



i p statu: de re. futura de qua nemo
 hoc iurare e aliqd faciend ul' no.
 o teste pmitte. pmiu scilz ass' con
 uleas sp'es. nam alii iurat d' uen

tate dice da. iter de malicia qd ab sic de qb
 sup' de uim in to calip me ca m. ap' n. s. 1. s.
 7. de re. int' pastoralis. g. de uq. et sic ne du
 de fco. s. 7 de ure rer fracie et qdam alii. im
 pator: em suum supiore no' recano scunt.

Coxi me cum Haroldus magnus icu' p' se
 nam fuit tñ statum i pium in germanos

no' ur' in fili' su
 ent regnum f
 si for san' ali qu
 bradu' uirgeni
 cau' discor. Co

RIVISTA GIURIDICA SARDA

adit p' uinum. hic attendendū qd' duplex est
 iuramentum. unum e ass' tenū qd' fit de re p' tita
 ul' p' nta qm' qd' asserē pot' si e bñ etus et hoc u
 iure e aliqd' deo teste asserit. xii. q. ii. i su
 ma et de hoc intelli' iste textus. aliud e p' mi

3-2017

Settembre-Dicembre - Pubblicazione quadrimestrale

EDIZIONI AV

Anno XXXII

DIRITTO PRIVATO

CORTE DI CASSAZIONE, 20 luglio 2016, n. 14932 — BERNABAI
Presidente — DI VIRGILIO *Relatore* — E. s.p.a. (avv.ti Farina e Viola)
c. S.E. (avv. Tului) e T. B.e C.L. (avv. Aureli).

Società - Società di capitali - Società per azioni - Assemblea - Deliberazioni - Operazioni sul capitale - Invalidità - Delibere collegate - Nullità derivata - Termini per l'impugnativa.

(Cod. civ., artt. 2379, 2379-ter).

L'azione intesa a far dichiarare la nullità della delibera di aumento del capitale, per la nullità della delibera di riduzione del capitale per perdite, nella specie dichiarata con statuizione coperta da giudicato interno, resta soggetta alla decadenza di cui all'art. 2379-ter, comma 1°, c.c., non incidendo sul regime di proponibilità della domanda la natura derivata della nullità (1).

(*Omissis*). SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con deliberazione dell'assemblea straordinaria dell'8 settembre 2004, la E. s.p.a. provvedeva all'azzeramento per perdite del capitale sociale di Euro 133.504,00; l'aumento veniva sottoscritto per il 50% del deliberato dal rappresentante delle socie C.D. e C.F., titolari del 50% del capitale perduto, che versava contestualmente i tre decimi prescritti e manifestava la volontà di sottoscrivere le rimanenti azioni, ove non esercitato dai soci il diritto di opzione. Con citazione notificata il 10 novembre 2005, il custode giudiziario di 32.500 azioni della società (nominato a seguito del sequestro giudiziario ottenuto dai soci T.B. e C.L.), assente all'assemblea dell'8 settembre 2004, chiedeva che ve-

(1) La nota segue a p. 369.

nissero dichiarate nulle e di nessun effetto le delibere in oggetto, in quanto basate su dati palesemente falsi, essendo la voce “debiti verso altri finanziatori” priva di riscontri dai quali desumere il nominativo dei finanziatori, il titolo, il periodo in cui sarebbe sorto il debito e la causale.

E. eccepiva il difetto di legittimazione attiva del custode giudiziario, per essere privi di valore giuridico i titoli sulla cui base esercitava l'azione, rappresentando il capitale azzerato, e la tardività dell'impugnazione della delibera di aumento del capitale, *ex art. 2379-ter c.c.*, precisando che anche i bilanci pregressi esponevano dette perdite ed erano stati approvati all'unanimità.

Intervenivano in giudizio i sigg. T. e C., aderendo alle prospettazioni e conclusioni dell'attore.

Disposta ed espletata la C.T.U., il Tribunale, con sentenza del 24 novembre 2010, dichiarava la nullità della delibera di azzeramento del capitale e di quella, conseguente, di ricostituzione mediante l'emissione di nuove azioni, con l'automatico ripristino delle partecipazioni azionarie precedenti all'8 settembre 2004 e l'attuale validità dei certificati in sequestro.

