... per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione" (art. 2377, comma 5, n. 3, c.c.). Si ipotizzi allora che l'accertamento del risultato sia compiuto da persona diversa dal presidente dell'assemblea. L'esempio può essere così strutturato: prima dell'inizio della votazione, il presidente abbandona la riunione; l'assemblea decide *espressamente* di non procedere alla nomina di un nuovo presidente e di affidare al solo segretario la conduzione dei lavori (157); il segretario accerta il risultato delle votazioni e ne consacra l'esito a verbale, che viene sottoscritto dal medesimo segretario e dal presidente del consiglio di amministrazione. Il risultato delle votazioni è stato bensì accertato, ma non dal presidente dell'assemblea (158): quale la sorte della deliberazione? Il procedimento deliberativo non è conforme a legge, perché l'accertamento del risultato della votazione non è stato compiuto dal presidente dell'assemblea, come invece vogliono gli artt. 2371 e 2375 c.c.; tuttavia, non sembra che il vizio generi anche invalidità della delibera (159). Da un lato, infatti, bisogna escludere la nullità, perché il verbale è stato sottoscritto in una delle modalità previste dall'art. 2379, comma 3, c.c. (160) e contiene "l'oggetto della deliberazione" (art. 2379, comma 3, c.c.) (161); dall'altro lato, si deve escludere altresì l'annullabilità, perché il verbale, benché incompleto, comunque non impedisce "l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione" (art. 2377, comma 5, n. 3, c.c.) (162).

Certo, si potrebbe anche affermare che la deliberazione è viziata per il solo fatto che l'accertamento è stato compiuto da soggetto diverso dal presidente dell'assemblea: la mera difformità dalla legge, in cui consiste la differente qualità soggettiva dell'autore dell'accertamento del risultato rispetto a quella richiesta dagli artt. 2371 e 2375 c.c., sarebbe dunque qui condizione sufficiente per l'invalidazione della delibera. Tuttavia, affinché un simile assunto non si riduca ad una mera petizione di principio, in contrasto con la previsione contenuta nell'art. 2377, comma 5, n. 3, c.c., poc'anzi richiamata, si dovrebbe perlomeno dimostrare che sussiste ed è protetto dalla legge un interesse specifico a che l'accertamento sia compiuto proprio dal presidente dell'assemblea, con esclusione di ogni altro soggetto (ad es., il segretario); un simile interesse, presumibilmente, dovrebbe farsi derivare dalla natura dell'ufficio di presidenza, tale per cui l'accertamento compiuto dal suo titolare assuma una particolare qualità, che lo renda sostanzialmente infungibile rispetto a quello compiuto da ogni altro soggetto. Ma non sembra che l'ordinamento positivo autorizzi una conclusione simile, dal momento che si regola l'accesso alla carica di presidente dell'assemblea in maniera tanto poco selettiva, sotto il profilo dell'elettorato attivo e passivo (163), che non vi è ragione di riconoscere alla mera qualifica di presidente dell'assemblea un significato tale da indurre a ritenere che l'accertamento compiuto da altri in sua vece pregiudichi *ipso facto* la validità della delibera (164). Non vi è ragione, cioè, di ritenere che, se l'accertamento del risultato della votazione documentato dal verbale è opera di soggetto diverso dal presidente dell'assemblea, non possa trovare applicazione la norma di "sanatoria" del verbale incompleto, prevista dall'art. 2377, comma 5, n. 3, c.c. (165). Si può quindi concludere che una deliberazione può validamente esistere anche quando l'accertamento del risultato della votazione (o la proclamazione, per chi preferisce questo termine) sia opera di soggetto diverso dal presidente dell'assemblea (purché, s'intende, il risultato della votazione sia correttamente accertato e il verbale, per il resto, regolarmente redatto) (166).

L'importanza di questa conclusione, ai fini della soluzione del problema oggetto dell'indagine, non ha bisogno di essere sottolineata. Ma prima di tornare alla questione principale (se il giudice possa accertare con sentenza l'avvenuta approvazione della delibera), bisogna ancora completare l'esame della disciplina dell'accertamento del risultato della votazione, accennando brevemente alla "proclamazione" del risultato, per verificare: se l'ordinamento societario lasci ancora spazio per tale formalità, come atto autonomo e distinto dall'accertamento (e consacrazione a verbale) del risultato della votazione; quale ne sia, eventualmente, la funzione; quale, infine, la rilevanza nell'ambito della formazione della delibera.

5.3.4. Nel corso delle superiori riflessioni è stato messo in luce che le disposizioni che impongono l'accertamento del risultato della votazione e il suo inserimento a verbale hanno lo scopo di garantire l'informazione sul deliberato. Il sistema emergente dagli artt. 2371 e 2375 c.c. è, però, in parte lacunoso, perché non è in grado, di per sé, di appagare integralmente le esigenze di tipo informativo che nascono in occasione della formazione della volontà sociale. Bisogna considerare, infatti, che l'accertamento del risultato della votazione è incorporato nel verbale, sicché la diffusione di notizie sull'esito della votazione, che il verbale assicura, è legata ai tempi di redazione dello stesso, che, per legge, può essere effettuata anche dopo la chiusura della riunione (purché "senza ritardo, [e] nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione": art. 2375, u.c., c.c.). Può esservi, quindi, uno scarto temporale più o meno consistente tra l'adozione della delibera e la redazione del verbale, durante il quale le scelte compiute dall'assemblea possono rimanere ignote.

In questo contesto normativo, la proclamazione si atteggia come atto diretto ad informare sull'operato dell'assemblea (167) (cioè sull'esito della votazione) per il periodo di tempo anteriore alla verbalizzazione della delibera (168). La proclamazione, a differenza dell'accertamento del risultato delle votazioni da parte del presidente dell'assemblea (169), non ha una "struttura" predefinita in via legislativa, nel senso che l'ordinamento non (chiariva e non) chiarisce (e la dottrina non era e non è concorde nell'individuare) il tipo di attività materiale che tale locuzione sottende, sicché essa non può – se non per omaggio alle convenzioni, anche linguistiche, della prassi – identificarsi esclusivamente con l'annuncio del risultato all'assemblea (170). Ad identificare il concetto di proclamazione, pertanto, più e meglio della struttura dell'atto, può valere la sua funzione (come indicata poc'anzi), che è quella di garantire l'esigenza informativa sull'operato dell'assemblea, cioè sull'esito della votazione, per il periodo di tempo anteriore alla verbalizzazione della delibera (171).

Così ricostruita la struttura e la funzione della proclamazione pare evidente che essa non può essere elevata a condizione di esistenza o di efficacia della delibera. La conclusione è certa se si ritiene che la proclamazione sia un atto dovuto solo in presenza di apposita norma statutaria o del regolamento assembleare (172): facendo risalire l'obbligo di proclamazione ad una fonte di natura pattizia si esclude *ex se* che il suo adempimento possa assurgere al rango di elemento costitutivo della fattispecie delibera, perché non si può riconoscere tale dignità ad un fatto solo eventuale. Ma una conclusione analoga si impone anche se si muova dalla premessa che, pur in mancanza di specifiche disposizioni statutarie o regolamentari sul punto, il dovere di proclamazione del risultato rappresenti una specificazione del più ampio dovere di esecuzione dell'incarico secondo buona fede (173). In questa prospettiva, il presidente dell'assemblea, ancorché ciò non sia espressamente previsto dalla legge né da norme private, sarebbe comunque tenuto a comunicare al consesso l'esito della votazione (vale a dire, l'approvazione o meno della proposta), affinché chi abbia partecipato ai lavori non sia ingiustificatamente tenuto all'oscuro dell'esito della riunione assembleare (174). Sarebbe però del tutto arbitrario ed irrazionale ipotizzare che la violazione di un simile dovere pregiudichi, addirittura, la nascita o l'efficacia della delibera: ripugna che una tanto grave conseguenza, che non deriva nemmeno dalla mancata redazione del verbale (a cui il presidente è espressamente tenuto per legge), possa poi essere affermata dall'interprete per mancanza della proclamazione orale al consesso della decisione presa dall'assemblea. La violazione dell'obbligo (di fonte legale ovvero pattizia) di proclamare il risultato delle votazioni può, dunque, essere sanzionata con reazioni di tipo personale e/o obbligatorio a carico del presidente dell'assemblea (175), ma, con certezza, non genera inesistenza o inefficacia della delibera e, molto probabilmente, nemmeno la sua annullabilità (176).

Occorre precisare, infine, che la contrapposizione tra accertamento del risultato della votazione e proclamazione, che pure rappresentano adempimenti distinti, non deve essere esasperata: il primo viene infatti assorbito dalla seconda, quando la proclamazione (come per lo più avviene) si atteggi come annuncio, al consesso assembleare, dei risultati della votazione. In tale ipotesi, infatti, il presidente dell'assemblea, anziché comunicare il risultato al solo verbalizzante, lo divulga a tutta l'assemblea, compreso quest'ultimo: la divulgazione collettiva (proclamazione) implica anche comunicazione al verbalizzante del risultato della votazione ai fini della sua verbalizzazione. Quest'ipotesi specifica (benché ricorrente nella prassi) non deve tuttavia indurre ad obliterare l'autonomia concettuale delle due figure e la rilevanza pratica della distinzione, che riaffiorano, in particolare, sia nei casi di mancata proclamazione della delibera, ivi dovendosi escludere, per quanto

già osservato, una violazione degli artt. 2371 e 2375 c.c.; sia nei casi di conflitto tra proclamazione e accertamento del risultato consacrato a verbale (ad esempio, il presidente comunica al consesso il rigetto di una proposta che dal verbale risulta invece essere stata approvata), casi nei quali sarà ovviamente quest'ultimo a prevalere (poiché è il verbale che certifica a tutti gli effetti l'operato dell'assemblea) (177).

5.4. Terminata la lunga digressione sulla rilevanza giuridica dell'accertamento e della proclamazione del risultato della votazione, è possibile tornare al problema oggetto di esame e rispondere alla domanda se, essendosi verbalizzato il rigetto di una proposta in realtà approvata, sia possibile ottenere una sentenza che ne accerti, appunto, l'avvenuta approvazione. Prima che avesse inizio l'analisi della disciplina della fase di accertamento del risultato della votazione, sono stati progressivamente superati gli ostacoli ipotizzati in letteratura contro l'ammissibilità di un simile provvedimento, ad eccezione di uno: quello costruito muovendo, appunto, dall'asserita rilevanza costitutiva della cd. "proclamazione del risultato" ad opera del presidente dell'assemblea (la sentenza che accerta l'avvenuta approvazione della proposta dovrebbe, quindi, avere carattere costitutivo, solo che il catalogo tipico delle sentenze di tale natura è tassativo e non vi figura quella in questione).

Le conclusioni raggiunte in precedenza fanno reputare superabile anche quest'ultimo ostacolo: "accertamento" (a verbale: artt. 2371 e 2375 c.c.) e "proclamazione" (a forma libera) del risultato della votazione sono adempimenti distinti (178) e privi entrambi di rilevanza costitutiva; conseguentemente, alla sentenza che accerta la reale volontà formatasi in assemblea può essere riconosciuta natura dichiarativa; non occorre, pertanto, una specifica disposizione di legge che attribuisca al giudice il potere di far emergere la delibera (positiva) effettivamente adottata (179).

Tirando le fila del discorso, si può dire che nessuna delle obiezioni tradizionalmente avanzate in letteratura contro il potere del giudice di accertare la reale volontà assembleare sembra, in definitiva, fondata.

Per la verità, ne può esistere ancora una inedita (almeno, così sembra), che va esaminata: la delibera positiva accertata dal giudice sarebbe nulla per mancanza del verbale (quello redatto in occasione della riunione apparentemente conclusasi con il rigetto della proposta documenta, infatti, la mancata formazione di una delibera) (180). L'ipotetica obiezione, tuttavia, non persuade, perché applica l'art. 2379, comma 3°, c.c., ad una fattispecie diversa da quella regolata. Questa disposizione, infatti, sanziona la mancanza del verbale, mentre qui il giudice rimedia ad un vizio del risultato della votazione, poi messo a verbale; nel primo caso, è punita la carenza di una fase del procedimento assembleare, mentre, nel secondo, si corregge l'accertamento del risultato della votazione compiuto dal presidente dell'assemblea e, in seguito, verbalizzato (181); nel primo caso, la legge sanziona l'assemblea conclusasi senza verbalizzazione dei lavori; nel secondo, il giudice controlla che il risultato emergente dal verbale si sia correttamente formato (182). Resta confermato, dunque, che il giudice ha il potere di accertare la deliberazione positiva realmente approvata dall'assemblea (183).

Risolto il problema di fondo, bisogna ancora svolgere alcune sintetiche considerazioni di completamento sulla disciplina della fattispecie.

a) Indipendentemente dall'applicabilità analogica dell'art. 2377, comma 1, c.c., è da ritenere che la sentenza che accerti tanto l'illegittimità della reiezione della proposta, quanto la sua avvenuta approvazione, vincoli tutti i soci (e gli organi sociali), ancorché costoro non abbiano preso parte al processo (184). L'assunto si giustifica, sul piano sostanziale, con l'esigenza – ineludibile quando il giudizio abbia ad oggetto l'atto di un ente collettivo – di assicurare "l'omogeneità, rispetto a tutti i contitolari, della regolamentazione della situazione unica plurisoggettiva" (185); su quello formale, con l'esistenza di un "principio di portata generale: la volontà dell'ente è *una soltanto*; questa, una volta che si sia (legittimamente) formata, obbliga *tutti i soggetti*. L'atto deliberativo è *unico ed indivisibile*; i suoi effetti colpiscono *necessariamente* ed in modo *identico* tutti i soci" (186). È, questa, una conseguenza che si impone "per necessità di logica e di fatto" (187): "il precetto posto...non può che esistere per tutti" (188). Ed è da aggiungere che, trattandosi di pronuncia di mero accertamento, la delibera positiva ha effetto fin dalla data in cui è stata presa, non dalla data in cui passa in giudicato la sentenza che l'accerta (189).

b) Nel parlare della qualificazione del rigetto, si è constatato che una delle conseguenze della tesi contraria a scorgervi una delibera (negativa) è che eventuali vizi del procedimento assembleare conclusosi con la mancata approvazione della proposta possono essere fatti valere tramite un'ordinaria

azione di accertamento e, quindi, da chiunque vi abbia interesse ed in ogni tempo; si è poi evidenziato che un simile risultato non rappresenta, di per sé, una seria minaccia all'esigenza di stabilità e certezza dell'agire societario, giacché le conseguenze che derivano dall'accoglimento della domanda non alterano in misura significativa lo *status quo*(190).

Bisogna ora precisare che le medesime considerazioni non sembra possano valere anche per l'ipotesi in cui, attraverso l'"impugnazione" del rigetto, si miri ad ottenere un provvedimento che accerti l'avvenuta approvazione della proposta. Il successo di tale iniziativa, infatti, modifica la situazione di fatto e di diritto vigente all'epoca del passaggio in giudicato della sentenza, poiché, portando alla luce una deliberazione (positiva) nascosta, provoca la nascita, nella vita della società, di una regola di azione che prima era solo "potenziale". L'accertamento dell'illegittimità della reiezione della proposta sortisce, dunque, conseguenze diverse nell'ambito dell'organizzazione collettiva, a seconda che sia o meno contestualmente accertata anche la formazione di una deliberazione positiva.

A fronte di questa constatazione, si pone il dubbio se non vi siano i presupposti per differenziare il regime della domanda di accertamento in base al *petitum* chiesto in concreto: mentre in un'ipotesi (mera domanda di accertamento dell'illegittimità della reiezione) resterebbe inalterata la disciplina ordinaria già sinteticamente esposta (191), nell'altra (domanda di accertamento della deliberazione positiva) si potrebbe ipotizzare l'applicazione analogica delle norme (art. 2377, commi 3 e 6, c.c.) che, per un verso, limitano la cerchia dei legittimati ad agire a determinate categorie di soggetti (organi sociali oppure soci che non hanno concorso a formare la decisione di rigetto e che siano in possesso dei requisiti previsti dal comma 3° di tale norma) e, per altro verso, comprimono l'esperibilità dell'azione entro precisi confini temporali (tre mesi dal rigetto). L'applicazione analogica di tali disposizioni (192) può essere giustificata ponendo in evidenza l'identità sostanziale dell'ipotesi qui presa in considerazione con quella espressamente disciplinata (193). È bensì vero che nell'un caso (annullamento della delibera positiva) si rimuove una regola sociale già esistente, mentre nell'altro (accertamento della delibera positiva) se ne palesa una "occulta". Tuttavia, l'accertamento (giudiziale) di una regola "in potenza" (cioè, non ancora riconosciuta) pone problemi sostanziali identici all'eliminazione (sempre giudiziale) di una regola preesistente, poiché ricorre in entrambi i casi e con la medesima intensità l'interesse a prevenire il pericolo che le regole di azione della società siano modificate indipendentemente dalla volontà dell'assemblea (cioè, non solo soppresse, ma anche rese riconoscibili e, dunque, operative per effetto dell'intervento dell'autorità giudiziaria). Sul piano strutturale, inoltre, il vizio censurato con la domanda di accertamento dell'avvenuta approvazione della proposta è uguale, ma contrario, a quello previsto dall'art. 2377, comma 5, n. 2, c.c. (194). Per queste ragioni, a fronte del silenzio legislativo, si giustifica l'applicabilità analogica alla fattispecie in esame della disciplina in materia di legittimazione e limiti temporali all'azione, dettata per l'annullamento della deliberazione positiva. Si può concludere, astraendo, che il potere di ottenere la correzione, in via giudiziale, dell'illegittimo accertamento del risultato delle votazioni (è dichiarata l'approvazione di una proposta in realtà respinta, ovvero il rigetto di una proposta in realtà approvata) appartiene ad una ristretta cerchia di soggetti e per un limitato periodo di tempo (195).

c) È dubbio se sia possibile ottenere un provvedimento di urgenza che accerti, in via provvisoria, l'illegittimità della reiezione e l'avvenuta approvazione della proposta. Solleva non poche perplessità l'applicazione dell'art. 2378 c.c. (196), sia perché manca una delibera (*rectius*: una regola riconosciuta all'interno dell'ordinamento sociale) (197), sia perché la sospensione del rigetto, secondo un'opinione diffusa in dottrina e in giurisprudenza, non equivale ad accertamento della delibera positiva (198). In assenza di una disposizione *ad hoc*, si può solo ipotizzare, dunque, il ricorso all'art. 700 c.p.c. (199). La soluzione non è però certa, poiché si discute se siano ammissibili provvedimenti d'urgenza aventi contenuto di mero accertamento (200), nonché – dando per risolto affermativamente questo dubbio – se il carattere provvisorio del provvedimento cautelare sia compatibile con l'esigenza di stabilità delle delibere assembleari o, perlomeno, di alcune tipologie di esse (201). Si badi, comunque, che, secondo un'opinione, attraverso il rimedio offerto dall'art. 700 c.p.c., si potrebbe ottenere, se non l'accertamento provvisorio della delibera positiva, perlomeno, talvolta, un risultato finale analogo a quello che deriverebbe da un simile accertamento (202); oppure un provvedimento di urgenza che imponga agli amministratori di convocare l'assemblea al fine di nuovamente deliberare (203) (in definitiva, dunque, la minoranza lesa nei suoi diritti non appare del tutto sfornita di tutela cautelare).

d) Non è agevole, infine, risolvere il "problema della rilevabilità e delle modalità di rilevamento degli eventuali vizi del procedimento assembleare [o contenutistici: *nds*], suscettibili di inficiare... la stessa deliberazione positiva di cui è chiesta la produzione giudiziale" (204). La dottrina è incline a ritenere che tali vizi siano sanzionabili solo all'interno del processo diretto all'accertamento della deliberazione positiva (205), giustificando l'assunto in base ad un argomento "di ordine processuale (stante l'efficacia *erga omnes*...della sentenza)" e a "ragioni connesse all'esigenza di certezza nelle situazioni giuridiche" (206). Il primo corno dell'argomentazione, in particolare, sembra richiedere qualche cenno di approfondimento. Senza voler esprimere valutazioni definitive su un tema così complesso, che investe competenze proprie di altri settori scientifici, s'intende qui soltanto offrire uno spunto di riflessione, utile, si suppone, per un'iniziale impostazione dell'indagine. Il tono assertivo delle considerazioni che seguono è, dunque, imposto da mere esigenze di sintesi, ma non riflette un'opinione compiuta sul problema specifico (207).

Sul piano oggettivo, s'insegna che il giudicato civile copre, oltre il dedotto, anche il deducibile, cioè le eccezioni di merito che il convenuto avrebbe potuto sollevare (ma che non ha sollevato), di tal che "il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questioni rilevanti ai fini dell'oggetto del primo giudicato"; il deducibile, si aggiunge, comprende non solo le questioni rilevabili (ma non rilevate) su eccezione di parte, ma anche quelle rilevabili (e non rilevate) d'ufficio dal giudice (208). Ai fini della soluzione del nostro problema, la rilevanza del principio varia a seconda dell'ampiezza dei poteri che si sia disposti ad assegnare al giudice in via interpretativa. Ed invero, poiché il giudicato copre anche le eccezioni rilevabili (ma non rilevate) d'ufficio, ben si potrebbe ritenere che il passaggio in giudicato della sentenza che accerti l'esistenza di una delibera positiva dichiara, implicitamente, anche l'assenza di cause di nullità della delibera medesima (appunto perché rilevabili d'ufficio ex art. 2379, comma 2, c.c., ma non rilevate). Come accennato, un risultato simile dipende, però, da una precisa scelta interpretativa: il convenire con l'assunto che, all'interno di un processo avente ad oggetto l'accertamento di una delibera assembleare, l'eccezione di nullità della delibera sia rilevabile d'ufficio (209) – illazione molto probabilmente fondata, anche se non pacifica, alla luce dell'atteggiamento assunto dalla prevalente giurisprudenza con riferimento alla norma che dispone la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto (art. 1421 c.c.) (210).

