

La “nullità” delle deliberazioni assembleari per mancata convocazione del socio e l’interesse del terzo all’impugnativa

di Mercedes GUARINI*

Sommario: **1.** L’evoluzione del “regime” dell’invalidità delle delibere dell’assemblea: cenni. **2.** Dalla categoria dell’“inesistenza” anche per vizi attinenti alle *irregolarità* della convocazione.... **3.** ...alla tassativa ipotesi di nullità per “mancata” convocazione dell’assemblea: ambito applicativo e limiti. **4.** “Sostituzione” e “sanatoria” quale ulteriore conferma della “autonomia” della nullità in ambito societario. **5.** Il “terzo” e i possibili spazi di una legittimazione alla impugnativa.

ABSTRACT: *In the contest of nullity of the company’s shareholders resolutions, the paper analyses the peculiar hypothesis of nullity in case of failure to convene the shareholder, also dwelling on the position of the third party and on his legitimacy to challenge corporate resolutions affected by nullity.*

1. L’evoluzione del “regime” dell’invalidità delle delibere dell’assemblea: cenni.

La riforma dell’invalidità delle deliberazioni assembleari ripropone le categorie negoziali dell’annullabilità e della nullità¹. Il riferimento a tali categorie è però

* Ricercatore di diritto commerciale presso l’Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

¹ Avuto riguardo all’invalidità delle delibere delle società di capitali, la riforma ha lasciato immutata la qualificazione del vizio e la collocazione sistematica degli articoli 2377 c.c. e 2379 c.c. ed ha introdotto gli articoli 2379 *bis* c.c. e 2379 *ter* c.c. nonché l’art. 2434 *bis* c.c. disciplinanti, questi ultimi, la impugnazione di due particolari categorie di deliberazioni dell’assemblea: le deliberazioni di aumento e riduzione di capitale e della emissione di obbligazioni e quelle di approvazione del progetto di bilancio. La riforma ha, altresì, innovato anche le regole sull’invalidità delle s.r.l. sostituendo al precedente articolo 2486 c.c., l’articolo 2479 *ter* c.c. che disegna una fattispecie autonoma, non operando più un mero rinvio alla disciplina delle società per azioni e prospettando un problema di “compatibilità” con la disciplina delle sole norme richiamate. Assoluta novità della modifica attiene alla espressa previsione dell’impugnativa delle delibere del consiglio di amministrazione, sul punto sia consentito rinviare a: S. DALLA BONTÀ, *L’impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, Cedam, Padova, 2012; A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, II, Utet, Torino, 2006, p. 513; G. STRAMPELLI, *Art. 2388*, in *Le Società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B.

solo terminologico risultando chiaro dalla complessiva analisi della disciplina dell'invalidità che il legislatore abbia inteso discostarsi dai tradizionali rimedi tipici delle invalidità di atti e contratti.

PORTALE, I, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 1286 ss.; F. BARACHINI – V. PINTO, *Art. 2388, Delle Società. Dell'azienda. Della concorrenza* (artt. 2379-2451), a cura di D. U. SANTOSUOSSO, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, Utet, Torino, 2015, p. 245, ed agli autori ivi citati.

² Al riguardo, v. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2006, pp. 95 ss., secondo cui i rapporti tra nullità ed annullabilità sono configurati in termini ben diversi da quelli tradizionali del sistema negoziale; ID., *La società per azioni, I, Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato da CICU, MESSINEO e MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2012; nello stesso senso B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 477, il quale propone di parlare *tout court* e definitivamente, solo d'impugnazione della delibera, operando una differenziazione di disciplina a seconda del perché l'impugnazione è promossa; per R. LENER, *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 79, la lettura della norma porta ad interrogarsi se siamo effettivamente di fronte a ipotesi di nullità, o se il termine sia stato usato, in qualche misura, a sproposito dal legislatore, che meglio avrebbe fatto a sussumere sotto l'unica categoria delle "delibere annullabili" anche quelle contemplate dall'articolo 2379 c.c.. Secondo A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 57: il codice si ostinerebbe a chiamare "nullità" delle delibere dell'assemblea di società per azioni, patologie radicalmente diverse, per fattispecie e per disciplina, da quella che la legge tradizionalmente individua con lo stesso *nomen* e che affligge il contratto, con ciò confermando la tesi, precedentemente espressa dallo stesso autore che, la disciplina dei casi di nullità in tema di società per azioni, deve riguardarsi in termini di "specialità" piuttosto che di "eccezionalità" alla disciplina generale; ID., *Statuti speciali di nullità ed "illegalità" delle delibere assembleari di s.p.a.*, in *Giur. it.*, 2003, p. 400; per G. PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 965, vera e propria "nullità" delle delibere assembleari è solo quella delle delibere che «modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili» dovendosi, invece, negli altri casi, discorrere di una «annullabilità assoluta». In generale, v. M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 4, p. 759, che parla di annullabilità a termine di impugnazione prolungato; F. BELLINI, *Sintetiche note su annullabilità e nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Le Società*, 2007, p. 291. Più in generale: G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim*; ID., *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 62; ID., *Art. 2379 – 2379 ter*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Cedam, Padova, 2005; E. CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali*, in *Riv. not.*, 2005, 1, p. 21; M. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. Soc.*, 2-3, 2017, p. 283; M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, 2, Torino, 2002, pp. 331 ss.; G. PALMIERI – C. PATRIARCA, *Art. 2379*, in *Le Società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, Giuffrè, I, 2016, p. 1105 (cui si rimanda anche per gli autori qui non citati) che, analizzando le "specificità" della disciplina della nullità, sottolineano l'assoluta

Il dibattito circa il coordinamento e/o i rapporti tra il sistema dell'invalidità delle delibere e quello generale (desumibile dalla materia contrattuale) non è una novità della modifica. Ed invero, la vecchia formulazione degli articoli 2377 c.c. e 2379 c.c. ha impegnato a lungo dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sui rapporti tra l'invalidità, delineata in materia societaria, e la disciplina dell'invalidità negoziale e, ancor più in generale, ad individuare la corretta sfera di operatività dell'una (annullabilità) o dell'altra ipotesi (nullità) delle deliberazioni assembleari³. L'orientamento prevalente è stato nel senso di ritenere "invertito" il sistema delle invalidità assembleari, rispetto ai criteri regolatori del diritto negoziale, e di considerare, in termini di tassatività, le ipotesi di nullità della vecchia formulazione dell'articolo 2379 c.c.⁴.

"autonomia" dell'intero sistema delle "invalidità societarie", e sconsigliano di descrivere lo stesso in termini di "specialità".

³ Quanto alla sfera di applicazione, dalla formulazione dell'articolo 2377 c.c. che si esprimeva (ed ancora si esprime) in termini di "deliberazioni non prese in conformità alla legge", piuttosto che di "contrarietà a norme imperative", se ne argomentava l'assoggettamento, all'impugnativa di cui all'articolo 2377 c.c., delle sole invalidità verificatesi durante il processo formativo della deliberazione, riferendo l'articolo 2379 c.c. ai "vizi" inerenti il contenuto, in tal senso A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960; G. MINERVINI, *Società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 230. Nello stesso senso G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, 1971, che però giungeva a tale conclusione dopo aver analiticamente escluso la improponibilità, rispetto alle deliberazioni, delle cause di nullità del contratto, omesse dall'articolo 2379 c.c.. In senso contrario, A. ASQUINI, *Nullità e annullabilità delle deliberazioni assembleari*, in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1961, pp. 302 ss.; A. CANDIAN, *Emissione di azioni privilegiate nel voto. Deliberazione impugnabile, non nulla*, in *Temi*, 1960, p. 360, secondo cui l'annullabilità comprenderebbe sia vizi del procedimento che di contenuto, con la conseguenza di individuare la linea di demarcazione tra illiceità dell'oggetto e la non "conformità" alla legge, operando un distinguo in base alla diversa natura delle norme violate, e degli interessi dalle stesse tutelati. La nullità delle delibere si avrebbe nel caso di contrasto con norme imperative poste a tutela di un interesse generale, l'annullabilità nel caso di violazioni di norme volte alla tutela di interessi di singoli soci o di gruppi di essi. Affermazione quest'ultima, ricorrente anche in giurisprudenza cfr. Cass., 9 aprile 1999, n. 3457, in *Foro it.*, 1999, 1, p. 2250; Cass., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, p. 354; Cass., 22 luglio 1994 n. 6824, in *Giust. civ.* 1995, p. 440. Al riguardo, P. FERRO LUZZI, *Conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 132 ss; G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, Torino 1999; G. FRÈ, *Della società per azioni*, in *Commentario Scialoja - Branca*, 1997, p. 724.

⁴ Tale inversione, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, si manifestava nell'aver, il legislatore, considerato, quale azione speciale, quella di nullità, esperibile nei soli casi previsti dalla vecchia formulazione dell'articolo 2379 c.c. (impossibilità o illiceità dell'oggetto) e quella di annullamento quale azione di carattere generale, dovendosi ricorrere ad essa in tutte le ipotesi di deliberazioni non conformi alla legge o all'atto costitutivo, seppur si fosse trattato di violazione di

Si è però osservato che l'impostazione di analizzare la disciplina dell'invalidità di cui agli articoli 2377 c.c. e 2379 c.c., nei termini sopra indicati (di coordinamento con la disciplina negoziale e, quindi, di eccezionale deroga della stessa ai principi di diritto comune) derivi dalla più generale problematica della natura delle deliberazioni e dalla sua ricostruzione secondo schemi negoziali.

Il problema, come è noto, ha investito, non solo la possibilità di riconoscere natura negoziale alla deliberazione ma anche il rapporto tra questa ed il "voto" nonché la natura dello stesso. Lo stesso discorrere di disciplina "derogatoria"

norme imperative, con conseguente impossibilità di applicare l'articolo 1418 c.c.. La *ratio* del sistema (delineato dagli articoli 2377 c.c. e 2378 c.c.) così come innanzi interpretato, veniva individuata (trovando conferma nella stessa Relazione ministeriale, n. 975) in un'esigenza di stabilità, certezza e rapidità delle decisioni societarie, nonché dalla natura cogente del metodo collegiale, avente la funzione di realizzare una gestione ordinata dell'impresa sociale, Cfr. Cass., 15 novembre 2000, n. 14799, in *Le Società*, 2001, p. 413 con nota di DELUCCHI; Cass., 9 aprile 1999, n. 3457 in *Foro it.*, 1999, p. 2247; Cass., 10 marzo 1999 n. 2053, in *Le Società*, 1999 p. 949; Cass., 23 marzo 1993 n. 3458, in *Foro it.* 1995, I, p. 257 con nota di ZUCCO. In dottrina, F. GALGANO, *Diritto Commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, 1999/2000, pp. 243 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1995; G. GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, Utet, Torino, 1987; ID., *Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare*, in *Riv. soc.*, 1971, pp. 874 ss. In senso contrario G. ZANARONE, *L'invalidità delle delibere assembleari*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO e PORTALE, vol. 3, Torino, 1993, p. 230. Contrario all'idea che il sistema delineato derogasse ai principi generali della nullità, in favore dell'annullabilità è P. FERRO LUZZI, *Conformità delle deliberazioni assembleare alla legge ed all'atto costitutivo*, op. cit., p. 168; per C. ANGELICI, *Voce Società per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 990 ss., lo schema della nullità negoziale non è coerente con le caratteristiche dei "fenomeni" deliberativi. Sul tema: A. MIGNOLI, *In tema di nullità e annullabilità di delibere assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1948, p. 427; A. ASQUINI, *Nullità e annullabilità delle deliberazioni assembleare*, in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1961; A. CANDIAN, *Nullità ed annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1942; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. VASSALLI, X, III, Utet, Torino, 1985; P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1958; G. ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee della società per azioni*, Milano, 1961; A. DONATI, *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937; M. VASELLI, *Delibere nulle e annullabili delle società per azioni*, Padova, 1948.

5 In tale prospettiva, in dottrina e giurisprudenza (per la classificazione delle delibere) si assiste al richiamo dei concetti elaborati in tema di negozio, ed in particolare, alle classificazioni concernenti la combinazione degli atti, richiamando la distinzione tra "atti collegiali" ed "atti collettivi". Per la delibera quale combinazione di atti v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 211; E. BETTI, *Teoria generale nel negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1960; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1964; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; F. CARRESI, *Gli atti plurisoggettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957; G. SENA, *Il voto nell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1961; P. SCHELESINGER, *Complessità del procedimento di formazione*

della disciplina generale, sembrerebbe ammettere, almeno in linea di principio, che la disciplina dei vizi del contratto sarebbe pienamente e, direttamente, applicabile, con ciò riconducendo acriticamente la deliberazione alla teoria del negozio⁶.

Viceversa, abbandonata la ricostruzione della vicenda in termini negoziali, e collocata la stessa nella sua giusta dimensione procedimentale (già sotto il vigore della precedente normativa) l'analisi dei rapporti tra la disciplina dell'invalidità negoziale e quella degli articoli 2377 c.c. e 2388 c.c., veniva ricostruita in termini

del consenso ed unità del negozio contrattuale, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1964, p. 1358. In particolare, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del Codice civile* a cura di SCIALOJA – BRANCA, Bologna – Roma, 1969, *sub art.* 20-22, sulla premessa che la delibera è solo quantitativamente diversa dai voti che concorrono a formarla, conclude che la stessa si risolve in una pluralità di negozi unilaterali. *Contra* P. FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni*, op. cit., p. 55, secondo cui, vi sarebbe una totale frattura tra voto (qualificato dall'autore quale atto giuridico in senso stretto) e deliberazione, dovendosi attribuire all'uno, rilevanza solo in esclusivi termini di perfezionamento della deliberazione ed a quest'ultima natura procedimentale. Con la conseguenza che, il vizio del voto, in tanto rileverà in ordine alla deliberazione, solo in quanto si traduca in un vizio del procedimento. Nello stesso senso C. ANGELICI, *Società per azioni*, op. cit., p. 988, secondo cui il voto (qualificato però quale mero fatto) non rileva direttamente per l'intento individuale che esprime, bensì per la sua partecipazione al procedimento assembleare e sulla base delle regole oggettive che presidono al suo svolgimento, con la conseguenza di dover ricostruire in termini procedimentali il rapporto tra le dichiarazioni di voto e la deliberazione. Per l'Autore tale prospettiva troverebbe conferma nella nuova disciplina dell'articolo 2377 c.c., quarto comma, n. 2 che, nel condizionare l'azione di annullamento della delibera (nel caso di invalidità dei singoli voti) alla rilevanza degli stessi ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta, sembra non riconoscere alcun rilievo alle anomalie che riguardano gli stati soggettivi del singolo socio, se estraneo alla formazione di una maggioranza. Analogo discorso può farsi avuto riguardo alla "partecipazione all'assemblea di persone non legittimate" rilevando, anche in tal caso, l'illegittima partecipazione solo "per la sua rilevanza oggettiva per la costituzione dell'assemblea" (art. 2377, quarto comma, n. 1, cod. civ.). Prospettiva, pertanto, "fondamentalmente oggettiva" anche per il trattamento riservato all'errore di conteggio dei voti che sembrerebbe accogliere una qualificazione della deliberazione come fatto formale ed aggettivo, così C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 99. In generale, sulla natura delle delibere assembleari, cfr. A. CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, op. cit., pp. 32 ss.; P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, pp. 13 ss.; G. ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società per azioni*, Milano 1958. Quanto ai riflessi sulla validità delle delibere, dei vizi delle singole dichiarazioni di voto, si vedano: G. SENA, *Il voto nell'assemblea delle società per azioni*, op. cit., nn. 10-11, p. 36; G. GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Utet, Torino, 1987; F. GALGANO, *Diritto Civile e commerciale*, vol. III, n. 183, p. 213.

⁶ Così espressamente P. FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni*, op. cit., pp. 15 ss..

di "estraneità" di quest'ultima con la prima⁷ ovvero di "specialità" degli articoli 2377 c.c. e 2379 c.c.⁸; pur nella difficoltà di superare il richiamo che, alla disciplina negoziale, operava l'articolo 2379 c.c. (rinvio eliminato dalla recente modifica) e ritenuto però, in ogni caso, compatibile con la ricostruzione del sistema in termini di estraneità alle logiche negoziali, in quanto coerente alla nullità in sé, e cioè a quella desumibile dai principi generali dell'ordinamento⁹. È noto come, la rigidità del sistema dell'invalidità (interpretato come eccezionalità dell'azione di nullità) ha però determinato, nel vigore della precedente normativa, una forte reazione della giurisprudenza "sensibile" alla tutela di quegli interessi (solitamente della minoranza) che per la "tassatività" delle ipotesi di nullità, ed a fronte dell'ampiezza dell'ambito applicativo dell'annullabilità e del breve termine per l'impugnazione, sarebbero rimasti sprovvisti di tutela.

