

Deliberazioni assembleari

Inesistenza delle delibere assembleari e nuovo diritto societario

TRIBUNALE DI MILANO, Sez. VIII, 1 aprile 2008 - Pres. Perozziello - Rel. Fieconi - M. F. c. C. F. e altri

Società di capitali - Società per azioni - Assemblea - Deliberazione - Mancata convocazione dell'assemblea nonché difetto di titolarità e legittimazione in capo all'unico votante - Inesistenza di una delibera - Configurabilità

(Cod. civ. artt. 2377 ss.)

I. Non può qualificarsi come delibera della società un atto qualificato come tale da un soggetto che si è autoattribuito la qualità di socio e si è autocostruito in assemblea ad insaputa degli organi sociali di amministrazione e controllo.

Il Tribunale (omissis).

La domanda merita accoglimento per i seguenti motivi. Risultano tutte superabili le eccezioni preliminari svolte dal convenuto C. F. il quale dichiara essere il nuovo e legittimo amministratore della società B. I. di C. s.p.a. sulla base del deliberato assembleare impugnato, e deduce la carenza di legittimazione attiva del custode giudiziale del certificato azionario n. 3 ad impugnare l'atto con cui è stato nominato presidente del nuovo C.d.A.

Il custode attore, a sua volta, contesta la legittimazione passiva di C. in veste di amministratore e legale rappresentante della medesima società perché il titolo da cui ne vorrebbe trarre origine è rappresentato proprio dalla delibera oggetto della presente impugnazione, con la quale chiede l'accertamento giudiziale della nullità.

La sollevata questione preliminare di legittimazione, pertanto, coinvolge il merito della presente controversia avente per oggetto l'impugnativa della delibera della società B. I. di C. s.p.a., (omissis).

La società convenuta, costituitasi anch'essa in giudizio mediante il suo legale rappresentante G. M. C., appoggia la tesi di nullità della delibera impugnata dal custode del certificato azionario che rappresenta il 94,6% delle azioni della B.

Il tribunale, in merito, osserva quanto segue.

La nomina di C. F. a presidente del C.d.A. della società B. s.p.a., unitamente ad altri due componenti del C.d.A. è frutto di una riunione assembleare effettuata di sua iniziativa nel pomeriggio del 28 febbraio 2007, a rogito Notaio S., ad insaputa del C.d.A. e del Collegio Sindacale che lo avevano escluso dalla riunione tenutasi nel corso della mattina in altro luogo, in quanto ritenuto parte non legittimata a parteciparvi.

Il sig. C., difatti, in qualità di legale rappresentante di G.I. immobiliare, qualificatasi come socia del 94,6 % delle partecipazioni di B. s.p.a., pretende di essere rico-

nosciuto come titolare dei diritti inerenti alla partecipazione sociale di B., mentre M. F. oppone la sua qualità di custode del certificato azionario n. 3 della medesima società e, come tale, si professa quale unico soggetto legittimato a far valere i diritti sociali inerenti a detta quota di partecipazione.

Non essendovi alcun istituto che consente a un presunto socio di autocostruirsi in assemblea, il tema della presente vertenza ruota anche intorno alla verifica della qualità di socio in capo a G.I., rappresentata dal suo legale rappresentante C., al fine di verificare la validità della delibera di nomina del nuovo C.d.A.

A parere del collegio, la delibera impugnata deve considerarsi *tumquam non esset*.

In punto rileva osservare come debba ritenersi tuttora valida ed efficace la nomina di G. M. C. quale rappresentante legale della società B. s.p.a. che, costituitasi in giudizio, sostiene le ragioni di nullità della delibera impugnata dal custode del relativo certificato azionario.

Da un lato, sotto il profilo di puro diritto societario, G.I. s.p.a., e per la medesima il sig. C., non può pretendere di dimostrare il suo buon diritto di esercitare il diritto di voto in assenza della sua iscrizione a libro soci (cfr. art. 2370, comma 2, c.c. e art. 5 statuto della società).

Pertanto, la sua esclusione alla riunione assembleare tenutasi nel corso della mattinata è stata del tutto legittima.

Non via è alcuna ragione, alla luce di quanto sopra, che induca a pensare che vi sia stato un impedimento «fisico» per il socio a deliberare nel luogo di convocazione, come appare nella premessa del verbale dell'impugnata delibera.

Dall'altro, non vi è neanche alcuna possibilità che G.I. s.p.a. possa essere considerata socia titolare della partecipazione di maggioranza di B. s.p.a.

L'impedimento alla sua partecipazione alla riunione legittimamente convocata dal legale rappresentante Dott. C., deriva dalla sua mancata iscrizione sul libro soci.

In punto, il C. tenta d'ingenerare contusione sui fatti che hanno determinato il passaggio della detenzione materiale del certificato azionario di B. s.p.a., oggetto di ben due sequestri (penale e civile).

Detta confusione, inoltre, si acuisce allorché si considerano i negozi giuridici posti a supporto di detti passaggi cartolari.

Tuttavia, negli argomenti opposti da C. emergono numerose incongruenze.

G.I. (rappresentata da C.), sotto il profilo cartolare sostiene di essere il legittimo titolare e detentore in base ad una serie continua di girate quando, in realtà, si tratta di un certificato circolato impropriamente in epoca in cui il titolo era/sottoposto a sequestro conservativo civile e penale.

Poiché il provvedimento di sequestro penale, a un certo punto della lunga vicenda processuale, è stato revocato (come è anche stato revocato il provvedimento di ammortamento del titolo assunto in precedenza per una sua presunta perdita), il custode del sequestro penale dott. G. B. S., il 30 novembre 2006 lo consegnava materialmente a G.I. sulla base di un atto di precetto, nonostante su detto titolo risultasse annotato, con data 6 dicembre 2002, il provvedimento di sequestro conservativo civile emesso dal Tribunale l'8 marzo 2002 (cfr. doc. 2 di parte convenuta).