Quanto osservato attiene, evidentemente, al rapporto tra giudicato ed eventuale nullità della delibera, dal momento che le cause di annullabilità non sono rilevabili d'ufficio. Passando, allora, ad esaminare questa seconda tipologia di vizi delle delibere assembleari, il riconoscimento di un'efficacia preclusiva del giudicato civile incontra un ostacolo di natura diversa (211), che trae origine dal rilievo che il giudicato, proprio perché investe anche il deducibile, non può coprire questioni che il convenuto non aveva il potere di eccepire. Con riferimento al nostro problema, questo limite intrinseco all'efficacia oggettiva del giudicato potrebbe essere superato solo a condizione di ritenere che, avverso la domanda di accertamento della delibera positiva, la società possa eccepire (oltre la nullità, anche) l'annullabilità della delibera medesima: potere, questo, niente affatto scontato (212).

A patto di compiere determinate scelte interpretative, le considerazioni pregresse potrebbero, dunque, condurre ad affermare che la sentenza di cui si discute accerta, con efficacia di giudicato, l'esistenza di una *valida* delibera assembleare. Questo risultato, tuttavia, 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*. La soluzione di quest'ulteriore dilemma sembra possa essere ricercata muovendo dall'analisi del contenuto della sentenza e della struttura del processo nel quale è resa: da un lato, la sentenza, per le ragioni esposte, ha un contenuto complesso, oltre che di accertamento dell'esistenza della delibera, anche di rigetto (esplicito o implicito) dell'invalidità della delibera; dall'altro lato, essa è pronunciata nell'ambito di un processo non litisconsortile, al quale, pertanto, possono anche non aver preso parte tutti i soggetti legittimati ad impugnare. Sotto il profilo dell'accertamento della validità della decisione realmente presa in assemblea, la situazione così sinteticamente descritta è assimilabile a quella che si verifica quando una delibera sia impugnata ex art. 2377 c.c. da uno soltanto dei possibili legittimati e la domanda venga respinta. In questo caso si pone il noto e controverso problema della portata soggettiva della sentenza di rigetto, non essendo chiaro se la pronuncia vincoli solo le parti in causa (socio impugnante e società) ovvero anche tutti gli

altri legittimati all'impugnazione rimasti inerti (gli altri soci) (213). Al proposito, sembra possibile asserire che la soluzione di questo problema si riflette anche sulla portata soggettiva del giudicato (esplicito o implicito) relativo alla validità della delibera accertata giudizialmente: infatti, l'adesione alla seconda delle alternative poc'anzi prospettate (estensione del giudicato di rigetto a tutti i legittimati ad impugnare) pare presupposto teorico indispensabile per poter concludere che la delibera accertata dal giudice con sentenza passata in giudicato non possa essere oggetto di successiva impugnazione (214).

**Note:**

(1) A rigore, anche tale interrogativo genera un problema di esistenza della delibera, ma esso si distingue dall'altro, quello "classico", per il fatto che mentre questo secondo indaga la patologia del fenomeno compatibile con l'esistenza della fattispecie (fino a che punto il procedimento assembleare può essere viziato senza che ne risulti impedita la nascita di una deliberazione), il primo, che costituisce oggetto di questo contributo, attiene pur sempre allo studio della fisiologia del processo di formazione della volontà sociale, poiché è diretto ad accertare come debba essere qualificato uno dei possibili e legittimi esiti dei lavori assembleari. I due problemi, quindi, sono complementari nella definizione della fattispecie delibera: quello "tradizionale" fa emergere gli elementi strutturali essenziali della fattispecie (gli elementi, cioè, che devono ricorrere nel caso concreto per la nascita di una delibera); l'altro, invece, se rientri in tale concetto solo la decisione positiva o anche quella negativa.

(2) Cfr. solo, di recente, M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003, p. 13 nt. 16, 78 ss., 81 ss. In Germania, per tutti, W. Zöllner, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmachts bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, München, 1963, 361 nt. 7. Cfr. anche oltre nt. 24.

(3) M. Cian (nt. 2), 16 ss.; G. Maier-Reimer, *Negative "Beschlüsse" von Gesellschafterversammlungen*, in *Festschrift für W. Oppenhoff*, München, 1985, 198. Invero, le regole normative sul calcolo dei quorum stabiliscono il presupposto perché si possa realizzare la programmata (dalla proposta messa ai voti) modificazione dello status quo, non già le condizioni che devono ricorrere affinché tutto resti com'è: stabilito il primo presupposto (che il progetto di bilancio diventa bilancio della società se vota la percentuale x del capitale sociale; che la sede è trasferita all'estero se vota la percentuale y), resta implicitamente, ma chiaramente, inteso che ogni altra ipotesi conduce ad un esito, negativo, di non alterazione dell'originaria situazione di fatto (v. anche J. Baltzer, *Zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen bei Antragsablehnung*, in *GmbH-Rundschau*, 1972, 60).

(4) In questo senso P. Ferro-Luzzi, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1993, 53; sembra G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, 74; Trib. Venezia, 16 gennaio 1974, in *Giur. merito*, 1974, I, 327. In situazioni in cui la proposta è stata rigettata a maggioranza, hanno affermato l'esistenza di una delibera negativa (senza però prendere espressamente posizione sull'estensione della fattispecie): Trib. Bologna, 27 giugno 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, 222; Trib. Velletri (ord.), 26 gennaio 1994, in *Dir. fall.*, 1994, II, 626; Trib. Napoli (ord.), 5 dicembre 2002, in *Giur. comm.*, 2004, II, 199; Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 953.

(5) Considera ovvio ("selbstverständlich") che il rigetto della proposta proveniente da una maggioranza corrispondente a quella necessaria per la nascita di una deliberazione positiva generi una delibera negativa. W. Zöllner, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 2, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, § 133, 1347 (anche se l'A. riconosce, subito dopo e poi a p. 1362, che il § 133 [a tenore del quale è sufficiente la maggioranza dei voti espressi per la nascita di una deliberazione, salvo diversa previsione] riguarda solo la maggioranza necessaria per la nascita di una delibera positiva).

(6) Cfr. G. Maier-Reimer (nt. 3), 197.

(7) Per ulteriori considerazioni critiche sulla tesi esaminata nel testo v. M. Cian (nt. 2), 15 ss.

(8) Appare, invece, pienamente giustificato, sul piano razionale, qualificare e regolare come delibera la sola approvazione della proposta e non anche il suo rigetto, in considerazione della diversità di effetti che conseguono alle due fattispecie: il punto sarà approfondito alla nt. 30 ed al n. 4.

(9) M. Cian, (nt. 2).

(10) Nello stesso senso: P. Trimarchi, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 62 ss.; R. Rordorf, *L'abuso di potere della minoranza*, in *Società*, 1999, 812; L. Enriques, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, 340 ss.; M.C. Corradi, *Conflitto di interessi, azione sociale di responsabilità e impugnazione di deliberazioni negative*,

in Giur. comm., 2001, II, 840; C. Angelici, Società per azioni e in accomandita per azioni, in Enc. dir., XLII, Milano, 1990, 987. In giurisprudenza, v. Cass., 26 agosto 2004, n. 16999, in Società, 2005, 599; (semberebbe) App. Milano, 23 maggio 1952, in Foro it., 1952, I, 936; Trib. S. Maria Capua Vetere (ord.), 5 novembre 1996, in Società, 1997, 558; Trib. Milano (ord.), 18 maggio 2000, in Giur. it., 2001, 98, e (ord.) 2 giugno 2000, in Foro it., 2000, I, 3638.

(11) M. Cian (nt. 2), 17.

(12) L'effetto finale consegue unicamente all'approvazione della proposta o, in determinati casi, al rigetto della proposta di contenuto negativo: M. Cian (nt. 2), 19 e 93 ss.

(13) M. Cian (nt. 2), rispettivamente, 19 e 18.

(14) M. Cian (nt. 2), 28 nt. 49.

(15) M. Cian (nt. 2), 78.

(16) M. Cian (nt. 2), 78.

(17) M. Cian (nt. 2), 93.

(18) M. Cian (nt. 2), 80.

(19) M. Cian (nt. 2), 79.

(20) M. Cian (nt. 2), 79 (corsivo mio).

(21) Prima ancora che prendere posizione sulla proposta, i votanti ne vogliono la consumazione, cioè intendono concludere l'iter assembleare; questa volontà la legge imputa all'ente, dando quindi luogo ad una delibera, come dimostra il fatto che, anche in caso di rigetto della proposta, è inibita una seconda convocazione in cui votare nuovamente sulla medesima materia.

(22) Se, per un verso, è "del tutto pacifico che prima della conclusione della votazione non vi è alcuna deliberazione" (L. Enriques (nt. 10), 341), è, però, altrettanto vero che, al momento della votazione, se l'assemblea è regolarmente costituita, la proposta è già consumata. Stesso rilievo critico può essere rivolto a P. Ferro-Luzzi (nt. 4), 54 nt. 139, e C. Angelici (nt. 10), 987. Apodittico Trib. S. Maria Capua Vetere, 5 novembre 1996 (nt. 10), che trova un'eco dottrinale in L. Enriques (nt. 10), 341 ss., secondo cui, dopo la votazione, "si [ha] in ogni caso una deliberazione, di approvazione o di rigetto della proposta, che avrà nell'uno come nell'altro caso un "effetto innovativo rispetto alla situazione preesistente". Si consideri, infatti, che prima della deliberazione c'è una proposta di deliberazione che può portare a due diversi stati del mondo e che invece, dopo di essa, se anche la deliberazione è di rigetto..., come minimo, non vi è più incertezza circa la scelta da compiere in relazione all'oggetto della proposta...". Ancora una volta, però, l'illazione sembra provare troppo, giacché la situazione evidenziata dal passo trascritto ricorre già per effetto della regolare costituzione dell'organo, prima e indipendentemente dalla votazione. Non può quindi essere rintracciato nell'"effetto innovativo rispetto alla situazione preesistente" la cifra distintiva della deliberazione.

(23) Si badi che la critica esposta nel testo taglia trasversalmente le possibili ricostruzioni dogmatiche della delibera, volontaristica e procedimentale, poiché entrambe ricollegano comunque alla votazione il momento di formazione della delibera (v., in particolare, P. Ferro-Luzzi (nt. 4), 48 ss.), laddove si è visto nel testo che la consumazione della proposta, in cui si individua la caratteristica della delibera, consegue alla regolare costituzione dell'organo.

(24) V. nt. 2. Si ammetta pure che l'astensione sia dichiarazione tacita di volontà contraria all'approvazione della proposta (per l'art. 2368, comma 3, c.c., l'astensione vale, con tutta probabilità, come voto contrario: v. nt. 87) e che, pertanto, l'astensione di tutti gli intervenuti generi una delibera negativa (cfr., sia pure dubitativamente, M. Cian (nt. 2), 78 nt. 107; 83 nt. 123, dove citazioni). Ciò non toglie che la consumazione della proposta non possa comunque farsi risalire all'astensione (e alla volontà manifestata attraverso di essa), ma la precede. L'assunto è dimostrato dal caso in cui l'assemblea sia regolarmente costituita, ad esempio, con l'intervento esclusivo di soci morosi (la dottrina prevalente attribuisce a costoro il diritto di intervenire in assemblea ex art. 2370, comma 1, c.c.: G.A. Rescio, Assemblea e patti parasociali, in AA.VV., Diritto delle società. Manuale breve, Milano, 2005, 190; L. Restaino, in La riforma delle società, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, II, 1, Torino, 2003, 303; P. Fiorio, in Il nuovo diritto societario, diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, I, Bologna, 2004, 534 ss.; C.E. Pupo, Quorum assembleari e diritto di intervento nella nuova società per azioni, in questa Rivista, 2005, 845 ss.; S. Alagna, Il presidente dell'assemblea nella società per azioni, Milano, 2005, 94 ss., 149 ss.; F. Ferrara-F. Corsi, Gli imprenditori e le società, 13, Milano, 2006, 544 ss.; contra C. Montagnani, in Società di capitali, a cura di G. Niccolini e A. Stagno

d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 495 ss.): non potendo votare, ex art. 2344, ult. co., c.c., il loro contegno omissivo in sede di votazione non può essere considerato, giuridicamente, un'astensione, tanto è vero che, a norma dell'art. 2368, comma 3, c.c., le azioni rappresentate dal socio moroso non sono computate ai fini del calcolo del quorum deliberativo; la proposta si è bensì consumata (infatti è preclusa una seconda convocazione), eppure non vi è traccia di un comportamento degli intervenuti (diverso, s'intende, dal mero intervento) che la legge valuti come manifestazioni di volontà contraria all'approvazione della proposta e dal quale possa farsi dipendere la consumazione della stessa. L'esempio (e altri se ne potrebbero fare) conferma che la consumazione della proposta ha causa nel fatto della regolare costituzione dell'organo, non in un fatto ulteriore (votazione o astensione) che denoti una corrispondente volontà dei soci.

(25) Dal momento che la proposta non potrà essere discussa in seconda convocazione, deve reputarsi esistente una delibera già per il solo fatto che si sia regolarmente costituita l'assemblea, a nulla rilevando il successivo atteggiamento degli intervenuti rispetto alla proposta medesima: assenso, dissenso, astensione.

(26) Anche in seno alla teoria procedimentale: v. C. Angelici, *La società nulla*, Milano, 1975, 135 nt. 45 (contra P. Ferro-Luzzi (nt. 4), 119 ss.).

(27) Si badi che anche la teoria procedimentale riconosce che alla base del fenomeno deliberativo vi è il voto, ossia una dichiarazione di volontà: P. Ferro-Luzzi (nt. 4), 56 ss.

(28) K. Schmidt, in Scholz, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Köln, 2002, § 45, 2151; W. Zöllner, *Beschluß, Beschlußergebnis und Beschlußergebnisfeststellung*, in *Festschrift für Lutter*, Köln, 2000, 823; J. Baltzer (nt. 3), 61; M. Cian (nt. 2), 13. Ma bisognerebbe comunque intendersi sul concetto di decisione, cosa non facile: è tale, ad esempio, il rigetto dovuto a parità di voti? Ed ancora: anche i protagonisti di una trattativa, quando convengono di non concludere il contratto, prendono una decisione, ma tale decisione/accordo non è un contratto in senso giuridico.

(29) I voti, favorevoli e contrari, sono atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (F. Galgano, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, VII, Padova, 1984, 210, il quale precisa: "agli effetti dell'art. 1324, che estende a tali atti, in quanto compatibili, le norme che regolano i contratti"; e v. anche P. Schlesinger, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 382 ss.; M. Libertini, *Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, 5), sottoposti però dalla legge (artt. 2368 c.c. ss.), per l'operare del principio maggioritario, a condizioni sospensive diverse, in ragione del loro contenuto: il voto favorevole è sottoposto alla condizione sospensiva positiva dell'esistenza di tanti altri voti favorevoli, quanti sono necessari per il raggiungimento della maggioranza richiesta (cfr. A. Candian, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, 1942, 19 ss.; P. Trimarchi (nt. 10), 18 ss.; F. Galgano, cit., 212); specularmente, il voto contrario è sottoposto alla condizione sospensiva negativa della mancanza di tanti voti favorevoli, quanti sono necessari per il raggiungimento della maggioranza richiesta (A. Mirone, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, 33 nt. 97, nonché, per riferimenti comparatistici, M. Cian (nt. 2), 47 nt. 18). Il complesso dei voti favorevoli, quando si verifichi la condizione sospensiva positiva, costituisce una fattispecie tipica, la deliberazione (cfr. ancora P. Trimarchi (nt. 10), 18 ss.), che l'ordinamento sente la necessità di regolare per i particolari effetti che produce (modifica dello status quo); viceversa, il complesso dei voti contrari (e delle astensioni; ovvero delle sole astensioni, se nessun intervenuto ha votato) costituisce una fattispecie atipica, che la legge non regola, attesa la sua marginale rilevanza giuridica (v. infra). Questa ricostruzione è avversata dalla cd. teoria procedimentale della delibera, su cui v., anche per critiche, D. Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3\*\*, Torino, 1998, 77 nt. 7; M. Cian (nt. 2), 71 ss., 77 ss.; F. Guerrera, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2003, 67. E v. anche R. Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a.*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3\*, Torino, 1994, 448 ss.

(30) La tesi deve essere completata con l'esame di due fattispecie: a) il rigetto di una proposta di contenuto negativo ("...l'assemblea rigetta la proposta di non fare..."), nella limitata ipotesi in cui la fattispecie sia in grado di sortire effetti positivi (cfr. M. Cian (nt. 2), 20 ss., 93 ss: in particolare,

occorre che la proposta sia respinta da una quota del capitale sociale corrispondente a quella necessaria, in genere, per approvare la proposta, ex artt. 2368 ss. c.c.);b) la decisione maggioritaria di approvazione di proposta a contenuto negativo ("decisione di non sciogliere la società"; "di non revocare l'amministratore"). Il problema della qualificazione giuridica di queste fattispecie può essere risolto sulla base delle considerazioni seguenti. La legge (artt. 2368 ss. c.c.) limita il concetto di delibera all'approvazione della proposta formulata in termini positivi (ciò corrisponde all'id quod plerumque accidit), cioè alla decisione che comporta una modificazione dello status quo. Perciò, il concetto di delibera deve essere ristretto, ovvero ampliato, in ragione del tenore della proposta e dell'effetto prodotto dalla decisione, escludendovi l'approvazione di una proposta negativa, ovvero includendovi il rigetto della medesima (se e quando produca effetti positivi): tali fattispecie, rispettivamente, non soddisfano ovvero soddisfano il nucleo centrale del concetto di delibera emergente dalla legge (modifica della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della decisione, quando sia voluta da una certa aliquota del capitale sociale). Sul piano delle conseguenze concrete, questa ricostruzione è assolutamente coerente con la ratio delle norme che disciplinano le delibere assembleari: nulla di male nella non iscrivibilità nel registro delle imprese, ad esempio, della decisione (sia pure unanime) di non sciogliere la società; e nulla di male nell'inapplicabilità, in tal caso, della disciplina sull'invalidità delle delibere assembleari (v. n. succ.); viceversa, è doveroso applicare tali norme al rigetto, ad esempio, della proposta di non sciogliere la società, che sortisca l'effetto positivo di determinare lo scioglimento della società (v. anche G. Maier-Reimer (nt. 3), 197). Non deve quindi scandalizzare (v., invece, M. Cian (nt. 2), 23) "la circostanza che si possa dubitare della natura di deliberazione in senso tecnico addirittura rispetto ad un atto di approvazione della proposta" formulata in termini negativi.

(31) Com'è confermato dalla circostanza che del procedimento assembleare si deve pur sempre redigere il verbale, da trascrivere poi nel libro delle adunanze assembleari (v. n. succ.).

(32) V., infatti, nt. 24, dove alla consumazione della proposta non si accompagna né la sua approvazione, né il suo rigetto. Non si possono condividere, pertanto, né il rilievo secondo cui la ricostruzione del fenomeno qui suggerita individui "un momento di rilevanza procedimentale [la consumazione della proposta] di incerta collocazione" (M. Cian (nt. 2), 70); né l'affermazione che "il rigetto della proposta in assemblea...sembra effettivamente improduttivo di qualsivoglia conseguenza sul piano giuridico" (M. Cian (nt. 2), 14 nt. 18). In tal modo, si recupera anche la natura negoziale del voto contrario, inteso come manifestazione di volontà diretta alla produzione dell'effetto di reiezione della proposta (non è di ostacolo la predeterminazione legale degli effetti: M. Cian (nt. 2), 83 nt. 125). Il rigetto ha dunque rilevanza giuridica indipendentemente dal caso in cui lo statuto precluda "la riproponibilità della proposta respinta, prima del decorso di un determinato periodo di tempo" (M. Cian (nt. 2), 17 ss. e 33). Resta fermo che il rigetto della proposta può derivare anche da fatti non negoziali, quale l'astensione (almeno secondo una certa opinione: v. nt. 2): in fin dei conti, come la mancata conclusione del contratto, che può derivare sia dal rifiuto espresso della proposta (dichiarazione negoziale: L. Ferri, Rinuncia e rifiuto nel diritto privato, Milano, 1960, 59 ss.; Id., Lezioni sul contratto, Bologna, 1975, 95) sia dal silenzio dell'oblato (che non ha natura dichiarativa: V. Roppo, Il contratto, in Trattato di diritto privato, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 198 ss.).

(33) La dottrina prevalente nega che la reiezione della proposta dia luogo ad una deliberazione: A. Schermi, Esito della votazione e calcolo della maggioranza nelle assemblee delle società per azioni e a responsabilità limitata, in Giust. civ., 1959, I, 2130; S. ScottiCamuzzi, I poteri del presidente dell'assemblea di società per azioni, in Riv. intern. di sc. ec. e comm., 1963, 908 ss.; G. Ferri, Le società<sup>3</sup>, in Trattato di diritto civile, fondato da F. Vassalli, Torino, 1987, 650; A. Serra, L'assemblea: procedimento, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3\*, Torino, 1994, 183; R. Weigmann, Società per azioni, in Dig. disc. priv. sez. comm., XIV, Torino, 1997, 396; D. Preite (nt. 29), 120 nt. 37; A. Mazzoni, Gli azionisti di minoranza nella riforma delle società quotate, in Giur. comm., 1998, I, 501; M.P. Martines, L'abuso di minoranza nelle società di capitali, in Contr e impr., 1997, 1209; A. Nuzzo, L'abuso della minoranza, Torino, 2003, 214; A. PisaniMassamormile, Minoranze, "abusi" e rimedi, Torino, 2004, 49 nt. 34, 144; E. RicciArmani, Le delibere di rigetto adottate dalla maggioranza assembleare in conflitto di interessi, in Riv. dir. comm., 1997, I, 100. In giurisprudenza: Trib. Palermo, 18 maggio 2001, in Giur. comm., 2001, II, 835. Diversamente in Germania, dove si segue un ragionamento analogo a quello da noi proposto da M. Cian (nt. 2) (dove

anche ricchi riferimenti bibliografici sulla letteratura tedesca).