Ed invero, quella rigidità e l'esigenza di certezza e stabilità (già privilegiata dal legislatore del '42) è stata frustrata dalla giurisprudenza con la creazione della categoria dell'inesistenza che (come si legge nella relazione al d.lgs. del 17

⁷ In tal senso C. ANGELICI, *Società per azioni*, cit., p. 988; ID., *La Società nulla*, Milano, 1975, pp. 132 ss.. La "specialità" della disciplina di cui agli articoli 2377 c.c. e 2379 c.c. è stata, inoltre, puntualizzata anche avuto riguardo agli "effetti" derivanti dall'invalidazione della deliberazione, escludendosi che l'effetto invalidante operi (coerentemente alla teoria del negozio) nel senso dell'eliminazione *ex tunc* e della regressione, quanto meno per equivalente, alla situazione antecedente all'adozione dell'atto invalidato o dichiarato nullo, nonché «che l'invalidazione si riverberi sugli atti successivi della catena procedimentale come nelle sequenze mere di atti e cioè che travolga a cascata, anche indipendentemente dalla sussistenza di loro vizi propri, in forza del solo legame causale e di contenuto sussistente con l'atto antecedente caducato», così espressamente G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1988, p. 206; ID., *Dal controllo giurisdizionale al controllo notarile: legalità e stabilità degli atti*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 488. Sugli effetti della dichiarazione di nullità cfr. G. ZANARONE, *L'invalidità delle delibere assembleari*, op. cit., pp. 452 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle delibere assembleari di s.p.a.*, op. cit., pp. 406 ss..

⁸ P. FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni*, op. cit., pp. 126 ss..

⁹ Così P. FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni*, op. cit., pp. 180 ss.. Ed invero, secondo l'Autore, l'articolo 2379 c.c., sarebbe coerente nel richiamare solo alcune norme della disciplina contrattuale (artt. 1421, 1422, 1423 c.c.) in quanto queste sarebbero compatibili con la nullità in sé e con un'impostazione in termini procedurali dell'invalidità delle delibere. Quanto all'annullabilità l'Autore ne sottolinea, allora, la *specialità* rispetto a quella negoziale potendo l'annullabilità (di cui all'articolo 2377 c.c.) sanzionare la violazione di qualunque norma a prescindere della sua natura imperativa piuttosto che dispositiva o meramente convenzionale, individuando l'ambito applicativo come sanzione di un «vizio dell'attività, del procedimento, del fenomeno deliberativo».

gennaio 2003 n. 6) ha reintrodotta la «nullità virtuale delle deliberazioni assembleari per violazione di norme imperative, convertita in annullabilità dall'originario 2377 c.c.»¹⁰.

¹⁰ Cfr. § 5 della Relazione. Più specificatamente si è osservato che *la giurisprudenza con una serie di "distinguo" avrebbe limitato notevolmente la portata innovatrice degli articoli 2377 c.c. e 2379 c.c., sovrapponendo a queste norme di fonte legislativa, altre ricavate non dalla legge, ma dai concetti che formano la cosiddetta dogmatica giuridica...in definitiva da norme di legge non più vigenti, ma trasformate in concetti e fatte rivivere...come immutabili categorie logiche del diritto*, così, espressamente F. GALGANO, *Le società per azioni*, Bologna, 1978, p. 121. Favorevoli alla categoria dell'inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari, se la situazione di fatto in concreto non corrisponde agli elementi essenziali, strutturali e funzionali che la legge avrebbe previsto perché si possa considerare esistente una delibera: P. TRIMARCHI, *Invalidità del negozio giuridico e invalidità delle deliberazioni di assemblea*, in *Riv. soc.*, 1957, pp. 451 ss.; L. BUTTARO, *In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1962, I, p. 234; ID., *Considerazioni sull'inesistenza delle deliberazioni assembleari*, in Studi in memoria di T. Ascarelli, IV, Milano, 1969, p. 2731; C. GIANNATTASIO, *Appunti in tema di inesistenza giuridica di deliberazioni assembleari*, in *Giust. civ.* 1961, 1, p. 1305; ID., *Ancora sull'inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari*, *ivi*, 1966, 1, p. 490; T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 174, nota 7; G. ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni dell'assemblea delle società*, Milano, 1951. In senso contrario: G. FERRI, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1967, p. 398; ID., *Le Società*, in *Trattato di diritto civile*, Vassalli, Torino, 1987; L. FARENGA, *La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 1, p. 179; G. GRIPPO, *Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare*, op. cit., p. 874; ID., *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, Milano, 1979; ID., *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1985; A. MIGNOLI, *In tema di nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 432; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, 2, Padova, 1987. Specificamente sul tema dell'inesistenza delle delibere assembleari: A. QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1158; F. M. DIMUNDO, *Inesistenza delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1993, p. 449; F. FERRARA – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1980; G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1982. La categoria dell'inesistenza lasciava, in ogni caso, impregiudicato il vuoto di tutela di altre situazioni giuridicamente rilevanti, sul punto v. G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., pp. 230 ss., secondo cui, l'art. 2377 c.c., presentava un vizio per eccesso in quanto non invocabile nel caso in cui la delibera, non viziata per un'ipotesi di illiceità o impossibilità dell'oggetto, ledesse un interesse pubblico o di terzi (da intendersi quali soggetti estranei all'organismo societario) nonché quando si trattasse di interessi di soggetti che, benché interni all'organismo societario, non sarebbero comunque legittimati ad esperire l'azione di annullamento. Il riferimento era, in tali casi, agli amministratori e sindaci, nel caso di delibere che pregiudicassero un loro interesse individuale, qualora il riferimento alla legittimazione di cui all'articolo 2377 c.c. fosse da intendere in senso collegiale, ovvero nel caso in cui, pur ammettendo la legittimazione individuale di tali soggetti, se ne dovesse escludere la legittimazione, limitandola ai soli casi in cui l'azione mirasse a far valere l'interesse sociale, e non quello personale. Il riferimento è però anche al socio, non più tale al momento dell'impugnativa, richiedendo l'articolo 2378 c.c., quale presupposto per l'azione lo *status* di socio

L'ampia "riformulazione" della disciplina dei vizi delle delibere assembleari ha cercato, pertanto, di assicurare al sistema quella esigenza di certezza e stabilità attraverso la riconduzione delle invalidità c.d. atipiche (di creazione giurisprudenziale) alle "atipiche" categorie della "nullità" ed "annullabilità" del diritto societario, di creazione legislativa¹¹.

(l'esempio è di una delibera che provochi proprio la cessazione della qualità di socio); ovvero al socio da considerarsi quale terzo nei confronti degli effetti della delibera. In realtà l'Autore, aveva, però, cura di precisare che, il difetto di legittimazione, poteva risultare non significativo qualora lo stesso fosse compensato dalla presenza di rimedi alternativi sufficienti a tutelare gli interessi del soggetto carente di legittimazione. Al riguardo l'articolo 4, comma 7, lettera b) della legge delega invitava il legislatore ad un'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità, invito attuato con la previsione (nella nuova formulazione del 2377 c.c.) del risarcimento del danno, qualora, per i nuovi limiti imposti alla legittimazione, i soci non potessero chiedere l'annullamento. Se ne potrebbe, allora, argomentare, che la modifica abbia introdotto un rimedio alternativo di tutela, di carattere generale, valevole non solo per quei soci, espressamente richiamati dal 2377 c.c., ma anche per i terzi, salvo poi analizzare eventuali posizioni ancora "scoperte" dei terzi, e verificare, nel concreto, la reale efficacia del rimedio tenuto altresì conto del breve termine di decadenza, cui lo stesso è subordinato. Circa la natura del risarcimento, cfr. G. PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario*, op. cit., p. 968. Sulle difficoltà "operative" di una richiesta di risarcimento del danno, cfr. S. SANZO, op. cit., p. 625.

¹¹ Esplicita in tal senso la Relazione (§ 5) *L'individuazione legislativa delle ipotesi di invalidità, richiesta dalla legge delega (n.d.r. art. 4, comma 7°, lettera b) corrisponde ad una sorta di riserva di legge al riguardo, volta ad escludere ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza delle deliberazioni assembleari, della quale si è in giurisprudenza alquanto abusato, frustrando la portata dell'originario art. 2377 c.c., che aveva inteso convertire la nullità per violazione di norme imperative, di cui al principio generale dell'articolo 1418 c.c., in semplice annullabilità (salve le due ipotesi di cui all'articolo 2379 c.c.) e reintroducendo in tal modo, sotto le mentite spoglie dell'inesistenza, la nullità virtuale delle deliberazioni assembleari per violazione di norme imperative. Si è perciò formulato il principio di tassatività delle ipotesi di invalidità delle deliberazioni assembleari previste dalla legge: la annullabilità per violazione di norme, anche imperative, di legge o di clausole dello statuto, e la nullità nelle ipotesi tassativamente indicata nel nuovo articolo 2379 c.c.* Critico sul punto è M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, op. cit., pp. 759 ss. secondo cui la riserva di legge «non avrebbe riguardato le "ipotesi" (cioè le cause di nullità) bensì le sue forme, e cioè le conseguenze riconducibili alla difformità della fattispecie concreta rispetto allo schema deliberativo legale». Di qui il rilievo della possibilità, anche a seguito della riforma, di discorrere ancora di delibere "inesistenti." Sulla modifica dell'invalidità delle deliberazioni assembleari, cfr. V. SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1177; ID., *L'assemblea delle società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Le società*, 2003, p. 1053; R. LENER, *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, op. cit., p. 79; G. MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella s.p.a (prima parte) cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, in *Le Società*, 2003, p. 535; ID., *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella s.p.a (prima parte) cause ed effetti dell'invalidità dell'atto (seconda parte): L'impugnazione*, in *Le Società*, 2003, p. 673; A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, op. cit., p. 55; C. ANGELICI, *La riforma delle società di*

2. Dalla categoria dell'“inesistenza” anche per vizi attinenti alle irregolarità della convocazione...

L'assemblea viene generalmente definita come riunione dei soci indetta, nelle forme di legge, per deliberare sugli argomenti di sua competenza¹². Il riferimento alle “forme” di legge per indire l'assemblea, è al procedimento assembleare che si articola, secondo il sistema ricavabile dal codice del 1942, sostanzialmente riprodotto, seppur modificato dalla riforma, nelle diverse fasi individuate (seppur con opinioni discordi) nella convocazione¹³, nella riunione,

capitali, op. cit., pp. 91 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. di dir. comm. e dir. Pub. Econ.*, XXIX, Padova, 2003, pp. 220 ss.; S. PESCATORE, *La società per azioni*, in *La riforma del diritto societario* a cura di BUONOCORE, Torino, 2003, pp. 14 ss.; D. SPAGNUOLO, *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI e SANTORO, Torino, 2003, *sub art.* 2377 c.c., p. 344; A. SPENA, *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI – SANTORO, Torino, 2003, *sub art.* 2379 c.c., p. 369; S. SANZO, Artt. 2377 - 2379 *ter*, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario* diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Torino, 2003, pp. 606 ss.; F. GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2004; Associazione Disiano Preite, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003.

¹² Espressamente in tal senso A. SERRA, *L'assemblea: procedimento in trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, Utet, Torino, 1993, vol. 3, pp. 50 ss. Sul punto, P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, Utet, Torino, 1993, vol. 3, pp. 4 ss; G. GRIPPO, *Assemblea*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, Utet, Torino, 1987, p. 359.

¹³ L'articolo 2366 c.c., lasciato immutato il contenuto minimo dell'avviso di convocazione, introduce rilevanti novità avuto riguardo alla pubblicità dello stesso, non tanto in quanto prevede un sistema alternativo alla Gazzetta Ufficiale, purché l'indicazione del “diverso” quotidiano avvenga nello statuto, ma soprattutto perché autorizza le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ad individuare in piena “autonomia” mezzi di “comunicazione” che garantiscano la “conoscenza” dell'adunanza, almeno otto giorni prima della stessa. Quanto alla funzione, la giurisprudenza individua nella convocazione uno strumento per assicurare a tutti i membri di un organo collegiale la effettiva conoscenza degli argomenti da trattare onde consentire la necessaria partecipazione di tutti, e tutelare la buona fede degli assenti. In tal senso, Cass., 16 marzo 1990, n. 2198, in *Foro it.*, 1991, 1, p. 228, con evidente riferimento, ancora una volta, alla teorica dell'atto collegiale quale espressione della “volontà sociale”. Particolarmente modificativo è l'intervento della riforma avuto riguardo alla “verbalizzazione” ed invero, il “generico” contenuto della vecchia formulazione dell'articolo 2375 c.c., che si limitava a richiedere “che le deliberazioni dovessero essere riassunte nel verbale” e che lo stesso, se richiesto dai soci, potesse contenere le loro dichiarazioni, aveva sollecitato l'intervento degli interpreti circa la necessaria “analiticità”, ovvero la possibile “sinteticità del verbale” nonché sulla ammissibilità di una verbalizzazione non contestuale, e ancor più in generale, sulla stessa funzione del verbale se “forma” *ad substantiam* della deliberazione, ovvero “certificazione della dichiarazione”, sul punto cfr. G. MINERVINI, *Questioni sul verbale assembleare analitico o sintetico*, in *Riv. not.*, 1980, p. 1175; G. A. RESCIO, *L'assemblea della public company e la sua verbalizzazione*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1366; A. SERRA,

nella votazione, "preceduta" dalla discussione e dalla proclamazione; nonché della verbalizzazione¹⁴. La previsione di un procedimento per l'adozione delle

L'assemblea: procedimento, op. cit., pp. 184 ss.. Il nuovo articolo 2375 c.c., non opera alcun riferimento esplicito alla natura probatoria o meno del verbale, prendendo, invece, esplicita posizione avuto riguardo al contenuto. Si individua una "pertinenza" all'ordine del giorno delle "dichiarazioni" che i soci richiedano di inserire, e si specifica, analiticamente, ciò che deve essere verbalizzato, segnando così una chiara scelta del legislatore verso la direzione dell'"analiticità." In tal senso la stessa Relazione (§5): *La nuova più accurata disciplina delle modalità di redazione del verbale delle deliberazioni assembleari risolve un antico dilemma nel senso della necessaria analiticità del verbale, mentre soddisfa varie esigenze di praticità che l'esperienza pregressa aveva prospettato*. Circa la "contestualità" o meno del verbale, non c'è una chiara indicazione in tal senso, prevedendosi che lo stesso debba essere adempiuto "senza ritardo" ma si collega tale limite temporale ai "tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi conseguenti". Si è parlato al riguardo di una "contestualità ragionevole", così G. LO CASCIO, (a cura di), *La riforma del diritto societario, Società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. 4, p. 359.

¹⁴ In realtà, la dottrina è divisa nell'individuazione delle varie fasi, e di conseguenza, circa la rilevanza, ai fini della realizzazione di un "giusto" procedimento di un eventuale "vizio" delle stesse. Il dibattito ha riguardato (non essendoci dubbi sulla convocazione) la discussione, la proclamazione e la stessa verbalizzazione, così A. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, op. cit., pp. 66 ss.. Il procedimento risponderebbe all'esigenza di assicurare a ciascun socio una corretta gestione degli "affari sociali" e rappresenterebbe, inoltre, una giustificazione e garanzia, se non anche un dato imprescindibile dello stesso "principio maggioritario," in tal senso L. BUTTARO, *Considerazioni sull'inesistenza delle deliberazioni assembleari*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, IV, Giuffrè, Milano, 1969, p. 2731. La questione, in altri termini, investe più in generale il ruolo della "collegialità" nel procedimento deliberativo e prima ancora, la funzione della stessa, nonché i rapporti tra il metodo collegiale e il principio maggioritario. Si è assistito, al riguardo, fondamentalmente a due diverse opzioni, quella che ravvisa nella collegialità un elemento di struttura dell'atto deliberativo, cfr. A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, pp. 54 ss., e quella che configura il metodo collegiale come una delle "modalità con cui il gruppo prende decisioni", in tal senso G. GRIPPO, *Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare*, in *Riv. soc.*, 1971, pp. 906 ss., P. ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, 1, p. 300, opzioni che non poca incidenza hanno circa l'ammettere nell'un caso, ed escludere nell'altro, che si possa parlare di "inesistenza" della deliberazione per la mancata convocazione o la mancata riunione. Ed ancora, quanto ai rapporti tra "collegialità" e principio maggioritario secondo alcuni, sussisterebbe un nesso necessario tra "metodo collegiale e regola maggioritaria", non potendosi, in assenza di quello, imputare l'atto all'intera collettività. In tal senso, L. BUTTARO, *Considerazioni*, op. cit., p. 2773. In senso contrario, P. ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea*, op. cit., pp. 300 ss., il cui saggio, che nasceva dallo spunto di un progetto di riforma che, già allora, introduceva, per le società a responsabilità limitata, la possibilità di deliberazioni senza assemblea, si ripropone con rinnovata attualità alla luce della modifica che introduce la nuova figura della "decisione" nelle società a responsabilità limitata, adottata mediante "consultazione scritta" o "sulla base del consenso espresso per iscritto". Del resto, di "depotenziamento" della collegialità se ne discorreva già avuto riguardo al voto per corrispondenza nelle società quotate, nonché dell'azione sociale di responsabilità da parte della minoranza, e della sollecitazione di deleghe di voto, così A. TUCCI, *La Convocazione*, op. cit., p. 5.

deliberazioni assembleari ha, quale conseguenza logica, prima ancora che giuridica, la previsione di specifici rimedi in caso di violazione di una o più fasi della fattispecie procedimentale.