La Corte d'appello di Cagliari, con sentenza del 12 marzo 2014, ha respinto l'appello della società E., condannando questa alle spese, rilevando che possono essere impugate anche autonomamente le delibere di azzeramento del capitale sociale e di aumento, e solo in tale ipotesi l'azione di nullità delle delibere di aumento deve essere proposta nel termine di decadenza di cui all'art. 2379-ter c.c.; quando invece, come nel caso, la nullità della delibera di aumento deriva dalla nullità della delibera di riduzione, le azioni volte alla declaratoria di nullità delle due delibere non sono autonome, e la nullità della delibera di azzeramento comporta necessariamente la nullità della delibera di aumento, di talché non v'è ragione di escludere l'applicabilità del termine di decadenza dell'art. 2379-ter c.c., per la domanda di nullità della prima delibera e ritenerla invece per la conseguente delibera di ricostituzione del capitale.

Ricorre avverso detta pronuncia la società, sulla base di un solo motivo.

Si difende il Custode giudiziario con controricorso, illustrato con memoria.

(*Omissis*). MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1.1. — Con l'unico motivo, la società ricorrente denuncia la violazione dell'art. 2379-ter c.c.

e deduce che la pronuncia del S.C. n. 12347 del 1999, alla quale ha fatto riferimento la Corte d'appello, è antecedente alla riforma del diritto societario, che ha innovato la materia delle invalidità delle delibere assembleari, in particolare introducendo la norma in oggetto; contesta il collegamento tra la delibera di riduzione e quella di aumento del capitale e fa valere la *ratio* della norma indicata, intesa a far valere la stabilità delle delibere e degli atti societari al fine di offrire al mercato situazioni di certezza giuridica, com'è evidente nel caso della nullità della delibera di riduzione del capitale *ex art. 2445 c.c.*, e dell'emissione di obbligazioni.

Secondo la ricorrente, pertanto, la delibera di aumento del capitale, anche ove viziata *ex art. 2379 c.c.*, in conseguenza del vizio della delibera di riduzione del capitale per perdite, è impugnabile esclusivamente nel termine di 180 giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese.

2.1. – Il motivo è fondato.

L'art. 2379-*ter* c.c., applicabile *ratione temporis*, al comma 1°, nella parte che qui interessa, dispone che: «Nei casi previsti dall'art. 2379, l'impugnativa dell'aumento di capitale, della riduzione del capitale ai sensi dell'art. 2445, o dell'emissione di obbligazioni non può essere proposta dopo che siano trascorsi centottanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese...», ed comma 3° che: «Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci ed ai terzi».

L'art. 2379 c.c., richiamato, al comma 1°, e per la parte che rileva nella specie, prevede che: «Nei casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto la deliberazione può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta...».

Il rapporto tra le due norme, come reso palese dal rinvio dell'art. 2379-*ter*, alla norma precedente, è quindi di genere a specie (in dottrina, peraltro, qualche autore ha sostenuto l'ancor più rigido rapporto di regole ad eccezione), nel senso che alla regola generale posta dall'art. 2379, l'art. 2379-*ter* deroga, introducendo il ben più ridotto termine per l'esercizio dell'azione, ove si tratti della specifica deliberazione di aumento del capitale (oltre che delle altre due tipologie di delibere richiamate nel primo comma, e della regolamentazione ulteriormente specifica per le deliberazioni di aumento di capitale delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, di cui al comma 2°).

La *ratio* della norma, come resa palese dalla lettera del disposto normativo, nonché risultante dalla relazione illustrativa al d.lgs. n. 6 del 2003, (che a riguardo indica la previsione di “sanatorie di carattere particolare” per “l’invalidità delle deliberazioni vertenti su specifici oggetti”) è pertanto nel senso di fissare limiti temporali di proponibilità dell’impugnazione delle delibere indicate, per rispondere all’esigenza di stabilizzazione degli effetti degli atti societari, ove l’attuazione degli stessi possa interferire anche con aspettative e diritti nel frattempo maturati da terzi.