(34) V. rispettivamente nt. 4 e 10. Conf. M. Cian (nt. 2), 24 nt. 39.

(35) M. Cian (nt. 2), 31 e 102. Nello stesso senso anche F. Guerrera, *Il verbale di assemblea*, in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 94 ss.

(36) G.E. Colombo, *I libri sociali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7\*, Torino, 1998, 9. Non si dovrà assolvere invece ad alcun onere pubblicitario: M. Cian (nt. 2), 102.

(37) V. anche A. Serra (nt. 33), 183. Sull'ammissibilità, sul piano della teoria generale, di un giudizio che, come quello diretto a sentir dichiarare l'illegittimità del rigetto, si limiti ad accertare la qualificazione giuridica di un fatto, v., di recente, S.A. Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 410 ss.

(38) Opportunamente adattate, giacché quelle regole sono dettate pensando alle delibere positive: per un esempio si veda immediatamente oltre.

(39) Si deve comunque ridimensionare, almeno in parte, la portata della contrapposizione tra le due possibili soluzioni del problema qualificatorio. Ed invero, quanto alla cerchia dei soggetti legittimati a far valere il vizio, lo statuto del mero rigetto si discosta da quello proprio della delibera negativa solo se si sia in presenza di una patologia che, nell'ottica di chi ammette tale figura, sia causa di annullabilità, giacché la deliberazione negativa nulla, al pari di quanto si deve ritenere per l'azione di accertamento relativa al mero rigetto, sarebbe impugnabile da chiunque vi abbia interesse. Quanto ai limiti temporali per agire in giudizio, invece, una netta contrapposizione tra mero rigetto e delibera negativa può essere affermata solo a condizione di convenire, tra i diversi che si possono prospettare, su un particolare adattamento, alla delibera negativa, della disciplina contenuta negli artt. 2377 ss. c.c. (che, come più volte sottolineato, è pensata per le delibere positive). Ed invero, per regola generale, il termine per l'impugnazione può decorrere dal deposito o dall'iscrizione della delibera stessa nel registro delle imprese; poiché, però, la delibera negativa non va né depositata né iscritta, si pone il problema di stabilire il dies a quo per l'impugnazione, con riferimento ai casi in cui sarebbe assoggettata a tali adempimenti pubblicitari la corrispondente delibera positiva. Al riguardo si profila la seguente alternativa: o si fa decorrere il termine dalla data della decisione (se il vizio ne genera annullabilità) o dalla sua trascrizione nel libro delle delibere (nullità) – come se si trattasse di delibera per cui non è prescritta alcuna formalità pubblicitaria –, oppure si deve asserire che l'impugnazione della delibera negativa, al pari di quanto si verificherebbe per l'azione di accertamento dell'illegittimità del rigetto (ipotizzando che esso non costituisca una delibera), può essere proposta senza limiti di tempo.

(40) Al giudicato che accoglie la domanda di accertamento del vizio del rigetto della proposta pare, dunque, possa essere riconosciuta la medesima portata di quello (che sarebbe) proprio del giudizio di annullamento della deliberazione negativa (esclusa, ovviamente, la parte demolitoria propria di tale giudizio, che presuppone l'esistenza di una delibera). La regola contenuta nell'art. 2377, comma 7, sec. parte, c.c., ("l'annullamento della deliberazione... obbliga gli amministratori... a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità") è considerata come il portato naturale del fatto che la deliberazione impugnata non è più in grado, dopo la sua definitiva caducazione, di porsi come fonte di disciplina dell'attività dell'ente; si crea così una lacuna nell'ordinamento interno della società, che è compito degli amministratori (più in generale: degli organi sociali) colmare (G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998, 247 ss., 273 ss.; R. Lener-A. Tucci, *L'assemblea nelle società di capitali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 248; S.A. Villata (nt. 37), 351 ss., 441 ss.; U. Corea, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 98). La conseguenza ipotizzata – cioè l'insorgenza di obblighi di comportamento in capo agli organi sociali – non postula, comunque, necessariamente, l'applicabilità analogica dell'art. 2377, comma 7, c.c. (sull'applicabilità analogica della disciplina della delibera positiva al rigetto della proposta, ove non lo si qualifichi come autentica deliberazione, v. M. Cian (nt. 2), 30): si può ritenere, invero, che l'effetto ipotizzato sia una specificazione degli obblighi di diligente esecuzione dell'incarico e di fedeltà verso l'assemblea (su cui v., anche per richiami, M. Centonze, *La deliberazione nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P.

Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 344 nt. 112), i quali impediscono agli organi sociali, e agli amministratori, in specie, di restare indifferenti ad un giudicato che attesta l'illegittimità del procedimento assembleare al termine del quale è stata rigettata la proposta (questo effetto si produce, naturalmente, solo se è convenuta in giudizio la società).

(41) Secondo un'opinione diffusa in dottrina e in giurisprudenza, la sentenza che accerta l'illegittimità del rigetto, o, comunque, annulla la deliberazione negativa impugnata, fa sorgere in capo agli amministratori l'obbligo di riconvocare l'assemblea, per deliberare sulla medesima proposta irritualmente respinta (Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002 (nt. 4); in dottrina G. RomanoPavoni (nt. 4), 399; P. Ferro-Luzzi (nt. 4), 54 nt. 138; G. Meo (nt. 40), 261 ss.; D. Chiofalo, Poteri del presidente dell'assemblea e accertamento giudiziale del risultato deliberativo, in Vita. not., 2002, 132; M. Cian (nt. 2), 152). Inoltre la società, in sede di successivo esercizio del potere deliberativo, è vincolata a non reiterare il comportamento illegittimo (cd. effetto conformativo del giudicato: I. Pagni, Le azioni di impugnativa negoziale, Milano, 1998, 604 ss.; G. Meo (nt. 40), 243 ss.; l'anonimo annotatore delle sentenze emesse da Trib. Roma 2 aprile 1999, e App. Roma, 29 maggio 2001, in Riv. dir. comm., 2001, II, 295; U. Corea (nt. 40), 93 ss.; S.A. Villata (nt. 37), 266 ss., 351 ss., 385 ss., 410 ss., 441 ss.); la mancata ottemperanza al giudicato comporta risarcimento del danno nei confronti del soggetto leso (F. Guerrera (nt. 29), 201 ss.), oltre che invalidità ipso facto della successiva delibera (o, comunque, della successiva reiezione della proposta): il giudice di tale delibera, o reiezione, pronuncia l'invalidità anche di questa, dopo aver constatato che altro giudice, precedentemente, aveva già deciso sul medesimo vizio. Sul dovere di ottemperanza dell'assemblea ad un precedente giudicato cfr. anche A. Gambino, Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni, Milano, 1986, 325 ss.

(42) Se non nel senso lato ed innocuo (per l'esigenza di stabilità) che si è appena segnalato nel testo (la sentenza che accerta l'illegittimità del rigetto produce, nei fatti, conseguenze simili alla richiesta di convocazione dell'assemblea da parte della minoranza). Va subito precisato che queste considerazioni valgono se e finché si analizzino le conseguenze dell'accoglimento della domanda con cui si chiede il mero accertamento dell'illegittimità della reiezione della proposta: la situazione è diversa, invece, quando la domanda sia volta ad ottenere anche l'accertamento dell'avvenuta approvazione della proposta da parte dell'assemblea (v., infatti, n. 5.4., sub lett. b).

(43) Presupposto che, come noto, consiste nell'esigenza di prevenire e ridurre il rischio che il corso della vita della società possa essere modificato per effetto di un provvedimento giudiziale di rimozione della delibera (positiva).

(44) V. nt. 30 e testo corrispondente.

(45) Se si tiene conto degli effetti prodotti dalla sentenza di mero accertamento dell'illegittimità del rigetto, appare, allora, immotivata la sensazione, talvolta affiorante in dottrina e in giurisprudenza, che un'efficace tutela contro l'irrituale reiezione della proposta possa essere conseguita solo qualificando la fattispecie come vera e propria deliberazione (sia pure negativa): cfr. P. Ferro-Luzzi (nt. 4), 54 nt. 138; P. Trimarchi (nt. 10), 64; M. Cian (nt. 2), 33; U. Corea (nt. 40), 107; e v. anche la giurisprudenza tedesca cit. da G. Maier-Reimer (nt. 3), 193 nt. 2. Tale rilievo vale anche sul piano cautelare, poiché non occorre immaginare l'esistenza di una deliberazione negativa per consentire, ad esempio al socio illegittimamente pretermesso, di "ottenere [ex art. 700 c.p.c.] un provvedimento che consenta in via d'urgenza, nelle more del giudizio, la convocazione dell'assemblea per deliberare sulla proposta...respinta" dall'organo irregolarmente costituito (M. Cian (nt. 2), 34 nt. 67, 178, dove sottolinea come il provvedimento in questione avrebbe l'effetto di costituire in capo agli amministratori l'obbligo di convocare l'assemblea, salvo risarcimento del danno in caso di inadempimento: v. anche nt. 41).

(46) M. Cian (nt. 2), 34.

(47) Favorevoli: in giurisprudenza, Cass., 7 agosto 1959, n. 2489, in Giust. civ., 1959, I, 2129; App. Roma, 29 maggio 2001 (nt. 41); Trib. Velletri, 26 gennaio 1994 (nt. 4); Trib. S. Maria Capua Vetere, 5 novembre 1996 (nt. 10); Trib. Roma, 2 aprile 1999, in Riv. dir. comm., 2001, II, 295; Trib. Catania (ord.), 3 settembre 2001, in Vita not., 2002, 124; Trib. Roma (ord.), 24 settembre 2001, in Corr. giur., 2002, 949; Trib. Napoli, 10 luglio 2002, in Dir. e giur., 2003, 347; in dottrina, A. Schermi (nt. 33), 2130; D. Pettiti, La prova di resistenza delle deliberazioni assembleari di società, in Impresa e società. Scritti in memoria di A. Graziani, IV, Napoli, 1968, 1581; D. Preite (nt. 29), 120 ss.; L.

Enriques (nt. 10), 379 ss.; G. RomanoPavoni (nt. 4), 340; in parte E. RicciArmani (nt. 33), 88 ss.; M.P. Martines (nt. 33), 1208 ss.; S. ScottiCamuzzi (nt. 33), 908 ss.; M. Cian (nt. 2), 157 ss.; U. Corea (nt. 40), 107 ss. Contrari: in giurisprudenza, App. Milano, 23 maggio 1952 (nt. 10) (ma v. nt. 53 e n. 5.2.); Trib. Bologna, 27 giugno 1974 (nt. 4) (ma v. n. 5.2.); Trib. Milano, 18 maggio, e 2 giugno 2000 (nt. 10) (ma v. nt. 53 e n. 5.2.); Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002 (nt. 4) (ma v. nt. 53 e n. 5.2.); Cass., 26 agosto 2004, n. 16999 (nt. 10) (ma v. n. 5.3. e ss.); in dottrina, L. Buttarò, Considerazioni sull'inesistenza delle deliberazioni assembleari, in Studi in Memoria di Tullio Ascarelli, V, Milano, 1969, 2777 nt. 105; A. Serra (nt. 33), 183 (ma v. n. 5.3. e ss.); R. Rordorf (nt. 10), 812 (ma v. nt. 53 e nt. 80); A. Mazzoni (nt. 33), 502 (ma v. n. 5.1.2.); G.B. Portale, "Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al "gouvernement des juges"?, in Europa e dir. priv., 1999, 171 ss. (ma v. n. 5.1.2. e n. 5.3. e ss.); A. Nuzzo (nt. 33), 220 (ma v. nt. 58 e par. 5.1.2.); A. PisaniMassamormile (nt. 33), 49 nt. 34, 144, 151 (ma v. n. 5.1.2. e n. 5.3. e ss.); F. MassaFelsani, Il ruolo del presidente nell'assemblea della s.p.a., Milano, 2004, 254 ss. (ma v. n. 5.3. e ss.); S.A. Villata (nt. 37), 211 ss. (ma v. nt. 53); D. Spagnuolo, in La riforma delle società, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, 2, I, Torino, 2003, 323; Pasquariello, in Il nuovo diritto delle società, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2004, 502 (ma v. nt. 53 e nt. 64); C. Angelici, Note in tema di procedimento assembleare, in Riv. not., 2005, I, 716 ss. (ma v. nt. 53); F. Guerrera (nt. 35), 126 ss. (ma v. nt. 183).

(48) Sul piano sostanziale, è palese l'interesse ad ottenere una pronuncia che faccia emergere la reale volontà espressa dall'assemblea, sia perché vi è il rischio che la società reiteri il comportamento illegittimo anche dopo l'invalidazione del rigetto (cfr. Trib. Velletri, 26 gennaio 1994 (nt. 4); Trib. S. Maria Capua Vetere, 5 novembre 1996 (nt. 10); in dottrina – anche se il rilievo non sempre conduce a risolvere in senso positivo il quesito in esame – E. RicciArmani (nt. 33), 83; R. Rordorf (nt. 10), 812; D. Preite (nt. 29), 120; contra l'anonimo annotatore delle pronunce del foro romano pubblicate in Riv. dir. comm., 2001, II, 308); sia perché, indipendentemente da ciò, vi è comunque il rischio che, nella riunione convocata per decidere nuovamente sulla proposta illegittimamente respinta (v. nt. 40 e testo corrispondente), non si raggiunga il quorum deliberativo (U. Hüffer, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz2, Bd. 7, München, 2001, § 246, 346; G. Maier-Reimer (nt. 2), 202).

(49) V. Cass., 7 agosto 1959, n. 2489 (nt. 47); App. Milano, 23 maggio 1952 (nt. 10); Trib. Catania, 3 settembre 2001 (nt. 47); Trib. Napoli, 10 luglio 2002 (nt. 47).

(50) Su questa ipotesi v. Trib. Bologna, 27 giugno 1974 (nt. 4); Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002 (nt. 4).

(51) V. Trib. Roma, 2 aprile 1999, e App. Roma, 29 maggio 2001 (nt. 41); Trib. Roma, 24 settembre 2001 (nt. 47). Per esigenze di simmetria con la fattispecie positiva espressamente regolata (art. 2373 c.c.), il rigetto della proposta può essere considerato illegittimo solo se sia dannoso per la società: G. RomanoPavoni (nt. 4), 318; D. Preite (nt. 29), 121. Cfr., sebbene con riferimento all'abuso della maggioranza, ma con considerazioni utili in questa sede, anche A. Gambino (nt. 41), 306.

(52) V. Trib. Milano, 18 maggio, e 2 giugno 2000 (nt. 10). L'abuso della minoranza o di posizione paritaria può, inoltre, consumarsi attraverso la mera astensione dal voto, se, come sembra (v. nt. 87), tale atteggiamento rilevi, ai fini del calcolo del quorum deliberativo, come voto contrario. Per semplicità, l'indagine viene condotta prendendo in esame solo il caso in cui il socio esprima voto contrario, salvo ritornare successivamente sull'ipotesi di astensione "abusiva" (v. n. 5.1.2.).

(53) Quelli che seguono nel testo sono i problemi fondamentali che condizionano l'esito della ricerca, se si muove dalla premessa, accolta in questo studio, che il rigetto della proposta non è una delibera. Molti altri argomenti sono stati però adottati, in dottrina e in giurisprudenza, per contestare la possibilità di accertamento giudiziale della delibera positiva. Di alcuni di essi si darà brevemente conto quando se ne presenterà l'occasione (v. nt. 95 e nt. 183); mentre altri possono avere un senso solo muovendo dalla premessa, qui respinta, che il rigetto della proposta dia luogo ad un'autentica deliberazione, come emerge dalla sintetica rappresentazione che segue (l'osservazione, sia detto in via incidentale, merita di essere sottolineata, perché pone in luce un aspetto particolarmente significativo della portata concreta della contrapposizione tra le due possibili ricostruzioni della natura giuridica della vicenda). Un primo argomento è questo: poiché la sentenza di annullamento della deliberazione negativa travolgerebbe anche i voti espressi a favore della proposta, la pronuncia con cui il giudice potrebbe dare vita alla delibera positiva, dopo aver constatato l'avvenuta approvazione della proposta

(apparentemente respinta), dovrebbe avere necessariamente natura costitutiva (giacché la delibera positiva non potrebbe fondarsi su voti ormai travolti); ad un simile risultato si opporrebbe, però, il principio di tassatività delle pronunce costitutive: v. R. Rordorf (nt. 10), 812; S.A. Villata (nt. 37), 215. Cfr. anche M. Cian (nt. 2), 158 ss. (sul principio di tassatività v., anche, L.P. Comoglio, L'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. Taruffo, Torino, 1993, 373). Il carattere costitutivo che dovrebbe, ma non può (in mancanza di una norma di legge), essere assegnato alla sentenza che fa emergere la delibera positiva fonda anche un ulteriore rilievo critico: poiché esiste una deliberazione negativa, non può al contempo esistere una deliberazione positiva che occorra semplicemente accertare; sarebbe necessaria, invece, una pronuncia che, dopo aver eliminato la prima deliberazione, si ponga come fonte degli effetti che sarebbero scaturiti dalla proposta apparentemente respinta; cioè, appunto, una pronuncia costitutiva (M. Cian (nt. 2), 124, il quale, però, sviluppa un articolato ragionamento per tentare di superare questo ostacolo: p. 157 ss.). Un altro argomento formale avanzato, infine, contro l'ammissibilità di una pronuncia di accertamento della delibera positiva è che l'impugnazione della deliberazione negativa può condurre solo all'annullamento della delibera medesima, non all'accertamento di quella positiva (App. Milano, 23 maggio 1952 (nt. 10); Trib. Milano, 18 maggio 2000, e 2 giugno 2000 (nt. 10); Trib. Palermo, 18 maggio 2001 (nt. 33); Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002 (nt. 4); in dottrina, di recente, D. Spagnuolo (nt. 47), 323; C. Angelici (nt. 47), 716: l'osservazione è corretta in sé, ma sembra inconferente, giacché l'emersione della deliberazione positiva non consegue alla sentenza e alla domanda di annullamento della deliberazione negativa, ma ad una sentenza e ad una domanda autonome, anche se connesse: D. Pettiti (nt. 47), 1582). Questi ragionamenti, come si diceva, perdono rilevanza, se si nega la qualifica di delibera al rigetto della proposta. Sull'ostacolo rappresentato dal preteso carattere costitutivo della sentenza si tornerà comunque nel n. 5.3.

(54) Le stesse questioni si pongono per chi ritenga che il rigetto della proposta dia luogo ad una deliberazione negativa.

(55) Nel caso (normale) in cui il verbale riporti sia la dichiarazione presidenziale di rigetto della proposta, sia la quantità e la direzione dei voti, e questo secondo dato (c.d. quantitativo) sia nel senso dell'approvazione della proposta (per un esempio v. nt. 100), prevale, ai fini della qualificazione della fattispecie concreta, la dichiarazione di rigetto della proposta (per la dimostrazione dell'assunto v. M. Centonze, *Il problema dell'inesistenza delle delibere assembleari di s.p.a.*, in corso di pubblicazione, cap. I; per approfondimenti delle nozioni qui presupposte cfr. anche oltre i numeri 5.3.1. e seguenti). Si tenga presente, poi, che è dovere del verbalizzante (segretario o notaio) attestare, oltre agli esiti degli accertamenti compiuti dal presidente dell'assemblea (artt. 2371 e 2375 c.c.), anche i risultati che a lui personalmente constano (v. nt. 114). Se ciò non faccia, la verità intrinseca del verbale può essere contestata con ogni mezzo di prova, se si tratta di verbale redatto per scrittura privata, o mediante querela di falso, se si tratta di verbale notarile (F. Guerrera (nt. 35), 103 ss.). Resta fermo, comunque, che "i soci presenti in assemblea [possono] chiedere la rettifica dell'errato conteggio ovvero la ripetizione della votazione" (A. Serra (nt. 33), 183; analogamente M. Cian (nt. 2), 124 nt. 57). In caso di rifiuto, i soci possono "sostituire il presidente" (A. Serra (nt. 33), 183 nt. 130). Sulla disciplina della revoca del presidente dell'assemblea cfr., di recente, per tutti, F. MassaFelsani (nt. 47), 155 ss., e S. Alagna (nt. 24), 58 ss., 200 ss. Permangono invece delle "incertezze in ordine alla portata, ai limiti temporali e alle modalità di... interventi correttivi", che consentano ex post l'eliminazione di "eventuali difetti di completezza e di precisione" del verbale (F. Guerrera (nt. 35), 102). Secondo G. Laurini, *Poteri e responsabilità nella formazione delle delibere assembleari*, Napoli, 2003, 42, il presidente dell'assemblea può rivedere la propria determinazione, in occasione della redazione del verbale, qualora ritenga di aver commesso un errore nella proclamazione del risultato.