Di qui la creazione giurisprudenziale delle delibere "inesistenti". Ed invero, come già accennato, la categoria dell'inesistenza trova la sua *ratio* nell'esigenza della giurisprudenza di reagire ad un sistema di invalidità delle delibere che avrebbe finito per ricondurre ogni "vizio" procedimentale della delibera all'annullabilità, in quanto "non conforme alla legge o all'atto costitutivo" con grave sacrificio della tutela della "minoranza".

L'assunto argomentativo parte dalla premessa che è possibile discorrere dell'applicazione o meno dell'articolo 2377 c.c. (piuttosto che dell'art. 2379 c.c.) solo se si sia in presenza di una deliberazione. Allorquando, invece, manchi addirittura il presupposto dell'"esistenza", la non delibera non potrà produrre alcun effetto, dovendo *quoad effectum*, equipararsi la delibera inesistente a quella nulla. Logico corollario di tale argomentare è dunque l'individuazione di una definizione generale dell'atto deliberativo che, in particolare, enuclei gli elementi essenziali¹⁵, in mancanza dei quali, la delibera non viene ad esistenza

¹⁵ Di qui la tesi che attribuisce alla collegialità il carattere di elemento strutturale ed essenziale dell'atto deliberativo riprendendo la teorica dell'atto collegiale che, in quanto tale, presuppone una volontà diversa e distinta da quella dei singoli componenti il gruppo, e che attribuisce, allora, al metodo collegiale il potere di trasformare la pluralità di dichiarazioni, in una volontà collettiva ed al "voto" ed alla delibera dell'assemblea una differenza qualitativa, cfr. Cfr. A. VENDITI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, cit., pp. 1 ss., che ritiene come il concetto stesso di deliberazione implichi, per necessità logica, una riunione di soci in assemblea; nello stesso senso, A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, pp. 155 ss.. Di contrario avviso la tesi di quanti negano un autonomo rilievo alla "volontà collettiva" sostenendo che parlare della delibera, come «volontà del gruppo, come volontà che il gruppo stesso, quale entità distinta dai membri che lo compongono, autonomamente esprime, non è nulla di più di una metafora, di una immagine del parlare figurato» ed individua, allora, tra il voto e la delibera, una differenza di ordine solo quantitativo sostenendo che la delibera consista in una pluralità di negozi unilaterali, aventi contenuto patrimoniale, cui sono applicabili ai sensi dell'articolo 1324 c.c., le norme sui contratti, in quanto compatibili con il carattere unilaterale, così espressamente F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, op. cit., p. 264. Favorevole alla categoria dell'inesistenza delle delibere assembleari è il L. BUTTARO, *In tema d'inesistenza di deliberazioni assembleare per difetto di maggioranza*, op. cit., p. 244, che sulla premessa di un rapporto di "necessità" tra "metodo collegiale e regola maggioritaria", individua nella convocazione, nella riunione, nell'approvazione della maggioranza, e nella proclamazione, le fasi "essenziali" del procedimento formativo della delibera, in mancanza delle quali la delibera è da considerare "inesistente". A tale interpretazione, come accennato, si contrappone la tesi di coloro che, esclusa l'essenzialità del metodo collegiale, non attribuiscono alla convocazione la funzione di "riferire" l'atto alla società,

che non poca confusione ha generato tra gli interpreti, tanto da sottolineare il "pericolo" che, così discorrendo, si finisce per incorrere in giudizi puramente soggettivi e non ancorati a dati normativi¹⁶.

Le prime definizioni della giurisprudenza sulle delibere inesistenti sembrano risentire della teorica dell'"atto collegiale" ed invero, riconoscendo all'assemblea la funzione di elaborare la "volontà collettiva", la delibera inesistente viene individuata in "mancanza" di quegli "elementi" senza i quali non può esserci espressione di una "volontà" dell'organo collegiale¹⁷ salva, in ogni caso, che si

ma quella «di rendere avvertiti i soci della riunione e degli argomenti trattati», così G. FERRI, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, op. cit., p. 404. Per l'assunto che il metodo assembleare non sempre è necessario per la formazione delle deliberazioni: F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, op. cit., p. 222; ID., *Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 1, p. 247, secondo cui «non è indispensabile, per la logica pensabilità di una deliberazione, che le singole dichiarazioni di volontà, delle quali si compone, siano espresse al termine di un procedimento collegiale». Sulle delibere in generale, e in particolare sul ruolo del procedimento, quale elemento di struttura della deliberazione, cfr. G. GRIPPO, *Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare*, op. cit., p. 874: «il metodo collegiale non rappresenta che una modalità con cui il gruppo prende decisioni». Per P. ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, 1, p. 300: «si deve tener distinta la disciplina della delibera dalla disciplina del procedimento formativo della delibera».

¹⁶ Cfr. G. FERRI, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, op. cit., p. 398. Un tentativo di ancorare la definizione delle deliberazioni a dati normativi è di G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 214, secondo il quale una definizione coerente con la disciplina contenuta negli articoli 2377, 2° comma e 2378 c.c., è quella che individua l'inesistenza esclusivamente nel caso di mancanza assoluta di votazione, mancato conseguimento del *quorum* richiesto dalla legge, raggiungimento della maggioranza con il voto determinante di soggetti non legittimati al voto.

¹⁷ In tal senso devono intendersi quelle sentenze in cui si considerano giuridicamente inesistenti: «quelle prese con il voto di persone il cui intervento sia precluso od escluso o prese con numero insufficiente di voti» (Cass., 13 agosto 1951, n. 2513, in *Foro it.*, 1952, I, p. 13). Ed ancora, avuto specifico riguardo all'ipotesi di omessa convocazione, si afferma l'inesistenza della delibera, in quanto la riunione dei soci: «non può esprimere la volontà dell'organo collegiale, ma quella individuale dei singoli componenti di esso; la volontà così manifestata non può imporsi agli assenti e ai dissenzienti»; ancora per Cass., 4 marzo 1963, n. 511, in *Giust. civ.*, 1963, 1, p. 1034, sono inesistenti le delibere nelle quali: «la volontà sociale non possa considerarsi in alcun modo formata per difetto di un presupposto essenziale della formazione». Stessa *ratio* nel caso di inesistenza per difetto di maggioranza: «il mancato raggiungimento della maggioranza richiesta determina l'inesistenza della deliberazione apparentemente adottata e proclamata», così Cass., 9 novembre 1974, n. 3491, in *Giur. comm.* 1975, II, p. 305. In alcune pronunce si è parlato, ancora, di vizi attinenti alla riunione intesa quale requisito di esistenza dell'assemblea e quindi della deliberazione.

sia verificata l'ipotesi di un'assemblea totalitaria, ai sensi dell'art. 2366, comma 3, c.c.¹⁸.

Successivamente, la giurisprudenza sembra allontanarsi, almeno terminologicamente, da una concezione negoziale della deliberazione per aderire ad una visione della stessa in chiave procedimentale. Anche in tale fase, la giurisprudenza di legittimità, puntualizza che le ipotesi di "inesistenza" ricorrono nei casi di mancata convocazione (non seguita da assemblea totalitaria), mancata votazione dei soci e mancata verbalizzazione, e ribadisce la differenza tra la mancanza di convocazione e irregolarità della stessa che (in quanto tale) renderebbe la "deliberazione" viziata e perciò annullabile ai sensi del 2377 c.c.¹⁹.

¹⁸ La *ratio* dell'assemblea totalitaria è da ricercare nel principio del raggiungimento dello scopo. Se, infatti, le formalità della convocazione, mirano ad *informare* tutti gli "interessati" dell'adunanza e degli argomenti da trattare, la partecipazione dell'intero capitale sociale ha effetto "sanante" di una convocazione irregolare, e tale norma proverebbe, in ogni caso, che l'irregolarità della convocazione non equivale ad "inesistenza", v. G. MEO, *Intorno alla delegabilità di funzioni societarie: integrazioni al verbale di assemblea e procedimento di convocazione dell'organo assembleare*, in *Giur. mer.*, 1992, I, p. 383, secondo cui, tra l'altro, questa sorta di sanatoria prevista dalla legge dimostrerebbe che la *ratio* della disciplina della convocazione sia esclusivamente l'idoneità di questa a porre tutti i soggetti interessati in condizione di esercitare i propri diritti sociali. Sempre argomentando dalla previsione dell'assemblea totalitaria, si assume, ancora, che non solo l'omessa convocazione ad alcuni soltanto dei soci, ma anche la "mancanza" di qualsivoglia convocazione determinano l'impugnabilità della delibera, in quanto: «l'invalidità di un atto del procedimento non rileva quando sia stato ugualmente raggiunto lo scopo al quale l'atto era destinato (argomentato dall'art. 156 c.p.c.) e perché scopo della convocazione è quello di rendere avvertiti i soci della riunione e degli argomenti trattati» così, G. FERRI, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, op. cit., p. 404. Contrario all'efficacia sanante dell'assemblea totalitaria, A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963. Sull'assemblea totalitaria: F.F. MACCABRUNI, *Questioni in tema di assemblea totalitaria* in *Giur. comm.*, 1993, 1, p. 913; C. ANGELICI, *Formalità per l'assemblea totalitaria di s.p.a.*, in *Giur. comm.* 1995, p. 861, ed autori ivi citati.

¹⁹ In tal senso devono intendersi quelle espressioni della giurisprudenza in cui, costantemente, a partire dalla sentenza della Cass., 7 febbraio, 1979, n. 818, in *Giur. comm.* 1979, II, 757, in *Foro it.*, 1980,1, p. 440 si riferisce l'inesistenza non più alla "volontà sociale" ma alla mancanza di un elemento essenziale della fattispecie procedimentale di formazione della deliberazione, cfr.: Cass., 15 marzo 1986, n. 1768, in *Le Società*, 1986, p. 850; Cass., 28 novembre 1981, n. 6340, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 424, con nota di MANGHI in cui si statuisce che «l'inesistenza della deliberazione assembleare può essere definita come il necessario effetto della mancanza di un elemento costitutivo della fattispecie a formazione progressiva (fattispecie procedimentale di formazione) della deliberazione, tale da non consentire l'inizio ovvero da provocare l'interruzione dell'iter legale necessario alla formazione di una deliberazione imputabile alla società». Quanto all'inesistenza per "vizi" attinenti alla convocazione si segnalano: Cass., 11 giugno 2003, n. 9364, in *Le Società*, 2003, pp. 1354 ss. ed in *Riv. not.* 2003, II, p. 1280; Cass., 22 agosto 2001, n. 11186, in *Foro it.* 2002, I, p. 1483; Cass., 14 gennaio 1993, n. 403, in *Riv. dir. comm.* 93, p. 207 ed in *Le Società*, 1993, p. 484. Sull'inesistenza per la mancanza di verbalizzazione: Cass., 4

Nel criticare l'autonomia delle delibere inesistenti, avuto riguardo ai vizi della comunicazione, si è specificato che, a rigore, di inesistenza potrebbe parlarsi nella sola ipotesi (di scuola) di inesistenza materiale, e cioè, nel caso in cui non vi sia stata alcuna comunicazione né alcuna "riunione" dei soci. Allorquando, invece, anche in caso di mancanza assoluta di comunicazione, e a maggior ragione, in caso di omessa comunicazione ad alcuni soci, quella riunione vi sia stata, il vizio della mancata e/o omessa comunicazione non può che esser l'annullabilità²⁰.

dicembre 1990, n. 11601, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 151, secondo cui: «La mancanza del verbale determina l'inesistenza della riunione dell'assemblea in prima convocazione con quorum insufficiente»; Trib. Lecco, 5 novembre 1993, in *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 525. In senso contrario, Cass., 26 novembre 1998, n. 12008, in *Giust. civ.*, 1999, 1, p. 2097, che ritiene non possa considerarsi inesistente la deliberazione assembleare societaria assunta in seconda convocazione, non preceduta dalla verbalizzazione del mancato raggiungimento delle maggioranze richieste per la sua costituzione in prima convocazione, in quanto possiede tutti gli elementi per essere riconducibile al modello legale delle deliberazioni assembleari. Per l'inesistenza in caso di "vizi" attinenti alla votazione: Cass., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Nuova giur. civ. comm.*, pp. 746 ss., che ha ritenuto «inesistente la delibera approvata con una maggioranza inferiore a quella prescritta dall'atto costitutivo»; Cass. 28 novembre 1981, n. 6340 cit.; *contra*, App. Milano, 21 luglio 1992, in *Le Società*, 1993, p. 342, secondo cui: «È annullabile, e non inesistente la deliberazione assembleare assunta in difetto del quorum deliberativo previsto dallo statuto». Quanto all'irregolarità della convocazione, la giurisprudenza precisa che: «i vizi afferenti alla convocazione dell'assemblea, attenendo al procedimento di formazione della deliberazione ed implicando, quindi, l'inosservanza di norme che tutelano l'interesse dei soci al regolare svolgimento dell'attività interna della società, e non già l'interesse generale, in vista del quale è maggiormente protetto il rapporto sociale, non importano la nullità della deliberazione ed abilitano il socio ad esercitare l'azione di annullamento» (così Cass., 2 agosto 1977 n. 3422, in *Giur. comm.* 1978, II, p. 24). Si è trattato ad esempio: dell'irregolarità della convocazione avuto riguardo alla discussione dell'assemblea su argomenti non inseriti, o non sufficientemente indicati nell'ordine del giorno (Cass., 11 marzo 1977, n. 989, in *Foro it.* 1977, I, p. 809); dell'irregolarità avuto riguardo alla legittimazione dei soggetti a ciò abilitati dalla legge distinguendosi, in alcune pronunce, tra l'«inesistenza» nel caso di convocazione da parte di soggetto che, in nessun caso, sarebbe abilitato a compiere un tale atto, ed irregolarità nel caso «di provvedimento di convocazione che provenga da un soggetto che si qualifichi (come amministratore o sindaco) secondo una qualifica corrispondente al modello previsto in astratto dalle legge» (Cass., 1° aprile 1982, n. 2009, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 570); e superandosi in altre tale distinzione con l'affermazione che: «non comporta inesistenza della convocazione l'assoluta carenza di legittimazione dell'autore di essa dal momento che, anche in tal caso, la convocazione assolve alla sua funzione giuridica (atto recettizio con cui il socio è avvisato della data e del luogo della riunione)», così Cass., 11 giugno 2003, n. 9364, cit.. Per ulteriori riferimenti, F. DIMUNDO, *Inesistenza delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, op. cit., p. 449; R. RORDORF, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, 1998 – 2000, p. 583.

²⁰ Così, L. FARENGA, *La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza*, op. cit., p. 200; G. FERRI, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, op.

Come è noto, la giurisprudenza di merito, ha eccessivamente dilatato il concetto di delibera inesistente, discorrendo di inesistenza e/o nullità, anche nei casi individuati come mera irregolarità, orientamento espansivo che ha subito un arresto, solo marginale, a seguito del "monito" della Suprema Corte di ricorrere con "cautela" alla categoria dell'inesistenza, e in ogni caso, nelle sole ipotesi dalla stessa ribadite²¹.

cit., p. 404. La questione, allora, è sempre quella di aderire o meno alla idea della necessaria "collegialità" per la riferibilità dell'atto alla società, e di intendersi sulla "funzione" della convocazione. La giurisprudenza di legittimità, nei casi richiamati, non sembra operare alcuna distinzione tra mancanza assoluta e omessa comunicazione ad uno o più soci, ricorrendo in entrambi i casi all'inesistenza. Un'apertura in tal senso si è, però, avuta da parte dei giudici di merito, v. Trib. Torino, 29 novembre 1989, in *Le Società*, 1990, p. 339; App. Catania, 28 ottobre 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 970. Il contenzioso relativo ai "vizi" della convocazione ha riguardato, altresì, in non poche pronunzie anche le irregolarità attinenti all'inosservanza delle modalità della convocazione, soprattutto per le società a responsabilità limitata, che prevedevano rispetto alle s.p.a. una diversa disciplina per la convocazione, nonché alle società cooperative che per legge potevano scegliere forme di convocazione sostitutive rispetto alla pubblicazione dell'avviso sulla G.U.. Quanto alle s.p.a., infatti, essendo prevista, con norma inderogabile, la pubblicazione dell'avviso sulla G.U. si è ritenuto, il più delle volte, che la violazione di eventuali ed aggiuntive forme di convocazione, previste dallo statuto, fosse irrilevante ai fini della validità della convocazione, ove regolarmente avvenuta con la pubblicazione dell'avviso sulla G.U.. Anche in relazione a tali vizi la giurisprudenza ha oscillato tra pronunzie volte a ravvisare una nullità ed altre, appunto, in cui si parla di "irregolarità" con conseguente annullabilità, anche se, l'orientamento prevalente, è stato nel senso che, le norme concernenti le modalità di convocazione dell'assemblea, non incidono sui presupposti essenziali della volontà sociale, con la conseguenza che la loro inosservanza non comporta inesistenza o nullità (Cass., 11 marzo 1977, n. 989, cit.). Ed ancora, ulteriori difformità nelle decisioni della giurisprudenza, si rinvenivano, come detto, per i "vizi" attinenti alle "formalità" della convocazione (ordine del giorno che non contiene l'elenco delle materie da trattare, inosservanza del termine di convocazione fissato dalla legge, assemblea svoltasi in luogo diverso da quello indicato nell'avviso, avviso che non contiene data o luogo dell'assemblea). Quanto all'ordine del giorno, l'orientamento prevalente è stato nel senso di ritenere annullabile la delibera presa su argomenti non inseriti nell'ordine del giorno, nonché per quelle viziate da un'intempestiva comunicazione dell'avviso. Di "mancanza" totale della convocazione, con conseguente nullità della delibera, si è parlato, invece, nel caso di avviso non contenente la data e/o il luogo della adunanza. Per un'ampia rassegna sul punto cfr. F. DIMUNDO, *Inesistenza delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, op. cit., pp. 474 ss.; A. QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti di società per azioni*, op. cit., pp. 1161 ss.