Come è stato osservato in dottrina, la previsione di cui all’art. 2379-ter c.c. è intesa a portare “al massimo livello” l’esigenza di stabilità delle deliberazioni a protezione del mercato, per l’affidamento creatosi sulla consistenza del capitale e sulla circolazione delle azioni.

E tale *ratio* è resa ancora più evidente nella disposizione di cui all’art. 2379-ter, comma 2°, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, con la previsione della non pronunciabilità della nullità a ragione della parziale esecuzione delle delibere indicate.

Nel caso che qui interessa, la delibera di aumento del capitale è stata impugnata per la nullità derivata a sua volta dalla delibera di azzeramento del capitale sociale per perdite, stante la falsità della posta “debiti verso altri finanziatori” della situazione patrimoniale, e deve quindi ritenersi avere oggetto illecito, proprio perché, nel concreto, l’aumento del capitale è diretta conseguenza della delibera di azzeramento del capitale per perdite, basata sulla posta passiva la cui nullità è ormai accertata con efficacia di giudicato, non essendo stato proposto ricorso verso la statuizione sul punto, così rientrandosi nella previsione di cui al combinato disposto degli artt. 2379 e 2379-ter c.c. E che l’oggetto della deliberazione di cui si tratta debba ritenersi illecito risponde al costante orientamento di questa Corte, atteso che per “oggetto” della deliberazione assembleare deve ritenersi il contenuto della stessa, da ciò conseguendo che, ove pure inquadrabile l’oggetto in categorie astrattamente lecite, deve indagarsi se in concreto esso si adegui sia alle norme di ordine pubblico di carattere generale che alle specifiche prescrizioni inderogabili in materia di società. (*Omissis*)

La Corte del merito ha invece posto l’accento sul collegamento logico funzionale tra la delibera di riduzione del capitale, dichiarata nulla, e quella di aumento del capitale, per inferirne la non applicazione dell’art. 2379-ter c.c.

Tale argomentazione, invero neppure concretamente sviluppata, ma semplicemente basata sul richiamo della pronuncia 12347/1999 (*omissis*) non può essere condivisa.

Ed infatti, il principio della nullità derivata attiene al collegamento tra le deliberazioni, quindi al contenuto delle stesse, mentre cosa diversa è il regime impugnatorio, disciplinato, come si è visto, dagli artt. 2379 e 2379-ter c.c.

Il controricorrente ha sostenuto la non ragionevolezza dell'interpretazione fatta valere dalla ricorrente, evidenziando come, nulla la delibera di riduzione del capitale per falsità della posta di bilancio, nel caso sopravviverebbe la delibera di aumento, che presuppone la prima.

Detta prospettazione, pur suggestiva, non può indurre a disapplicare il regime di impugnabilità fissato normativamente dall'art. 2379-ter c.c., e l'incongruenza segnalata nella misurazione del capitale deve ritenersi destinata ad essere eliminata al più tardi in occasione della redazione del bilancio successivo (o del bilancio rielaborato in sostituzione di quello dichiarato nullo), con il ricalcolo dell'ammontare dello stesso, imputandosi (*omissis*) l'entità del deliberato aumento in tutto o in parte al capitale negativo senza tenere conto della riduzione, dichiarata nulla, ed ovviamente previo ricalcolo delle poste di bilancio emendate dai vizi che ne avevano determinato la nullità.

3.1. – Conclusivamente, va accolto il ricorso, sulla base del seguente principio di diritto: «L'azione intesa a dichiarare la nullità della delibera di aumento del capitale, per la nullità della delibera di riduzione del capitale per perdite, nella specie dichiarata con statuizione coperta da giudicato interno, resta soggetta alla decadenza di cui all'art. 2379-ter c.c., comma 1°, non incidendo sul regime di proponibilità della domanda la natura derivata della nullità».

Va cassata la sentenza impugnata e, non occorrendo ulteriori accertamenti di fatto, va decisa nel merito la controversia, dichiarandosi l'improponibilità della domanda di nullità della deliberazione di aumento del capitale, di cui all'assemblea dell'8 settembre 2004. (*Omissis*)

(1) Delibere collegate e termini per l'impugnazione.