(56) Capitale rappresentato 70%; quorum deliberativo (metà + 1 di 70%, quindi) 35% + 1; voto a favore 35%; astenuti 34,99%; voto contrario "illegittimo" 0,01%: la proposta risulta approvata, solo se si ritiene che la percentuale dello 0,01% vada esclusa, per legge, dalla base di calcolo del quorum deliberativo (in tal caso, il quorum deliberativo sarebbe, infatti, della metà + 1 di 69,99%).

(57) Non si deve dimenticare, lo si è sottolineato al principio dell'indagine, che il rigetto della proposta può avere causa in fenomeni diversi (astensione di tutti i presenti; voti contrari superiori ai voti favorevoli; voti favorevoli superiori ai voti contrari, ma non conformi al quorum), tutti accomunati da un dato "negativo": il mancato raggiungimento del quorum deliberativo.

(58) Il giudice, richiesto di accertare l'avvenuta approvazione della delibera positiva "occulta", deve soltanto limitarsi a verificare se, senza il voto invalido, i voti favorevoli validamente espressi raggiungano o meno la maggioranza di legge o di statuto per quel tipo di delibera: non deve, né del resto può, "manipolare" il reale risultato assembleare, convertendo in voti favorevoli i voti viziati o altrimenti aggiungendo voti favorevoli mai pronunciati (v. in giurisprudenza, indipendentemente dalla correttezza della soluzione del caso concreto, App. Roma, 29 maggio 2001 (nt. 41); cfr. anche E. RicciArmani (nt. 33), 92; A. Nuzzo (nt. 33), 220, il quale da tale rilievo trae l'ulteriore corollario dell'impossibilità assoluta di accertare l'avvenuta approvazione della proposta).

(59) Così, invece, Trib. Velletri, 26 gennaio 1994 (nt. 4). E v. criticamente Trib. S. Maria Capua Vetere, 5 novembre 1996 (nt. 10); Trib. Napoli, 10 luglio 2002 (nt. 47); E. RicciArmani (nt. 33), 92; C. Montagnani (nt. 24), 513.

(60) F. Ferrara-F. Corsi (nt. 24), 554: il voto espresso dal socio in violazione del divieto è nullo e deve essere espunto dal relativo conteggio.

(61) La domanda di accertamento deve essere diretta contro la società, se l'attore intende raggiungere l'obiettivo di far emergere la delibera positiva realmente presa in assemblea. Identico rilievo vale anche per le altre fattispecie esaminate immediatamente appresso. Sulla disciplina di tale domanda cfr. n. 5.4.

(62) Capitale rappresentato 70%; quorum deliberativo (metà + 1 di 70%, quindi) 35% + 1; voto a favore 35%; astenuti 34,99%; voto contrario "illegittimo" 0,01%: la proposta risulta approvata, poiché la percentuale dello 0,01%, intestata al socio amministratore, va esclusa, per legge, dalla base di calcolo del quorum deliberativo (in tal caso, il quorum deliberativo è pari alla metà + 1 di 69,99%). Il rigetto dichiarato dal presidente dell'assemblea è, dunque, illegittimo.

(63) Conf. M. Cian (nt. 2), 140; contra, F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società* 16, Bologna, 2006, 297, secondo cui dal quorum deliberativo "vanno esclusi, come precisa l'art. 2368, comma 3°, c.c., i soci che non possano (validamente) esercitare il diritto di voto"; Trib. Roma, 2 aprile 1999, e App. Roma, 29 maggio 2001 (nt. 41). Ma si vedrà nel prosieguo come lo stesso risultato concreto possa essere raggiunto per altra via.

(64) E. RicciArmani (nt. 33), 88; D. Spagnuolo (nt. 47), 323; Pasquariello (nt. 47), 502.

(65) A. Mazzoni (nt. 33), 501; F. Galgano, *Il negozio giuridico* 2, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, Milano, 2002, 541 ("nulla osta, a ben vedere, alla impugnazione, per violazione della buona fede contrattuale, anche del voto negativo, che impedisca l'adozione della deliberazione"); G.B. Portale (nt. 47), 174; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* 6, a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 338. Altre citazioni nel prosieguo.

(66) Cass., 15 novembre 1967, n. 2743, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, 106; Trib. Roma, 2 aprile 1999, e App. Roma, 29 maggio 2001 (nt. 41).

(67) M.P. Martines (nt. 33), 1209.

(68) Cfr. anche E. RicciArmani (nt. 33), 88 ss. Sul principio di tassatività delle pronunce costitutive v., per citazioni, nt. 53.

(69) Sull'esistenza di un simile principio non possono ormai esservi dubbi: per tutti, A. Gambino (nt. 41), spec. 274 ss.; D. Preite (nt. 29), 74 ss.; A. Nuzzo (nt. 33), 114 ss., 145 ss.; G.F. Campobasso (nt. 65), 337; in giurisprudenza, di recente, Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Giur. comm.*, 2007, II, 86 ss. (dove ragguagli sulla giurisprudenza di legittimità).

(70) Per la riconduzione delle fattispecie di conflitto di interessi e di abuso del potere di voto sotto un unico genus v., di recente, F. Guerrera, *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in questa Rivista, 2002, 181 ss.; ma, anche, ad esempio, F. Galgano (nt. 65), 525 ss.; G. Cottino, *Diritto commerciale. Le società* 4, I, 2, Padova, 1999, 387 ss.; D. Preite (nt. 29), 114; R. Weigmann (nt. 33), 392; A. Mazzoni (nt. 33), 501 ss.; sembra G.B. Portale (nt. 47), 173; A. Gambino (nt. 41), 284 ss., 300 ss.; Id., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, 344; G. Zanarone, *L'assemblea*, in *AA.VV., Diritto commerciale* 2, Bologna, 323; G. Sena, *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, 360 ss.; Ascarelli, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 165; G. Rossi, *Utile di bilancio. Riserve e dividendo*, Milano, 1957, 201 ss., 209; e cfr., anche, P.G. Jaeger (nt. 70), 197. In giurisprudenza v., in particolare, Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329;

inoltre, cfr. la ricostruzione della giurisprudenza italiana in A. Gambino (nt. 41), 20 ss.

(71) Parafrasando un'autorevole dottrina (L. Mengoni, Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni, in questa Rivista, 1956, 439), si può asserire che il principio di buona fede e correttezza svolge una tutela della società contro il socio, fissa il limite entro il quale il socio, attraverso l'esercizio del voto, può perseguire interessi particolari (dello stesso A. cfr. anche p. 444). La natura di limite al potere di voto è attribuzione costante del principio in esame: di recente, A. PisaniMassamormile (nt. 33), 1 ss.; prima ancora, per tutti, A. Gambino (nt. 41), 300 ss. In giurisprudenza, Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387 (nt. 69).

(72) Da ultimo, F. d'Alessandro, Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società, in Giur. comm., 2007, I, 5 ss. (spec. 8 ss.). Ovviamente l'illazione non esprime adesione alla concezione del voto come diritto-funzione (orami pacificamente respinta: G.F. Campobasso (nt. 65), 335 nt. 68; A. Nuzzo (nt. 33), 90): e v., per tutti, L. Mengoni (nt. 71), 463; G. Sena (nt. 70), 345 ss., 356 ss.; P.G. Jaeger (nt. 70), 179, 184 ss., 204. È ricorrente, anche nella dottrina contemporanea, il ricorso ad espressioni che alludono ad una finalizzazione del voto, senza che ciò implichi di per sé adesione a detta teoria, ma, solo, affermazione dell'esistenza di un limite immanente al potere di voto: cfr., per tutti, A. Gambino (nt. 41), 299 ss., 309 ss.; A. Nuzzo (nt. 33), 153 ss.; F. Guerrera (nt. 70), 210, 220 ss., 247, 268; Id. (nt. 29), 160, 182 ss., 194 nt. 87; G. Ferri, Manuale di diritto commerciale<sup>12</sup>, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2006, 321; D'Angelo, Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede, in Contr. e impr., 2004, 770. Cfr. anche, in generale, G. Meruzzi, L'exceptio doli, Padova, 2005, 288 s.

(73) Il conflitto di interessi e l'abuso di potere, prima ancora che della delibera, sono patologie del singolo voto: L. Mengoni (nt. 71), 459; G. Sena (nt. 70), 359, 456; P. Trimarchi (nt. 10), 20; P.G. Jaeger (nt. 70), 194; G. Ferri (nt. 72), 322; R. Rosapepe, L'esclusione del diritto di opzione degli azionisti, Milano, 1988, 71; F. Galgano (nt. 65), 525 ss. Di nullità del voto espresso in conflitto di interessi discorrono A. Brunetti, Trattato delle società. II. Società per azioni, Milano, 1948, 347, e G. Frè-G. Sbisà, Della società per azioni<sup>6</sup>, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Biondi, Bologna-Roma, 1997, 700; di annullabilità, viceversa, G. RomanoPavoni (nt. 4), 316 ss.; più genericamente, sostengono: l'illiceità del voto A. Graziani, Diritto delle società<sup>4</sup>, Napoli, 1959, 328; l'invalidità L. Enriques, Azione sociale di responsabilità, abuso della minoranza e divieto di voto in capo ai soci amministratori, in Giur. comm., 1994, II, 134, e M. Cian (nt. 2), 140 e 148; l'illegittimità A. Gambino (nt. 41), 303 ss.; l'esistenza di un vizio, infine, F. Ferrara-F. Corsi (nt. 24), 555. Cfr., anche, l'art. 58, comma 1, lett. a), del Código das Sociedades Comerciais portoghese. Contra, A. Nuzzo (nt. 33), 220 ss., il quale, mentre, da un lato, afferma che l'abuso è mero inadempimento del contratto sociale – e, come tale, non si riflette sul voto –, dall'altro, riconosce però che "la buona fede è... norma che regola l'esercizio del potere del socio di vincolare" gli altri soci: sotto questo secondo profilo, si può ben ammettere che la violazione di una norma di legge (comb. disp. artt. 1175, 1375 e 2373 c.c.) volta a regolare non l'adempimento di un obbligo, ma l'esercizio di un potere (G. Zanmarone, L'invalidità delle deliberazioni assembleari, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3<sup>\*\*</sup>, Torino, 1998, 323; in generale, v., di recente, F. Festi, Il divieto di "venire contro il fatto proprio", Milano, 2007, 95), pregiudichi la validità/efficacia dell'atto (cfr. infatti Cass., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in Giust. civ., 1980, I, 357; F. Galgano (nt. 65), 522; F. Festi, 87 ss., 169 ss., 243; G. Meruzzi (nt. 72), 206 ss., 297 ss., 367 ss.; per altri riferimenti A. Albanese, Violazione di norme imperative e nullità del contratto, Napoli, 2003, 346).

(74) Ascarelli (nt. 70), 165 ss. Cfr. anche G. Sena (nt. 70), 345 ss., secondo il quale attraverso il conflitto di interessi si manifesta la rilevanza dell'elemento teleologico del voto (rilevanza a sua volta giustificata dal fatto che "il votante...svolg[e] (anche) l'interesse degli altri soci" e vista come "diretta conseguenza del principio maggioritario ": pagina 356); sempre secondo questo A., "l'invalidità del voto dato in conflitto di interessi" è indice della "rilevanza dell'interesse perseguito, cioè [della] rilevanza del fine del voto" (pagina 359; v. anche pagine 70 ss., e 448); G. Minervini, Sulla tutela dell'"interesse sociale" nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio, in Riv. dir. civ., 1956, I, 329 ss. e 332 ss. Sull'illiceità della causa del voto v. anche G. Romano-Pavoni (nt. 4), 96 ss., 301 ss. Si consideri che la moderna dottrina civilistica e la recente giurisprudenza di legittimità intendono la causa non in senso astratto (così, invece, ad esempio, P. Trimarchi (nt. 10), 126, secondo cui non si può parlare di illiceità della causa del voto, poiché si tratta di negozio nominato, la cui causa è stata prevista dal legislatore come degna di tutela), ma in senso concreto, come "ragione che

concretamente giustifica il particolare contratto in esame, alla luce delle specificità rilevanti che lo connotano (lo scambio fra quella cosa e quel prezzo, nel particolare contesto di circostanze e finalità e interessi in cui quelle parti lo hanno programmato)" (V. Roppo (nt. 32), 364, da cui è tratto il virgolettato; G. Alpa, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 491 ss.; D. Carusi, *La disciplina della causa*, ibidem, 531 ss.; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in [www.dircomm.it](http://www.dircomm.it)). Di vizio della causa del negozio parla la dottrina civilistica anche con riferimento al contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato (U. Natoli, *La rappresentanza*, Milano, 1977, 93).

(75) È frequente in dottrina considerare nullo per illiceità del motivo il voto espresso con abuso di potere: L. Mengoni (nt. 71), 460; P.G. Jaeger (nt. 70), 194 ss., 204; Id., *Invalidità delle deliberazioni assembleari: eccesso di potere o violazione dell'obbligo di buona fede?*, in *La riforma delle società di capitali*, II, Milano, 1968, 906 ss.; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 249; G. Rossi (nt. 70), 207 ss.; ancora di recente F. DiSabato, *Diritto delle società*<sup>2</sup>, Milano, 2005, 325. Un accenno al motivo illecito anche in A. Mazzoni (nt. 33), 502. Contra F. Ferrara-F. Corsi (nt. 24), 555 nt. 8 (ma nel testo gli AA. affermano che il voto dato in violazione del principio di buona fede è "viziato", senza specificare la natura del vizio: v. nt. 73); D. Preite (nt. 29), 68 nt. 87, il quale osserva che "il vizio del voto, anche come violazione dell'obbligo di buona fede proprio di ciascun socio, [può] essere derivato da una valutazione oggettiva (e non limitata all'illiceità del motivo)"; in questo stesso senso (ed in critica all'impostazione soggettiva della giurisprudenza in materia di abuso della maggioranza, che richiede il riscontro di una finalità fraudolenta) anche A. Nuzzo (nt. 33), 94 ss., dove altre citazioni. Si osserva (da P.G. Jaeger (nt. 70), 195) come basti una dichiarazione di volontà (e che tale sia il voto è pacifico, anche per chi propugna una concezione procedimentale del fenomeno deliberativo: v. P. Ferro-Luzzi (nt. 4), 56 ss.), pur non negoziale, per giustificare l'applicazione della norma sui motivi illeciti.

(76) Con riferimento all'abuso di maggioranza, un indirizzo nega l'illiceità del voto o, comunque, della fattispecie, poiché ritiene che siano incisi solo interessi disponibili della minoranza e che, pertanto, non abbia carattere imperativo la norma violata (A. Gambino (nt. 41), 99; cfr. anche D. Preite (nt. 29), 68 ss.). Sul concetto di norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c., cfr., per tutti, R. Sacco-G. DeNova, *Il contratto*<sup>3</sup>, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, Torino, 2004, 522 ss.; A. Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 1330 ss.; A. diMajo, *L'invalidità del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, 81 ss.; V. Roppo (nt. 32), 748 ss.; A. Albanese (nt. 73), passim; M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, 1, Milano, 2006, 42 ss.

(77) Così in Germania: per tutti, W. Zöllner (nt. 2), 366; K. Schmidt, *Die Behandlung treuwidriger Stimmen in der Gesellschafterversammlung und im Prozeß*, in *GmbH-Rundschau*, 1992, 9 ss.; Id. (nt. 28), § 47, 2419; T. Raiser-R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*<sup>4</sup>, München, 2006, 546 ss. Anche nella dottrina italiana non manca chi giudica inefficace l'atto compiuto travalicando i limiti posti dall'ordinamento al potere della maggioranza: M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, 87 ss., spec. 137 ss.: in sostanza, l'ordinamento statutario, riconoscendo il principio maggioritario, sacrificerebbe "un potere (quello, di veto, del singolo socio) e... ne legittim [erebbe], appunto, un altro (quello della maggioranza)" (p. 104), a condizione che la maggioranza stessa non asserva il suo potere al raggiungimento di un fine privato, in danno della società. Contra v., di recente, A. diMajo, *La tutela civile dei diritti*<sup>4</sup>, Milano, 2003, 409 ss., secondo il quale una conclusione simile presupporrebbe la funzionalizzazione del potere al raggiungimento di un determinato fine, ciò che non ricorre nell'ambito dei poteri privati: ma che "i soci siano vincolati al raggiungimento dello scopo", M. Buoncristiano, cit., 169, giudica sicuro, "a meno di non voler negare la natura contrattuale dell'accordo associativo"; e nello stesso senso cfr., anche, da ultimo, F. d'Alessandro (nt. 72), 8 ss., il quale, pur proclamandosi "contrattualista efferato", riconosce la debolezza della "idea che l'azionista non abbia altri obblighi oltre quello del conferimento e che, in particolare, col voto egli gestisca il proprio interesse, e dunque eserciti un proprio diritto, con la correlativa applicazione del brocardo *quo jure suo utitur* ecc. (tesi che tra l'altro prova evidentemente troppo, ché, se davvero il voto fosse strumento di gestione di un interesse elusivamente proprio, il problema del conflitto non si porrebbe neppure)", V. anche nt. 72. All'ipotesi prospettata nel testo, si

potrebbe (ulteriormente) obiettare, richiamando la disciplina della rappresentanza (art. 1394 c.c.), che un atto compiuto in conflitto di interessi deve considerarsi comunque efficace (dal momento che, per la norma citata, esso vincola il rappresentato). Tuttavia, così ragionando si estenderebbe ad una fattispecie non rappresentativa (qual è quella in esame: socio che vota abusando del proprio potere) una disposizione specificamente dettata per la sostituzione nel compimento di atti giuridici e che – si ritiene – riconosce validità ed efficacia ad un atto sostanzialmente non autorizzato dal rappresentato (in quanto compiuto in violazione di un limite sostanziale al potere rappresentativo), per tutelare l'affidamento del terzo, sulla base dell'apparenza di rappresentanza creata dal comportamento del rappresentato medesimo (F. Bonelli, Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore, Milano, 1968, 70, 80 ss., 102 ss.). Evidenzia la differenza tra la fattispecie sottesa all'art. 2373 c.c. e quella regolata dall'art. 1394 c.c. anche A. Gambino (nt. 41), 268, dove ulteriori riferimenti.

(78) Questa particolare condizione giuridica del voto non implica anche che il presidente dell'assemblea debba escludere dalla votazione, magari ex post, il socio in conflitto d'interessi o che abbia abusato del proprio diritto (nello stesso senso, dopo la riforma, anche per ulteriori citazioni, F. MassaFelsani (nt. 47), 251 ss.; S. Alagna (nt. 24), 149, 152; G.A. Rescio (nt. 24), 195; M. Cian (nt. 2), 136; Pasquariello (nt. 47), 498 ss.; prima, per tutti, D. Preite (nt. 29), 118 ss.; per citazioni anteriori alla riforma cfr. altresì R. Lener-A. Tucci (nt. 40), 224 nt. 34; L. Enriques (nt. 73), 130 ss.; in giurisprudenza, di recente, Cass., 5 novembre 2004, n. 21233, in Giur. it., 2005, 981; Trib. Milano, 26 giugno 2004, in Corr. giur., 2005, 546), giacché, a norma dell'art. 2371 c.c., il presidente dell'assemblea deve solo verificare la legittimazione formale del votante (che sicuramente spetta al socio in conflitto), non anche la liceità della causa del voto o il rispetto di un limite sostanziale al corrispondente potere. Il presidente, si può affermare in linea generale, è tenuto ad assicurare la legalità del procedimento assembleare non già in assoluto, ma solo per quegli aspetti che l'ordinamento (ad es., attraverso l'art. 2371 c.c.) fa rientrare nei suoi doveri di controllo (così pare anche doversi escludere il potere del presidente dell'assemblea di escludere l'incapace naturale: P. Schlesinger (nt. 29), 382 nt. 64, anche se il punto è discusso: v., ad esempio, F. Galgano (nt. 63), 278).

(79) Sotto il profilo esaminato nel testo non vi è dunque alcuna differenza rispetto all'ipotesi di voto espresso dal socio amministratore in violazione del divieto ex art. 2373, comma 2°, c.c.

(80) Si supera così l'ostacolo, ipotizzato da R. Rordorf (nt. 10), 812 (e v., anche, E. RicciArmani (nt. 33), 88 ss.), "di poter individuare con precisione una norma – evidentemente diversa dall'art. 2377 c.c. – che dia fondamento alla pretesa di annullare un atto negoziale unilaterale, qual è la dichiarazione di voto".

(81) Cfr. A. Gambino (nt. 41), 303.

(82) Cfr. anche M.P. Martines (nt. 33), 1210; G.B. Portale (nt. 47), 174; M. Cian (nt. 2), 140, 148.

(83) Sulla ratio della disposizione e sulla coerenza, con essa, della soluzione ipotizzata appresso nel testo v. nt. 90. Sulla disciplina anteriore alla riforma v., anche per indicazioni, A. Serra (nt. 33), 131 ss.; R. Lener-A. Tucci (nt. 40), 121 ss.

(84) V. l'esempio di nt. 62. Per ulteriori approfondimenti v. nt. 90.

(85) "Il criterio del computo della maggioranza è, dunque, un aspetto del più vasto tema della repressione dell'abuso di minoranza" (M.P. Martines (nt. 33), 1189; ma v. già F. Galgano, Contratto e persona giuridica nelle società di capitali, in Contr. e impr., 1996, 7). Prima della riforma, anche se con valutazioni non sempre coincidenti, G.B. Portale (nt. 47), 175; R. Rordorf (nt. 10), 811 ss.; A. Mazzoni (nt. 33), 502; M.P. Martines (nt. 33), 1209 ss.

(86) Capitale rappresentato 70%; quorum deliberativo (metà + 1 di 70%, quindi) 35% + 1; voto a favore 35%; astenuti 34,99%; voto contrario abusando del potere 0,01%: considerando come astenuto il socio che ha espresso il voto abusivamente, la proposta non risulterebbe comunque approvata, se non si escludesse la suddetta percentuale dello 0,01% dalla base di calcolo del quorum deliberativo.