²¹ Il riferimento al monito di prestare "cautela" è a Cass., 7 febbraio 1979, n. 818, in *Giur. comm.* 1979, p. 757; nonché a Cass., 28 novembre 1981, n. 6340, cit., che espressamente rileva come il concetto di inesistenza giuridica, applicato alle deliberazioni assembleari, deve essere adottato con cautela, non essendo normativamente previsto ed avendo riguardo alla portata normativa dell'art. 2377 c.c. e del 2379 c.c.. Il concetto di inesistenza ed il suo fondamento operativo si realizzano nelle ipotesi di mancata convocazione dei soci non seguita da assemblea totalitaria, di mancata votazione dei soci, e di mancata verbalizzazione delle operazioni. Quanto alle decisioni che

A tale situazione d'incertezza giurisprudenziale²², e di "disapplicazione" legislativa ha cercato di porre rimedio la riforma. Ed invero, dalla lettura delle ipotesi introdotte quali cause di "annullamento" e "nullità" delle delibere assembleari e dalla specifica previsione delle ipotesi in cui, la deliberazione non può essere annullata o la nullità "dichiarata", emerge come il legislatore abbia "scelto", tra le varie interpretazioni dei singoli "vizi" prospettatisi all'attenzione della giurisprudenza, quelle più aderenti alla non nuova esigenza di stabilità e certezza dell'agire societario²³.

ampliano il concetto di inesistenza con riferimento specifico alla convocazione: Trib. Napoli, 6 giugno 1998, in *Giur. comm.*, 1990, 11, p. 355, con nota di PALMIERI, che si è espressa in termini di nullità nel caso di deliberazione adottata dall'assemblea di una s.r.l. convocata da un soggetto non legittimato (nella specie dal socio in luogo dell'amministratore unico); Trib. Roma, 21 settembre 1985, in *Le Società*, 1986, p. 853, secondo cui sarebbe «nulla la delibera assunta dall'assemblea la quale sia stata convocata da un consiglio di amministrazione composto da un numero di consiglieri, inferiori a quello minimo, e necessario per compiere gli atti del consiglio»; App. Milano, 6 maggio 1983, in *Giur. comm.* 1983, II, p. 916, che discorre di «inesistenza in relazione ad una deliberazione assembleare convocata da un singolo amministratore»; Trib. Cassino, 1° giugno 1990, in *Giur. mer.*, 1990, 1, p. 378 con nota di MEO. Per una tendenza restrittiva del concetto d'inesistenza in generale, come chiara attuazione del "monito" della Corte, cfr.: Cass., 10 marzo 1999, n. 2053, in *Giur. it.*, 1999, p. 1876; App. Milano, 21 luglio 1992, in *Le Società*, 1993, p. 342, che discorre di annullabilità e non di inesistenza «di una deliberazione assunta in difetto del *quorum* deliberativo previsto dallo statuto»; App. Bologna, 4 marzo 1995, in *Le Società*, 1995, p. 806; Trib. Napoli, 13 novembre 1996, in *Le Società*, 1997, p. 317, per tutte ed altre, R. RORDORF, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, op. cit., p. 583.

²² Il riferimento è a G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*. Torino, 1995, p. 319: «ad un sistema legislativo ispirato alla certezza si è sostituito un sistema giurisprudenziale in cui l'incertezza regna sovrana».

²³ Cfr.: Trib. Roma, 6 luglio 2004, in *Le Società*, 2004, p. 1385, secondo cui le ipotesi prima ricomprese nella categoria dell'inesistenza alla luce del quadro normativo vigente devono essere inquadrate all'interno della nullità o annullabilità. L'esigenza del legislatore di "fare chiarezza" emerge anche dalla tecnica legislativa utilizzata. Ed invero, dopo aver riprodotto la "generica" formulazione delle delibere non conformi alla legge e allo statuto (non più all'atto costitutivo) il legislatore ha sentito l'esigenza di specificare "in negativo" quando la deliberazione non può essere annullata, e quando la comunicazione ed il verbale non si considerano "mancanti". Il riferimento è proprio a quelle ipotesi che avevano dato luogo alle più discordanti interpretazioni nelle applicazioni concrete della giurisprudenza. Quanto all'annullabilità, si richiama l'attenzione sulla "partecipazione di persone non legittimate" e sulla disciplina dei "vizi" dei singoli voti avendo la legge esteso, in tali casi, il requisito della prova di resistenza in passato dettata solo per le impugnazioni speciali delle deliberazioni in conflitto di interessi del socio o dell'amministratore. La disciplina dell'invalidità, nel caso di partecipazione di persone non legittimate, è coerente nella parte in cui non opera alcuna menzione del diritto d'intervento che, per la nuova formulazione dell'articolo 2370 c.c., spetta solo al socio o ai soggetti individuati dall'articolo 2352 c.c., ma si riferisce alla mancanza di legittimazione alla partecipazione, e cioè all'esercizio del diritto, e ne collega l'annullabilità solo se rilevante ai fini della determinazione del *quorum* costitutivo. Quanto

3. ...alla tassativa ipotesi di nullità per “mancata” convocazione dell'assemblea: ambito applicativo e limiti.

La formulazione dell'articolo 2379 c.c. introduce una “*nuova nullità*” quale causa d'impugnazione delle delibere assembleari. In aggiunta alle precedenti vengono, infatti, introdotte ipotesi diverse, nonché discipline “difformi” per le varie fattispecie in esso contemplate²⁴. Ed invero, la disciplina della “nullità” per impossibilità o illiceità dell'oggetto²⁵(cui vengono equiparate le nuove ipotesi della mancata convocazione dell'assemblea e della mancata verbalizzazione)

al verbale, la mancanza viene ritenuta causa di nullità, mentre si specifica che, alcune di quelle “irregolarità”, individuate dalla giurisprudenza, non sempre possono essere causa di annullamento, ove non “impediscono l'accertamento dei contenuti, degli effetti e della validità dell'assemblea”. Quanto alla convocazione, la sua “mancanza” è causa di nullità, ma il legislatore si preoccupa di chiarire che, in alcuni casi, pur se vi è una convocazione *irregolare*, non si può discorrere di “mancanza” della convocazione, e tali casi, corrispondono, pur se con qualche dubbio interpretativo, a quelle ipotesi in cui la giurisprudenza di legittimità discorreva di “irregolarità”. Per la tesi che ritiene che possa ancora, in alcuni casi particolarmente complessi, utilizzarsi la categoria dell'inesistenza, vd., M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, pp. 759 ss., S. SANZO, op. cit., p. 610.

²⁴ Di qui il rilievo che, in realtà, la norma non avrebbe introdotto delle “ipotesi” tassative di invalidità, bensì una riserva sulle “forme” di invalidità, e cioè sulle conseguenze riconducibili alla difformità dalla fattispecie concreta, M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, op. cit., p. 759.

²⁵ Su questa fattispecie, unica ipotesi di nullità prima della riforma, si è ovviamente incentrata l'attenzione della maggior parte della dottrina e della giurisprudenza. In particolare, il dibattito ha riguardato la corretta individuazione dell'oggetto della deliberazione, se cioè da intendersi in “astratto”, come materia su cui l'assemblea è chiamata a deliberare ovvero, come preferibile, in “concreto” e, cioè, come specifico contenuto della deliberazione adottata. La tesi della rilevanza esclusiva dell'oggetto in astratto (sostenuta da F. GALGANO, *Diritto Commerciale, Le Società*, Bologna, 1986, pp. 314 ss.) è stata avversata dalla dottrina maggioritaria sul rilievo che così argomentando si finirebbe per considerare meramente annullabile ogni deliberazione che riguardi materie in sé lecite, ma con contenuto palesemente illecito, cfr. R. LENER, *L'invalidità delle deliberazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2000, pp. 217 ss.; G. ZANARONE, *L'invalidità delle delibere assembleari*, op. cit., pp. 416 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Torino, 1993, p. 34; G. A. RESCIO, in AA.VV. *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 116. Ed ancora, come già detto, l'interesse è stato quello di differenziare l'“illiceità” dalla non “conformità” della delibera alla legge, avendosi, in entrambi i casi, una violazione di una norma imperativa. Di qui la distinzione tra norme imperative, dettate a tutela di un interesse generale, che trascende l'interesse del singolo socio, ovvero di quelle volte ad impedire “una deviazione dallo scopo essenziale (economico – pratico) del rapporto di società”, la cui violazione è causa di nullità, e norme imperative volte alla tutela di interessi individuali dei soci o di gruppi di soci, che se violate rendono la delibera semplicemente annullabile, cfr. Cass., 9 aprile, 1999, n. 3457, in *Foro it.* 1999, 1, p. 2250; Cass., 22 luglio 1994, n. 6824, in *Le Società*, 1994, p. 1491.

subisce una radicale modifica (rispetto alla normativa precedente) tanto da far dubitare che si possa effettivamente parlare di "nullità"²⁶.

In particolare, eliminato ogni riferimento alla categoria negoziale²⁷, il legislatore introduce una disciplina "comune" alle varie cause di nullità²⁸, una disciplina "specificata" per alcune di esse²⁹, nonché una "differenziazione" per singole delibere aventi un particolare contenuto³⁰. Ulteriore diversità si ha poi per quelle delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili³¹.

Dalla peculiarità della normativa sulla "nullità" emerge chiaramente che, la volontà del legislatore, sia (ancora una volta) quella di ridurre il più possibile gli effetti negativi di una eventuale pronuncia d'invalidità della delibera, anche nel caso di "vizio" più grave, sempre più simile alla annullabilità. Risulta altresì confermata l'impossibilità di ricorrere, nella materia in esame, agli schemi tipici

²⁶ Sul punto la dottrina è concorde vedi al riguardo autori citati alla n. 2.

²⁷ Secondo S. SANZO, op. cit., p. 651, l'eliminazione al riferimento negoziale è «indice di rottura con il passato e netta censura al negozio».

²⁸ Comune a tutte le ipotesi innanzi richiamate è la previsione di un termine di prescrizione – pur se differenziato per alcune – la rilevabilità d'ufficio della nullità, e la *generalizzata* legittimazione a "chiunque vi abbia interesse", che in questa sede, almeno per la nullità in caso di mancata convocazione (ma l'indagine dovrebbe investire anche le altre ipotesi di nullità) ed almeno per le società chiuse si intende mettere in discussione. Si è sottolineato che la previsione del termine, particolarmente ridotto, per far valere la nullità mal si concilierebbe con l'ulteriore previsione della rilevabilità d'ufficio, con la conseguente difficoltà di una loro applicazione simultanea, cfr. A. SPENA, op. cit., p. 376. Di eccesso di delega parla A. DI ZILLO, *Omessa convocazione dei soci in assemblea e convocazione ad opera di soggetto non legittimato: riflessioni su annullabilità, nullità ed inesistenza della delibera assembleare alla luce del D. Lgs. n. 6 del 2003*, in *Riv. not.*, 2003, II, pp. 1284 e ss., in pt. p. 1292.

²⁹ Il riferimento è all'articolo 2379 *bis* c.c. che, come si vedrà, introduce particolari ipotesi qualificate come "sanatoria" della nullità nel caso di "mancanza" della convocazione, ovvero del verbale.

³⁰ Il riferimento è all'articolo 2379 *ter* c.c. che disciplina l'invalidità di particolari delibere c.d. "strutturali" di operazioni sul capitale ed emissione di obbligazioni, nonché all'articolo 2434 *bis* avente ad oggetto le delibere di approvazione del bilancio.

³¹ Per questo tipo di deliberazioni, ferma restando la legittimazione ad impugnare da parte di "chiunque" e la rilevabilità d'ufficio, non viene introdotto alcun limite all'azione di nullità che può essere impugnata in ogni tempo. Ed invero, è proprio dalla previsione di questa differente disciplina della "nullità" che la dottrina, con riguardo alle altre ipotesi cui sopra si accennava, propone di discorrere di "annullabilità" o genericamente di "impugnazione". Ed allora l'indagine, circa la sussistenza di un interesse del terzo all'impugnativa, dovrebbe riguardare tutte le ipotesi qualificate come nullità, per verificare gli effettivi spazi di un tale interesse che forse sussiste nella sola ipotesi di nullità per l'impossibilità o illiceità dell'oggetto.

del negozio sia quanto alla classificazione dei “vizi” sia avuto riguardo alla rimozione degli stessi³².

Preliminarmente occorre interrogarsi circa l’ambito applicativo della fattispecie e, nello specifico, il riferimento è alle società a responsabilità limitata, nonché alle delibere del consiglio di amministrazione.

Per le prime, l’articolo 2479 *ter* c.c. abbandona la differenza tra nullità ed annullabilità per discorrere, genericamente, di “impugnazione”³³ (da parte di chiunque vi abbia interesse) delle delibere aventi oggetto impossibile o illecito o di quelle prese “in assenza assoluta d’informazione” nonché di quelle che modificano l’oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite. In assenza di un’espressa previsione in tal senso, si osserva che la mancata convocazione rientra nel più generale concetto di “mancanza assoluta d’informazione” e che ciò troverebbe conferma dal richiamo operato singolarmente agli articoli 2379 *bis* c.c. e 2379 *ter* c.c.³⁴.

³² Come meglio si specificherà, con riferimento alle conseguenze derivanti da una pronuncia d’invalidità delle delibere, si è sottolineata la difficoltà di applicare i rimedi ripristinatori tipici della disciplina negoziale, e si è cercato di enucleare un principio generale di salvaguardia degli effetti prodotti dalla deliberazione sino alla pronuncia, così, G. MEO, *Gli effetti dell’invalidità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., pp. 97 ss.. In tale prospettiva, non può non condividersi l’autonomia delle ipotesi di nullità delle delibere rispetto alle cause di nullità del contratto, che si esclude possano ricondursi al vizio di illiceità dell’oggetto, cfr., G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, op. cit., p. 62.

³³ Singolare è che il legislatore continui a parlare di nullità, avuto riguardo alle s.p.a., per poi abbandonare tale terminologia nelle s.r.l. dove, la modifica del modello organizzativo delle stesse, nel caso di scelta del procedimento *extra* assembleare, avvicina la decisione al metodo negoziale.

³⁴ Dal richiamo a tali articoli che completano la disciplina della nullità, nel caso di mancata convocazione e mancanza di verbale, se ne ricava, inoltre, la qualificazione di tali vizi in termini di nullità, cfr. F. CORSI, *Diritto dell’impresa*, Milano, 2003, p. 387; G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 79; M. SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. SANTORO, Milano, 2003, p. 237; R. ROSAPEPE, *sub art. 2479 ter*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI E V. SANTORO, 3, Torino, 2003, p. 176; P. REVIGLIONE e P. RAINELLI, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario* diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, II, Bologna, 2004, *sub art. 2479 ter*, p. 1939. Secondo V. BUONOCORE, in *Manuale di diritto commerciale*, 4° (a cura dello stesso), Torino, 2003, p. 349, è abbandonata, almeno sul piano semantico, ogni distinzione tra decisioni nulle e annullabili. In tale prospettiva, si inseriscono le prime sentenze in cui, discorrendo di “nullità” della delibera per “mancanza assoluta di informazione” si esclude che la stessa ricorra, allorché sia stato indirizzato ad uno dei soci un avviso di convocazione, sia pure ad un recapito diverso da quello indicato nel libro dei soci e con modalità non coincidenti con quelle previste dallo statuto sociale, cfr. Trib. Bologna, 18 agosto 2005, in *Le Società*, 2006, 8, p. 1009.

La previsione di una fattispecie autonoma rispetto a quella delle società per azioni, troverebbe, allora, la sua giustificazione nella necessità (avvertita dal legislatore) di conciliare le ipotesi di cui all'articolo 2379 c.c., con la particolarità del metodo *extra* assembleare³⁵.