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il dibattito sull'art. 2379-ter c.c. – 3. Il problema – 4. La nullità della delibera fondata su un bilancio falso. – 5. La tesi che esclude l'efficacia *ex tunc* dell'invalidi-

dazione delle delibere con effetti organizzativi. Critica. – 6. Il rapporto tra gli artt. 2379 e 2379-ter c.c. nella lettura dei giudici di legittimità. – 7. Il principio di nullità derivata. – 8. La *ratio* dell'art. 2379-ter c.c. – 9. La soluzione.

1. *Il caso.* – La sentenza che si annota è propiziata dal ricorso presentato da una s.p.a. con il quale la medesima, con un unico motivo, sostiene che la delibera di aumento reale del capitale, (quand'anche sia) da considerarsi nulla *ex art.* 2379 c.c., in quanto collegata a una delibera di riduzione del capitale per perdite assunta sulla base di un bilancio falso, è impugnabile unicamente nel termine di 180 giorni dal momento della sua iscrizione nel registro delle imprese, alla stregua di quanto dispone la norma di cui al comma 1° dell'art. 2379-ter c.c. (1).

Il suddetto ricorso è volto a capovolgere la precedente decisione della Corte d'appello di Cagliari la quale, confermando la sentenza di primo grado (2), aveva invece affermato che quando la nullità della delibera di aumento a pagamento è conseguenza della nullità della delibera di riduzione (alla quale è collegata), le suddette impugnazioni non sono autonome, proprio per il fatto che il vizio della seconda si trasmette alla prima e, conseguentemente, viene meno anche la ragione per applicare all'azione volta a ottenere la declaratoria di nullità della delibera di aumento a pagamento il breve termine di decadenza – altrimenti – previsto dall'art. 2379-ter c.c. Anche in questo secondo caso, dunque, nell'opinione della giurisprudenza di merito, la decadenza dal diritto all'esercizio dell'azione interverrebbe nel termine di tre anni dal momento dell'adempimento pubblicitario.

In particolare, nella circostanza che ci occupa è stato accertato – con una statuizione coperta da giudicato interno, perché non oggetto di ricorso – che le perdite che avevano portato l'assemblea straordinaria a deliberare l'azzeramento del capitale e il suo contestuale aumento a una cifra (in questo caso, anche) superiore al minimo legale erano inesistenti. Ciò ha condotto – in virtù di un'azione intrapresa 14 mesi dopo l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese, da parte del custode giudiziario di 32.500 azioni della medesima società – alla conseguenza della dichiarazione di nullità – da parte del Tribunale di Cagliari – tanto della delibera di riduzione nominale del capitale, altrimenti destinata a determinare la fittizia cancellazione di valori del netto, ancora esistenti e – a quel punto – liberati dal vincolo del capitale e indebitamente disponibili, quanto di quella, contestuale, di aumento a pagamento. L'aumento suddetto, d'altra parte, era già stato sottoscritto dalle titolari del 50% del capitale, le quali avevano, peraltro, manifestato l'intenzione di sottoscrivere anche l'eventuale inopato.

In questo modo, l'operazione era destinata a provocare la estromissione dei soci titolari dell'altra metà del capitale, in quanto questi ultimi – che venivano altresì privati del valore delle loro partecipazioni, artatamente cancellato dalla

(1) La quale, peraltro, e com'è noto, dispone che, nel caso in cui il vizio che provoca la nullità dell'atto sia la mancata convocazione, la relativa impugnazione non possa essere proposta dopo che siano trascorsi 90 giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione è stata anche solo parzialmente eseguita.

(2) In questa *Rivista*, 2010, II, 45 ss., con nota di CIUSA.

falsa posta di bilancio, che attestava la presenza di una ingente perdita, in realtà, inesistente – non sarebbero stati in grado di sottoscrivere le nuove azioni.