(87) A. Serra, Il procedimento assembleare, in Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 64; C. Montagnani (nt. 24), 489; B. Petrazzini, in Il nuovo diritto societario, diretto da G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, I, Bologna – Roma, 2004, 531; Pasquariello (nt. 47), 472; F. Ferrara-F. Corsi (nt. 24),

540; G.A. Rescio (nt. 24), 188; F. Galgano (nt. 63), 277; G.F. Campobasso (nt. 65), 318. Si limita a porre il problema AssociazioneDisianoPreite, *Il diritto delle società*<sup>2</sup>, Bologna, 2006, 148. Contra, dubitativamente e solo per le assemblee ordinarie, M. Cian (nt. 2), 149. Cfr., prima della riforma, anche se con valutazioni non coincidenti, per tutti, G.B. Portale (nt. 47), 175 ss.; R. Rordorf (nt. 10), 812; M.P. Martines (nt. 33), 1210.

(88) V. nt. 70.

(89) Cioè della norma che esclude dal quorum deliberativo la quota di capitale rappresentata dal socio astenutosi per conflitto di interessi.

(90) La "sterilizzazione" della partecipazione sociale e la conseguente espunzione della medesima dalla base di calcolo del quorum deliberativo rappresentano la sanzione "reale" per il caso in cui si accerti, in sede giudiziale, che il voto è stato esercitato in contrasto con il principio di correttezza e buona fede. La ratio di questa disciplina, con gli opportuni adattamenti, è, in fondo, la stessa che anima la scelta del legislatore di sottrarre il socio astenutosi per conflitto di interessi dalla base di calcolo del quorum deliberativo: "la legge si è preoccupata massimamente che la deliberazione risponda all'interesse sociale, che viene tutelato dai voti dei soci imparziali" (corsivo mio: Cass., 7 agosto 1959, n. 2489 (nt. 47), ripresa poi da Cass., 23 marzo 1996, n. 2562, in Foro it., 1997, I, 1938; cfr. anche L. Enriques (nt. 10), 382; M. Cian (nt. 2), 138 ss.). L'ordinamento non tollera che alcuni soci pieghino illegittimamente la società a fini privati (arg. ex artt. 1175, 1375, 2256, 2373 c.c.) e reagisce ad una specifica ipotesi di comportamento illegittimo (il voto prestato in conflitto di interessi con la società), "sterilizzando" la partecipazione sociale ai fini del calcolo del quorum deliberativo (nullità/inefficacia del voto; secondo altra tesi, annullabilità: cfr. note 65 ss.); questo tipo di reazione appare adeguato a sanzionare anche l'altra ipotesi, non regolata espressamente, in cui il socio abusa del diritto di voto, poiché assicura l'esigenza, frustrata qui non meno che nell'ipotesi precedente, che la volontà sociale si formi con il contributo esclusivo "di soci imparziali". Per queste ragioni, non sembra decisiva l'osservazione di M. Cian (nt. 2), 148, il quale, equiparata la posizione del socio il cui voto è stato annullato per abuso di potere a quella di astenuto, esclude che vi si applichi lo stesso regime previsto per l'ipotesi di conflitto di interessi, in base alla considerazione che "il dovere di correttezza [non] si concret[a], stante la neutralità dell'azione rispetto all'interesse sociale, nell'imposizione di una scelta tra non partecipazione al voto e perseguimento dell'interesse della maggioranza, delineabile nei termini propri dell'ipotesi di conflitto".

(91) Sulle possibili ulteriori sanzioni dell'abuso della minoranza v. specialmente G.B. Portale (nt. 47), 173 ss. (in definitiva, solo risarcimento del danno: così anche A. Mazzoni (nt. 33), 502; R. Rordorf (nt. 10), 813; e poi, anche per l'esame della disciplina, F. Guerrera (nt. 29), 197 ss., e A. Nuzzo (nt. 33), 224 ss.): lo stesso A. esprime perplessità, tra l'altro, sia sul ricorso a soluzioni statutarie diverse dal mero riscatto di azioni da parte della società, sia sull'applicazione analogica dell'art. 2932 c.c. (così invece M.C. Corradi (nt. 10), 856; ma contra adde M. Cian (nt. 2), 149 ss. e 157 ss.). Cfr., anche, A. PisaniMassamormile (nt. 33), 163 ss. (propenso, invece, ad ammettere rimedi di natura "reale": contra, però, A. Nuzzo (nt. 33), 272 ss.).

(92) "In tutti i sistemi si ammette che l'abuso del diritto può consistere sia in comportamenti commissivi, sia in comportamenti omissivi" (G.B. Portale, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in Giur. comm., 1982, I, 421): ciò vale a maggior ragione quando al comportamento omissivo (astensione) la legge assegna una portata identica a quella del comportamento commissivo (voto contrario).

(93) In questo modo si chiude il cerchio che si è iniziato a tracciare nel paragrafo precedente: la sottrazione della quota sociale dalla base di calcolo del quorum deliberativo è una reazione dell'ordinamento adeguata alla ratio della norma che vieta al socio di agire in conflitto di interessi o comunque abusando delle proprie prerogative in sede assembleare, poiché, facendo in modo che la decisione si formi senza il contributo dei soci "infedeli" e con la sola partecipazione di quelli imparziali, impedisce che la società sia asservita da alcuni soci a fini privati estranei allo scopo comune.

(94) Se corrette, le osservazioni svolte nel testo potrebbero far nascere un duplice ordine di gravi interrogativi: se, in determinati casi, il dovere di correttezza e buona fede istituisca in capo al socio l'obbligo di votare a favore dell'approvazione della proposta, giacché il voto contrario o l'astensione, ad esso equiparata dall'art. 2368, comma 3, c.c., impedirebbero, abusivamente, la formazione della delibera (cfr., anche per indicazioni di letteratura straniera, G.B. Portale (nt. 47), 167 ss.; M. Cian (nt.

2), 149 ss.; adde, di recente, in Germania, T. Raiser-R. Veil (nt. 77), 444); se l'occasionale sterilizzazione della partecipazione non rappresenti la sanzione di carattere generale contro ogni ipotesi di esercizio abusivo delle prerogative sociali, anche diverse dal voto (ad es., impugnazione delle delibere assembleari; richiesta di convocazione dell'assemblea ex art. 2367 c.c.), con la conseguenza che il socio "infedele", postosi momentaneamente al di fuori dell'organizzazione societaria, dovrebbe essere considerato, nel caso specifico, privo del potere di compiere quel determinato atto (l'impugnazione andrebbe quindi respinta per inammissibilità; ecc...: cfr. G.B. Portale (nt. 92), 407 ss.; A. PisaniMassamormile (nt. 33), 64 ss., 116 ss., 189 ss., anche per citazioni di letteratura straniera). Nella stessa direzione è orientata, sulla scorta dell'esperienza francese, un'autorevole dottrina spagnola, secondo la quale l'abuso della minoranza che, approfittando della previsione statutaria di un quorum costitutivo particolarmente elevato, boicotta con l'assenteismo la regolare costituzione dell'assemblea, va sanzionato proprio sterilizzando la partecipazione della minoranza ed espungendo la medesima dalla base di calcolo del quorum (F. VincentChuliá, *Introducción al derecho mercantil* 18, Valencia, 2005, 386 ss., e 398). Per il diritto tedesco, oltre alle opere di carattere generale (commentari e manuali), cfr. T. Baums, *Empfiehl sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs – und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?*, in *Verhandlungen des dreiundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. 1, Gutachten F, München, 2000, 144 ss. Sul problema dell'impugnazione "abusiva" da parte del socio, in un'ipotesi particolare in cui l'attore aveva predisposto, in qualità di amministratore della società, il bilancio oggetto di impugnazione, cfr., di recente, F. Astone, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, spec. 243 (dello stesso A. v. già *Impugnativa di bilancio e divieto di venire contra factum proprium*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 209 ss., a commento della pronuncia della S.C. menzionata subito appresso), e F. Festi (nt. 73), 209 ss., entrambi critici, anche se con toni diversi, nei confronti di Cass., 11 dicembre 2000, n. 15592, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2439, che ha escluso in tal caso la sussistenza di un comportamento abusivo; aderisce alla decisione della Suprema Corte, invece, M. Costanza, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, ivi.

(95) Sul piano sostanziale, è stato denunciato il pericolo che, opinando nel senso del testo, le decisioni di competenza dell'assemblea siano prese, in fatto, da un'esigua minoranza del capitale sociale (E. RicciArmani (nt. 33), 86). L'obiezione, che già non era considerata decisiva all'epoca della sua formulazione, né dalla giurisprudenza, né dalla dottrina, lo è ancor meno oggi, perché si scontra con la scelta espressamente compiuta dal riformatore attraverso l'art. 2368, comma 3, c.c. (e v. nt. 90). Viceversa, sempre sul piano sostanziale, non bisogna trascurare che il "risultato ultimo [della soluzione contraria a riconoscere al giudice il potere di cui si discute] è, in definitiva, quello di attribuire alla maggioranza [o alla minoranza]...un potere di veto nelle materie sulle quali è in conflitto di interessi" (L. Enriques (nt. 10), 380).

(96) *Contra* A. Nuzzo (nt. 33), 220 e dottrina ivi citata.

(97) App. Milano, 23 maggio 1952 (nt. 10) (poi ripresa pedissequamente da Trib. Bologna, 27 giugno 1974 (nt. 4)); cfr. anche Trib. Milano, 18 maggio 2000, e 2 giugno 2000 (nt. 10); Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002 (nt. 4). In dottrina cfr. F. Ferrara-F. Corsi (nt. 24), 542; G(astone) C(ottino), in nota a Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002 (nt. 4).

(98) Specialmente se, come per lo più accade, viene inteso come espressione dell'esigenza di tutela dell'autonomia privata della società. La massima riferita nel testo, però, potrebbe anche fondarsi sulla premessa implicita che la formazione della volontà sociale presuppone necessariamente la proclamazione, che la sentenza del giudice non può surrogare: ed è in questo senso che l'espressione trascritta sembra essere fatta propria da Cass., 26 agosto 2004, n. 16999 (nt. 10) (su questo punto v. n. 5.3. ss.).

(99) Per il dibattito in Francia sul potere del giudice di sostituirsi all'assemblea v. A. PisaniMassamormile (nt. 33), 145 ss.

(100) Il 60% del capitale sociale vota a favore della proposta, che, però, il presidente dichiara respinta, sull'erroneo presupposto che per la sua approvazione sia richiesto un quorum del 70% (laddove è sufficiente una percentuale inferiore al 60%). Per approfondimenti su questa fattispecie v. nt. 55.

(101) Nell'esprimere contrarietà all'accertamento giudiziale della delibera positiva, il Tribunale di Milano, 18 maggio, e 2 giugno 2000 (nt. 10), omette, invece, di distinguere le diverse fattispecie a cui

si allude nel testo.

(102) Cfr. S.A. Villata (nt. 37), 347 ss., 381 ss., 406 ss.

(103) Cfr. G. Romano-Pavoni (nt. 4), 340; D. Pettiti (nt. 47), 1581; L. Enriques (nt. 10), 380 nt. 160; M. Cian (nt. 2), 165. Coglie il punto Trib. Napoli, 10 luglio 2002 (nt. 47). Tutto questo, si badi, vale in linea di principio, giacché resta da verificare se non sussistano ulteriori ostacoli all'emersione giudiziale della deliberazione positiva: v. n. 5.3.

(104) Secondo D. Preite (nt. 29), 122 nt. 38, "il richiamo all'autonomia privata" – operato dalla giurisprudenza citata poc'anzi – è "del tutto fuori luogo, poiché l'esito della decisione è proprio quello di impedire all'autonoma volontà della minoranza non in conflitto di interessi di esprimersi e farsi valere ": v. nel senso del testo, anche, K. Schmidt, *Rechtsschutz des Minderheitsgesellschafters gegen rechtswidrige ablehnende Beschlüsse*, in NJW, 1986, 2020; W. Zöllner (nt. 5), § 248, 895.

(105) Nel senso del testo v. Cass., 7 agosto 1959, n. 2489 (nt. 47); Trib. Napoli, 10 luglio 2002 (nt. 47); Trib. Roma, 2 aprile 1999, e App. Roma, 29 maggio 2001 (nt. 41); Trib. Catania, 3 settembre 2001 (nt. 47); contra, invece, App. Milano, 23 maggio 1952 (nt. 10); Trib. Bologna, 27 giugno 1974 (nt. 4); Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002 (nt. 4).

(106) V. già nt. 53.

(107) V. G.B. Portale (nt. 47), 175; A. PisaniMassamormile (nt. 33), 150 ss.; F. MassaFelsani (nt. 47), 254 ss.; F. Guerrera (nt. 35), 127 ss.; W. Zöllner, *Zur positiven Beschlußfeststellungsklage im Aktienrecht*, in ZGR, 1982, 628. V. anche A. Serra (nt. 33), 183. Sembra trascurare questo ostacolo, invece, S. ScottiCamuzzi (nt. 33), 908 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 26 agosto 2004, n. 16999 (nt. 10). Per indicazioni sul principio di tassatività v. nt. 53.

(108) Cfr. A. Schermi (nt. 33), 2130; L. Enriques (nt. 10), 380 nt. 160; D. Preite (nt. 29), 121 nt. 35; D. Cenni, *Presidente di assemblea di società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 1993, 875.

(109) L'impostazione del problema nei termini descritti nel testo risale ad epoca anteriore alla riforma: v. T. Auletta (nt. 119), 525.

(110) Si veda, tra tutti, M. Cian (nt. 2), 118 nt. 43, per il quale "sarà...da intendersi come atto di proclamazione... in mancanza di una dichiarazione da parte del presidente di fronte al consesso assembleare, l'affissione dei risultati nella sede della società. Il tutto compatibilmente con la regola di redazione del verbale senza ritardo "; mentre, in altro luogo dell'indagine, la proclamazione è esplicitamente identificata con l'accertamento dei risultati di cui dar conto nel verbale, ex artt. 2371 e 2375 c.c. (pagina 122 e 120, testo e nt. 46).

(111) Irrilevante per alcuni (A. Candian (nt. 29), 82 ss.; M. Vaselli, *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, Padova, 1947, 157; G. Romano-Pavoni (nt. 4), 208 ss., purché l'organo competente abbia comunque provveduto ad accertare i risultati della votazione; A. Fiorentino, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, 50 ss.; A. Mignoli-R. Nobili, *Assemblea di società*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 392; P. Trimarchi (nt. 10), 65 ss.; A. Venditti, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, 60; A. Graziani (nt. 73), 329 ss.; D. Pettiti, *Note sul presidente dell'assemblea*, in questa Rivista, 1963, 497 ss.; O. Paciotti, *Osservazioni intorno alla natura e alle funzioni del presidente delle assemblee di società per azioni*, in *Temi*, 1966, 397 ss.; D. Cenni (nt. 108), 874 ss.; D. Preite (nt. 29), 120 ss.; G. Frè-G. Sbisà (nt. 73), 712 e 735; G. Cottino (nt. 70), 382; A. Morano, *Il presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Società*, 2000, 414); determinante per l'esistenza della delibera per altri (A. Donati, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, 165 ss., 206 ss.; G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 403 ss.; G. Sena (nt. 70), 476; L. Buttaro, *In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza*, in *Banca borsa*, 1962, I, 245 e 248; Id. (nt. 47), 2772; S. ScottiCamuzzi (nt. 33), 908 ss.; A. Serra, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, 157; D. Chiofalo (nt. 41), 133ss.); condizione esterna integrativa dell'efficacia per altri ancora (N. Salanitro, *Il presidente dell'assemblea nelle società di capitali*, in questa Rivista, 998 nt. 39). Va da sé, in virtù di quanto osservato nella nota precedente, che vi è grande incertezza circa l'individuazione di cosa si debba reputare, rispettivamente: irrilevante, determinante per l'esistenza della delibera o condizione integrativa della sua efficacia. Il quadro post riforma non è più confortante: S. Alagna (nt. 24), 156 ss., e V. Sanna, *L'inesistenza delle deliberazioni assembleari e delle decisioni extra assembleari: un problema ancora aperto*, in corso di pubblicazione, n. 5.3., giudicano la proclamazione irrilevante per l'esistenza della delibera; G. Guizzi, *Le decisioni dei soci:*

profili tipologici, in Riv. dir. comm., 2004, I, 1017, G. Santoni, Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata, in Dir. e giur., 2003, 242, F. MassaFelsani (nt. 47), 254, la considerano, per contro, essenziale per la fattispecie (ma v. nt. 156); secondo M. Cian (nt. 2), 118 ss., infine, essa costituisce una condizione esterna alla fattispecie, integrativa della sua efficacia (ma v. n. 5.3.3.).

(112) Già nei primi anni '60 del secolo appena trascorso uno dei più attenti studiosi della materia aveva occasione di lamentare come il dissenso sui vari profili della proclamazione, "mancando specifiche norme positive che aiut[assero] a risolverlo ", rischiasse "di diventare una questione di fede" (D. Pettiti (nt. 111), 501). E, di recente, v. F. MassaFelsani (nt. 47), 14.

(113) Cfr. anche S. Alagna (nt. 24), 154 ss.; F. Guerrera (nt. 35), 126 ss.; V. Sanna (nt. 111), n. 5.3.

(114) Sembra opportuno soffermarsi brevemente sulle norme appena ricordate, per chiarire alcuni aspetti che pare utile tenere a mente come premessa delle osservazioni svolte appresso nel testo. Gli artt. 2371 e 2375 c.c. disciplinano fattispecie diverse (le prerogative presidenziali, il primo; il contenuto del verbale, il secondo) e hanno storicamente origine (si veda chiaramente in tal senso la Relazione al d.lgs. 6/2003) nell'intenzione del riformatore di porre fine alle note e interminabili discussioni che nel vigore del vecchio ordinamento dividevano dottrina e giurisprudenza circa le funzioni del presidente dell'assemblea e il grado di analiticità del verbale. Non tutti i problemi sono però risolti tout court dalle scelte legislative; su uno in particolare interessa ora concentrare l'attenzione: quello relativo alla verbalizzazione delle attestazioni presidenziali false, con specifico riguardo alla fase immediatamente successiva alla votazione. Come si deve comportare, oggi, il verbalizzante, se gli risulti che la proposta, che il presidente dichiara approvata, in realtà non ha conseguito la maggioranza sufficiente? Riguardo alla verbalizzazione notarile (ma il discorso non cambia se riferito al verbale redatto dal segretario: cfr. per tutti F. Ferrara, Sugli accertamenti del notaio verbalizzante l'assemblea di una società per azioni, in Studi in memoria di T. Ascarelli, II, Milano, 1969, 588; G. Laurini, Il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle delibere assembleari, in AA.VV., La verbalizzazione delle delibere assembleari, Milano, 1982, 57; A. Serra (nt. 33), 155; F. DiSabato, Manuale delle società<sup>5</sup>, Torino, 1995, 449) si è sostenuto, anteriormente alla riforma, che in un'ipotesi del genere "il notaio deve attestare il risultato che a lui personalmente consta...Ove poi, fatta notare l'inesattezza, il presidente persista nelle proprie convinzioni, sembra utile... dar conto della stessa... Ovviamente, ciò che conta per l'adozione della delibera è il risultato quale attestato dal notaio" (G.A. Rescio, Verbale di assemblea per atto pubblico, in AA.VV., Impresa e tecniche di documentazione giuridica, Milano, 1990, 70; corsivo mio). Alla luce del nuovo art. 2371 c.c., non sembra che tale conclusione possa essere tenuta ferma (cfr. anche G. Laurini (nt. 55), 100 ss.; S. Alagna (nt. 24), 176 ss.). La lettera della legge è chiara nel disporre che l'accertamento del risultato delle votazioni è di competenza esclusiva del presidente dell'assemblea e che " degli esiti" di tale accertamento il notaio " deve" dare conto nel verbale. La documentazione delle risultanze dell'attività presidenziale non è, quindi, rimessa ad una valutazione discrezionale del verbalizzante, ma costituisce oggetto di un preciso obbligo, evidentemente incompatibile con il potere del verbalizzante di sostituire, a quella del presidente, la propria percezione della realtà. Tale conclusione, oltre che imposta dalla lettera della legge:a) non trova ostacolo in un dovere – inesistente (cfr. per tutti G. Laurini (nt. 114), 69 ss.; G.A. Rescio, cit., 85; ma v. ora C. Montagnani (nt. 24), 533) – del verbalizzante di astenersi dal verbalizzare delibere invalide (qual è quella dichiarata dal presidente, ma non sorretta dalla sufficiente maggioranza: art. 2377, comma 5, n. 2, c.c.);b) è poi confermata dal rilievo che la scelta legislativa di assegnare proprio al presidente dell'assemblea il compito di accertare i risultati della votazione sarebbe evidentemente disattesa qualora il verbalizzante potesse sostituire le proprie valutazioni a quelle presidenziali. Posto che "ruolo tipico di ogni verbalizzante" è "attestare la verità dei fatti che accadono innanzi a sé" (in questi termini, per tutti, G.A. Rescio, cit., 81), egli è tenuto a far emergere dal verbale, in aggiunta al risultato della votazione accertato dal presidente (cfr. L.A. Miserocchi, La verbalizzazione nelle società per azioni, Milano, 1969, 152), il difforme risultato che gli consti per effetto di una diretta percezione della realtà. In tal caso, resta però fermo, per quanto detto, che ciò che conta per l'adozione della delibera è il risultato quale accertato dal presidente dell'assemblea (conf., oggi, G.A. Rescio, L'atto pubblico societario, 9 ss., e 19 ss., del dattiloscritto della relazione tenuta al Convegno notarile della Calabria (10-11 giugno 2005), che si è potuto consultare per cortesia dell'A.; F. Guerrera (nt. 35), 129). Sul piano sostanziale, questa conclusione è coerente con la funzione di controllo del verbale e con l'esigenza che sia assicurata una sorta di

"supervisione" sull'operato del presidente (organo non ontologicamente imparziale: per tutti, N. Salanitro (nt. 111), 975): l'autonomia (in chiave complementare, non sostitutiva) di cui gode il verbalizzante, infatti, consente di far emergere dal verbale i comportamenti infedeli del presidente, mettendo in tal modo qualunque legittimato nelle condizioni di impugnare e distruggere il deliberato. Un'ultima osservazione: alla luce di quanto precede, sembra perdere d'importanza l'eventuale dubbio se, nell'art. 2375 c.c., il risultato delle votazioni, che il verbale deve indicare, sia quello frutto dell'accertamento presidenziale (e di cui è già imposta la verbalizzazione dall'art. 2371 c.c.) ovvero delle constatazioni del verbalizzante. La norma potrà essere intesa in entrambi i modi, purché si abbia cura di precisare (per effetto del necessario coordinamento dell'art. 2375 c.c. con i principi generali in tema di verbalizzazione sinteticamente illustrati): ove si aderisca alla prima delle interpretazioni ipotizzate, che al verbalizzante non è impedito di dare atto (anche) dei fatti (come) da lui percepiti; ove si aderisca alla seconda, che l'indicazione a verbale delle proprie constatazioni è necessaria non in ogni caso, ma solo se difformi da quelle presidenziali (in quest'ultimo senso sembra ormai decisamente orientata anche la dottrina tedesca: W. Zöllner (nt. 5), § 130, 1290, ove ulteriori indicazioni; D. Kubis, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* 2, Bd. 2, München, 2004, § 130, 385; U. Hüffer, *Aktiengesetz* 6, München, 2004, § 130, 674; cfr. anche W. Obermüller-W. Werner-K. Winden, *Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft* 4, Stuttgart, 2001, 465). Al termine di questo breve excursus sui rapporti tra dichiarazioni presidenziali e attestazioni del verbalizzante resta ancora il dubbio se il verbalizzante sia tenuto ad accertare il risultato della votazione in ogni caso, ovvero solo quando, date le circostanze del caso concreto, abbia motivo di sospettare della corrispondenza al vero delle dichiarazioni che gli vengono rese sul punto dal presidente dell'assemblea.