Problemi di coordinamento si pongono, altresì, avuto riguardo alla impugnazione delle delibere consiliari che rappresenta, come detto, una novità della riforma. Si è accennato alla problematica (sorta nel vigore della precedente disciplina) di quale fosse il rimedio per le delibere viziate dalla omessa e/o tardiva convocazione di uno dei consiglieri, e dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, l'irregolarità della convocazione del consiglio, non potesse essere fatta valere dal singolo socio, che non può dirsi essere stato leso in un proprio diritto. L'attuale disciplina (da considerare "speciale" rispetto a quella dell'invalidità delle delibere assembleari) sembrerebbe recepire tale orientamento, nella misura in cui legittima il collegio sindacale e gli amministratori, assenti o dissenzienti, ad impugnare le delibere "non prese in conformità della legge o dello statuto", e i soci solo quando la delibera sia lesiva dei propri diritti³⁶.

Per la equiparazione tra la mancata convocazione e la "mancanza assoluta di informazione": Trib. Milano, 28 luglio 2012, in *Giur. it.*, 2013, pp. 2057 ss..

³⁵Particolarità che porterebbe a sanzionare (con la nullità) non solo i casi di mancata convocazione e di mancanza del verbale ma anche altri vizi derivanti da un difetto d'informazione che, secondo le logiche civilistiche, dovrebbe determinare l'annullabilità dell'atto, cfr., M.P. FERRARI, *Invalidità delle delibere assembleari per vizi di convocazione*, in *Le Società*, 2006, 8, p. 1009; V. SALAFIA, *Il nuovo modello di s.r.l.*, in *Le Società*, 2003, p. 11; R. ROSAPEPE, op. cit., p. 176, cui si rinvia anche per un'approfondita analisi della complessiva disciplina.

³⁶La norma (art. 2388 c.c.) pone non pochi dubbi interpretativi derivanti anche dalla necessità di coordinare il richiamo che la stessa opera ad alcune norme della invalidità delle delibere assembleari. Ed infatti, quanto all'impugnativa di competenza dei singoli soci, la norma rinvia sia all'articolo 2377 c.c. che all'art. 2378 c.c. mentre (quanto all'impugnativa da parte del collegio sindacale e degli amministratori assenti o dissenzienti) il richiamo è al solo art. 2378 c.c., facendo salva, per entrambi i casi, la "condizione" di compatibilità. Alcun riferimento viene fatto alla nullità. Di qui, allora, i dubbi circa la "effettiva" volontà del legislatore di limitare alla sola annullabilità i vizi delle delibere consiliari. Quanto alla nullità, è condivisibile il rilievo che la disciplina delle delibere assembleari continuerà ad essere considerata normativa "generale" e, pertanto, applicabile in mancanza di espressa previsione di quella "speciale". Interpretazione questa che troverebbe conferma nella stessa legge che attribuisce al consiglio di amministrazione numerose ed eterogenee competenze tradizionalmente di spettanza dell'assemblea e, in relazione alle quali, può porsi un problema di illiceità o impossibilità dell'oggetto (approvazione del progetto del bilancio d'esercizio e consolidato, distribuzione degli acconti dividendo in base all'articolo 2433 *bis* c.c., costituzione dei patrimoni destinati, emissione di obbligazioni non controvertibili, e in caso di

Con specifico riferimento alla convocazione³⁷, allora, sul rilievo che la sua "mancanza" riguardi un adempimento destinato a tutelare solo l'interesse del singolo amministratore, se ne argomenta l'impugnabilità, ai sensi dell'articolo 2388 c.c., da parte dei soli amministratori e del collegio sindacale, e si esclude l'applicabilità dell'articolo 2379 c.c., nonché del 2379 *bis*³⁸.

In realtà, se si accoglie la premessa della natura "generale" della normativa sull'invalidità delle delibere assembleari (pur escludendo che l'omessa convocazione di uno degli amministratori possa "ledere" il diritto del singolo socio) deve almeno ammettersi che, il vizio per la mancata convocazione e/o per l'irregolarità della stessa possa, anche in questo caso, essere "sanato" ai sensi dell'articolo 2379 *bis* c.c. Del resto sembra più che ragionevole ritenere che la particolare forma di "sanatoria" di cui al suddetto articolo 2379 *bis* c.c., possa utilizzarsi anche nelle ipotesi di mera "irregolarità", qualificate dalla legge come ipotesi di annullabilità delle delibere³⁹.

Quanto alla *ratio* delle nuove ipotesi di nullità (mancata convocazione e mancata "verbalizzazione") la Relazione conferma l'intento unitario e generale della modifica dell'invalidità e, cioè, quello di escludere per il futuro il ricorso

espressa previsione dello statuto, anche di quelle controvertibili; riduzione del capitale per recesso del socio, aumento del capitale ai sensi dell'articolo 2443 c.c.). Quanto al rinvio operato dalla norma, il dubbio interpretativo è duplice: risolvere la "compatibilità" del richiamo per l'azione esperibile dai soci e stabilire se, anche per l'impugnativa degli amministratori, sia possibile applicare l'articolo 2378 c.c.. Sul punto cfr. G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, Vol. 4, pp. 79 ss.. Ed ancora, si sottolinea, che il rinvio all'articolo 2377 c.c., ripropone l'ulteriore interrogativo del se sia possibile che, una lesione al socio, possa derivare anche dalla violazione di deliberazioni meramente annullabili, ciò che, come accennato, era stato escluso da una parte della dottrina, cfr. R. RORDORF, *Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari*, op. cit., p. 1210.

³⁷ L'attuale disciplina delle delibere consiliari non prevede una norma corrispondente a quella dell'articolo 2366 c.c., limitandosi, l'articolo 2381 c.c., a disporre che il presidente *convoca il consiglio di amministrazione e ne fissa l'ordine del giorno* ed ancora che lo stesso presidente *provvede affinché vengano fornite adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno*. Pur nella possibilità di una convocazione informale si ripropongono, allora, anche per le delibere consiliari, gli stessi problemi della irregolarità della convocazione che, però, dovranno risolversi alla luce dell'articolo 2388 c.c..

³⁸ G. LO CASCIO, *La riforma del diritto societario*, op. cit., p. 101.

³⁹ In tal senso, C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Riv. not.*, 2005, I, p. 708, il quale osserva come avrebbe poco senso ritenere che nei casi di minore gravità, unico modo per superare la situazione di precarietà (conseguente all'invalidità della delibera) sia il decorso del termine per l'impugnativa.

all'inesistenza⁴⁰. Ed infatti, le due nuove cause di nullità corrispondono a quei "vizi", in presenza dei quali, la giurisprudenza (sia di legittimità che di merito) discorreva di delibere "inesistenti".

Per la mancata convocazione, ma la tecnica è la stessa anche per la mancata verbalizzazione, il legislatore introduce delle "precisazioni"⁴¹ in presenza delle quali la convocazione non può considerarsi mancata, e nello specifico, tali ipotesi corrispondono ad alcune di quelle "irregolarità" della convocazione che avevano dato vita a discordanti orientamenti giurisprudenziali.

La convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso qualora "provenga" da un componente dell'organo amministrativo o di controllo della società e consenta (agli aventi diritto ad intervenire) di essere "preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea".

⁴⁰ Al riguardo la relazione § 5 precisa: *I casi tassativi di nullità delle deliberazioni assembleari sono stati accresciuti, anche al fine di confermare la superfluità della pronuncia di inesistenza: alle impossibilità o illiceità dell'oggetto si sono aggiunte la mancata convocazione dell'assemblea e la mancanza del verbale della deliberazione, pur con la analitica precisazione di quando un'assemblea può dirsi convocata, e di quando un verbale può dirsi mancante.* Di qui il rilievo del se sia ancora possibile discorrere di inesistenza, e la considerazione che, in ogni caso, la previsione di un termine sufficientemente ampio (tre anni) possa rendere per lo più irrilevante, in concreto, l'inquadramento della fattispecie tra le deliberazioni nulle o tra quelle inesistenti. Così M. CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni dei soci nel nuovo diritto societario*, op. cit., p. 765. Si è, altresì, affermato che la distinzione tra "irregolarità" e "mancanza" della convocazione, ha rilievo solo se, effettivamente, si sia in presenza di un "fatto" qualificabile come "avviso". Valutazione che potrà avvenire avendo, come punto di riferimento per l'indagine (volta a ravvisare o ad escludere quel "fatto") i profili "funzionali," il ruolo cioè della convocazione, con la conseguenza di dover ritenere "mancante" su un piano, appunto funzionale, l'avviso che non contenga l'indicazione del "luogo" dell'assemblea, ed una qualche indicazione sugli argomenti da trattare, così C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, cit., p. 708; in senso contrario, R. VASSILIOS - R. DRAGANI - F. PRENESTINI, *Convocazione impropria e formazione del consenso nella società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 2018, 2, p. 653. Nel senso di escludere la inesistenza nel caso di delibera che non raggiunga la maggioranza richiesta, Cass., 20 gennaio 2011, n. 1361, in *Giust. civ.*, 2011, I, pp. 614 ss.. Sulla possibilità di riproporre la categoria dell'inesistenza, v. G. PALMIERI - C. PATRIARCA, *Art. 2379*, in *Le Società per azioni*, op. cit., pp. 1117-1120, che pur dichiarandosi contrari, ritengono ancora aperto il problema della inesistenza materiale (o di fatto) della delibera (o decisione).

⁴¹ Di "precisazioni" come uno di quei "meccanismi di conservazione" delle delibere che la nuova formulazione avrebbe introdotto parla A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari stabilità ed effetti*, op. cit., p. 61, che così si esprime: «una lista di casi in cui il legislatore sembra voler precostituire, vincolare la pronuncia del giudice, quasi ad evitare sorprese»; di nullità "autosanante" parla S. SANZO, op. cit., p. 656.

È evidente il riferimento ai casi giurisprudenziali dell'avviso proveniente da soggetto "diverso" nonché alle irregolarità del contenuto dell'avviso⁴².

Ed allora, sicuramente, in caso di avviso proveniente comunque da un componente, anche singolo, dell'organo legittimato alla convocazione, il legislatore, nel qualificare tale vizio quale "irregolarità", sembra aderire all'orientamento prevalente della giurisprudenza. Dubbi interpretativi si pongono, invece, con riferimento alla carenza assoluta di legittimazione (ad esempio ad opera di un socio o sindaco decaduto) equiparata, dalla più recente giurisprudenza di legittimità, all'ipotesi della carenza "parziale"⁴³.

Si è detto, infatti, che il legislatore, propendendo per la "nullità" nel solo caso di carenza assoluta di legittimazione, avrebbe operato una scelta più "severa" rispetto a quella meno rigida della giurisprudenza innanzi richiamata⁴⁴. Scelta che, però, risulterebbe in contrasto con la linea di fondo della modifica dell'invalidità delle delibere e, cioè, con quell'intento di conservazione più volte richiamato⁴⁵ e che, certamente, determinerà un non semplice intervento

⁴² Si è parlato di "regolarità minima" dell'avviso di convocazione senza la quale l'irregolarità comporta comunque la nullità della deliberazione, così G. MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari: nella s.p.a. cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, op. cit., p. 541. Quanto all'interpretazione della norma, si è prospettata una duplice soluzione l'una, che per aversi nullità richiederebbe la mancanza "congiuntamente" di entrambi i requisiti minimi, per cui l'avviso che non provenga dall'organo collegiale, ma sia idoneo ad avvertire "preventivamente" non potrà comportare la nullità della delibera, con ciò restringendo ulteriormente le possibili ipotesi di nullità, e l'altra, più rigorosa, secondo cui ognuna delle condizioni sarebbe idonea *ex se* a determinare la nullità. Così, M. SILVETTI, *L'invalidità della deliberazione derivante da irregolare od omessa convocazione dell'assemblea nella nuova disciplina delle società azionarie*, in *Foro it.* 2004, 1, pp. 178 ss.. Per un'approfondita analisi delle conseguenze dei potenziali vizi di convocazione, R. VASSILIOS - R. DRAGANI - F. PRENESTINI, *Convocazione impropria e formazione del consenso nella società per azioni*, op. cit., p. 653.

⁴³ Così Cass., 11 giugno 2003, n. 9364, cit.

⁴⁴ Così, G. MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari: nella s.p.a. cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, op. cit., p. 542. Sul punto può però osservarsi che la modifica radicale della disciplina della nullità rispetto a quella precedente, riduce notevolmente le differenze tra "nullità" e "annullabilità", v. B. PETRAZZINI, *Vizi di convocazione dell'assemblea tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Giur. it.*, 2004, 4, p. 788, sostanzialmente conformi (seppur con alcune differenziazioni) gli Autori citati alla nota 2.

⁴⁵ Così, A. FUSI, *Effetti dei vizi di convocazione dell'assemblea di società di capitali*, in *Le Società*, 2003, pp. 1356 ss.. Intento di conservazione che sarebbe ricavabile da diverse disposizioni e, in particolare, dai "meccanismi di conservazione" cui si accennava, e che comprenderebbero (oltre le "precisazioni", la "sanatoria" e la "sostituzione") l'esclusione, quanto all'annullabilità, di una legittimazione del singolo socio, e la necessaria condizione della "prova di resistenza" nel caso di partecipazione di soggetti non legittimati e di invalidità o errato conteggio di singoli voti.

correttivo della giurisprudenza, che dovrà superare la qualificazione, in termini di "tassatività" delle ipotesi indicate nell'articolo 2379 c.c.. Intervento correttivo che si rende, ancor più necessario, avuto riguardo a quei "vizi" di contenuto dell'avviso, che la riforma sembrerebbe aver considerato quale ipotesi di *irregolarità* del contenuto dell'avviso. Ed invero, secondo il nuovo articolo 2379 c.c., il contenuto "minimo" dell'avviso viene rispettato qualora lo stesso sia idoneo ad avvertire "preventivamente" gli interessati, e consenta d'individuare la data dell'assemblea. In presenza di tali requisiti la comunicazione è da considerarsi "esistente" e l'avviso irregolare, consentirà solo l'annullamento della delibera⁴⁶, con ciò confermandosi quell'intento "conservativo"⁴⁷, di cui sopra si discorreva. Una rigorosa interpretazione della norma dovrebbe, però, indurre a qualificare, quali mere "irregolarità" la mancata indicazione del luogo dell'assemblea e delle materie da trattare, con ciò prestando il via a possibili abusi⁴⁸. Di qui l'invito (disatteso dal legislatore) ad un intervento correttivo, ed

⁴⁶ Il riferimento è a tutti gli altri "vizi" dell'avviso: indicazione dell'ordine del giorno, discussione di argomenti non indicati nell'ordine del giorno, violazione delle modalità di convocazione scelte dallo statuto, nonché della stessa indicazione del luogo. Sulla premessa che, nel caso della mancata indicazione delle materie da trattare non risulta pregiudicato l'interesse sostanziale alla partecipazione, si argomenta che una tale omissione non sia da considerare quale causa di nullità, così, R. VASSILIOS - R. DRAGANI - F. PRENESTINI, *Convocazione impropria e formazione del consenso nella società per azioni*, op. cit., pp. 653 ss. (in pt. nota 106). Nel senso dell'annullabilità della delibera tenuta in luogo diverso da quello inizialmente indicato, Trib. Milano, 30 marzo 2009, in *Giur. it.*, 2009, p. 2719, avuto riguardo ad una s.r.l..

⁴⁷ Ancor più evidente è l'intento conservativo di applicare restrittivamente la sanzione della nullità avuto riguardo al verbale, la cui disciplina si ricava dal combinato disposto degli articoli 2377, comma 5, n. 3, 2379 e 2379 *bis*, comma 2, c.c.. Ed allora, il verbale sarà mancante se non contiene: la data della deliberazione, l'oggetto e la sottoscrizione. Dalla lettera della legge sembrerebbe che la mancanza anche di uno solo di tali requisiti determina la nullità della delibera. Non ogni irregolarità dell'oggetto è causa di annullabilità, l'articolo 2377, comma 5, n. 3, infatti, limita il ricorso all'annullabilità, nel solo caso di verbale che non consenta l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

⁴⁸ Critico circa la scelta del legislatore per la mera irregolarità in caso di avviso con ordine del giorno mancante ovvero non sufficientemente "chiaro" è B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, op. cit., p. 474. Quanto al luogo, sulla premessa che la sua mancata indicazione sia equiparabile ad una convocazione senza data, si propone di comminare la nullità anche per tale ipotesi, in tal senso G. MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari: nella s.p.a. cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, op. cit., p. 542. Sul rilievo che tale interpretazione sarebbe però contraria al principio di tassatività delle nullità, v. R. LENER, *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, op. cit., p. 93. In senso critico il S. SANZO, op. cit., p. 649 ss., secondo cui è discutibile l'interpretazione ricavabile dalla norma che un avviso di convocazione viziato, perché privo dell'indicazione del luogo, e comunicato anche un giorno prima

una possibile linea interpretativa per la giurisprudenza (anche questa non accolta) di valutare (avuto riguardo ai profili "funzionali" ed al ruolo della convocazione) in termini di "inesistenza giuridica" particolari anomalie dell'avviso di convocazione, non espressamente disciplinate⁴⁹.