Il 15.12.2006. G. I. veniva indicata sul titolo quale ultima girataria per effetto di una girata apposta dall'ultima girante - F. s.r.l. in liquidazione in persona del liquidatore F. V -, nonostante la medesima F. risultasse essere stata cancellata dal registro delle imprese a far tempo dal 26.10.1996 e il certificato risultasse oggetto di sequestro conservativo civile con nomina di custode nella persona dell'attore Avv. M. La firma di girata veniva autenticata dal Notaio S.S.

Risultava poi, che con atto a rogito del Notaio S.S. di Milano del 23 ottobre 2002, il sig. F. A. R. aveva negoziato la cessione della proprietà di detta partecipazione a favore della società I. C. I. s.p.a. con sede in Milano, (*omissis*) (cfr. doc. 1 di parte convenuta e doc. 15 di parte convenuta).

Nel caso che ci occupa rileva solo osservare come la società girante F. s.r.l. in liquidazione - e per la medesima il suo legale rappresentante sig. V.-, in quella occasione, ha girato un titolo colpito da sequestro conservativo ex art. 2905 c.c., disposto dal tribunale di Milano il 8-14.3.2002, su richiesta del fallimento Immobiliare settantannove s.r.l. che ha agito in via revocatoria in relazione all'atto di vendita di dette quote dal R. alla Beni stabili Braiantei s.r.l.

La consegna materiale del titolo a G.I. non può essere neanche ritenuta idonea a costituire un possesso di buona fede in capo a G.I., poiché si trattava di un titolo assoggettato a sequestro conservativo civile annotato pri-

ma della girata ivi apposta: in esso, infatti, non è rappresentata una situazione in cui il possesso di G.I. è stato ricevuto in buona fede, poiché sul titolo è annotato il sequestro civile con indicazione del custode giudiziario, fatto che, per l'esercizio dei diritti sociali, è comunque opponibile a G.I., perché il diritto di voto spetta comunque al custode ex art. 2352, comma 1, c.c.

In ogni caso, non si comprende per quale ragione giuridica il custode del sequestro penale abbia ritenuto di dover preferire G.I. al custode civile in esecuzione del dissequestro penale.

Vi sono, poi, ulteriori "prove che la società G.I. avrebbe dovuto conoscere il pregresso vincolo di sequestro dell'8 marzo 2002. Uno degli amministratori della società prenditrice, infatti, è figlio di R. (soggetto persona fisica destinatario del sequestro delle azioni B.), il Presidente del C.d.A. al tempo era A. D., comunque legato alle società di R., e soci della società G.I. risultano essere altrettante società riferibili sempre al R., destinatario del sequestro giudiziario emesso sulla scorta della cessione della quota di partecipazione avvenuta nel periodo prefallimentare della società Immobiliare 79 s.r.l.

Sotto il profilo cartolare, pertanto, il possesso del certificato non può essere opposto alla società quale titolo valido e idoneo per l'esercizio dei diritti inerenti alla qualità di socio (diritto di voto).

Ma anche volendo considerare il rapporto sottostante al titolo in questione, si osserva come G.I. s.p.a. non abbia provato di essere divenuta socia per effetto di un valido negozio stipulato con la società fiduciaria che, all'epoca dell'intervenuta cessione, risultava essere socia di B.

La cessione della partecipazione a G.I. (in realtà trattasi di altra società cessionaria indicata da tutte le parti come G.I., ipotesi tutta da verificare ove necessario), difatti, è avvenuta per atto del R., asserito fiduciante di F. s.r.l. (allora F. s.p.a.). Il negozio di trasferimento dalla società fiduciaria a R. non risulta in atti, né è menzionato dalle parti.

Ne consegue che, non essendovi traccia di un pregresso negozio di cessione della partecipazione dalla fiduciaria al fiduciante, il successivo negozio di trasferimento da R. a G.I. non è certamente opponibile alla società B. (*omissis*), in quanto non proveniente dal titolare delle quote azionarie.

Pertanto, G.I. non può a buon diritto affermarsi socia in forza del summenzionato atto di trasferimento, inidoneo a provare pienamente detta qualità.

Dunque anche volendo trascurare il fatto che G.I. non è legittimata ad esercitare i diritti sociali perché non iscritta nel libro soci della B., non appare in ogni caso che essa abbia alcun titolo per vedere riconosciuta la sua qualità di socia.

Da tutto quanto sopra premesso si deduce come la delibera assembleare, innanzitutto, sia frutto dell'esercizio di un diritto sociale da parte di un soggetto che non risulta iscritto a libro soci; come, poi, l'esercizio del diritto di voto spettasse comunque al custode giudiziario; come,

ancora, il possesso di detto titolo non sarebbe idoneo a legittimare G.I. ad esercitare i c.d. diritti amministrativi di socio, in quanto non ricevuto in buona fede; come, infine, anche sotto il profilo sostanziale, G.I. non possa definirsi socio della B. I. C. s.p.a., in mancanza di un titolo idoneo di trasferimento.

La continuazione dell'assemblea iniziata in mattinata in altro luogo, e proseguita nel pomeriggio presso il notaio S. a cura del rappresentante legale di G.I., per l'asserita «impossibilità fisica di deliberare nel luogo di convocazione», è dunque frutto dell'autonoma iniziativa di un soggetto non legittimato ad esercitare né i diritti di socio, né le funzioni proprie degli amministratori o dei sindaci in punto di convocazione e di presidenza della riunione assembleare, essendo stato semplicemente dichiarato a verbale che gli amministratori e sindaci erano assenti non giustificati».