(115) V. oltre, n. 5.3.3.

(116) La previsione di uno strumento di informazione sul deliberato non deve reputarsi scontata, tanto è vero che essa manca nella legislazione tedesca in materia di GmbH (v. n. 5.3.3.). Ma che si tratti di una scelta legislativa quanto mai opportuna, lo dimostrano proprio le perplessità espresse dalla dottrina tedesca su tale disciplina, ricorrendo praticamente in ogni commento di carattere generale l'invito a introdurre in via statutaria l'obbligo di accertamento del risultato e di sua verbalizzazione.

(117) A. Hueck, *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüsse bei Aktiengesellschaften*, Berlin-Leipzig, 1924, 53; H. Jacusiel, *Gültige und fehlerhafte Generalversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaften*, Berlin, 1928, 29 ss.; E. Eiser, *Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der eingetragenen Genossenschaft*, Berlin, 1930; A. Hueck, *Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsreform*, Berlino, 1933, 17; H. Bartholomeyczik, *Der Körperschaftsbeschlû als Rechtsgeschäft*, in *ZHR*, 105 (1938), 311 ss.; W. Zöllner (nt. 2), 393 ss.; Id. (nt. 5), § 133, 1370. Nella dottrina italiana, N. Salanitro (nt. 111), 993. Si pensi solo agli amministratori, che devono dare esecuzione alla delibera, o al socio (a maggior ragione se assente) intenzionato ad impugnare.

(118) Poiché il legislatore giudica come delibera della società quella consacrata a verbale (es.: approvazione della proposta), anche quando, in realtà, la volontà effettivamente manifestata dai soci con la votazione fosse diretta in senso contrario (arg. ex art. 2377, comma 5, n. 2, c.c.), il tema "informazione sul deliberato" si arricchisce di un capitolo ulteriore, che attiene al conferimento del crisma della certezza alle notizie che vengono diffuse. Ed in questa prospettiva, disciplina dell'informazione e disciplina dell'invalidità delle delibere appaiono ispirate ad un fine comune: assicurare chiarezza e certezza in ordine al deliberato (rectius: ciò che appare essere stato deliberato).

(119) In termini identici a quelli prospettati nel testo era comunemente impostato, prima della riforma, il problema della definizione del contenuto della proclamazione: v., per tutti, T. Auletta, *Rassegna di legislazione e giurisprudenza*, in questa Rivista, 1959, 524 ss.; N. Salanitro (nt. 111), 991; D. Pettiti (nt. 111), 499; S. ScottiCamuzzi (nt. 33), 908. Analogamente, sull'interpretazione del § 130, Abs. 2, AktG ("In der Niederschrift [ist]... das Ergebnis der Abstimmung... anzugeben"), che corrisponde al nostro art. 2375 c.c. ("il verbale deve indicare... il risultato delle votazioni"), v., per tutti, W. Zöllner (nt. 5), § 130, 1289; D. Kubis (nt. 114), § 130, 385; e, con riguardo al testo del § 259 HGB (1897) – "Ergebnis der Beschlußfassungen" –, cfr. A. Hueck, *Anfechtbarkeit* (nt. 117), 54, dove ulteriori indicazioni; H. Jacusiel (nt. 117), 28 ss.; J. Becher, *Die Protokollierung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft*, Berlin, 1929, 21 ss.

(120) Per citazioni v. nt. 111.

(121) Il profilo riveste, come noto, importanza centrale nella disciplina delle delibere assembleari. Per avere un quadro più preciso delle due alternative, si consultino fin d'ora Cass., 7 agosto 1959, n. 2489 (nt. 47), e la nota contraria di A. Schermi (nt. 33), 2130 ss. È bene comunque segnalare già adesso la sostanziale autonomia del problema del "valore" dell'accertamento rispetto a quello della sua "rilevanza" (amplius: n. 5.3.3.).

(122) Cosa debba intendersi con l'espressione "accertamento del risultato delle votazioni" – quali siano, in definitiva, le incombenze che la legge (art. 2371 c.c.) pone a carico del presidente dell'assemblea –, è questione di non facile soluzione. L'alternativa astrattamente ipotizzabile è se il presidente dell'assemblea debba far constare a verbale il solo dato quantitativo (cioè i voti espressi a favore, i voti contrari e gli astenuti), ovvero solo, o anche, l'interpretazione di tale dato (cioè, l'approvazione o meno della proposta). Premesso che, nella normalità delle ipotesi, il verbale dà atto tanto dell'uno quanto dell'altra (e che, in caso di contrasto, prevale, per la qualificazione della fattispecie, l'interpretazione: v. nt. 55, dove riferimenti), la soluzione del dilemma assume consistenza concreta nelle ipotesi in cui manchi uno degli adempimenti prefigurati e, quindi, sia consacrata a verbale la sola interpretazione del risultato ovvero il solo dato numerico. Muovendo dalla prima ipotesi, non vi è ragione di considerare mancante l'accertamento del risultato, quando il verbale attesti unicamente se la proposta è stata o meno approvata: orientano in tal senso sia la lettera (dichiarare se la proposta è stata o meno approvata è una forma di "accertamento del risultato"), sia la ratio delle norme (artt. 2371 e 2375 c.c.), che impongono la consacrazione a verbale dell'accertamento del risultato delle votazioni (a quest'ultimo riguardo, v. infra nel testo). Si deve però aggiungere che l'ipotesi in considerazione non pare garantire la validità della delibera: a pena di annullabilità della stessa ex art. 2377, comma 5, n. 3, c.c., il verbale deve infatti contenere una "traccia" del dato quantitativo posto dal presidente a base dell'interpretazione del risultato della votazione, perché, altrimenti, non sarebbe in grado di consentire l'accertamento della validità della decisione (si pensi, ad es., all'eventualità di un errore nel conteggio dei voti, circostanza che può rendere la delibera annullabile a norma dell'art. 2377, comma 5, n. 2, c.c.) (conf. A. Spena, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, 2, I, Torino, 2003, 373; G. Guerrieri, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 554 nt. 179). Più delicato si presenta, invece, l'inquadramento della seconda ipotesi innanzi prefigurata: quella in cui il verbale attesti il dato numerico emerso dalla votazione, senza che vi sia espressa alcuna valutazione in ordine all'approvazione o meno della proposta ad opera del presidente dell'assemblea. Al riguardo, bisogna considerare che la ratio che ispira la previsione di un obbligo di accertamento e verbalizzazione del risultato della votazione consiste nell'assicurare al lettore del verbale di comprendere in maniera chiara cosa la società consideri come propria delibera. L'accertamento della effettiva direzione della volontà assembleare (se nel senso dell'approvazione o del rigetto della proposta) è, infatti, un'attività che le circostanze del caso concreto (numero dei votanti, oggetto della decisione, complessità delle norme statutarie di calcolo dei quorum, ecc....) possono rendere assai difficoltosa (F. Goldschmit, *Die Aktiengesellschaft*, München, 1927, 359; E. Brodmann, *Aktienrecht*, Berlin-Leipzig, 1928, 341; H. Bartholomeyczik (nt. 117), 311; W. Zöllner (nt. 2), 392), sicché è quanto mai opportuno che il presidente dell'assemblea attesti con chiarezza a verbale se, sulla base di quella determinata relazione numerica tra voti favorevoli, contrari e astenuti, la proposta oggetto di votazione è stata o meno approvata. Alla luce dell'ratio della norma e in mancanza di univoche indicazioni in senso contrario, l'adempimento in esame può essere inteso con elasticità, nel senso che non sembra necessario l'impiego di formule sacramentali che interpretino il risultato (come richiesto in Germania dal combinato disposto dei §§ 130Abs. 2 e 241Abs. 1, N. 2: per tutti W. Zöllner (nt. 5), § 130, 1289 ss.), purché, in ogni caso, l'accertamento del mero dato numerico assicuri un'informazione diretta e non equivoca sul risultato della riunione assembleare (come accade, ad esempio, se il verbale indichi, in percentuale rispetto al capitale sociale, sia il quorum deliberativo sia la quantità di voti favorevoli). A questo proposito si deve ricordare che in Germania, prima dell'introduzione del § 111AktG (1937; oggi 130, Abs. 2), una parte della dottrina (A. Hueck, *Anfechtbarkeit* (nt. 117), 53 ss.; nello stesso senso F. Herzfelder, *Stimmrecht und Interessenkollision bei den Personenverbänden des deutschen Reichsprivatrechts*, München, 1927, 155 ss.; cfr., immediatamente dopo la riforma del 1937, H. Bartholomeyczik (nt. 117), 313) reputava sufficiente, nell'incertezza del dato positivo (che si limitava a richiedere la verbalizzazione dell'*Ergebnis der Beschlußfassungen*), che il verbale (in alternativa

all'attestazione dell'approvazione o meno della proposta: Verkündung) desse atto del conteggio dei voti (Stimmenzahl). E v. anche, sempre prima della riforma del 1937, H. Horowitz, *Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien*, Berlin, 1913, 233; H. Jacusiel (nt. 117), 28 ss. La soluzione prospettata (v., prima della riforma, V. Donativi, *I poteri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese*, Napoli, 1999, 94) pare suffragata, poi, da un argomento di natura formale. Si deve considerare, infatti, che un generico accertamento di tipo quantitativo è già imposto dalla legge, indipendentemente dalla previsione che fa obbligo al presidente dell'assemblea di accertare e far constare a verbale il risultato della votazione (comb. disp. degli artt. 2371 e 2375 c.c.), là dove si prescrive che "il verbale deve indicare... il capitale rappresentato da ciascuno [dei partecipanti]... e deve consentire... l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti" (art. 2375, comma 1, c.c.). Per effetto di questa disposizione il lettore del verbale è dunque già messo in grado di apprendere l'orientamento di voto dei singoli soci intervenuti e, quindi, la quantità di voti a favore o contro la proposta e il numero degli astenuti. Inteso come attività di rilevazione del mero dato quantitativo, l'"accertamento del risultato" non avrebbe dunque una funzione autonoma, giacché replicherebbe un adempimento già dovuto in forza di altra disposizione.

(123) Nella prospettiva che qui interessa, il *modus operandi* consueto delle assemblee (il fatto, cioè, che il presidente abbia l'abitudine di "proclamare" – nel senso appena chiarito – il risultato delle votazioni) passa decisamente in secondo piano: per stabilire quale sia la "rilevanza" giuridica dell'"accertamento del risultato delle votazioni" – se elemento costitutivo della fattispecie delibera o meno –, l'interprete non può che fare assegnamento su cosa il legislatore intenda con tale espressione, non potendosi pensare di elevare a condizione di esistenza (o, secondo altra tesi, di efficacia) della delibera quanto il legislatore stesso mostra di ignorare.

(124) V. nt. 122.

(125) Diverse, ovviamente, da quelle cui è preordinato il verbale medesimo (trascrizione nel libro delle delibere, deposito o iscrizione presso il registro delle imprese).

(126) Analogamente F. Guerrera (nt. 35), 127 ss.; V. Sanna (nt. 111), n. 5.3.

(127) Rappresentate da coloro secondo i quali la proclamazione, da un lato, consiste esclusivamente nell'annuncio al consesso dei presenti del risultato della votazione e, dall'altro, rappresenta un elemento costitutivo degli effetti o dell'esistenza della delibera: N. Salanitro (nt. 111), 993 ss.; L. Buttaro (nt. 47), 2772 e 2777.

(128) V. citazioni in apertura del paragrafo precedente.

(129) Dopo la riforma v. M. Cian (nt. 2), 118 nt. 43.

(130) A. Mignoli-R. Nobili (nt. 111), 392 (corsivo mio). Nello stesso senso M. Vaselli (nt. 111), 157; G. Romano-Pavoni (nt. 4), 209; A. Fiorentino (nt. 111), 50 ss.; G. Minervini (nt. 111), 404; A. Graziani (nt. 73), 329; O. Paciotti (nt. 111), 400. Si pensi, per fare un solo esempio, all'esito delle votazioni per le cariche sociali, compiute col voto di lista, per iscritto, in una banca cooperativa con migliaia di soci presenti o rappresentati: lo spoglio delle schede si conclude ore dopo che tutti (o quasi) i soci hanno abbandonato la riunione.

(131) Al fine di una migliore comprensione delle osservazioni svolte nel testo, si rivela molto istruttivo un confronto con il diritto tedesco, dove è oramai pacifico (una desueta posizione contraria si rinviene in C. Ritter, *Aktiengesetz*, München-Berlin, 1938, 333, 355; F. Schlegerberger-L. Quassowski, *Aktiengesetz*<sup>3</sup>, Berlin, 1939, 454) considerare la proclamazione, intesa quale annuncio al consesso dell'approvazione o meno della proposta, come momento necessario del procedimento formativo della delibera nella s.p.a. La base normativa su cui si fonda tale universale convinzione è costituita dal già ricordato § 130, Abs. 2, AktG, a tenore del quale il verbale deve contenere l'indicazione, oltre che dell'*Ergebnis der Abstimmung* (cioè, del risultato della votazione), anche della *Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlußfassung*, cioè l'interpretazione del risultato ad opera del presidente (v., per una chiara distinzione tra i due concetti, tra tutti, W. Zöllner (nt. 5), § 130, 1291). Il contenuto della norma risale al § 111 AktG 1937, redatto allo scopo di porre fine alle discussioni originate dal § 259 HGB 1897, il quale, nel disporre che il verbale dovesse dare conto solo dell'*Ergebnis der Beschlußfassung*, lasciava aperto il dubbio se la proclamazione fosse o meno elemento indispensabile del procedimento formativo della delibera. Dominava, anche in giurisprudenza, la tesi negativa (A. Hueck, *Anfechtbarkeit* (nt. 117), 54; F. Herzfelder (nt. 122), 155 ss.; H. Jacusiel (nt. 117), 29 ss.; E. Eiser (nt. 117), 24; RG, 28 marzo 1924, in JW, 1926, 1813; RG, 21 giugno 1929, in RGZ, 125, 143;

RG, 24 ottobre 1933, in RGZ, 142, 124). All'indomani dell'entrata in vigore del § 111 AktG 1937, la dottrina giustificava l'imposizione della Verkündung (cioè, appunto, della proclamazione) alla luce di esigenze di ordine pratico, connesse con la necessità di preservare il diritto del socio all'impugnazione della delibera; si rilevava, infatti, che a tal fine la società dovesse chiarire che cosa considerasse come propria delibera, sia perché l'accertamento dell'approvazione o meno della proposta non è sempre agevole, sia perché il socio, a norma del § 198, n. 1, AktG 1937 (oggi § 245, n. 1, AktG), per non perdere il diritto di impugnare, deve far risultare a verbale, quindi prima della chiusura dell'assemblea, la propria opposizione (Widerspruch) alla delibera (H. Bartholomeyczick (nt. 117), 311; sulle sue orme, W. Zöllner (nt. 2), 394 ss.). Questi cenni sommari sull'origine storica e sulla ratio della disposizione attualmente in vigore in Germania (§ 130, Abs. 2, AktG), si rivelano particolarmente utili nell'interpretazione del dato positivo interno e sembrano opporsi ad un'estensione, nell'ambito del diritto nazionale, dei risultati emersi in un ambiente normativo diverso.

(132) Una situazione corrispondente a quella tedesca vige in Austria, dove, per effetto del combinato disposto dei §§ 111, Abs. 2, e 196, Abs. 1, N. 1, AktG, il verbale deve contenere "das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzende über die Beschlußfassung", ed è legittimato ad impugnare la delibera annullabile, tra gli azionisti presenti, solo quello che abbia fatto opposizione (Widerspruch): cfr., per tutti, di recente, R. Strasser, in P. Jabornneg-R. Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>4</sup>, II Teil, Wien, 2001, § 111, 364 ss.; Id., in P. Jabornneg-R. Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>4</sup>, III Teil, Wien, 2002, § 196, 209 ss.; C. Diregger, in P. Doralt-C. Nowotny-S. Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, Wien, 2003, § 196, 2236 ss. Anche per l'ordinamento spagnolo possono impugnare la delibera annullabile, tra gli azionisti presenti, solo quelli che fanno constare a verbale l'opposizione alla delibera medesima (art. 117 Ley de Sociedades Anónimas: LSA); quanto al contenuto del verbale, dal combinato disposto dell'art. 26 LSA e 97.1.7, lett. a, del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) emerge che nel verbale il presidente dell'assemblea dichiara il risultato della votazione ed indica se la proposta è stata approvata o no: la giurisprudenza del Tribunale Supremo ritiene che, proprio in considerazione della norma contenuta nell'art. 117 LSA poc'anzi richiamata – secondo cui può impugnare la delibera annullabile solo quello, tra gli azionisti presenti, che abbia espresso la propria opposizione all'atto – la delibera non si perfeziona finché non viene proclamato il risultato della votazione: cfr., di recente, F. SánchezCalero, La junta general en las sociedades de capital, Cizur Menor (Navarra), 2007, 319, 326 (l'opinione maggioritaria ritiene comunque che il verbale non sia condizione di validità della delibera, ma semplice documento di prova: F. SánchezCalero, cit., 344 ss.; R. Uría-A. Menéndez, Curso de derecho mercantil, I, Madrid, 1999, 886 ss.). Per una valutazione critica della norma tedesca che regola nel modo evidenziato la legittimazione all'impugnazione degli azionisti presenti, e per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto, cfr. M. Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, Tübingen, 1997, 444 ss.; T. Baums (nt. 94), 72 ss.; per il diritto spagnolo cfr., invece, F. VincentChuliá (nt. 94), 399; R. Uría-A. Menéndez, cit., 890. Anche nel diritto americano, pur mancando una norma espressa in tal senso (ciò in conformità alla particolare struttura dell'ordinamento statunitense: M. Becker, cit., 295 ss.), il diritto di impugnare si estingue se l'azionista presente non si oppone alla delibera viziata: cfr. G. Jarzembowski, Fehlerhafte Organakte nach deutschem und amerikanischem Aktienrecht, Berlin, 1982, 117; M. Becker, cit., 319 (anche se i casi presi in considerazione dall'A. – partecipazione del socio all'assemblea, senza sollevare obiezioni, nonostante un vizio della convocazione – sembrano piuttosto assimilabili alla "sanatoria" prevista dall'art. 2379-bis, comma 1°, c.c.).

(133) Sempre in una prospettiva di comparazione con il diritto tedesco, non vanno nemmeno trascurate le differenze di tenore letterale tra il § 130 AktG e l'art. 2375 c.c.: quest'ultimo prescrive la sola indicazione a verbale del risultato della votazione, riecheggiando il § 259 HGB 1897, nel vigore del quale, si ricorderà, si escludeva per lo più la necessità di una proclamazione. Si deve tuttavia osservare che la somiglianza testuale tra i dati positivi oggetto di comparazione (il § 130 AktG e l'art. 2375 c.c.) potrebbe essere recuperata ove si ritenga che l'art. 2375 c.c. detti una prescrizione autonoma rispetto a quella prevista nell'art. 2371, comma 1, c.c., e vada con questo coordinato, per costituire un precetto unitario che impone al verbalizzante di dare conto sia degli esiti degli accertamenti compiuti dal presidente (Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlußfassung) sia del risultato della votazione quale risulta al verbalizzante stesso (Ergebnis der Abstimmung) sulla falsariga, appunto, del § 130, Abs. 2, AktG.