4. "Sostituzione" e "sanatoria" quale ulteriore conferma della "autonomia" della nullità in ambito societario.

La conferma dell'intento "conservativo" e della "autonomia" della nullità nel diritto societario emerge anche dalla disciplina degli effetti del giudicato della sentenza di "nullità" nonché dalla previsione di quelle ipotesi tecnicamente⁵⁰ definibili come "sanatoria" tra cui viene ricondotta la sostituzione della delibera viziata⁵¹. L'ultimo comma dell'articolo 2379 c.c., infatti, nella parte in cui richiama

e, quindi, "preventivo" darebbe luogo a semplice annullabilità, con ciò prospettando il rischio di evidenti e potenziali abusi.

⁴⁹ Così, C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, cit., p. 708.

⁵⁰ Cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 103. La norma, inoltre, non fornisce alcuna indicazione circa lo spazio temporale necessario per essere "preventivamente" avvisati e sarà, pertanto, compito (sicuramente più semplice) per la giurisprudenza, individuare i limiti temporali oltre i quali l'avviso non potrà considerarsi "preventivo". Al riguardo, si è precisato che la norma non dovrà interpretarsi restrittivamente nel senso di intendere come "preventivo" solo l'avviso che rispetti il termine fissato dalla legge, dovendosi valutare le circostanze del singolo caso concreto, così, E. CERVIÒ, *Il legislatore estende i casi di nullità*, in *Guida al diritto*, Dossier, 2003, 2, p. 58. Secondo R. LENER, *Invalidità delle delibere assembleari*, op. cit., p. 94, la legge non introduce un termine minimo o ultimo, e perciò tale termine potrebbe essere minore di quindici e maggiore di zero.

⁵¹ La *ratio* della sostituzione viene ravvisata, in una prima analisi, nella considerazione che, se la delibera impugnata è sostituita con un'altra, dovrebbe venir meno l'interesse a chiederne l'annullamento. In generale per "sostituzione" si intende il fenomeno attraverso il quale, una successiva delibera è destinata non già ad aggiungersi alla precedente, ma a prenderne il posto e a soppiantarla nello svolgimento di una certa funzione giuridica. Così, G. ZANARONE, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 369. Inizialmente anche il fenomeno sostitutivo viene analizzato in una prospettiva tipicamente "negoziale": riconducendo la "sostituzione" alla convalida negoziale, se ne esclude, conseguentemente, una sua applicazione alle delibere nulle. La successiva evoluzione conferisce alla sostituzione un'autonomia rispetto alle categorie della sanatoria civilistica per accogliere un'interpretazione dell'istituto come ratifica/rinnovazione applicabile anche alle delibere nulle, cfr.: Cass., 13 giugno 2000, n. 8036, *Foro it.*, Rep. 2000, Voce *Società*, n. 674, che, però, la esclude per le ipotesi di nullità per impossibilità ed illiceità dell'oggetto; Cass., 12 ottobre 1987 n. 7754, in *Foro it.*, 1988, 1, p. 1617. In particolare, dalla ricostruzione dell'istituto in termini di rinnovazione, e non di convalida, se ne faceva conseguire, inoltre, come non fosse necessario l'assenso di tutti coloro che avessero avuto interesse ad impugnare la delibera precedente, bensì dell'organo competente ad esprimere la volontà sociale, con ciò rimarcando le differenze tra la convalida e la "sostituzione" avuto riguardo ai soggetti

(pur con la salvezza della "compatibilità") il settimo e ottavo comma dell'articolo 2377 c.c., sembrerebbe aver aderito al sollecito della dottrina che (seppur con argomentazioni differenti) aveva sottolineato l'impossibilità di trasporre (agli effetti della pronuncia d'invalidità delle delibere assembleari) i rimedi reintegrativi ovvero "eliminativi" e/o regressivi tipici della teoria negoziale⁵² e,

legittimati all'esercizio della stessa, in tal senso Cass., 30 ottobre 1970, n. 2263, in *Foro it.*, 1970, 1, p. 2652. Sul punto, v. G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 92, che sottolinea come l'avversione alla conservazione di situazioni affette da nullità, almeno per quanto concerne quelle illecite o con oggetto impossibile, dipenderebbe dal pregiudizio concettuale, e di derivazione prettamente civilistica che, per aversi sostituzione, la delibera "sostitutiva" debba necessariamente avere lo stesso contenuto di quella sostituita, escludendosi, conseguentemente, che il meccanismo della sostituzione potesse operare nel caso di vizi attinenti all'oggetto. Il riferimento è alla tesi restrittiva di quanti limitano l'applicazione della sostituzione ai soli vizi "procedimentali" in quanto, ferma la premessa della "medesimezza" dell'oggetto, la nuova delibera, nel riprodurre il contenuto "viziato" della prima, avrebbe lo stesso oggetto, ma non rispetterebbe l'ulteriore condizione di essere, a sua volta, conforme alla legge ed all'atto costitutivo, viceversa, eliminando il vizio della precedente, rispetterebbe il requisito della "conformità", ma avrebbe un contenuto diverso della delibera sostituita, così G. ZANARONE, op. ult. cit., p. 371. Ove, invece, riconosciuta l'autonomia del fenomeno, ci si discosti da quella premessa, nonché dalla logica tipica "civilistica" e si incentri l'attenzione sul rilievo che il potere di sostituzione derivi dal potere "attuale" dell'assemblea di decidere anche per il passato, e si accetti, allora, che l'ordinamento si disinteressa del mezzo prescelto per sanare il pregresso, non ci sono ostacoli per ammettere che la delibera sostitutiva presenti un contenuto non perfettamente coincidente con quello precedente, e che possa anche apportare, al contenuto della precedente delibera, quelle modifiche idonee ad eliminare la pregressa nullità, così realizzando, con la salvezza dei diritti dei terzi, una continuità gestionale che risulterebbe, altrimenti, "fratturata" dalla intermedia pronuncia d'invalidità, così G. MEO, op. ult. cit., p. 93. Del resto ciò veniva riconosciuto già dalla precedente dottrina che precisava come, la seconda deliberazione, non tendesse a sanare la precedente, ma unicamente a provvedere all'organizzazione ed allo svolgimento della vita della società e (riconosciuta l'autonomia della stessa, rispetto alla precedente) ammetteva che l'assemblea potesse sia ampliare sia limitare l'oggetto della propria deliberazione rispetto alla precedente e che, pertanto, non fosse necessario che la delibera sostitutiva indicasse lo scopo "eliminativo" dei vizi della sostituita, né che alla seconda partecipasse il socio che aveva agito per far annullare la precedente, così L. BUTTARO, *Rinnovazione di deliberazione assembleare annullabile con altra deliberazione anch'essa invalida*, in *Foro it.*, 1954, 1, pp. 1127 ss. In tal senso Cfr. Cass., 21 ottobre 1987, n. 7754, cit.. Con la riforma si conferma, allora, la peculiarità del fenomeno "sostitutorio" rispetto alle categorie delle sanatorie civilistiche, già considerato un *quid novum* esclusivamente societario, cfr. U. M. CARBONARA, *Osservazioni in tema di invalidità di delibere assembleari societarie*, in *Giur. comm.* 2002,11, p. 532 e in pt., p. 539; G. PALMIERI – C. PATRIARCA; Art. 2379, in *Le Società per azioni*, op. cit., p. 1124.

⁵² Sull'argomento, v. G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari* op. cit., pp. 97 ss.. Particolare interesse agli aspetti processuali degli effetti della "nullità" è svolta da A. PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed illegalità delle delibere assembleari*, op. cit., pp. 404 ss., che propone di strutturare l'impugnativa delle delibere assembleari come "giurisdizione sui rimedi" ragionando, cioè, secondo gli schemi della legalità o meno dell'azione sociale e del rimedio

avuto riguardo alla "sostituzione" si era dichiarata favorevole –(sulla scia di una parte della giurisprudenza) ad una applicazione anche per le delibere nulle⁵³. Ed invero, con il richiamo al settimo comma dell'articolo 2377 c.c. sembra riconoscersi, in caso di "nullità" della delibera, la salvezza dei diritti acquistati in buona fede dal terzo, nonché l'obbligo per gli amministratori di "prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità"⁵⁴.

Il generico richiamo all'ottavo comma, invece, confermerebbe la possibilità di sostituire le delibere "nulle", senza alcuna eccezione. Si propende per un'interpretazione estensiva che, invero, per la già riconosciuta "autonomia" della sostituzione, rispetto alle categorie delle sanatorie civilistiche, confermata e rafforzata dalla nuova disciplina, non troverebbe ormai nessun ostacolo né

applicabile per ovviare all'eventuale difetto di legalità. In particolare l'Autore, dall'analisi di alcune norme che "esplicitamente" si riferiscono alla "nullità" (artt.: 2332 c.c., 2504 *quater* c.c., 2383 c.c.) e di quelle che alla stessa farebbero riferimento in modo "implicito" (2357 *quater* c.c.) ricava le sostanziali differenze degli effetti della "nullità" nel diritto societario sottolineando che la stessa: pur dopo essere stata dichiarata dal giudice, non opera sul piano reale e non comporta il ripristino, neppure parziale della situazione precedente; non cancella né l'atto dichiarato nullo, né gli effetti prodottisi in conseguenza dell'atto; obbliga l'organizzazione a provvedere, ma sempre conformemente alle proprie regole di funzionamento (all'individuazione dei "rimedi").

⁵³ Sul punto cfr., G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., pp. 90 ss..

⁵⁴ Tale previsione ha rappresentato un ulteriore riferimento normativo dal quale desumere la "diversità" degli effetti del giudicato dell'invalidità delle delibere rispetto a quelli negoziali. Si è osservato, infatti, con specifico riferimento all'annullamento, la coerenza di tale sanzione con la struttura degli effetti del giudicato di invalidità delle delibere. Sulla premessa che non c'è alcuna situazione da ripristinare, si esclude che sia il giudice a dover pronunciare positivamente sugli effetti dell'annullamento, e l'effetto della sentenza invalidativa, si configura, sul piano giuridico, come un dovere dell'organizzazione di provvedere, secondo le regole che ne governano l'azione, uniformandosi al giudicato, così A. GAMBINO, *II principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 326, richiamato da G. MEO, op. ult. cit., p. 243, il quale ultimo estende, altresì, l'applicazione di tale disposizione alle delibere nulle, analizzando in particolare le impugnative di bilancio. Ed ancora, sempre avuto riguardo agli effetti del giudicato si è analizzata l'impossibilità di un'esecuzione forzata delle conseguenze del giudicato di nullità e si è affermato che non vi sarebbe alcuna esecuzione da attuare, ma provvedimenti conseguenti da adottare rimessi all'organo gestorio della società, con ciò confermandosi: «che la nullità di cui all'articolo 2379 c.c. dà luogo ad uno "statuto speciale" dal momento che non produce effetti forzatamente ottenibili, ma conseguenti provvedimenti dell'organizzazione, neppure essi ovviamente forzatamente ottenibili, e sostituibili con l'equivalente pecuniario solo in caso d'inosservanza e se sussistono gli estremi per una condanna risarcitoria», così, A. PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed "illegalità" delle delibere assembleari di s.p.a.*, op. cit., p. 407.

quanto al limite della “medesimezza” dell’oggetto, né quanto agli altri limiti derivanti dall’influenza delle “logiche” negoziali⁵⁵.

La lettura della norma non è però così pacifica. Dubbi interpretativi sorgono sia per il senso da attribuire alla condizione di “compatibilità” che l’articolo 2379 c.c. impone quale limite per l’applicabilità delle disposizioni richiamate sia in relazione alla *generalizzata* applicazione della “sostituzione” che da alcuni si ritiene ancora da escludere nel caso di nullità per impossibilità o illiceità dell’oggetto⁵⁶.

Si è osservato ancora, che la condizione di “compatibilità”, non consenta di conservare gli effetti materialmente prodotti nei confronti dei terzi dalle deliberazioni nulle argomentando tale assunto sul rilievo che, uno dei principi del nostro ordinamento, vieta a chiunque di fondare diritti su atti giuridici nulli. Il richiamo, allora, potrà valere solo quanto all’obbligo degli amministratori, o secondo i casi, dal consiglio di sorveglianza e di gestione, di assumere gli opportuni provvedimenti, dovendosi operare, quanto alla salvezza dei diritti dei terzi una differenziazione tra vizi di “formazione” e vizi di contenuto, ammissibile per i primi – mancata convocazione e mancata verbalizzazione – da escludere per i secondi⁵⁷. Da altri, invece, che la disposizione sia pienamente compatibile con il regime della “nuova” nullità⁵⁸. Ulteriore innovazione è la disposizione relativa alla salvezza dei diritti acquistati dai terzi sulla base della deliberazione sostituita. La norma non viene richiamata dall’articolo 2379 c.c. che, però, ammette il generale rimedio della sostituzione, con la conseguenza che tale omissione deve imputarsi ad un difetto di coordinamento. Diversamente interpretando, l’articolo 2377 c.c. ultimo comma, creerebbe una irragionevole

⁵⁵ Sul punto G. MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari: nella s.p.a. cause ed effetti dell’invalidità dell’atto*, op. cit., p. 543, secondo cui la sostituzione deve ritenersi compatibile con la nullità in quanto, diversamente argomentando, si perverrebbe a una interpretazione di fatto abrogatrice della norma di rinvio, ed inoltre, siffatta interpretazione è quella più coerente con l’intero sistema di norme sull’invalidità degli atti improntato al principio di stabilità e conservazione, salvo, in ogni caso il rimedio alternativo del risarcimento del danno.

⁵⁶ V., R. LENER, *Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni*, op. cit., p. 103.

⁵⁷ Così, V. SALAFIA, *L’assemblea delle società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Le Società*, 2003, p. 11058, nello stesso senso A. SPENA, op. cit., p. 375, secondo cui, essendo rilevato o quanto meno rilevabile il vizio di contenuto della delibera, mai (o quasi) si potrà configurare uno stato soggettivo di “incolpevolezza”.

⁵⁸ Così S. SANZO, op. cit. 660; G. PALMIERI – C. PATRIARCA, *Art. 2379*, in *Le Società per azioni*, op. cit., pp. 1127 ss. (ed autori ivi citati).

disparità di trattamento tra i terzi che hanno agito facendo affidamento su di una delibera nulla ovvero annullabile⁵⁹.

Con particolare riferimento alle delibere viziate per la mancata convocazione, ma lo stesso è a dirsi per la mancata verbalizzazione, si riconosce, senza alcun limite, il potere "sostitutivo" dell'assemblea. In entrambi i casi occorre però differenziare l'ipotesi in questione, con quelle introdotte dall'articolo 2379 *bis* c.c., e qualificate espressamente come "sanatorie". Si è richiamato l'orientamento che, sulla premessa dell'inesistenza delle delibere "viziate" dalla mancata convocazione, ha escluso che, da una successiva manifestazione di volontà dell'assemblea potesse ravvisarsi una ratifica e/o rinnovazione della delibera. In particolare, nei casi concreti sottoposti all'esame della giurisprudenza era stato eccepito che il vizio della mancata convocazione fosse stato "sanato" in quanto "ratificato" in una successiva delibera ovvero attraverso un comportamento concludente da cui desumere l'esecuzione della delibera da parte del socio. Emergerebbe allora, non solo che, avuto riguardo alla mancata convocazione dell'assemblea, la "sostituzione" e/o ratifica non possa avvenire senza la necessaria partecipazione dei soggetti non convocati, ma che il comportamento concludente, da cui desumere un'esecuzione della delibera, concreterà quell'assenso "successivo" di cui all'articolo 2379 *bis* c.c..

Quanto al *modus operandi* si ribadisce che la sostituzione della delibera nulla non ha efficacia di sanatoria di quella già impugnata, ma opera come impedimento al giudice di pronunciare la nullità⁶⁰. Il meccanismo conservativo è simile a quello di cui all'articolo 2379 *ter* c.c. che, con riferimento alle delibere "strutturali" di aumento e riduzione del capitale, ed in presenza di determinati fatti (successivi ed ulteriori) riconosce l'esistenza della causa d'invalidità, ma impedisce che la stessa, pur se non sanata, possa essere dichiarata dal giudice. All'invalidità della delibera si sostituisce, allora, eventualmente il rimedio

⁵⁹ M. CENTONZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, op. cit., pp. 324 ss.; ID., *Art. 2379*, in *Delle Società. Dell'azienda. Della concorrenza*, cit., pp. 29 ss.; G. GUERRIERI, *Art. 2379 – 2379 ter*, cit., pp. 610 ss.; *contra*, G. PALMIERI – C. PATRIARCA, *Art. 2379*, in *Le Società per azioni*, op. cit., p. 1126.