Ora, è noto che nella relazione accompagnatrice al D.Lgs. n. 6/2003 il legislatore esplicita di avere bandito ogni ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza di deliberazioni assembleari, sussistendo una piena riserva di legge con riguardo ai casi d'invalidità delle deliberazioni assembleari.

Ma è anche vero che le ipotesi di nullità considerate dall'art. 2379 c.c. si riferiscono ai casi in cui ci si trovi in presenza di un atto formale comunque imputabile alla società (mancata convocazione dell'assemblea, mancanza di verbale, impossibilità o illiceità dell'oggetto). Il tutto presuppone, dunque, che si sia tenuta un'assemblea della società che, sebbene non convocata, sia qualificabile come tale.

Il caso di specie, invece, rappresenta un'ipotesi estrema - per quanto accaduta - di inesistenza materiale della delibera che risulta addirittura estranea alla categoria di cui agli artt. 2377 ss. c.c., non sussistendo un atto imputabile in via astratta alla società.

Il fatto che detta delibera sia stata iscritta nel pubblico registro delle imprese a cura del notaio rogante, Dott. S. S., (*omissis*), in teoria, non potrebbe avere alcun rilievo ai fini di cui è causa.

Non può certamente considerarsi delibera idonea a legittimare il C. a rappresentate legalmente la società convenuta un atto qualificato come tale da un soggetto che si è autoattribuito la qualità di socio e si è autocostituito in assemblea ad insaputa degli organi sociali di amministrazione e controllo che, nello stesso giorno, l'hanno convocata in altro luogo e non lo hanno riconosciuto come legittimato a parteciparvi.

La predisposizione dell'atto da parte del Notaio rogante, poi, nulla aggiunge o toglie alle suddette considerazioni di diritto che - in ogni caso - avrebbero dovuto essere tenute in conto dal pubblico ufficiale rogante prima di prestarsi a verbalizzare con alto pubblico una «riunione assembleare» presieduta dal solo soggetto che vi ha partecipato, in assenza di amministratori e sindaci o altri soci e, per di più, in luogo diverso da quello indicato nella convocazione (doc. 7. all. 8 di parte attrice).

Il collegio, dunque, afferma che non è sufficiente una votazione purchessia per potere configurare l'esistenza di una deliberazione societaria: il regime della invalidità, previsto nell'art. 2379 c.c. si può verificare solamente ove vi sia la condizione (positiva) della presenza di una delibera assembleare che induca l'organo giudicante a dovere valutare la presenza di una condizione (negativa) integrante l'ipotesi di nullità indicata nella norma. In questo caso, invece, manca la condizione positiva per poter passare alla seconda valutazione.

E sarebbe mancata, dunque, anche la condizione primaria per potere redigere un simile atto in forma pubblica. Alla luce di quanto sopra, dunque, deve dichiararsi la piena invalidità e illegittimità dell'atto di nomina dei nuovi amministratori della società B. a rogito del Notaio S., iscritto nel registro delle imprese in data 9 marzo 2007.

Il Sig. C., dunque, non può neanche ritenersi legittimato a validamente rappresentare in questo giudizio la società B., ben rappresentata dall'amministratore C. (*omissis*).

IL COMMENTO

di Michele Centonze

La riforma del diritto societario ha modificato la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari, con l'obiettivo espresso di eliminare l'inesistenza dal quadro delle sanzioni applicabili ai vizi del procedimento di formazione della volontà dei soci. La sentenza del Tribunale di Milano consente di riflettere sull'esito dei profondi mutamenti intervenuti in un settore nevralgico della vita delle società.

Il caso e la sentenza

I. All'assemblea della società per azioni «B. I. di C. s.p.a.», regolarmente convocata, interviene, a mezzo del suo amministratore unico e legale rappresentante, la società «G. I. s.p.a.», la quale asserisce, esibendo il corrispondente certificato azionario, di essere socia di detta società nella misura del 94,6% del suo capitale; il presidente dell'assemblea dispone, però, l'esclusione dai lavori assembleari della società intervenuta, in ragione del fatto

che le azioni esibite sono gravate da sequestro conservativo, annotato sul certificato azionario già prima che la pretesa sociale ne acquisisse la materiale disponibilità, e che, pertanto, unico legittimato ad esercitare i diritti sociali, relativamente a tale partecipazione, va considerato, ex art. 2352, comma 1, c.c., il custode giudiziale.

Nel pomeriggio dello stesso giorno, l'amministratore della società «G. I. s.p.a.», evidentemente in disaccordo con l'iniziativa del presidente dell'assemblea della società «B. I. di C. s.p.a.» di escludere dalla riunione la società da lui rappresentata, si reca da un notaio e, asserendo «l'impossibilità fisica di deliberare [al mattino] nel luogo convocato», delibera, quale legale rappresentante del socio di maggioranza della società «B. I. di C. s.p.a.», il rinnovo del consiglio di amministrazione di tale società, tra l'altro nominando sé stesso quale presidente del nuovo C.d.A.; tale delibera viene successivamente iscritta nel registro delle imprese.

Agisce il custode delle azioni sequestrate, anche contro la persona fisica legale rappresentante della «G. I. s.p.a.», per far valere l'inesistenza/nullità «dell'atto qualificato come delibera» della «B. I. di C. s.p.a.»; in giudizio si costituisce, per la società «B. I. di C. s.p.a.», l'amministratore nominato con la delibera impugnata, ma l'attore gli contesta la carenza del potere di rappresentanza processuale passiva della medesima società, a causa dell'inesistenza della delibera di nomina.

Il Tribunale di Milano, con la sentenza in commento, accoglie le domande del custode giudiziale, affermando l'inesistenza della delibera impugnata e, quindi, il difetto di legittimazione del «nuovo» amministratore a rappresentare la «B. I. di C. s.p.a.», «ben rappresentata», scrivono i giudici, dall'amministratore originario (per mezzo del quale la società ha spiegato intervento adesivo alla domanda attorea).