2. *Il dibattito sull'art. 2379-ter c.c.* – L'analisi della presente sentenza della Suprema Corte deve necessariamente tener conto anche del dibattito sviluppato in dottrina, dopo la novella del 2003, sull'art. 2379-ter c.c. Occorre, in specie, rilevare l'esistenza di un orientamento in base al quale la *ratio* della norma in parola sarebbe la medesima che ha condotto alla scelta della irreversibilità tanto degli effetti delle operazioni straordinarie invalide (3), dopo la loro iscrizione nel registro delle imprese, quanto della delibera di approvazione del bilancio (4), quando ricorra il presupposto previsto dall'art. 2434-bis c.c.

La rilevante conseguenza di un simile modo di intendere, *in parte qua*, l'intervento del legislatore storico è quella dell'irregredibilità degli effetti delle delibere di aumento del capitale, di riduzione a pagamento e di emissione di un prestito obbligazionario, quand'anche queste ultime siano affette da un vizio che (con riguardo alle ipotesi di cui al comma 1° dell'art. 2379-ter c.c.) ne determina la nullità (5). Le delibere in discorso determinano, infatti, una modifica dell'organizzazione che – in consonanza con la evocata posizione – non può più essere messa in discussione (6) attraverso l'impugnazione dell'atto che l'ha prodotta.

(3) BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, in Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, 1, p. 695 ss., p. 701; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 2, p. 219 ss.; GINEVRA, *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili?*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 257 ss.

(4) In questo senso, GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità, loc. ult. cit.*, la quale appunto aggiunge alle operazioni indicate anche la delibera di approvazione del bilancio.

(5) Con riguardo alle ipotesi di cui al comma 2° dell'art. 2379-ter, c.c., ritengono – invece – che il regime speciale operi anche nel caso dell'annullabilità della delibera, BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 711; SANZO, Art. 2379-ter, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino e altri, Bologna, 2004, 1, p. 661 ss., p. 662 s.; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 220; SPAGNUOLO, Art. 2379-ter, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 1, p. 384 ss.; MARCHETTI, Art. 2379-ter, in *Assemblea* a cura di Picciau, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2008, p. 321 ss., p. 325; GUERRIERI, Art. 2379-2379-ter, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 584 ss., p. 612; MUSCOLO, *L'impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio*, in *Società*, 2003, p. 931 ss., p. 932.

Non si può dire lo stesso – come emerge già dal testo – delle ipotesi di cui al primo comma, per le quali il legislatore ha preso in considerazione solo l'eventuale nullità delle delibere; e v. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 219 s.; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, *ibidem.*; MARCHETTI, Art. 2379-ter, *loc. ult. cit.*; MUSCOLO, *L'impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio, loc. ult. cit.*

(6) Sul significato che si deve ascrivere alla sanatoria degli effetti dell'atto avente rilievo organizzativo, ancora BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 714.

Un simile inquadramento conduce a escludere che l'eventuale caducazione retroagisca a cancellare la delibera invalida; allo stesso tempo, la dottrina che si fa sostenitrice della posizione in parola rifiuta l'idea che gli effetti dell'atto invalido scompaiano *ex nunc* e ritiene che in un caso siffatto sorga unicamente in capo agli amministratori, a seguito di un'impugnazione intervenuta nei termini, l'obbligo di assumere gli opportuni e necessari provvedimenti al fine di rimuoverne gli effetti (7).

Il corollario di una siffatta impostazione è quello in base al quale si deve «(...) respingere la tesi secondo cui l'art. 2379-ter, comma 1°, c.c., rappresenterebbe una norma eccezionale rispetto alla regola generale di cui all'art. 2377, comma 7°, c.c., che si limiterebbe ad accorciare, per le delibere "organizzative", il termine di decadenza per la proposizione dell'impugnazione» (8).

Sulla base della posizione illustrata (9) sin qui, dunque, nel caso che ci occupa, le due operazioni sul capitale non verrebbero travolte dall'impugnazione che dovesse portare alla luce il vizio che determina la nullità delle delibere che le hanno propiziate; e i soci che non fossero stati in grado di sottoscrivere l'aumento verrebbero comunque estromessi dalla società.