⁶⁰ Cfr. V. SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Le società*, 2003, p. 1179.

risarcitorio⁶¹. La nuova disciplina della "sostituzione" confermerebbe perciò, anche con riferimento alla deliberazione nulla, il verificarsi di una situazione di efficacia precaria; nonché l'unitarietà del fenomeno d'invalidazione delle delibere in termini d'impugnativa per rimuovere la deliberazione, per eliminare cioè quella "precarietà" che la stessa, seppur viziata, deve necessariamente svolgere per l'attività sociale⁶².

L'articolo 2379 *bis* c.c. introduce quali ulteriori strumenti di conservazione delle delibere assembleari, particolari ipotesi definite espressamente dalla rubrica della norma quali "sanatorie" della nullità⁶³. Nello specifico la norma prevede, quanto alla convocazione, l'impossibilità ad esercitare l'impugnazione da parte di chi, anche successivamente, abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea e, quanto alla mancata verbalizzazione, la possibilità di sanare l'invalidità mediante una verbalizzazione da eseguire prima dell'assemblea successiva a quella cui la delibera viziata si riferisce⁶⁴. Di qui il rilievo di

⁶¹ Così, A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, op. cit., p. 62. Quanto alla natura della pronuncia d'invalidità della nullità, si è specificato che la possibilità di sostituire con effetto sanante la delibera viziata, nonché l'operatività *ex nunc* dell'invalidità nei confronti dei terzi di buona fede, rappresentano chiari indizi di una pronuncia costitutiva, piuttosto che dichiarativa dell'invalidità, e, ciò rappresenterebbe un ulteriore distacco dalla sanzione di cui agli articoli 1421 c.c. ss., così A. SPENA, op. ul. cit., p. 375.

⁶² Così, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. cit., pp. 102 ss..

⁶³ Come già analizzato per la "sostituzione" e tenuto conto del rilievo che la "intitolazione" della norma, quale elemento interpretativo, in tanto può valere ad attribuire un certo senso alla legge, in quanto coincida con il suo contenuto o non sia contraddetto da esso, si concorda con quanti ritengono come (anche in questo caso) solo "atecnicamente" possa parlarsi di "sanatoria." Ed invero, la qualificazione di un istituto deve necessariamente ricostruirsi avuto riguardo alla disciplina complessiva del fenomeno. Ed allora, accolta la premessa che non sia "tecnicamente" corretto discorrere di nullità, e analizzata nel suo complesso la disciplina della "sanatoria", emerge chiaramente la distanza della "sanatoria societaria" rispetto a quella civilistica. Sul punto C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 104; G. PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario*, op. cit., pp. 965 ss. Quanto in generale alla sanatoria, si individuano come elementi caratterizzanti della stessa, l'incidenza sulla validità dell'atto e non del "vizio", e l'idoneità a rendere definitivi gli effetti di negozi invalidi, o comunque a conferire efficacia a negozi che, in assenza della sanatoria, non avrebbero potuto produrre alcun effetto giuridicamente rilevante, così R. TOMMASINI, *Sanatoria (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 230.

⁶⁴ Accanto a queste ipotesi di "sanatoria" ve ne sono altre ancor più significative relative a delibere di rilevanza strutturale per l'organizzazione e gli aspetti finanziari della società. Il riferimento è all'articolo 2379 *ter* c.c., nonché all'articolo 2434 *bis* c.c. Il primo riguarda le delibere di aumento del capitale, di riduzione per esuberanza o di emissione di obbligazioni per le quali, non solo sono ridotti i termini di prescrizione, ma si individua, come fatto successivo, che non rende più

individuare le differenziazioni tra la sostituzione di una delibera viziata per la mancata verbalizzazione e la "sanatoria" in esame. La particolarità emerge solo se si consideri che, con l'istituto in esame, si avrebbe in realtà una sostituzione particolare e, cioè, non della delibera, ma di un segmento procedimentale della stessa⁶⁵.

La ricostruzione delle ipotesi di "sanatoria" previste dalla disciplina in esame non è unitaria. Ed invero, si è evidenziato che, quanto alla sanatoria della mancata convocazione, la fattispecie dovesse essere riguardata come perdita individuale dell'impugnativa da parte di colui che, anche successivamente, abbia dichiarato il suo "assenso" allo svolgimento dell'assemblea⁶⁶.

pronunciabile l'invalidità, l'esecuzione anche parziale della delibera. Il secondo, attiene alle delibere di approvazione del bilancio ed individua quel fatto nell'avvenuta approvazione del bilancio dell'esercizio successivo. In entrambi i casi, qualificati dalla Relazione come "particolari sanatorie", si precisa dalla stessa che: *potrà spiegare la propria funzione di protezione degli interessi dei soci e dei terzi eventualmente danneggiati il rimedio alternativo della azione di risarcimento*. Pur nella diversità delle interpretazioni ravvisandosi, da alcuni, nel primo comma dell'articolo 2379 *ter c.c.*, nella parte in cui afferma che *l'impugnazione non può essere proposta*, un impedimento della domanda giudiziale piuttosto che, come nel secondo comma un impedimento alla pronuncia: «l'invalidità non può essere pronunciata» (V. SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1179) ed, invece, ricostruendosi da altri, entrambe le ipotesi, come divieto rivolto direttamente al giudice di non pronunciare l'invalidità (così A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, op. cit., p. 65) si è concordi nel ritenere che tale meccanismo non sani il vizio. Assunta come premessa che in tali casi la nullità non viene "cancellata", e che il legislatore abbia regolato gli effetti della nullità in maniera simile a quella delle deliberazioni annullabili, si propone inoltre – per le sole deliberazioni aventi contenuto patrimoniale – l'applicazione analogica dell'articolo 1442 c.c., ultimo comma, riconoscendo, ai soci convenuti per l'esecuzione delle delibere di aumento o riduzione del capitale, il potere di eccepire la nullità delle deliberazioni, così V. SALAFIA, op. cit., p. 1182. In senso contrario C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 101.

⁶⁵ Quanto alle differenziazioni si è osservato che la fattispecie di cui all'articolo 2377 c.c. presuppone la ripetizione dell'intero *iter* procedimentale, mentre la "sanatoria" successiva determina il venir in essere di uno degli elementi essenziali del processo formativo e, cioè, il verbale. Diversità attengono poi quanto ai termini e agli effetti. In relazione ai primi, la sostituzione può avvenire in ogni tempo con la preclusione del giudicato dell'invalidità, la "sanatoria" è impedita dallo svolgimento di una successiva adunanza. Diversi gli effetti, irretroattivi nel caso di cui all'articolo 2379 *bis c.c.* che fa salvi i diritti dei terzi, retroattivi nel caso di sostituzione di delibera viziata per la mancata verbalizzazione, interpretandosi, allora, non come difetto di coordinamento l'omesso rinvio dell'articolo 2379 c.c., che richiama solo l'ottavo, ma non anche l'ultimo comma dell'articolo 2377 c.c..

⁶⁶ Sul punto C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. cit., pp. 101 ss; G. PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario*, op. cit., p. 969 parla di rinuncia indiretta all'impugnazione della delibera; A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, op. cit., p. 61.

La nullità si è detto resterebbe intatta, rilevando, il manifestato assenso, unicamente quale limite alla legittimazione attiva⁶⁷.

Conseguenza di tale ricostruzione è la possibilità per i soci che non hanno "aderito" allo svolgimento dell'assemblea, nonché per i "potenziali" terzi, di impugnare la delibera come tale non "sanata". In tal caso, la successiva ed eventuale pronuncia d'invalidità produrrà effetti anche nei confronti del soggetto che aveva manifestato il suo assenso alla delibera⁶⁸.

Vera e propria sanatoria dell'atto viziato che, in quanto tale elimina la legittimazione di tutti gli altri, sarà solo quella eseguita mediante una verbalizzazione "successiva"⁶⁹. Secondo l'impostazione innanzi riportata, allora, in un solo caso l'atto abdicativo potrà avere effetti sananti e, cioè, se il soggetto sia stato l'unico ad aver impugnato, e sia scaduto il termine di legge senza che

⁶⁷ Così S. SANZO, op. cit., p. 657 secondo cui la "nullità" potrebbe essere deducibile da chiunque altri non abbia dato il proprio assenso espresso, anche se vi abbia partecipato.

⁶⁸ Così A. SPENA, op. cit., p. 380, il quale opera una "similitudine" della fattispecie in esame, con quella dell'articolo 590 c.c. sulla conferma di disposizioni testamentarie nulle. In realtà la stessa ricostruzione, nel senso indicato dall'autore, della conferma "testamentaria" – così come dell'altra ipotesi alla stessa assimilata della esecuzione della donazione di cui all'articolo 799 c.c. – come di rinuncia all'azione di nullità, non è pacifica in dottrina ed anzi, è dalla maggior parte degli autori criticata. La critica all'opinione avversa, secondo cui ciascuno dei non confermantanti potrebbe impugnare per l'intero la disposizione e/o la donazione è argomentata sul rilievo che ingiustificata sia la premessa di ritenere che la conferma altro non sia che una rinuncia all'azione. Ed invero, se si vuole parlare di rinuncia all'azione, occorre specificare l'oggetto di tale manifestazione abdicativa. Ed ancora si osserva che, le conseguenze di una tale ricostruzione, denoterebbero una contraddizione del sistema nella parte in cui, prima riconosce una volontà "confermativa" e poi ammette che la stessa venga posta nel "nulla". Ed infatti, ammettere un beneficio per il confermantante, dalla nullità proposta dagli altri, significherebbe vanificare la stessa previsione legislativa che tale volontà "confermativa" ha previsto e lo stesso è a dirsi ove si volesse ritenere che della conferma ne dovessero beneficiare gli altri legittimati. A ciò si aggiunga che pur volendo aderire alla ricostruzione riportata dall'Autore circa la conferma del testamento, l'individuazione anche solo di un'ipotesi non coerente con la suddetta ricostruzione, proverebbe la "diversità" della fattispecie in esame rispetto a quella ritenuta "simile" della conferma delle disposizioni testamentarie.

⁶⁹ Così A. SPENA, op. cit., pp. 378 ss.. In realtà, come già specificato, per aversi sanatoria occorrerebbe tra l'altro che la volontà promani dallo stesso soggetto cui la legge attribuisce la legittimazione a far valere la causa d'invalidità. Ed allora, anche in questo caso deve escludersi un'affinità con la sanatoria *civilisticamente* intesa. Sul punto, cfr. G. PIAZZA, op. cit., p. 965, secondo cui la verbalizzazione non inciderebbe sulla precedente fattispecie deliberativa, ma varrebbe quale atto di ripetizione della stessa che: «nulla ha a che vedere con l'eccezionale sanatoria dell'atto nullo».

altri abbiano esercitato tale azione, ovvero senza che la nullità sia stata rilevata d'ufficio.

Preme precisare, però, che la ricostruzione di cui sopra, che, si ripete, non ritiene opponibile agli altri soci (che non hanno partecipato ovvero "assentito") la sanatoria "relativa"⁷⁰ può essere accolta solo ove si faccia riferimento alle ipotesi di "mancata" convocazione così come giuridicamente definita⁷¹. Ove, invece, si faccia riferimento alle ipotesi di "omessa convocazione" di uno o più soci sembra che il sistema, unitariamente considerato, avuto riguardo anche al combinato disposto di cui all'articolo 2366 c.c., vada ricostruito nel senso di escludere la legittimazione di tutti, nonché la stessa rilevabilità d'ufficio, nel caso in cui il socio o i soci non convocati abbiano dato il loro assenso, ovvero abbiano partecipato all'assemblea pur non totalitaria.

Ed invero, se c'è assenso e/o partecipazione dei soci non convocati si realizza lo stesso scopo cui mira la fattispecie di cui all'articolo 2366 c.c. che deve esser riletta, allora, alla luce della nuova disciplina che autorizza la deroga a quello che, nel precedente regime era l'unica modalità di convocazione dei soci e, cioè, la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale⁷².

⁷⁰ Di sanatoria relativa parla V. SALAFIA, *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Le Società*, 2003, p. 1059.

⁷¹ In tal senso la norma ha aderito al rilievo di quegli autori che, nel criticare la qualificazione in termini di inesistenza e/o nullità delle delibere viziate per irregolarità della convocazione, consideravano sproporzionato riconoscere un "interesse al ripensamento" per quanti, pur nell'irregolarità della convocazione, avevano perfettamente esercitato i propri diritti. Dubbi venivano sul punto prospettati avuto riguardo alla posizione dei soci presenti, ma dissenzienti per i quali si concludeva per una soluzione da ricercare caso per caso, non escludendosi, a priori, che il socio dissenziente potesse lamentare un'incidenza dell'irregolarità della convocazione sul *quorum* deliberativo e, dunque, la possibilità che una corretta convocazione avrebbe potuto condurre ad una decisione esattamente inversa. Di qui l'attuale rilievo che, il riconoscimento di un assenso successivo alla delibera, dia vita ad una sorta di "mercato" nella ricerca di acquisizioni a posteriori di assenti allo svolgimento di assemblee a partecipazione estremamente ridotta, così S. SANZO, op. cit., p. 657; ovvero di una "negoiazione" – volta a rendere definitiva la volontà raggiunta – quale momento di non trascurabile importanza nella definizione del potere di voce dei singoli soci, così, C. ANGELICI, op. ul. cit., p. 105.

⁷² Si potrebbe diversamente argomentare che, se l'interesse, ulteriore e diverso, rispetto alla astratta legalità dell'azione sociale, nel caso d'irregolarità e/o omessa convocazione è di poter prospettare che il vizio procedimentale abbia pregiudicato la regola della volontà assembleare secondo le regole di maggioranza, in tali casi vi sarebbe una carenza di interesse in concreto all'impugnativa.

Più corretta appare, perciò, la ricostruzione di un consenso "preventivo", quale atto dispositivo del "diritto" ad essere regolarmente convocati, e pertanto non in termini di "sanatoria", ma di irrilevanza del vizio per il soggetto che tale assenso abbia prestato, nei cui confronti, la delibera dovrà considerarsi come "valida".

In tale prospettiva, deve, dunque, condividersi il rilievo che gli interessi tutelati dalla disciplina della convocazione siano interessi "esclusivi" di coloro che hanno diritto di partecipare all'assemblea, escludendosi allora una "meccanica applicazione" (almeno per le società chiuse) della legittimazione ad impugnare da parte di *chiunque vi abbia interesse*⁷³.

Di qui il dubbio che, ancor più a monte, non sia possibile individuare alcun "interesse" del terzo ad impugnare una delibera viziata per la mancanza della convocazione, pur nell'ipotesi in cui il socio e/o soci non abbiano prestato il loro consenso.

Di qui, ancora, l'individuazione di quell'eccezione di cui si discorreva che non permette di ricostruire la fattispecie secondo analogie civilistiche⁷⁴, nonché

⁷³ Così, C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, op. cit., p. 711, che però sembrerebbe, in ogni caso, ammettere l'eventualità che il terzo possa avere "interesse" ad impugnare la delibera viziata dalla "mancanza" della convocazione genericamente intesa (e cioè sia come omessa convocazione di uno o più soci sia come "mancanza" giuridicamente intesa) nella parte in cui, escludendo quella "meccanica applicazione" della legittimazione del terzo all'impugnativa, ritiene che nel caso di assenso preventivo, la delibera dovrebbe considerarsi valida, e nel caso di assenso successivo, il "vizio" pur originariamente sussistente, perderebbe la sua rilevanza nei confronti dei "terzi". In Cass., 20 settembre 2012, n. 15890, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 9, p. 1133, quale espressione di un principio generale si statuisce che il carattere sanabile della nullità per mancata convocazione determina la disponibilità del relativo diritto, con conseguente deferibilità delle relative controversie ad arbitri. In tale prospettiva (avuto riguardo alle società chiuse) e ritenendo che il diritto alla convocazione sia nella disponibilità del socio (escludendo che possano venire in rilievo interessi terzi) si è ritenuta legittima un'abdicazione preventiva del socio (o anche di tutti i soci) alla convocazione relativa ad una specifica assemblea. Più problematico risulta, invece, paventare una rinuncia *ex ante* ed in via generale (con apposita clausola statutaria) alla convocazione per tutte le assemblee future poiché, in tali casi, la clausola dovrebbe avere effetti anche nei confronti dei futuri soci, che verrebbero privati del loro diritto di scelta, così R. VASSILIOS - R. DRAGANI - F. PRENESTINI, *Convocazione impropria e formazione del consenso nella società per azioni*, op. cit., § 5.2.

⁷⁴ Sulle differenze tra la "sanatoria" di cui all'articolo 2332 c.c. e le consuete forme di sanatoria, cfr. C. ANGELICI, *La società nulla*, op. cit., p. 198, secondo cui: «Nella ipotesi normale si agisce per una "conservazione" del negozio, non eliminando il vizio, ma intervenendo dall'esterno per assicurarne l'efficacia; nell'articolo 2332 c.c., non si opera al fine di conservare lo schema organizzativo viziato, ma al contrario lo si modifica eliminando o sostituendo gli elementi che ne compromettevano la validità».

l'ulteriore rilievo che gli effetti di cui all'articolo 2366 c.c. possono prodursi anche senza la "partecipazione" di tutti, salvo il consenso, e che viceversa l'assenso "successivo" possa anche manifestarsi con la partecipazione all'assemblea.