Il percorso seguito dai giudici è semplice: in via preliminare essi escludono che la «G. I. s.p.a.» sia socia della «B. I. di C. s.p.a.» e/o comunque legittimata all'esercizio dei relativi diritti sociali, per poi trarne la conclusione secondo cui «non può certamente considerarsi delibera...un atto qualificato come tale da un soggetto che si è autoattribuito la qualità di socio e si è autocostituito in assemblea ad insaputa degli organi sociali di amministrazione e di controllo che, nello stesso giorno, l'hanno convocata in altro luogo e non lo hanno riconosciuto come legittimato a parteciparvi»; piuttosto, «il caso di specie...rappresenta un'ipotesi estrema - per quanto accaduta - di inesistenza materiale della delibera...non sussistendo un atto imputabile in via astratta alla società»: invero, «non è sufficiente una votazione purchessia per potere configurare l'esistenza di una deliberazione societaria».

Eccessi e lacune della motivazione

Il caso oggetto della pronuncia in commento, per quanto estremo, non è isolato, né è stato risolto in maniera originale, poiché già in altre occasioni la giurisprudenza si è interessata di vicende analoghe, riguardanti sempre la nomina di nuovi amministratori, giungendo alla medesima conclusione: inesistenza della delibera (1).

Sembrirebbe, quindi, che tale pronuncia non rappresenti una novità degna di nota, ma vada solo ad arricchire il variegato catalogo delle decisioni che ribadiscono la sussistenza nel nostro ordinamento di una terza sanzione con cui colpire le delibere assembleari viziato, accanto all'annullabilità e alla nullità (2).

In realtà, così non è, perché la sentenza costituisce uno dei pochi precedenti (editi) ambientati nel contesto normativo introdotto dalla riforma (3), la quale, come è noto, ha avuto di mira, tra altri, proprio l'obiettivo di bandire «ogni ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza di deliberazioni assembleari» e di sancire «una piena riserva di legge con riguardo ai casi d'invalidità delle deliberazioni assembleari» (4).

Tale obiettivo è stato perseguito riscrivendo la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari (artt. 2377 ss. c.c.) e, in particolare, indicando espressamente la natura della sanzione associata alle patologie che, prima della riforma, erano usualmente considerate motivo di inesistenza della delibera (irregolare costituzione dell'organo; difetto del *quorum* deliberativo; mancanza del verbale; mancata convocazione dell'assemblea) (5).

Il provvedimento dei giudici milanesi rappresenta, quindi, un interessante *test* sulla reazione delle nostre corti alla «terapia» concepita dal riformatore per tentare di sconfiggere il *virus* dell'inesistenza delle delibere assembleari.

A tale motivo di interesse si accompagna, però, subito, un sentimento di delusione per i risultati iniziali del-

Note:

(1) V., ad esempio, i casi decisi da Trib. Foggia 6 maggio 1996, in *Giur. comm.*, 1998, II, 56; App. Milano 25 giugno 2002, in questa *Rivista*, 2003, 46; Trib. Sassari 18 dicembre 1996, *ivi*, 1997, 581.

(2) Tripartizione consolidata fin dai tempi di Cass. 13 agosto 1951, n. 2513, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 174.

(3) Con riferimento alla decisione formatasi in una riunione regolarmente convocata, ma a cui hanno preso parte solo persone non legittimate ad intervenire, si è affermata in un caso, e negata nell'altro, l'esistenza di una deliberazione assembleare: cfr., rispettivamente, Trib. Roma 6 luglio 2004, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, 145; Trib. Bari 28 novembre 2005, in questa *Rivista*, 2007, 223.

(4) Così la sentenza in commento, sulla scorta della Relazione al D.Lgs. n. 6/2003 (che si può leggere in *Riv. soc.*, 2003, 112). È noto come la sanzione dell'inesistenza fosse ormai diventata una scheggia impazzita all'interno del sistema, sfuggita ad ogni possibilità di controllo da parte degli operatori (che in materia l'incertezza regnava sovrana, lamentava, testualmente, già Ferri, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 398).

(5) La delibera presa in un'assemblea irregolarmente costituita causa oggi annullabilità della delibera, ex art. 2377, comma 5, n. 1, c.c., non più inesistenza; e altrettanto può dirsi della delibera presa in difetto del *quorum* deliberativo (n. 2 della medesima norma), o irregolarmente verbalizzata (n. 3). Invece, è fonte di nullità (e non più di inesistenza) la delibera presa senza convocazione dell'assemblea o senza verbalizzazione (cfr. art. 2379 c.c.).

la cura: prima ancora che l'esito finale del giudizio qualificatorio (di inesistenza della delibera, cioè: v. *infra*), la critica ha ad oggetto il metodo che ha ispirato la pronuncia, forse anche l'approccio mentale al problema.

Innanzitutto, pare non vi fosse bisogno di invocare addirittura l'inesistenza della delibera, visto che la fattispecie concreta poteva essere inquadrata - più agevolmente e con garanzia dei medesimi risultati - all'interno della mera nullità.

Un simile inquadramento:

a) è reso possibile dal fatto che, a detta degli stessi giudici, la delibera impugnata è stata assunta, tra l'altro, in mancanza di convocazione dell'assemblea (vizio che oggi genera, appunto, nullità della delibera, ai sensi dell'art. 2379, comma 1, c.c.);

b) è appagante sul piano delle conseguenze concrete, giacché implica l'inefficacia della delibera presa dal sedicente socio (e tempestivamente impugnata), al pari - si noti - della delibera inesistente (6).

Per questa ragione, il ricorso ad un rimedio atipico come l'inesistenza si rivela ultroneo, sovrabbondante rispetto ai problemi posti dal caso di specie, indice di un retaggio culturale che spinge quasi meccanicamente a rifugiarsi nell'inesistenza, non appena la decisione concreta presenti anomalie di particolare gravità (7).