Naturalmente, a una siffatta posizione se ne contrappone un'altra (10), che potremmo definire *ortodossa*, la quale – in linea con l'orientamento espresso in

(7) In questi precisi termini GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 234, la quale ritiene che «la pronuncia non potrebbe travolgere gli atti posti in essere dagli amministratori, in attuazione della delibera, ma solo obbligare gli amministratori, a norma dell'art. 2377, comma 7°, c.c., a prendere iniziative idonee a riportare l'organizzazione e l'attività della società nelle condizioni in cui si sarebbero trovate se la delibera non fosse stata adottata, ovvero non fosse stata viziata»; nello stesso senso, BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 702.

(8) Così BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 703, il quale esclude, dunque, che l'invalidità delle delibere che ci occupano continui, per il resto, a essere regolata dalle norme dettate dagli artt. 2377 e 2379 c.c.

(9) In specie, e sulla scorta dell'orientamento del quale si discute, si deve escludere che continui a valere, anche nelle ipotesi in discorso, la sanzione dell'annullamento *ex tunc*, temperata solo dalla salvezza dei diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della delibera invalida, in virtù del principio della invalidità negoziale retroattiva – sul quale è stato costruito lo speciale sistema della invalidità degli atti societari; sul punto, tra i tanti, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 100 ss.; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 247 ss.; STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, *ivi*, p. 167 ss. – al quale le ipotesi in parola farebbero eccezione, alla medesima stregua tanto di fusioni, scissioni e trasformazioni, quanto della delibera di approvazione del bilancio; in questo senso, ancora BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, *loc. ult. cit.*

(10) SANZO, Art. 2379-ter, cit., p. 661 ss.; SPAGNUOLO, Art. 2379-ter, cit., p. 384, p. 386, il quale, con riguardo alla norma di cui al secondo comma, parla di una disciplina che si ispira a quella propria delle operazioni straordinarie; GUERRIERI, Artt. 2379-2379-ter, cit., p. 618 ss.; MUSCOLO, *L'impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio*, cit., p. 932 s.; NOBILI, *La riduzione del capitale*, in Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2007, 3, p. 297 ss., p. 312 s.; MARCHETTI, Art. 2379-

questa occasione dalla Suprema Corte – sostiene che il rapporto tra le due invalidità sia appunto di genere a specie e che in entrambi i casi operi il principio della invalidità negoziale retroattiva, con la conseguente (ri)proposizione delle soluzioni che i sostenitori della prima posizione intendono invece dichiaratamente negare.

3. *Il problema.* – Il caso sottoposto alla decisione della Cassazione è dunque particolarmente interessante – per l'interprete – in quanto i giudici prendono (sempre implicitamente) posizione sul significato che si deve riconoscere all'art. 2379-ter c.c. e si schierano con i sostenitori della tesi che abbiamo definito *ortodossa*.

La sentenza che si annota mette perciò – prima di tutto – davanti alla necessità di comprendere se – nelle ipotesi alle quali rivolgiamo la nostra attenzione – il legislatore abbia semplicemente inteso abbreviare i termini (decadenziali) per l'impugnazione delle delibere elencate al comma 1° dell'art. 2379-ter c.c., nel caso della loro nullità, o non abbia invece voluto modificarne in maniera più profonda la disciplina, rendendone sostanzialmente intangibili gli effetti.

Solo in un secondo momento, sarà possibile domandarsi se il collegamento tra una delibera per la quale continua a essere previsto il termine lungo e una, discendente dalla prima, per la quale è invece disposto il termine decadenziale breve abbia l'effetto di uniformare il regime dell'impugnazione della seconda a quello previsto per la prima ovvero se la specialità dell'interesse tutelato in quest'ultimo caso prevalga e porti a escludere la possibilità di un'impugnazione azionabile nei tre anni.

4. *La nullità della delibera fondata su un bilancio falso.* – Prima di passare alla più diretta analisi dei problemi segnalati, occorre soffermarsi brevemente sulla qualificazione che viene riservata tanto alla delibera di approvazione di un bilancio falso quanto a quella volta alla riduzione del capitale per perdite adottata sulla base del medesimo, nonché a quella di aumento a pagamento che discende dall'intervenuta riduzione.