Nel silenzio della norma si può ritenere che la "sanatoria" possa operare anche nel caso di vizi d'irregolarità sia per la convocazione che per la verbalizzazione. Nulla, infatti, osta ad un'interpretazione analogica della disciplina in esame ove ad esempio vi sia un'inesattezza o incompletezza del verbale dovendosi riconoscere una sanatoria mediante la sua integrazione o correzione⁷⁵. E lo stesso è a dirsi nel caso d'irregolarità della convocazione. Non sembra, invece, da condividere l'opinione di quanti ritengono che l'"assenso" debba concretarsi in "consenso" consapevole del vizio⁷⁶ interessandosi la legge solo del fatto obiettivo che il socio aderisca allo svolgimento dell'assemblea, così come in altre disposizioni sembra disinteressarsi di ogni possibile condizione "soggettiva" del singolo socio⁷⁷.

Si è detto dell'assenso successivo che, nello specifico, potrà intervenire sia dopo l'eventuale proposizione dell'impugnazione, con conseguente estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, sia dopo l'adunanza assembleare. Il generico riferimento di un assenso allo "svolgimento" dell'assemblea che, come detto, può avvenire anche con comportamenti concludenti (diversi dalla partecipazione) nonché con un assenso esplicito⁷⁸, rappresenta un chiaro tentativo del legislatore di separare la manifestazione della "volontà" assembleare dalla partecipazione all'adunanza, di qui ancora,

⁷⁵ In tal senso C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. cit., p. 104.

⁷⁶ Così A. SPENA, op. cit., p. 379, che argomenta tale assunto richiamando, ancora una volta, schemi tipici dell'invalidità negoziale, ed in particolare il principio per il quale la volontà abdicativa a far valere l'invalidità del negozio (il richiamo è agli artt. 590 e 799 c.c.), nonché la volontà di "sanare" l'invalidità (il richiamo è all'art. 1444 c.c.) deve essere manifestata nella conoscenza della causa dell'invalidità.

⁷⁷ Il riferimento è alla rilevanza che il legislatore attribuisce all'invalidità dei singoli voti. Se, infatti, l'invalidità del singolo voto rileva solo in quanto abbia influito in modo determinante sul raggiungimento della "volontà sociale" sembrerebbe che la legge non abbia posto al centro della vicenda deliberativa le posizioni soggettive dei soci e che, forse, l'invalidità dei singoli voti debba riferirsi ad anomalie oggettive del procedimento assembleare e non ai vizi concernenti l'espressione soggettiva del voto, così espressamente C. ANGELICI, op. ult. cit., p. 99.

⁷⁸ Salvo vedere nel concreto in cosa consista, se addirittura, come sembrerebbe, in una espressione dell'esercizio del proprio diritto di voto.

anche a parere di chi scrive, un seppur minimo, ma evidente indizio verso un ulteriore "depotenziamento" della collegialità anche nelle società per azioni⁷⁹.

5. Il "terzo" e i possibili spazi di una legittimazione alla impugnativa.

Si è detto della legittimazione all'azione di cui all'articolo 2379 c.c., da parte di "chiunque vi abbia interesse"⁸⁰ che, dunque, anche con specifico riferimento al "vizio" della mancata convocazione sembrerebbe ammettere che soggetti "terzi" possano, in concreto, essere portatori di un interesse giuridicamente rilevante a far dichiarare la "nullità" derivante *ex se* dalla mancata convocazione. Il riferimento è alla nozione di terzo in senso stretto del termine e non al socio che, in particolari situazioni, può assumere una posizione di terzietà rispetto alla società, o all'usufruttuario e al creditore pignoratizio che si ritiene possano far valere l'azione di nullità⁸¹.

La questione è indubbiamente connessa all'individuazione dell'interesse tutelato dalla disciplina della nullità per la mancata convocazione innanzi esposta. Ed, invero, se (come sembra preferibile) deve ritenersi che la citata disciplina intende tutelare l'interesse di chi ha diritto ad intervenire, risulta seriamente difficile individuare ipotesi concrete in cui l'interesse del "terzo" possa direttamente derivare dalla "patologia", dal "vizio" della mancata convocazione. In altri termini, un eventuale interesse del terzo "ulteriore" e "diverso" rispetto a quello

⁷⁹ Valorizzando al massimo le finalità della convocazione, nelle sue due funzioni "informativa" e "partecipativa", quale funzioni collegate tipicamente ed esclusivamente ad interessi dei soci, si è messo in discussione lo stesso principio di collegialità prospettando la possibilità (almeno per le società chiuse) di introdurre in via statutaria modalità di decisioni alternative a quelle assembleari, cfr., R. VASSILIOS - R. DRAGANI - F. PRENESTINI, *Convocazione impropria e formazione del consenso nella società per azioni*, op. cit., § 9 e 10.

⁸⁰ Anche quanti sottolineano la "specialità" della nullità rispetto a quella negoziale, che avvicinerrebbe l'impugnativa di cui all'articolo 2379 c.c. più ad una annullabilità, ammettono che tale azione possa essere esperita da "chiunque vi abbia interesse", così G. PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario*, op. cit., p. 969: «L'allargamento della platea dei legittimati all'impugnativa consente di definire questa come un'annullabilità assoluta». Di qui l'interesse ad interrogarsi, ed a sollevare il dubbio, circa la possibilità che soggetti "terzi" possano avere un concreto interesse derivante in via immediata e diretta dalla mancanza e/o irregolarità della convocazione, cfr. M. SILVETTI, *L'invalidità della deliberazione derivante da irregolare od omessa convocazione dell'assemblea nella nuova disciplina delle società azionarie*, op. cit., p. 180.

⁸¹ In generale sulla nozione di "terzo", cfr., G. ZANARONE, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 357, che analizza il concetto in relazione all'articolo 2377 c.c., comma 3 (ante riforma).

del socio (che ha diritto di intervenire) potrebbe al più riferirsi alla delibera che dovrebbe però presentare, allora, ben altre "patologie" ovvero, eventualmente, quell'interesse dovrebbe potersi collegare alla "partecipazione" del socio non convocato, ma non certo al "vizio" della mancata convocazione *ex se* del socio⁸².

Lo stesso dovrebbe valere nel caso di mancanza della convocazione, così come "giuridicamente" intesa dal legislatore. Se si considera il potere dell'assemblea totalitaria di sanare ogni "vizio" della convocazione deve, infatti, escludersi «un interesse giuridicamente rilevante dei terzi alla regolarità ed alla stessa esistenza della convocazione»⁸³ così come si ritiene debba escludersi un interesse generale alla regolarità del procedimento assembleare anche da parte degli altri soci regolarmente convocati⁸⁴.

Quanto in generale all'interesse ad agire per l'impugnazione (anche da parte del socio) è noto, altresì, il dibattito che ha visto la giurisprudenza (prevalentemente orientata) nel senso di differenziare l'interesse ad agire in relazione al tipo di azione proposta, seppur non sono mancate pronunce volte ad equiparare i due

⁸² Si pensi, ad esempio, all'interesse di una banca nei confronti di una delibera di approvazione di un'operazione di risanamento in relazione alla mancata convocazione del socio che si è reso garante dell'operazione, ovvero, ove si volesse qualificare come giuridicamente rilevante la "nomina", ciò di cui si dubita, all'interesse di un candidato, non nominato, in relazione alla mancata convocazione dei soci che avrebbero potuto esprimere voto favorevole. Per la tesi che anche terzi non soci possano impugnare le delibere nulle per mancanza di convocazione, v. G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, op. cit., p. 156; A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, 2, Utet, Torino, 2006, p. 212.

⁸³ Così, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam, Padova, II ed., 2008, p. 138.

⁸⁴ Cfr., G.P. LA SALA, *Art. 2379 bis*, in *Le Società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Giuffrè, Milano, 2016, p. 1136, che sottolinea come l'espressione "chiunque vi abbia interesse" debba essere interpretata restrittivamente come colui che (in conseguenza della violazione delle formalità prescritte per la convocazione assembleare) abbia subito una lesione al suo interesse di partecipare all'assemblea. Conseguentemente, in senso restrittivo, dovrà interpretarsi la legittimazione a prestare l'"assenso" quale manifestazione volta a sanare il vizio della mancata convocazione escludendosi non solo la legittimazione del terzo, ma anche degli altri soci convocati (nel caso in cui lo statuto delle società "chiuse" abbia scelto forme "personali" di convocazione) non potendosi configurare nei loro confronti alcuna lesione del diritto di partecipare all'assemblea. Sul punto, v. anche R. VASSILIOS – R. DRAGANI – F. PRENESTINI, *Convocazione impropria e formazione del consenso nella società per azioni*, op.cit., p. 653.

tipi di azioni⁸⁵. Secondo la giurisprudenza di legittimità chi agisce per far valere la nullità della deliberazione deve dimostrare la sussistenza (in concreto) del proprio interesse, dato dall'incidenza pregiudizievole degli effetti della deliberazione su un proprio diritto o posizione giuridica, e dalla conseguente necessità di rimuovere l'atto attraverso la pronuncia giudiziale per eliminare quel pregiudizio⁸⁶.

Diversa la tendenza nel caso di azione di annullamento che viene ritenuta del tutto svincolata dalla dimostrazione di un interesse ulteriore rispetto alla qualità di socio⁸⁷. Ed allora, quanto alla nuova disciplina, ed in particolare al vizio della

⁸⁵ Il riferimento è a Cass., 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Foro it.*, 2003, 1, p. 2768 secondo cui: *Il socio assente o dissenziente (ovvero colui al quale non sia stato consentito di partecipare all'assemblea) da una qualsivoglia deliberazione (idonea a spiegare nei suoi riguardi un qualche effetto) ha pieno titolo ed indubbio interesse a far accertare che quella deliberazione, in quanto non rispettosa della legge, e perciò invalida, non è in grado di vincolarlo. E a questo specifico fine, è irrilevante stabilire di quale natura sia il vizio di legittimità da cui la deliberazione è affetta, perché quanto osservato vale sia per le deliberazioni meramente annullabili, sia per quelle affette da nullità.* Cfr. anche Cass., 8 giugno, 1988, n. 3881, in *Le Società*, 1988, p. 810, con nota di CORSI.

⁸⁶ In tal senso cfr., Cass., 25 marzo, n. 4372, in *Le Società*, 2003, p. 1109; Cass., 4 aprile 1990, n. 2794, in *Giur.it.*, 1999, 1, p. 834; Cass., 13 aprile 1989, n. 1788, in *Le Società*, 1989, p. 1030; Trib. Napoli, 10 novembre 1997, in *Le Società*, 1998, p. 447.

⁸⁷ Cfr., Cass., 4 dicembre 1996 n. 10814, in *Foro it.*, 1997, 1, p. 824 con nota di RORDORF, secondo cui: «L'impugnazione da parte del socio, assente o dissenziente, delle deliberazioni assembleari di società di capitali, annullabili per vizi di formazione dell'atto, non presuppone la dimostrazione di uno specifico interesse ad agire». Tale possibilità discenderebbe dal fatto che il socio ha diritto a poter concorrere alla formazione dell'atto, e che la deliberazione, intanto vincolerebbe gli assenti o dissenzienti in quanto sia stata presa nel rispetto delle regole procedurali. Cfr., anche Cass., 15 marzo 1995, n. 2968, in *Le Società*, 1988, p. 1173, con nota di RORDORF, nonché Cass., 30 marzo 1995, n. 3774, in *Le Società*, 1995, p. 1180 con nota di ZUCCO e in *Giust. civ.*, 1995, 1, p. 302 con nota di SALAFIA. In realtà si è sottolineato che tale assunto può essere valido per le deliberazioni contenenti "vizi" formali, mentre dubbi si pongono nel caso di delibere adottate in "conformità" alle regole formali, ma aventi contenuto sostanziale contrario, in tal senso Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, 11, p. 329, con note di JAEGER, ANGELICI, GAMBINO, COSTI e CORSI; Cass., 23 marzo 1993, n. 3458 in *Foro it.*, I, p. 257 con nota di ZUCCO. Critico con l'orientamento che, nel caso di vizio formale, equipara l'interesse ad agire con la legittimazione è G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, op. cit., p. 253, secondo cui l'interpretazione della giurisprudenza, nel senso innanzi precisato, comporterebbe che il vizio procedimentale, pur non avendo pregiudicato la formazione della volontà assembleare, rimetterebbe in gioco l'interesse di colui che avrebbe dovuto rimanere soccombente alla volontà della maggioranza, «con la conseguenza di ottenere, pur in difetto di un vizio sostanziale, quel che egli impugnando nel merito, non avrebbe mai potuto ottenere per l'insussistenza di un interesse meritevole ad ostacolare la volontà espressa dalla maggioranza». Sul punto: A. BONAFINE, *La legittimazione e l'interesse ad agire nelle vicende di impugnazione delle*

mancata convocazione, la legge discorre di "nullità," ma lo stesso rappresenta uno di quei "vizi" di formazione dell'atto in relazione ai quali la giurisprudenza non richiedeva la dimostrazione di uno specifico ed ulteriore interesse ad agire. La scelta, per una soluzione più rigorosa, potrebbe ricavarsi dalla stessa disciplina dell'articolo 2377 c.c. che non sembra riconoscere alla "partecipazione" un valore *ex se*, ma solo un valore "oggettivo" di essenzialità per il *quorum* costitutivo ovvero deliberativo⁸⁸.

Se, allora, occorrerà ricercare un interesse "ulteriore" rispetto alla "legalità" dell'azione sociale, tale interesse, nel caso di delibera viziata per la sola mancata convocazione, ove ad impugnare sia il socio, potrebbe ravvisarsi nella circostanza concreta che con la sua "presenza" avrebbe potuto in maniera rilevante incidere sul contenuto della delibera⁸⁹.

L'individuazione dell'interesse sarà, invece, più difficile, ove ad agire sia un "terzo" dovendosi, come detto, provare che la lesione alla propria situazione giuridicamente rilevante derivi in maniera diretta ed immediata dall'omessa

deliberazioni assembleari delle s.p.a., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1376; R. LOLLI, *Interesse ad agire per l'impugnazione di delibera di società cooperativa*, in *Le Società*, 2003, 7, p. 990 (nota ad App. Bologna, 12 settembre 2002); E. CIVERRA, *Legittimazione attiva nelle impugnazioni per nullità e annullamento delle delibere* (nota a Trib. Napoli, 13 aprile 2000); F. CARNELUTTI, *Legittimazione ed interesse ad impugnare una delibera dell'assemblea degli azionisti*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 510 ss.; P. JAEGER, *Legittimazione ed interesse ad impugnare il bilancio*, in *Giur. comm.* 1975, pp. 46 ss..

⁸⁸ *Contra* G.P. LA SALA, op. cit., p. 1137, secondo cui l'omessa convocazione legittimerebbe i soci all'impugnativa «a prescindere dal peso del socio in assemblea», argomentando tale conclusione dalla logica dell'atto collegiale che riconoscerebbe (ancora) al socio il diritto di "influenzare" nella discussione le scelte di voto degli altri; M. CENTONZE, *L'"inesistenza" delle delibere assembleari di s.p.a.*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 33; ID., *Art. 2379*, in *Delle Società. Dell'azienda. Della concorrenza* (artt. 2378 - 2379), a cura di SANTOSUOSSO, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, Utet, Torino, 2015, pp. 18 ss., che, quanto al socio, esclude la necessità di provare un interesse "qualificato" e ritiene ragionevole ipotizzare un trattamento unitario (quanto alla questione in esame) tra l'impugnazione della delibera nulla e per quella annullabile. Ritengono necessario, in caso di nullità, la prova di un interesse "concreto" ed attuale (dei soci e dei terzi): G. PALMIERI – C. PATRIARCA, *Art. 2379*, in *Le Società per azioni*, op. cit., p. 1105, cui si rimanda anche per gli altri autori ivi citati.

⁸⁹ Il riferimento è a quanto già accennato alla nota n. 5 e a come il legislatore abbia voluto intendere i rapporti tra i "vizi" dei singoli voti e la deliberazione; nonché del rilievo attribuito alla stessa "partecipazione" parlandosi al riguardo di "prospettiva fondamentale oggettiva" che «considera l'assenza o la presenza non per il modo in cui può influire o ipoteticamente avrebbe potuto influire sul voto degli altri soci, bensì esclusivamente per il suo significato ai fini del procedimento, appunto oggettivo, di formazione della delibera», così, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 99.

convocazione, cosa che sembrerebbe doversi escludere. In ogni caso, anche ove si potesse rinvenire una posizione giuridicamente rilevante del terzo, lesa in via immediata e diretta, *ex se*, dal "vizio" dell'omessa convocazione, l'impugnativa non sarà comunque più possibile, ove il socio abbia dato il suo assenso alla delibera, con ciò sanando il "vizio" dell'omessa convocazione.