(134) Così N. Salanitro (nt. 111), 995.

(135) Per una parte della dottrina, infatti, il dies a quo per impugnare tali delibere decorre dalla loro verbalizzazione, se non dalla trascrizione del verbale nel libro di cui all'art. 2421, n. 3, c.c.: L.A. Miserocchi (nt. 114), 219 ss.; G.A. Rescio, Verbale (nt. 114), 55 ss.; G. Zanarone (nt. 73), 217 ss., il quale si limita a segnalare la probabile incostituzionalità dell'interpretazione contraria; dopo la riforma, giudica ancora aperto il problema R. Lener, in Società di capitali, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 553.

(136) In realtà, i problemi sollevati dalla norma che fa decorrere il termine per impugnare dalla data della delibera, come mettono in luce gli autori citati nella nota precedente, sono altri (abbreviazione del termine per impugnare in relazione ai vizi del verbale; fissazione del dies a quo in un momento anteriore a quello in cui il socio presente è messo nelle condizioni di controllare la delibera attraverso la consultazione del verbale, e il socio assente addirittura di venire a conoscenza della stessa) e insuscettibili di essere risolti con l'annuncio assembleare dell'esito della votazione.

(137) Ogni riferimento in G. Zanarone (nt. 73), 198 ss.

(138) Ed infatti, la dottrina tedesca molto insiste sul legame tra disciplina dell'impugnazione e necessità della proclamazione: a quella già citata poc'anzi, adde W. Zöllner (nt. 5), § 133, 1370. Significativo, nella prospettiva segnalata nel testo, che lo stesso H. Bartholomeyczik (nt. 117), 312, salve le esigenze connesse con l'onere del Widerspruch, giudichi in linea astratta sufficiente, per un'adeguata divulgazione del risultato della votazione, che esso emerga dal verbale.

(139) Cfr. G. Ferri (nt. 33), 635, il quale riteneva che la proclamazione potesse essere "implicita nella verbalizzazione".

(140) Sul concetto di accertamento del risultato, v. nt. 122.

(141) Sembra più appropriato, comunque, riservare il termine ad altra attività: v. n. successivo.

(142) Per citazioni, v. nt. 111. Nel secondo senso, con riguardo al nuovo art. 2371 c.c., v. M. Cian (nt. 2), 118 ss. (e, prima ancora, anche se in una diversa prospettiva, N. Salanitro (nt. 111), 996 nt. 39, secondo il quale, nel caso in cui venga proclamata – cioè, sembrerebbe, comunicata ai presenti: cfr. pagina 995 – l'approvazione di una proposta in realtà non sorretta dalla richiesta maggioranza e il computo dei voti risulti dal verbale, si deve accordare prevalenza alla decisione realmente assunta dai soci, da considerare allora inefficace perché non ancora proclamata, né accertata giudizialmente).

(143) Si veda, di recente, M. Cian (nt. 2), 119 nt. 45, il quale arguisce la strutturale (logica) necessità dell'accertamento presidenziale del risultato della votazione dalla circostanza che la legge ricollega la produzione dell'effetto – delibera al concorso di più dichiarazioni di volontà: l'A. non si limita a constatare che, per poter invocare gli effetti di una delibera, occorre accertare in qualche modo il risultato della votazione (cfr. anche G. Ferri (nt. 33), 610; G. Frè-G. Sbisà (nt. 73), 712), ma va oltre, sostenendo che (p. 120), sul piano logico connesso con la particolare struttura collegiale dell'atto (v. oltre nel testo), l'unico accertamento in grado di assicurare esistenza o efficacia alla delibera è quello compiuto dal presidente dell'assemblea.

(144) Cfr. anche G. Romano-Pavoni (nt. 4), 208 ss., 288; S. ScottiCamuzzi (nt. 33), 908 ss.; anche se in forma più sfumata, A. Serra (nt. 111), 157.

(145) V. anche le considerazioni svolte al n. 5.4., specialmente sub lett.b).

(146) Conf. P. Furtado, *Deliberações dos Sócios*, in Commentario ao Código das Sociedades Comerciais, Coimbra, 1993, 147. In senso contrario, invece, A. Serra (nt. 111), 157, e, soprattutto, M. Cian (nt. 2), 119 ss. (e 122), il quale, proprio perché persuaso della centralità dei profili strutturali, contesta espressamente che il tema del ruolo dell'accertamento del risultato della votazione possa essere affrontato (come invece sembra più corretto ipotizzare) nella prospettiva (funzionale) del "generico interesse dei soci a conoscere l'esito della votazione..." (così a pagina 119 nt. 45; corsivo mio). Ma l'A., in altri punti della ricerca, sembra supporre il contrario: come quando, nell'illustrare le premesse del ragionamento che condurrebbe ad affermare l'essenzialità della proclamazione, valorizza proprio la difficoltà di percepire il contenuto dell'atto da parte dei soggetti agenti (pagina 119; corsivo mio); o ancora quando, nel tentativo di chiarire il significato e la funzione dell'atto di proclamazione, eleva proprio " il problema di conoscibilità del contenuto dell'atto da parte dei soggetti agenti [a] problema comune a tutte le fattispecie collegiali..." (pagina 120 nt. 47; corsivo mio). È significativo che anche uno dei più convinti sostenitori della teorica della delibera come atto collegiale neghi che l'accertamento dei voti costituisca condizione di esistenza dell'atto (A. Fiorentino (nt. 111), 50). E a

quest'ultimo proposito, giova notare come è stato prevalentemente proprio in seno alla teoria dell'atto collegiale a maturare la convinzione dell'essere l'accertamento del risultato un momento logico-necessario della delibera: v. in particolare A. Venditti (nt. 111), 59, e L. Buttarò (nt. 111), 245; Id. (nt. 47), 2772 ss.

(147) Il pensiero va, in particolare, alla disciplina della GmbH (nostra s.r.l.), la cui delibera – il punto è pacifico: si vedano gli autori citati oltre – esiste per il fatto che la maggioranza di legge o di statuto abbia votato a favore della proposta, non essendo previsti altri requisiti per la sua formazione. In mancanza di dichiarazione presidenziale e in caso di contestazione dell'esito della votazione da parte di alcuno degli intervenuti alla riunione, si ammette la possibilità di esperire contro la società una domanda di accertamento della delibera (Feststellungsklage): ciò che, appunto, ne presuppone l'esistenza. Per tutti, su questi aspetti, K. Ballerstedt, Bedarf ein Beschluß der Gesellschafter einer GmbH der Verkündung durch den Vorsitz?, in GmbH – Rundschau, 1955, 161 ss.; U. Hüffer, in M. Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Großkommentar<sup>8</sup>, Berlin-New York, 1997, § 47, 73 ss.; T. Raiser, *ivi*, Anh. § 47, 161 ss., 175, 189 ss., 197, 247; W. Zöllner (nt. 28), 826; H. Fichtelmann, in H. Bartl-H. Fichtelmann-E. Schlarb-H.J. Schulze, Heidelberger Kommentar zum GmbH-Recht<sup>5</sup>, Heidelberg, 2002, § 47, 386; G. Roth, in G. Roth-H. Altmeyen, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung<sup>4</sup>, München, 2002, § 47, 700 ss., § 48, 712 ss.; L. Michalski, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bd. 2, München, 2002, § 47, 830 ss.; K. Schmidt (nt. 28), § 45, 2145 ss., e § 48, 2554 ss.; H.G. Koppensteiner, in H. Rowedder-C. Schidt-Leithoff, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung<sup>4</sup>, München, 2002, § 47, 1586 ss. Il rilievo appena svolto non è sfuggito allo stesso M. Cian (nt. 2), 118 nt. 43, il quale osserva proprio che la disciplina della GmbH implica "evidentemente negare che alla [proclamazione] possa essere riconosciuto in generale, per tutti gli atti deliberativi, un valore completo-costitutivo" (cioè il valore di condizione di efficacia della decisione che egli vi assegna: corsivo mio). Questa constatazione non si concilia, però, con l'affermazione (di pagina 119), su cui tutto il ragionamento dell'A. si fonda, secondo cui il carattere, che egli assegna alla proclamazione, di "elemento costitutivo della fattispecie deliberativa, o meglio della sua efficacia...si radica nella stessa struttura dell'atto assembleare e collegiale in specie" (quindi, in altri termini, è un portato logico – giuridico necessario dell'atto deliberativo, come lo stesso autore indirettamente conferma nella nota 44 della pagina 119).

(148) Lo riconosce anche M. Cian (nt. 2), 122, il quale non a caso giudica "decisive", per argomentare la tesi dell'accertamento presidenziale come elemento esterno integrativo dell'efficacia della delibera, le considerazioni di carattere strutturale che si sono appena criticate. L'A., alla pagina 122 nt. 51, richiama inoltre a sostegno della propria tesi la dottrina tedesca, la quale, egli sostiene, basa "proprio sulla presenza, nel § 111 AktG, di una norma di tenore analogo a quella oggi introdotta nell'art. 2371 c.c. ...il riconoscimento del ruolo della proclamazione quale condizione di efficacia della deliberazione, nell'assemblea della AG". A parte il refuso del rinvio al § 111 AktG (non più in vigore dalla riforma del 1965 e oggi sostituito dall'attuale, ma di identico contenuto, § 130 AktG), le obiezioni di sostanza sembrano le seguenti: a) è vero che, per unanime dottrina tedesca, la mancanza dell'accertamento del risultato rende la delibera inefficace; ma è anche vero che si tratta di un'inefficacia conseguente o all'inesistenza della delibera (W. Zöllner (nt. 2), 393 ss.; U. Eckardt, in J.H. Gessler-W. Hefermehl-U. Eckardt-B. Kropff, Aktiengesetz, München, 1974, § 133, 289, 292; W. Zöllner (nt. 5), § 130, 1370 e § 241, 707; W. Kögler, Der Verbandsbeschluß und seine Anfechtung, diss. Mainz, 1995, 111; J. Semler, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, Aktiengesellschaft 2, München, 1999, 524, 532; U. Hüffer (nt. 48), § 241, 167; D. Kubis (nt. 114), § 119, 47, 109, e § 130, 387; R. Volhard, *ivi*, § 133, 548), oppure alla sua nullità per vizio del verbale (§ 241 n. 2, AktG: A. Baumbach-A. Huech, Aktiengesetz<sup>13</sup>, München, 1968, § 130, 419; C.H. Barz, in Großkommentar zum Aktiengesetz<sup>3</sup>, Berlin-New York, 1973, § 119, 960, e § 130, 1066; T. Baums, Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, Bonn, 1981, 121 e 124; J. Reinicke, Rechtsstellung, Rechte und Pflichten des Vorsitzenden einer Hauptversammlung, diss. Hamburg, 1982, 167; T. Berg, Schwebend unwirksame Beschlüsse privatrechtlicher Verbände, Berlin, 1994, 102 ss.): entrambe le soluzioni sono però scartate da M. Cian (nt. 2); b) soprattutto, non va sottaciuto che la dottrina tedesca (in particolare, W. Zöllner (nt. 5), *cit.*; ma v. anche U. Hüffer (nt. 48), *cit.*) ha cura di chiarire che non può essere confusa ("ist scharf zu unterscheiden") l'inefficacia come conseguenza della mancanza di un

elemento esterno della fattispecie (cioè appunto l'inefficacia che M. Cian (nt. 2), ipotizza conseguire alla mancanza di accertamento del risultato della votazione) con l'inefficacia come conseguenza della mancata formazione della fattispecie delibera, ipotesi, quest'ultima, illustrata attraverso l'esempio del presidente dell'assemblea che, dopo aver fatto votare, non abbia poi provveduto ad accertare i risultati;c) giova precisare, infine, che la dottrina tedesca che riconosce alla proclamazione il ruolo di elemento costitutivo della fattispecie giunge a questa conclusione non già direttamente dal tenore letterale del § 130 AktG (v. W. Zöllner (nt. 2), 393; cfr. anche J. Reinicke, cit., 15), ma indirettamente, per effetto di una previsione (§ 240, n. 2, AktG) che sanziona con la nullità della delibera, tra le altre incompletezze del verbale, anche l'omessa indicazione della proclamazione presidenziale.

(149) Per approfondimenti si rinvia a M. Centonze, (nt. 55), cap. I.

(150) Cfr. A. Schermi (nt. 33), 2130 ss.; D. Pettiti (nt. 111), 502 e 506; D. Cenni (nt. 108), 873; da ultimo: A. Morano (nt. 111), 414, e D. Chiofalo (nt. 41), 133 ss.

(151) In ciò confortati anche da un'autorevole dottrina tedesca (W. Zöllner (nt. 2), 395), la quale afferma la "rilevanza" costitutiva dell'accertamento del risultato – cioè l'essere tale adempimento una condizione di esistenza della delibera –, tra l'altro (v. infatti anche nt. 148), sostenendo che non può essere riconosciuto "valore" determinativo dell'esistenza della delibera (nel senso chiarito poco sopra) ad un adempimento (accertamento del risultato) che non abbia al contempo carattere costitutivo della stessa (sulla portata di tale carattere costitutivo, v., dello stesso W. Zöllner (nt. 5), § 241, 707).

(152) Riguardo all'AG v., in dottrina, per tutti, A. Hueck, Anfechtbarkeit (nt. 117), 55, 84; Id., Das Recht (nt. 117), 20 ss.; in giurisprudenza, RG, 3 maggio 1905, in RGZ, 60, 409; RG, 18 febbraio 1911, in RGZ, 75, 239; RG, 4 febbraio 1927, in RGZ, 116, 84; RG, 9 ottobre 1928, in RGZ, 122, 102; RG, 21 giugno 1929, in RGZ, 125, 143; RG, 24 ottobre 1933, in RGZ, 142, 124. Riguardo alla GmbH, v., oltre agli autori cit. alla nt. 147, proprio W. Zöllner, in A. Baumbach-A. Hueck, GmbH – Gesetz17, München, 2000, § 47, 981, Anh § 47, 1021, 1044 ss., 1061 ss.

(153) Sulla necessità di tenere separati i due aspetti ("valore" e "rilevanza" dell'accertamento del risultato), v., nella dottrina italiana, M. Cian (nt. 2), 111 ss., e, prima ancora, P. Trimarchi (nt. 10), 64; V. Donativi (nt. 122), 94 ss.; L. Buttaro (nt. 111), 248 (la "proclamazione" ha mero "valore" certificativo), e Id. (nt. 47), 2773 (la "proclamazione" ha "rilevanza" costitutiva della delibera).

(154) N. 5.3.2.

(155) Ciò che non esonera comunque il presidente da responsabilità per inosservanza dei doveri connessi alla carica (v. informazioni bibliografiche alla nt. 175).

(156) Non inducono a concludere diversamente le opinioni che, dopo la riforma, affermano il carattere costitutivo della proclamazione del risultato della votazione. Così, ad esempio, G. Guizzi (nt. 111), 1017, non dimostra perché "il problema dell'individuazione del momento in cui un determinato fatto... assume valore sociale... non può che essere risolto se non nel senso che tale momento deve necessariamente identificarsi con quello in cui diviene oggettivamente riconoscibile il nesso relazionale di quel dato fatto con quella determinata organizzazione "; né, ulteriormente, perché tale momento debba essere identificato con la proclamazione del risultato della votazione. Mentre G. Santoni (nt. 111), 242, assume come dato il carattere costitutivo della proclamazione, ma non motiva l'assunto. Ed ancora: per la F. MassaFelsani (nt. 47), 254, l'essenzialità della proclamazione andrebbe dedotta dal fatto che, oggi, la legge espressamente "lascia al presidente il compito di accertare il risultato della votazione ": ma il rilievo si limita a descrivere il nuovo diritto positivo, senza chiarire perché l'espressa attribuzione di tale potere al presidente dell'assemblea dovrebbe elevare la proclamazione a condizione di esistenza, anziché di semplice validità, della delibera. Tutto ciò senza poi considerare che siffatte opinioni scontano la grave incertezza derivante dal non precisare il concetto di "proclamazione" da esse presupposto.

(157) Da questo momento in avanti l'assemblea opera senza presidente (in particolare, si deve escludere che vi sia stata nomina tacita, giacché l'assemblea rinuncia espressamente alla nomina di un sostituto). Né si dica che l'assemblea cessa di essere tale, perché non esiste assemblea senza presidente: per la critica all'assunto, che non può essere qui adeguatamente sviluppata, si rinvia a M. Centonze (nt. 55), cap. III.

(158) Salvo ritenere che il segretario, facente funzioni di presidente, ne acquisti anche la qualifica: ma ciò postula il riconoscimento di un meccanismo di nomina tacita del presidente dell'assemblea, che

sembra però da negare, a fronte della scelta espressa dell'assemblea di non procedere alla nomina di un nuovo presidente.

(159) Il principio in forza del quale non ogni vizio procedimentale genera invalidità della delibera, già noto alla nostra letteratura (G. Zanarone (nt. 73), 238 ss.; v. oltre nt. 176 per ulteriori citazioni) ed ampiamente studiato in Germania (v., per tutti, W. Zöllner (nt. 5), § 243, 773 s.; K. Schmidt, in *GroßKommentar zum Aktiengesetz*<sup>4</sup>, Berlin-New York, 1996, § 243, 60 ss.; U. Hüffer (nt. 48), § 243, 232 ss.), ha ricevuto espresso riconoscimento normativo con la riforma societaria (contra, sembra, A. Graziani-G. Minervini-U. Belviso, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2004, 252), attraverso le norme contenute nell'art. 2377, comma 5°, c.c. (tra cui quella richiamata nel testo), che integrano, sotto questo profilo, la "classica" disposizione sull'assemblea totalitaria (art. 2366, comma 4, c.c.).

(160) Cfr. F. Guerrera (nt. 35), 111 ss.

(161) Per l'interpretazione della formula v. M. Centonze (nt. 40), 334 ss.

(162) Si badi che nella dottrina tedesca (W. Zöllner (nt. 2), 393 ss.) si riconosce alla proclamazione carattere costitutivo della delibera, tra l'altro (v. nt. 148) proprio per la presenza di una norma (§ 241 n. 2, AktG) che sanziona espressamente con la nullità la mancata indicazione a verbale della proclamazione operata dal presidente dell'assemblea.

(163) A norma dell'art. 2371 c.c., può diventare presidente dell'assemblea chiunque (salvi i limiti derivanti dall'applicazione analogica dell'art. 2382 c.c. – S. Alagna (nt. 24), 58 – ovvero da specifiche previsioni statutarie: cfr. Cass., 8 giugno 2001, n. 7770, in Riv. not., 2001, II, 1216) sia stato eletto dai presenti (che, in ipotesi, possono anche non essere soci: per la dimostrazione dell'assunto, in verità non contestato, si rinvia a M. Centonze (nt. 55), cap. II).

(164) La dottrina tedesca insiste molto sulla necessità di un'indagine sulla norma violata, poiché ritiene che solo se ne sia frustrata la ratio il vizio procedimentale si traduce anche in vizio della delibera (v. nt. 159 e nt. 176). Nel caso che si esamina nel testo, lo scopo della norma che impone al presidente di consacrare a verbale l'esito dell'accertamento del risultato della votazione sembra comunque appagato, giacché il verbale, per il resto regolarmente redatto e sottoscritto, consente comunque di apprendere che cosa la società ha deciso in ordine alla proposta messa ai voti.

(165) Il discorso svolto nel testo andrebbe ampliato ed inserito all'interno di un'indagine più vasta, avente ad oggetto la funzione e la rilevanza del presidente dell'assemblea nel nuovo ordinamento societario (su questo tema v., di recente, i contributi monografici di F. MassaFelsani e S. Alagna). Al riguardo, è sufficiente limitarsi ad evidenziare come l'ordinamento presenti indicazioni contrastanti, perché, da un lato, ha specificato le attribuzioni del presidente dell'assemblea (art. 2371 c.c.), facendone di primo acchito il perno su cui grava oggi la direzione dei lavori assembleari (ciò che fa propendere per una valorizzazione del ruolo di tale figura); mentre, dall'altro lato, ne ha ridimensionato la centralità in fase di verbalizzazione (consentendo che la sua sottoscrizione sia surrogata da quella di altri soggetti: art. 2379, comma 3, c.c.: cfr., per tutti, F. Guerrera (nt. 35), 113 ss.), con norma la cui portata sistematica andrebbe attentamente valutata (un'autorevole dottrina anteriore alla riforma fondava proprio sulla surrogabilità del presidente in sede di sottoscrizione del verbale la tesi – rimasta però isolata nel vecchio ordinamento – della non necessità del presidente dell'assemblea per la formazione di una valida delibera assembleare: N. Salanitro (nt. 111), passim). A sua volta, la ricostruzione della rilevanza della figura presidenziale non può prescindere dall'esame del sistema, il quale, con norme che hanno sicuramente portata di principi generali (v. nt. 159 e nt. 176), chiaramente rifiuta l'idea che un vizio procedimentale si traduca meccanicamente in vizio della delibera, essendo necessario, perché ciò accada, un ulteriore requisito, di indole sostanziale, e, cioè, che lo scopo della norma procedimentale violata sia concretamente frustrato.

(166) Quindi: documenti comunque l'accertamento del risultato della votazione e sia sottoscritto dai soggetti indicati dall'art. 2379, comma 3, c.c.

(167) V.A. Graziani (nt. 73), 329.

(168) A rigore la mera redazione del verbale non assicura la conoscenza del deliberato fin quando non è stato trascritto nel libro delle delibere (v. L.A. Misericocchi (nt. 114), 230); si sostiene tuttavia da alcuni che "quando il verbale per atto privato viene steso su un foglio separato anziché direttamente sul libro, la tutela del diritto di ispezione del socio assente si manifesterà attraverso il logico ampliamento del diritto medesimo sul foglio separato su cui è redatto il verbale" (V. deCastello, *La trascrizione del verbale sul libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee*, in *Giur. comm.*,

1991, II, 706).