Per di più, il ragionamento svolto dai giudici milanesi per affermare l'inesistenza della delibera si rivela gravemente lacunoso.

La sentenza premette, giustamente, che «le ipotesi di nullità considerate dall'art. 2379 c.c. si riferiscono ai casi in cui ci si trovi in presenza di un atto formale comunque imputabile alla società...Il tutto presuppone, dunque, che si sia tenuta un'assemblea della società che, sebbene non convocata, sia qualificabile come tale».

Poi osserva che «il caso di specie rappresenta un'ipotesi estrema...di inesistenza materiale della delibera che risulta addirittura estranea alla categoria di cui agli artt. 2377 ss. c.c., non sussistendo un atto imputabile in via astratta alla società».

Essendo questa la conclusione, ci si attenderebbe di vederne adeguatamente illustrato il fondamento: ma la speranza si rivela illusoria.

Sostengono, infatti, i giudici milanesi che «non può certamente considerarsi delibera...un atto qualificato come tale da un soggetto che si è autoattribuito la qualità di socio e si è autocostituito in assemblea ad insaputa degli altri organi sociali».

Ammettiamo pure che sia così (v. *infra*): ma come si giustifica l'assunto?

Nelle intenzioni del Tribunale, con la seguente dichiarazione: «il collegio...afferma che non è sufficiente una votazione purchessia per potere configurare l'esistenza di una deliberazione societaria».

Ma è evidente che questa affermazione non è in grado di fondare quella precedente, se a sua volta non sia fatta essa stessa oggetto di dimostrazione (perché non basta una votazione purchessia?).

Ed eccola, la dimostrazione, che segue il brano appena trascritto: «il regime dell'invalidità, previsto dall'art. 2379 c.c., si può verificare solamente ove vi sia la condizione (positiva) della presenza di una delibera assembleare che induca l'organo giudicante a dovere valutare la presenza di una condizione (negativa) integrante l'ipotesi di nullità indicata dalla norma. In questo caso, invece, manca la condizione positiva per poter passare alla seconda valutazione».

Nulla di più.

Il passo appena riportato - che dovrebbe essere il fulcro dell'intera motivazione e spiegare le ragioni giuridiche delle asserzioni che lo precedono - coincide interamente con la premessa da cui muove il collegio (poc'anzi trascritta: «le ipotesi di nullità considerate dall'art. 2379 c.c. si riferiscono ai casi in cui ci si trovi in presenza di un atto formale comunque imputabile alla società. Il tutto presuppone, quindi, che si sia tenuta un'assemblea della società che, sebbene non convocata, sia qualificabile come tale»).

Sicché, in definitiva, si constata che la parte motiva della sentenza si apre con una premessa (generica, per quanto corretta) e si chiude...con la stessa premessa: nel mezzo, tre affermazioni, che risultano così abbandonate allo stato di petizioni di principio (l'inesistenza materiale genera inesistenza giuridica; non è delibera l'atto proveniente da chi si è autoattribuito la qualità di socio; non è sufficiente una votazione purchessia).

Inutile insistere oltre ed evidenziare i limiti di un siffatto ragionamento, che la dottrina ha già avuto modo, autorevolmente, di criticare (8).

La verità è che nella sentenza che si commenta è assente l'indispensabile individuazione *in positivo* dei requisiti minimi di esistenza di una delibera assembleare: ci si limita ad asserire (l'ovvio, e cioè) che non tutte le decisioni sono perciò solo «delibere», mentre poi si trascura (il necessario, e cioè) di chiarire preliminarmente quali sono le condizioni di fatto che non possono mancare per aversi «delibera». *Non si può negare che un certo fatto rientri in una certa fattispecie astratta se prima non si è fatta chiarezza sui requisiti costitutivi di tale fattispecie.*

La lacuna è tanto più grave se si considera - come si accennava - che rispetto al codice del 1942 il tessuto normativo, con la novella del 2003, ha compiuto inne-

Note:

(6) Il punto non è pacifico, ma v. comunque Centonze, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, 311, e Id., *L'«inesistenza» delle delibere assembleari di s.p.a.*, Torino, 2008, 191 ss. È noto che, sul piano sostanziale, l'inesistenza è nata per evitare che a determinati vizi si applicasse la disciplina dell'annullabilità, caratterizzata dalla *provisoria efficacia* della delibera invalida: v. oltre nt. 10.

(7) Nel caso di specie la decisione è stata presa da un sedicente socio maggioritario senza convocazione dell'assemblea.

(8) V., tra molti altri, Zanarone, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3, Torino, 1998, 198.

gabili progressi (almeno nel settore che ci interessa). Per rendersi conto del salto qualitativo prodotto dalla riforma (9), basta leggere i nuovi artt. 2377 e 2379 c.c., dove si trovano regolate in maniera molto (più) dettagliata (che in passato) le conseguenze dei principali vizi procedurali di formazione della delibera.

Sicché oggi è finalmente consentito fare ciò che era precluso ieri: ricostruire il concetto di delibera «norme alla mano».

La categoria dell'inesistenza ha potuto prosperare grazie ad un impianto normativo (il codice civile del 1942) che rinunciava in partenza a porsi come guida per l'interprete, poiché individuava la fattispecie «delibera invalida» semplicemente mediante il ricorso ad una clausola generale («le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge e dello statuto possono essere impugnate...»: art. 2377, comma 2, c.c., vecchia formulazione), senza alcuna ulteriore specificazione (se non quella, contenuta nell'art. 2379 c.c., che sanzionava con la nullità la delibera con oggetto/contenuto illecito) (10).