In una siffatta circostanza, la contrarietà del bilancio alla legge determina la nullità (dell'oggetto) della delibera in virtù della quale interviene la sua approvazione (11). Le norme che disciplinano il bilancio e la sua tenuta sono infatti volte

ter, loc. ult. cit.; LENER, Art. 2379-ter, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 575 ss., il quale peraltro distingue nettamente tra primo e secondo comma, assimilando la disciplina prevista in questo secondo caso a quella che regola l'invalidità delle operazioni straordinarie; in quest'ultimo senso anche ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 105.

(11) COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Tratt. delle società per azioni* diretto da Colombo, Portale, VII, 1994, p. 443; ID., *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Padova, 1965, p. 404 s.; CORRADO, Art. 2434-bis, in *Obbligazioni. Bilancio* a cura di Notari e Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, p. 659 ss., p. 670.

alla tutela di interessi diversi: da quello dei soci attuali, a quello dei terzi e del mercato nel suo complesso (12).

In questa luce, peraltro, il legislatore storico ha ritenuto (come dimostra il contenuto dell'art. 2434-bis c.c., sul quale ci soffermeremo tra poco) che sino a quando la continuità dei bilanci conduce alla trasmissione del vizio da un esercizio all'altro, è sufficiente prevedere l'impugnativa dell'ultimo bilancio approvato (13), al fine di ripristinare un quadro di chiarezza (14), verità (15) e correttezza (16).

Una siffatta circostanza provoca altresì la nullità della delibera di riduzione del capitale per perdite, per l'inesistenza delle medesime e per la conseguente mancanza del presupposto (17) sul quale si fonda l'operazione in parola. La mancanza della perdita, con la conseguente presenza dei relativi valori del netto – di nuovo – sottoposti al regime del capitale, provoca altresì la nullità della collegata operazione di aumento a pagamento (18).

5. *La tesi che esclude l'efficacia ex tunc dell'invalidazione delle delibere con effetti organizzativi. Critica.* – Occorre, dunque, partire dall'analisi della posizione che fa salvi gli effetti delle delibere nulle (e, in alcuni casi, anche di quelle annullabili, come abbiamo visto) che abbiano rilievo organizzativo. La posizione della

(12) COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, cit., p. 65 ss.; ID., *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, cit., p. 403; CORRADO, Art. 2434-bis, *loc. ult. cit.*

(13) GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 232 s., p. 242 ss.; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 103 s.; QUATTROCCHIO, Art. 2434-bis, in *Il nuovo diritto societario, Commentario* diretto da Cottino e altri, cit., p. 1371 ss.; BUSSOLETTI, Art. 2434-bis, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, cit., p. 1087 ss.; CORRADO, Art. 2434-bis, cit., p. 680.

(14) La giurisprudenza afferma ormai costantemente la nullità della delibera di approvazione di un bilancio non chiaro, che violi il diritto all'informazione del socio; in questo senso, tra le tante, Cass., S.U., 21 febbraio 2000, n. 27, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 73 ss., con nota di JAEGER; Cass., 7 marzo 2006, n. 4874; Cass., 2 maggio 2007, n. 10139, in *Società*, 2008, con note di Platania e Balzarini.

(15) Ben più risalente l'orientamento che afferma la nullità della delibera che approvi un bilancio falso; tra le tante, Cass., 15 giugno 1959, n. 1825, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, p. 1047; Cass., 4 marzo 1963, n. 511, in *Foro it.*, 1963, I, p. 684; Cass., 31 maggio 1966, n. 1450, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, p. 937.

(16) GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 232, ritiene che la correzione del bilancio impugnato esaurisca gli effetti reali della pronuncia invalidativa.

(17) E v. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Tratt. delle società per azioni* diretto da Colombo, Portale, VI, Torino, 1993, p. 197 ss., p. 406, i quali prendono in considerazione la diversa eventualità dell'errato accertamento della perdita, la quale non di meno determina la nullità della relativa delibera, in quanto «(...) essendo errata la base sulla quale si fondano la riduzione e il conseguente aumento del capitale, la nullità si comunica necessariamente a tutte le altre deliberazioni». In giurisprudenza, Cass., 23 marzo 2004, n. 5740 consultabile su *www.il caso.it*.