(169) La contrapposizione tra "accertamento del risultato", da consacrare a verbale, e "proclamazione della delibera" è condivisa anche all'estero: v. ad esempio, per il diritto portoghese, P. Furtado (nt. 146), 141 ss.

(170) Oltre l'annuncio orale al consesso – che è l'accezione comune –, si vedano anche le "varianti" ricordate al n. 5.3.2.

(171) All'interno di questa (generica), la funzione (specifica: rapportata, cioè, al contesto del caso concreto) della proclamazione può variare a seconda della sua "struttura". Lo statuto (o il regolamento) della società X può prevedere, ad esempio, che il presidente annunci oralmente l'esito della votazione prima della chiusura dei lavori (in tal caso è soddisfatto unicamente l'interesse all'informazione dei presenti); oppure, che entro un tot tempo dalla chiusura dei lavori, invii a tutti i soci, amministratori e sindaci una mail per informarli dell'adunanza (in tal caso si ha un ampliamento, rispetto all'ipotesi precedente, dei destinatari dell'informazione e della funzione – specifica – della proclamazione); o, ancora, che inserisca, entro un tot tempo, nel sito web della società il testo della proposta, dando indicazione della sua approvazione da parte dell'assemblea (in tal caso, la cerchia dei destinatari dell'informazione diventa indefinita). E via esemplificando. Si tratta, occorre riconoscerlo, di considerazioni che, molto probabilmente, non trovano riscontro nella prassi. Ciò non ne ridimensiona l'utilità, poiché esse consentono di precisare in qual modo la proclamazione si inserisca (secondo il diritto scritto) nell'ambito del processo formativo della delibera: atto non previsto espressamente dalla legge e suscettibile, almeno in teoria, di atteggiarsi diversamente, a seconda delle circostanze del caso concreto.

(172) Si veda oggi espressamente l'art. 2364, comma 1, n. 6, c.c. In dottrina, sui regolamenti assembleari, v., anche per ulteriori indicazioni, A. Serra (nt. 87), 39 ss.; Id. (nt. 33), 148 nt. 52; R. Sacchi, Il presidente dell'assemblea, in Studi in onore di G. Cottino, I, Padova, 1997, 548 ss.; G. Zanarone (nt. 73), 221 nt. 3; G.A. Rescio, L'assemblea della public company e la sua verbalizzazione, in questa Rivista, 1998, 1366 ss.; P.G. Marchetti, In tema di funzionamento dell'assemblea: problemi e prospettive, in questa Rivista, 2001, 126 ss.; F. Carbonetti, Il regolamento di assemblea, in questa Rivista, 2001, 157, 157 ss.; C. Montagnani (nt. 24), 457 ss.; P. Montalenti, La società quotata, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2004, 192 ss.; S. Alagna (nt. 24), 21; Pasquariello (nt. 47), 442; B. Petrazzini (nt. 87), 475 ss. Per esemplificazioni S. Alagna (nt. 24), 129 nt. 10, 155 nt. 69.

(173) Sul dovere di buona fede in capo al presidente dell'assemblea v. G.A. Rescio (nt. 24), 200; cfr. anche F. Guerrera (nt. 35), 116.

(174) Proprio perché derivante da una clausola generale, l'esistenza del dovere di proclamazione potrebbe anche essere negata, nel singolo caso concreto (ad es., per la particolare difficoltà dell'accertamento del risultato della votazione, il presidente non è in grado di dichiarare subito, al consesso, se la proposta è stata o meno approvata). Una conclusione analoga si imporrebbe, alle stesse condizioni, anche se la proclamazione fosse imposta dallo statuto o dal regolamento assembleare (interpretazione della clausola secondo buona fede). In questi casi, ad informare sull'esito della votazione sarà unicamente il verbale, che può essere redatto anche dopo la chiusura dei lavori (art. 2375 c.c.).

(175) Sulla responsabilità del presidente dell'assemblea v. A. Candian (nt. 29), 77 ss.; N. Salanitro (nt. 111), 1004; D. Pettiti (nt. 111), 504 ss.; O. Paciotti (nt. 111), 402 ss.; A. Serra (nt. 33), 149; F. DiSabato (nt. 114), 449; R. Sacchi (nt. 172), 531 ss.; G. Cavalli-M. Marulli-C. Silveti, Le società per azioni<sup>3</sup>, in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, fondata da W. Bigiavi, II\*, Torino, 1996, 184 ss.; A. Morano (nt. 111), 414; R. Lener-A. Tucci (nt. 40), 108; D.U. Santosuosso, La riforma del diritto societario, Milano, 2003, 114; P. Fiorio (nt. 24), 565 ss.; G. Laurini (nt. 55), 127 ss.; F. MassaFelsani (nt. 47), 11 ss., 177 ss.; S. Alagna (nt. 24), 189 ss.

(176) Conf., su questo punto, F. Guerrera (nt. 35), 128. Si deve ribadire che non ogni violazione delle norme di legge o di statuto determina, di per sé, invalidità della delibera (v. nt. 159). Il tema non può ovviamente essere approfondito in questa sede, ma sembra lecito asserire che l'inosservanza dell'obbligo di proclamare il risultato rientra in uno di quei casi, ininfluenti sulla validità della delibera, in cui "la norma [di legge o statutaria], pur riguardando incidentalmente la delibera (ad esempio una determinata fase del suo procedimento), persegue tuttavia interessi che nulla hanno a che vedere con

la legalità della medesima, non trovando essi soddisfazione nel fatto che quest'ultima abbia un determinato contenuto o sia presa con determinate modalità" (G. Zanarone (nt. 73), 239; e cfr. anche R. Sacchi (nt. 172), 546, nonché, anche per alcune applicazioni pratiche, O. Paciotti (nt. 111), 362; S. Rossi, *Il voto extrassembleare*, Milano, 1997, 9; A. Mirone, *Il voto per corrispondenza nelle società quotate: profili di disciplina*, in questa Rivista, 1999,, 781 ss.; nello stesso senso, di recente, anche M. Cian (nt. 2), 118 nt. 42; in giurisprudenza v., ad es., Cass., 9 luglio 1958, n. 2466, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1437). Ad analoga conclusione (la mancata proclamazione del risultato non genera invalidità della delibera) giunge la dottrina straniera che contrappone la proclamazione della delibera all'accertamento del risultato, da consacrare a verbale: P. Furtado (nt. 146), 148 ss.

(177) S. Alagna (nt. 24), 159 ss.; F. Guerrera (nt. 35), 130 nt. 131.

(178) Conf. F. Guerrera (nt. 35), 126 ss.; V. Sanna (nt. 111), n. 5.3.

(179) Diversamente, invece, M. Cian (nt. 2), 157 ss.

(180) Il verbale non indicherebbe l'"oggetto della deliberazione" e, quindi, dovrebbe essere considerato mancante, ai sensi dell'art. 2379, comma 3, c.c. (v., su questo punto, M. Centonze (nt. 40), 334 ss.). In Germania accenna ad un problema analogo A. Hueck, *Anfechtbarkeit* (nt. 117), 48.

(181) Cf. anche G. Maier-Reimer (nt. 3), 203.

(182) F. Guerrera (nt. 35), 131 nt. 135, riconosce che, rispetto a quella esaminata nel presente lavoro, "è affine, ma diversa" l'ipotesi "della deliberazione regolarmente approvata e rimasta totalmente priva di verbalizzazione" (v. anche nota successiva).

(183) Di recente, sono stati prospettati due argomenti, ulteriori rispetto a quelli "classici" esaminati finora, contrari ad ammettere l'accertamento giudiziale della deliberazione positiva (F. Guerrera (nt. 35), 126 ss.), nessuno dei quali, tuttavia, può considerarsi decisivo. Uno, di carattere formale, fa leva sulla circostanza che "il legislatore della riforma, nel prendere in considerazione la patologia deliberativa che più da vicino interessa i difetti della proclamazione e gli abusi del potere presidenziale... si [è] limitato a prevedere una tutela di tipo [solo] demolitorio "; si può tuttavia replicare che la scelta è obbligata, posto che l'ordinamento si interessa dell'invalidazione delle sole delibere positive (com'è pacificamente riconosciuto). L'altro, di carattere sostanziale, si fonda sull'esigenza di tutelare l'"ordinato sviluppo del ciclo dell'azione sociale, che verrebbe appunto sconvolto dall'inserimento ex post... di atti deliberativi "accertati" dal giudice ": si può replicare, tuttavia, che l'esigenza di stabilità dell'azione sociale, per quanto importante, non assurge, per legge, se non in determinati casi (ad es.: art. 2379-ter, comma 2, c.c.), al rango di valore assoluto, cui sacrificare ogni altro interesse pregiudicato dall'illegittimo esercizio del potere deliberativo, come dimostra proprio la disciplina dell'invalidità delle delibere positive (semmai, occorre trovare un equilibrio tra i diversi interessi, come si tenterà di fare sopra nel testo). Secondo l'Autore citato, sarebbe ammissibile, solo nella s.r.l., un "etero-accertamento della decisione societaria, allorquando però manchi completamente la constatazione risultante dal verbale" (p. 127; v. anche nota precedente).

(184) Analogamente M. Cian (nt. 2), 166. Si deve precisare che la conseguenza indicata nel testo si verifica solo se la domanda è proposta contro la società: in questo caso, la sentenza accerta nei suoi confronti e, quindi, nei confronti di tutti, la reale decisione presa in assemblea (cfr. anche K. Schmidt (nt. 28), § 45, 2253). La sentenza non accerta, invece, l'invalidità del voto anche nei confronti del votante che non abbia partecipato al processo (ad es., ai fini del risarcimento del danno).

(185) S. Menchini, in *Processo e società commerciali*, Milano, 1995, 236.

(186) S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, 511; prosegue l'A. citando il pensiero di Chiovenda: "chi pensa ad un volere sociale...pensa necessariamente a tutti insieme coloro che vi sono soggetti".

(187) A. Scialoja, *L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, 216, il quale scriveva sotto il cod. comm. 1882, quando l'ordinamento (art. 163 cod. comm.) si limitava a consentire l'impugnazione, senza disciplinarne gli effetti, e, a proposito della sentenza che dichiara la nullità di una deliberazione, asseriva che "per necessità di logica e di fatto non si può sostenere che la medesima deliberazione sia per un socio illegale e ridotta nel nulla, per gli altri, invece, legale e vigente" (v. anche A. Donati (nt. 111), 256 ss.; L. Mossa, *L'inefficacia della deliberazione dell'assemblea nella Società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 475). Cfr. anche R. Lener-A. Tucci (nt. 40), 247.

(188) S. Menchini (nt. 186), 512; Id., *Il giudicato civile*<sup>2</sup>, in *Giur. sist. dir. process. civ.*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, 2002, 197 ss., dove ulteriori citazioni. Alle medesime conclusioni perviene, applicando analogicamente la norma che prevede l'efficacia erga omnes del giudicato di annullamento, la dottrina tedesca in materia di GmbH, in relazione al caso in cui occorra accertare l'avvenuta approvazione della proposta, in mancanza di un previo formale accertamento dei risultati della votazione ad opera del presidente dell'assemblea (cfr. H. Fichtelmann (nt. 147), 387; G. Roth (nt. 147), 701).

(189) Cfr. anche M. Cian (nt. 2), 166; K. Schmidt (nt. 159), § 246, 178.

(190) Dietro, n. 4.

(191) Dietro, n. 4.

(192) "La negazione del carattere deliberativo del rigetto" – si osserva da chi ha approfondito la materia – "non ne implicherebbe per definizione e in assoluto l'estraneità a tutte le norme che compongono la disciplina [della deliberazione positiva] ": M. Cian (nt. 2), 30.

(193) Per tutti, in Germania, W. Zöllner (nt. 5), § 248, 895.

(194) Trattatasi in ogni caso di un vizio dell'accertamento del risultato delle votazioni che determina un risultato esteriore diverso da quello reale.

(195) I limiti temporali e di legittimazione all'esercizio dell'azione diretta ad accertare la delibera positiva non discendono, quindi, da ragioni di tipo formale (necessità di previo annullamento della deliberazione negativa, che, per l'appunto, può essere chiesto solo da alcuni soggetti ed entro certi limiti di tempo: così, invece, Trib. Roma, 24 settembre 2001 (nt. 47)), ma da ragioni di tipo sostanziale. Come si vede, però, il regime della domanda di accertamento della delibera positiva coincide con quello applicabile qualificando il rigetto come delibera negativa.

(196) Trib. Velletri, 26 gennaio 1994 (nt. 4). In dottrina, v. U. Corea (nt. 40), 107 ss.

(197) Il rilievo esposto nel testo preclude l'applicazione diretta della norma; contro l'applicabilità analogica sembrano deporre invece le considerazioni svolte appresso nel testo.

(198) Trib. Milano, 18 maggio 2000, e 2 giugno 2000 (nt. 10); Trib. Napoli, 10 luglio 2002 (nt. 47) (anche sul presupposto che non si può sospendere ex art. 2378 c.c. una deliberazione, quale quella negativa, che non richiede esecuzione); adde Trib. S. Maria Capua Vetere, 5 novembre 1996 (nt. 10). In dottrina M. Cian (nt. 2), 176 ss.

(199) Trib. S. Maria Capua Vetere, 5 novembre 1996 (nt. 10); Trib. Milano, 2 giugno 2000 (nt. 10); Trib. Roma, 24 settembre 2001 (nt. 47). Cfr., anche, G. Gennari, *Esclusione del rimedio cautelare d'urgenza per la sospensione di deliberazioni assembleari*, in *Dir. fall.*, 1994, II, 629.

(200) Nel senso di ammettere "l'utilizzabilità dello strumento in discorso in funzione delle pronunce di mero accertamento", C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*<sup>18</sup>, IV, Torino, 2006, dove altre citazioni. V. anche M.L. Serra, in *Società*, 2002, 951; S.A. Villata (nt. 37), 519 nt. 651; U. Corea (nt. 40), 81 ss.

(201) G.B. Portale (nt. 47), 174 e 176, il quale, a proposito delle proposte di modifica dello statuto, evidenzia che "la venatura di "provvisorietà ed instabilità" [del provvedimento in discussione] contrasterebbe con la rete di regole... che contornano le modifiche strutturali della società di capitali ". Nello stesso senso M. Cian (nt. 2), 177. Ma contra v. U. Corea (nt. 40), 109.

(202) Un esempio in M.L. Serra (nt. 200), 953.

(203) V. note 40 ss.

(204) M. Cian (nt. 2), 167. Ma v. già P. Trimarchi (nt. 10), 254.

(205) M. Cian (nt. 2), 167; P. Trimarchi (nt. 10), 255.

(206) M. Cian (nt. 2), 167.

(207) Una simile manifestazione di prudenza appare doverosa, se si considera che il tema interseca la disciplina dell'efficacia oggettiva e soggettiva del giudicato civile e gravi altri interrogativi che ad essa sono in vario modo annodati.

(208) R. Oriani, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1991, 306 ss. e 309 ss.; in giurisprudenza, di recente, Cass., 23 marzo 2005, n. 6170, in *Corr. giur.*, 2005, 957; contra R. Sacco-G. DeNova (nt. 76), 558 ss. Sul principio ricordato nel testo v. anche S. Menchini (nt. 188), 147 ss.; L.P. Comoglio-C. Ferri-M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile. I. Il processo di cognizione*, Bologna, 2006, 696; sull'uso promiscuo del principio richiamato nel testo e di quello per cui il giudicato copre anche l'antecedente logico giuridico necessario della statuizione, v. S. Menchini (nt. 188), 84 ss. Comunque, "è opportuno tenere presente che la giurisprudenza è decisamente e costantemente

orientata nell'ampliare i limiti oggettivi del giudicato fino ad estendere l'area coperta dallo stesso a tutte le questioni di mera pregiudizialità logica che costituiscono "antecedente" della decisione" (L.P. Comoglio-C. Ferri-M. Taruffo, cit., 697).

(209) Così P. Trimarchi (nt. 10), 253.

(210) La giurisprudenza maggioritaria, anche se avversata dalla dottrina, considera la nullità rilevabile d'ufficio, con efficacia di giudicato, solo se sia chiesto l'adempimento o l'esecuzione del contratto: ossia, quando venga fatto valere in giudizio un diritto fondato sul medesimo (di recente v. Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903, in Foro it., 2006, I, 2107; Cass., 19 gennaio 2005, n. 1097; in senso contrario, però, Cass., 23 marzo 2005, n. 6170 (nt. 208), dove ampie informazioni sullo stato dell'arte in giurisprudenza; in dottrina, v. per tutti, S. Monticelli, Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale, in Riv. dir. civ., 1990, I, 680 ss.; R. Oriani (nt. 208), 276 ss.; V. Roppo (nt. 32), 844; A. diMajo (nt. 76), 158 ss.; R. Sacco-G. DeNova (nt. 76), 563 ss.; A. Albanese (nt. 73), 26 ss.; M. Mantovani (nt. 76), 87 ss.). Ora, benché sia vero che con la domanda di accertamento dell'esistenza di una deliberazione positiva l'attore non intende far valere un proprio diritto, di cui individua la fonte nella delibera medesima, sembra comunque lecito asserire che la nullità della delibera sia un'eccezione rilevabile d'ufficio. Premesso che la delibera nulla è inefficace (cfr., in critica alla contraria opinione espressa da un parte della dottrina posteriore alla riforma, M. Centonze (nt. 40), 311 ss. e Id. (nt. 55), cap. I), orienta nel senso indicato il fine ultimo, la sostanza, della domanda di accertamento della deliberazione positiva, attraverso la quale l'attore non chiede un platonico riconoscimento delle proprie ragioni (come accadrebbe se il giudice facesse nascere una delibera destinata a rimanere lettera morta, perché inefficace), ma pretende che la delibera, di cui chiede l'accertamento, sia operativa all'interno della società (che a seguito dell'accertamento della delibera la società sia vincolata ad agire in responsabilità contro gli amministratori; ovvero che il bilancio diventi bilancio della società; e così via). Tenendo presente il reale oggetto della domanda (nella quale è "implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità della delibera ": A. diMajo (nt. 76), 159 nt. 16, sia pure ad altro proposito), l'assenza di cause di nullità della delibera si pone come antecedente logico necessario della decisione (su cui v. R. Oriani (nt. 208), 288 e 306 ss.) o come fatto impeditivo della pretesa avanzata con la domanda. Questo, si ripete, perché l'esistenza di uno dei vizi indicati dall'art. 2379 c.c., rendendo la delibera inefficace, precluderebbe all'attore il conseguimento del bene della vita richiesto. La nullità, dunque, può e deve essere rilevata d'ufficio dal giudice con efficacia di giudicato (su quest'ultimo punto, che vede divise dottrina e giurisprudenza, cfr., V. Mariconda, La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?, in Corr. giur., 2005, 962, il quale, nel commentare la sentenza della Suprema Corte n. 6170 del 2005, poco sopra citata, osserva, aderendo alla soluzione giudiziale, che "il punto di maggiore novità della sentenza annotata, rispetto alle altre che in precedenza si erano discostate dall'orientamento dominante, è proprio quello che riguarda l'efficacia di giudicato sull'accertamento incidentale della nullità "; cfr. anche, per indicazioni, M.M. Iacono, in Riv. dir. comm., 2005, II, 27 ss.).

(211) In limine, si deve considerare che la sentenza che annulla la delibera, operando ex tunc, rimuove il bene della vita assicurato dalla precedente sentenza di accertamento passata in giudicato (cfr. S. Menchini (nt. 188), 147 ss.): vi è allora incompatibilità tra il giudicato di accertamento e la successiva sentenza di annullamento. Come statuizione anche sul deducibile (le eccezioni di merito non proposte dal convenuto), il giudicato che accerta la delibera dovrebbe dunque precludere una successiva domanda di annullamento della delibera medesima ex art. 2377 c.c.; ma resta il problema segnalato nel testo.

(212) In primo luogo, perché, secondo alcuni, l'impugnazione della delibera può essere proposta solo in via di azione, non anche di eccezione (G. Meo (nt. 40), 211 nt. 13; F. Guerrera (nt. 29), 238; contra G. Zanarone (nt. 73), 328; M. Cian (nt. 2), 168 ss.); in secondo luogo, dando per risolto il precedente dubbio nel secondo senso, perché non è scontato che l'eccezione di annullabilità possa essere sollevata dalla società, che non figura tra i soggetti legittimati ad agire ex art. 2377 c.c. (in senso affermativo, comunque M. Cian (nt. 2), 168 ss.; contra Trib. Bologna, 27 giugno 1974 (nt. 4)).

(213) V., per riferimenti, A. Carratta, in Il nuovo processo societario, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, 1198 ss.; S. Menchini (nt. 188), 198 ss.

(214) Muovendo dalla premessa indicata nel testo, si dovrebbe concludere, infatti, che la sentenza accerta la validità della delibera nei confronti di tutti i legittimati ad impugnare. In questa prospettiva,

si porrebbe, poi, l'ulteriore problema, non solo pratico, di consentire a costoro l'esercizio del diritto di impugnazione nel processo in corso: cfr. M. Cian (nt. 2), 167. Viceversa, qualora si ritenesse che il giudicato di rigetto vincoli solo le parti in causa, gli altri legittimati conserverebbero il diritto di impugnare la delibera accertata dal giudice.

**Utente:** Universit  Milano - www.iusexplorer.it - 15.05.2014

---

  Copyright Giuffr  2014. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156