La riforma, che ha riscritto la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari, offre l'occasione per rivisitare il tema, a cominciare dal metodo di indagine: non più «diritto libero», ma individuazione dei requisiti costitutivi della fattispecie per induzione dalle norme scritte, che dunque occorre interpretare.

L'alternativa è ostinarsi ad *intuire* ipotesi (residue) di inesistenza, con rinuncia all'applicazione di dette norme e resa all'arbitrio dell'operatore (11).

La dottrina post-riforma

Di tali preoccupazioni è ben avvertita la dottrina che si è occupata specificamente del tema dell'inesistenza dopo il D.Lgs. n. 6/2003 (12), poiché, a prescindere per ora dal merito delle soluzioni prospettate, emerge comunque lo sforzo di argomentare la conclusione in base ad un ragionamento incentrato sul diritto positivo.

Si può dire che, finora, la dottrina, più della giurisprudenza, ha percepito il vincolo derivante dall'esistenza in materia di un sistema di norme scritte. Ciò non toglie che si stenti a trovare un accordo sul merito del problema.

Secondo un'opinione, infatti, per aversi «delibera» occorrerebbe il concorso di due requisiti: «un momento di «appropriazione» della decisione da parte dell'organizzazione societaria, o preventivo (attraverso una convocazione, per quanto irregolare, purché proveniente da un organo sociale), o successivo (attraverso la trascrizione del verbale nel libro delle adunanze assembleari, ancora una volta ad opera di un componente di un organo della società)»; e, inoltre, «un momento qualificabile come «riunione» dell'organo, ancorché alla stessa abbiano partecipato soggetti non legittimati» (13).

Per una diversa tesi, invece, «il nucleo essenziale [della] fattispecie [sarebbe] costituito, alla luce dell'attuale disciplina, da una manifestazione di volontà dei soci espressa nella forma del voto al termine della riunione

(anche «potenziale») e proveniente da una maggioranza anche apparente..., cui abbiano preso parte soci titolari del diritto di voto» (14).

Non è il caso in questa sede né di analizzare oltre il contenuto di tali indirizzi (passaggi logici, legami e punti di attrito), né di ripercorrere le ragioni di critica che vi si possono opporre (15); qui basti solo segnalare che, con riferimento al caso oggetto della sentenza in commento (decisione presa unicamente da chi non è socio né altrimenti legittimato a votare, ma che si professa come tale), entrambi conducono alla medesima conclusione patrocinata dai giudici milanesi di inesistenza della delibera (16).

Il panorama della dottrina e della giurisprudenza rivela, dunque, un'inesistenza indebolita bensì, ma sempre viva e vitale (17), al punto da far nascere il sospetto che la «terapia» proposta dalla riforma abbia avuto un esito sostanzialmente negativo.

Tuttavia, prima di rassegnarsi a questa conclusione, sembra esservi spazio anche per una diversa valutazione del dato positivo, in forza della quale pare lecito ritenere che nel caso di specie esiste una delibera, anche se nulla per mancata convocazione dell'assemblea (art. 2379, comma 1, c.c.).

Si comprende agevolmente che solo un risultato di tale tenore sarebbe coerente con l'obiettivo della riforma di consegnare alla storia l'inesistenza delle delibere assembleari (18).

Note:

(9) Notevole al riguardo l'insegnamento offerto dalla storia dell'inesistenza in Germania nel primo trentennio del secolo scorso: il passaggio da un quadro legislativo generico ad uno più specifico, simile al nostro attuale, ha notevolmente ridotto, fino quasi a farlo scomparire, il ricorso alla categoria dell'inesistenza: cfr. Centonze, *L'inesistenza*, 11 ss.

(10) E poiché, stando alla lettera della legge, qualunque vizio procedimentale avrebbe causato la mera annullabilità della delibera (regime caratterizzato dalla provvisoria efficacia della delibera e da limiti temporali e di legittimazione particolarmente rigorosi), si avvertì l'esigenza sostanziale di assoggettare alcune ipotesi (che sarebbero state, sulla carta, di annullabilità) ad una disciplina analoga alla nullità (imprescrittibile, insanabile, censurabile da chiunque ne avesse interesse): v. anche oltre nel testo.

(11) Analoga censura va mossa nei confronti delle sentenze pronunciate dopo la riforma e citate alla nt. 3.

(12) Ma v. anche, prima della riforma, Zanarone, 198 ss.

(13) Cian, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, spec. 783 ss., 790 ss.; Id., *Art. 2377*, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2004, sub III.

(14) Sanna, *L'inesistenza delle deliberazioni assembleari e delle decisioni extra assembleari: un problema ancora aperto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 188.

(15) V. al riguardo Centonze, *L'inesistenza*, 46 ss., 51 ss., 70 ss., 109 ss., 119 ss., 165 ss., 172 ss.

(16) Stando al primo indirizzo, perché manca l'intervento di uno degli organi sociali nella formazione della decisione (manca, cioè, il momento di appropriazione della decisione da parte della società); stando al secondo, perché la delibera non proviene da soci titolari del diritto di voto.

(17) E v. anche, in vario senso, la dottrina citata in Centonze, *L'inesistenza*, 6 ss.

(18) «Chi sarà chiamato ad applicare la legge non potrà non seguire, nel-
(segue)

Una diversa proposta di soluzione

La conclusione prospettata in chiusura del precedente paragrafo è resa possibile da una ricostruzione del concetto di delibera diversa da quelle già sinteticamente descritte; in particolare, si fonda sulla convinzione che, per l'esistenza della fattispecie, un solo requisito sia necessario e sufficiente: la «parvenza» di delibera, per tale intendendo la formale, esteriore, apparente provenienza della decisione dalla maggioranza del capitale sociale richiesta dalla legge o dallo statuto; ricorrendo tale requisito, non è di ostacolo alla nascita di una delibera la circostanza che, in realtà, l'atto sia materialmente imputabile ad una minoranza del capitale o, addirittura, ad un estraneo.

Non essendo possibile dare conto in poche righe delle ragioni a base della ricostruzione proposta, si può solo delinearne a grandi linee il contenuto essenziale, per poi verificare i profili applicativi, anche con specifico riferimento al caso oggetto della sentenza che si commenta. Il carattere assertivo delle affermazioni che seguono è dunque giustificato da indeclinabili esigenze di sintesi (19).

Il problema dell'inesistenza delle delibere assembleari va indagato esaminando separatamente tre gruppi di situazioni patologiche.

Un primo gruppo è composto dai casi in cui la decisione è presa bensì (in concreto e, quindi, anche esteriormente) dalla necessaria maggioranza del capitale sociale, ma senza il rispetto, in tutto o in parte, del procedimento assembleare (si pensi ad una decisione assunta dal socio titolare del 90% del capitale - quando il *quorum* deliberativo sia del 60% - con le forme extra-assembleari riservate dalla legge alla s.r.l.): in tal caso la soluzione del problema qualificatorio dipende dalla rilevanza che si intenda attribuire alle regole procedurali di formazione della delibera.

Per le argomentazioni sviluppate altrove, è preferibile ritenere che l'osservanza di specifiche regole formali (il metodo assembleare) sia solo condizione di validità - non di esistenza - della delibera (sicché nell'esempio fatto la decisione è una vera e propria delibera, ancorché invalida).

Il secondo gruppo di situazioni è costituito dalla decisione presa bensì nell'ambito del procedimento assembleare, ma da una minoranza del capitale o da chi non sia legittimato a votare; mentre il terzo gruppo raccoglie le decisioni che, oltre a non provenire dalla necessaria maggioranza del capitale sociale, si sono anche formate senza il rispetto, in tutto o in parte, delle regole del procedimento assembleare: vi rientra, tra l'altro, il caso tradizionalmente etichettato come «falso verbale» o «inesistenza materiale» della delibera (20), in cui taluno (un amministratore, un socio di minoranza, un estraneo), al di fuori di qualsiasi regola procedimentale, confeziona il verbale dell'assemblea, in realtà mai tenutasi, di una data società, nel quale si dà atto dell'approvazione di una delibera con un certo contenuto.

Ebbene, è lecito ritenere che, nelle situazioni appena descritte, la decisione possa essere qualificata come deli-

bera, se di tale fattispecie abbia la «parvenza», cioè se l'atto *almeno esteriormente* sembri provenire dalla necessaria maggioranza del capitale sociale (21) (tale conclusione - è opportuno precisare - va tenuta ferma indipendentemente dalle qualità soggettive dell'autore materiale della decisione: socio di minoranza o estraneo che si autoattribuisce la qualità di socio).

Come si può constatare confrontando i tre gruppi di situazioni illustrati, la «parvenza» di delibera (cioè l'esteriore, formale, apparente, provenienza della decisione dalla quota di capitale richiesta dalla legge o dallo statuto) può essere considerata il requisito necessario e sufficiente per l'esistenza della fattispecie ed assume concreta rilevanza (entra in gioco) con riferimento alle ipotesi in cui la decisione non provenga dalla quota di capitale richiesta dalla legge o dallo statuto per quel tipo di decisione: in tali casi la delibera esiste se e purché ve ne sia la «parvenza», ferma restandone, ovviamente, l'invalidità.

In definitiva, vi è spazio per ritenere che l'ordinamento societario, per individuare la fattispecie astratta in cui sussumere il fatto concreto (giudizio di esistenza/inesistenza), si accontenti dell'*apparenza* (esteriore imputabilità della decisione alla necessaria maggioranza del capitale sociale), magari anche generata da un documento falso, e si riappropri della realtà in un secondo momento, al solo fine di regolare tale fatto (giudizio di validità/invalidità), alla luce della disciplina prevista per la fattispecie così selezionata (nullità per mancanza della convocazione e/o del verbale, annullabilità per difetto del *quorum* deliberativo, ecc.).

A questo punto andrebbe spiegato perché si ritiene che la «parvenza» di delibera sia l'unico requisito costitutivo (*necessario e sufficiente*) della fattispecie (e perché la «parvenza» di delibera è identificata con l'apparente raggiungimento della maggioranza richiesta dalla legge o dallo statuto per quel tipo di delibera): ma si tratta di onere a cui - come anticipato - non si può certo assolvere nello spazio di poche righe.

Piuttosto, va segnalato che tale costruzione genera una direttiva pratica del seguente tenore: per accertare se esista o meno una «delibera assembleare», non occorre appurare da chi proviene la decisione (socio di maggioranza, di minoranza, estraneo) e come essa si è forma-

Note:

(segue nota 18)

l'interpretare la portata precettiva della disciplina legale, il criterio della *voluntas legis*, quale risulta dalla lettura oggettiva del sistema normativo»: così Stagno d'Alcontres, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto societario*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, 179.

(19) Per i necessari approfondimenti v. Centonze, *L'«inesistenza»*, *passim*.

(20) È il caso deciso dalla sentenza che si commenta.

(21) Come accadrebbe, per fare un esempio sicuro (v. infatti l'art. 2377, comma 5, n. 2, c.c.), se, per errore nel conteggio dei voti, il presidente dell'assemblea dichiarasse approvata con il 60% dei voti una proposta che in realtà ha incontrato il consenso solo del 15%.

ta (in assemblea o fuori: ad es., in un bar, per telefono, per e-mail), essendo (necessario e) sufficiente verificare che *almeno esteriormente* essa appaia essere frutto della volontà della necessaria maggioranza del capitale sociale.

Alla luce di tale direttiva si raggiungono risultati bensì eterodossi rispetto alla letteratura tradizionale, ma perfettamente coerenti con lo spirito della riforma e (si crede) con le norme scritte da essa introdotte: il sistema dell'invalidità delle delibere assembleari appare così (finalmente) risolversi interamente entro il binomio annullabilità/nullità, anche nei classici casi del «falso verbale» o «inesistenza materiale».

È vero che in essi fa difetto una qualsiasi attività *sostanzialmente* ricollegabile all'ente (inesistenza sul piano materiale), ma questa circostanza è solo causa di nullità della delibera (per mancata convocazione dell'assemblea), non anche di sua inesistenza (sul piano giuridico): sul piano materiale qualcosa pur sempre c'è, cioè un atto avente le sembianze di una delibera; e tanto basta per l'esistenza della fattispecie indagata.

A questo punto diventa fondamentale evidenziare che il sistema emergente dalle nuove norme, così ricostruito, non denuncia quelle lacune di natura sostanziale che, giocando un ruolo decisivo in materia, hanno giustificato sul piano razionale il ricorso all'inesistenza prima della riforma. È noto che l'inesistenza ha rappresentato una valvola di sfogo del sistema scritto, il quale, preso alla lettera, avrebbe dovuto condurre a sanzionare tutti i vizi procedimentali, anche i più eclatanti, con la mera annullabilità della delibera, ritenuta insufficiente a proteggere in maniera sempre adeguata gli interessi coinvolti nel processo di formazione della volontà assembleare (la delibera annullabile era ed è provvisoriamente efficace, ed impugnabile entro stretti limiti di tempo da una cerchia ridotta di legittimati: art. 2377 c.c.). Discorrendo di inesistenza della delibera, diventava invece possibile disapplicare la disciplina dell'annullabilità ed introdurre un regime di fatto corrispondente a quello della nullità contrattuale, reputato più idoneo dell'altro ad assicurare un'efficace tutela di detti interessi (la delibera inesistente poteva e può essere impugnata da chiunque ne avesse o abbia interesse, e senza limiti di tempo). Ma oggi? Oggi, le modifiche normative apportate dalla riforma conducono a sanzionare il caso del «falso verbale» o «inesistenza materiale» con la nullità *ex art. 2379 c.c.* - a cui si associa il predicato dell'originaria inefficacia della delibera -, il che fa sì che non si manifesti più quel *deficit* di tutela degli interessi in gioco che, prima della riforma - quando l'alternativa all'inesistenza sarebbe stata la mera annullabilità -, giustificava la fuga verso l'inesistenza: tale sanzione può dunque essere considerata ormai priva anche di un'appagante giustificazione razionale (oltre che formale).

Conclusioni

Sulla base delle precedenti indicazioni è lecito concludere che la fattispecie oggetto della sentenza che si

commenta va qualificata diversamente da come disposto dal Tribunale di Milano.

Un soggetto si è autoqualificato, senza esserlo realmente, come socio titolare del 94,6% del capitale sociale e ha redatto di propria iniziativa, al di fuori di qualsiasi regola procedimentale (e addirittura per atto pubblico), un verbale assembleare attestante l'adozione di una delibera di rinnovo delle cariche sociali (verbale poi iscritto nel registro delle imprese).

Ebbene, la decisione non è frutto della volontà della maggioranza del capitale, però sembra esserlo, giacché vi è un atto riconducibile ad un verbale assembleare dove si attesta che il socio avente il 94,6% del capitale ha preso una certa deliberazione: vi è, dunque, una «parvenza» di delibera, e quindi - per quanto s'è detto - la fattispecie esiste; solo, tale delibera è nulla *ex art. 2379 c.c.*, per mancata convocazione dell'assemblea (22).

Per queste stesse ragioni l'affermazione dell'inesistenza di una delibera sarebbe stata giustificata solo se l'agente, unico votante, si fosse autoqualificato socio titolare (non già, com'è accaduto, del 96,4% del capitale sociale, ma) di una quota inferiore al necessario *quorum* deliberativo (cd. decisione dichiaratamente minoritaria) (23): in tal caso, infatti, sarebbe mancata anche l'esteriorità di una delibera, cioè la sua «parvenza» (intesa come decisione apparentemente frutto della quota di capitale sociale richiesta dalla legge o dallo statuto). La massima della sentenza («non può qualificarsi come delibera della società un atto qualificato come tale da un soggetto che si è autoattribuito la qualità di socio e si è autocostituito in assemblea ad insaputa degli organi sociali di amministrazione e controllo») va dunque maneggiata con cautela.

A differenza di quanto scrive il Tribunale, infatti, può essere delibera l'«inesistenza materiale»; può essere delibera la decisione presa da chi si autoqualifica come socio; può essere «sufficiente una votazione purchessia»: *all'unica condizione che, in ognuna di queste ipotesi, sussista una «parvenza» di delibera.*

Infine, va osservato che nel caso di specie la delibera, in quanto nulla, è inefficace (al pari della delibera inesistente), sicché il dispositivo della sentenza in commento merita adesione: l'amministratore nominato con la delibera impugnata non ha la legittimazione a rappresentare la società convenuta in giudizio. Cambia, però, rispetto al provvedimento annotato, la motivazione; e non è poca cosa, se si considera che, aderendo alla tesi qui proposta, si evita di agitare ancora lo spauracchio dell'inesistenza.

Note:

(22) Invero l'iniziativa del sedicente socio, recatosi di propria sponte dal notaio, non rispetta i requisiti dell'art. 2379, comma 3, c.c.

(23) Si immagini che l'agente si fosse qualificato socio titolare del 25% del capitale, unico soggetto deliberante in assemblea ordinaria di prima convocazione (dove occorre l'intervento perlomeno della metà del capitale sociale: art. 2368, comma 1, c.c.): il caso è realmente accaduto (v. citazioni alla nt. 3).