(18) In giurisprudenza, ancora Cass., 23 marzo 2004, n. 5740, *cit.*

quale si discute ha preso le mosse dall'idea (19) che il legislatore abbia inteso estendere, ad altri atti che abbiano l'effetto di modificare l'organizzazione societaria, il principio introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 2332 c.c.

Ora è indiscutibilmente vero che la speciale disciplina evocata da ultimo ha avuto l'effetto di introdurre un principio di conservazione dell'attività (20), che ha fatto della nullità del contratto una speciale causa di scioglimento *ex lege* dell'ente che da quel contratto ha avuto origine. Ma occorre aggiungere al riguardo che, nella suddetta circostanza, il legislatore storico – che pure si è effettivamente preoccupato di restringere il numero delle cause di nullità del contratto di s.p.a., prevedendo la possibilità della sanatoria del vizio e della conseguente caducazione dell'azione – non ha stabilito che l'eventuale nullità del contratto (che non sia stata sanata) non debba portare alla espunzione dell'ente dal traffico giuridico (21). Nel suddetto caso manca quindi l'applicazione della regola dell'invalidazione retroattiva degli effetti "dell'atto nullo", ma l'ente che sia stato invalidamente costituito deve essere comunque posto in liquidazione.

Le delibere di cui all'art. 2379-ter c.c., invece, non verrebbero travolte dall'azione volta a far valere il vizio che ne inficia la validità e, con esse, resterebbero in piedi gli effetti prodotti sull'organizzazione, con un risultato ben diverso da quello previsto nel caso della nullità del contratto che a quella medesima organizzazione ha dato vita.

Un discorso diverso merita la disciplina dell'invalidità delle operazioni straordinarie (22). È vero, infatti, che in queste circostanze il vizio può portare all'espunzione della delibera solo sino al momento della sua iscrizione nel registro delle imprese. Da quel momento in poi, infatti, interviene la modifica dell'organizzazione, che non può essere (più) travolta retroattivamente dalla pronuncia di invalidità (23). In questi casi, in effetti, il bilanciamento degli interessi in gioco

(19) In questo senso GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 231 ss.; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 701 ss.; GINEVRA, *Nullità post-conversione di delibera di emissione di obbligazioni bancarie convertibili?*, cit., p. 272 ss.

(20) In questo specifico senso, ancora BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 702. Per un'analisi degli interessi tutelati dall'art. 2332 c.c., v. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Tratt. delle società per azioni* diretto da Colombo, Portale, I, Torino, 2004, p. 451 ss., p. 480 ss.

(21) Peraltro, in virtù di un'azione imprescrittibile, che può essere intrapresa da parte di chiunque vi abbia interesse; in questo senso, tra gli altri, PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 569 ss.; FERRI, *Le società*³, in *Tratt. dir. civ.* fondato da Vassalli, Torino, 1987, p. 901; NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nell'estinzione delle società*, Milano, 1990, p. 116; di avviso opposto, tra gli altri, in fatto di legittimazione, ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 279 ss.

(22) Sulla quale, IERMANO, *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 4, p. 395 ss.

(23) Occorre, peraltro, tenere conto dei rilievi operati in dottrina sul rapporto tra la disciplina dell'invalidità delle operazioni straordinarie e quella di cui all'art. 2332 c.c. In questa luce, PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 499, rileva che la prima presuppone la seconda. Egli ritiene infatti che, «in definitiva, con la scelta di sottoporre le società di persone

porta all'esito al quale – nella lettura di una parte della dottrina – dovrebbe condurre anche la disciplina dell'impugnazione delle delibere previste dalle norme di cui all'art. 2379-ter c.c.

Rimane il fatto, però, che in quest'ultimo caso manca una disposizione come quella di cui all'art. 2500-bis c.c., la quale stabilisce (con riguardo alla trasformazione) che «*eseguita la pubblicità di cui all'articolo precedente, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata*».

E se la volontà politica fosse stata davvero quella di prevedere, per le ipotesi in parola, un regime analogo a quello che opera nel caso di fusione, scissione e trasformazione sarebbe bastato introdurre una norma del medesimo tenore. Il legislatore storico, però, si limita a disporre, al primo comma, che «*nei casi previsti dall'art. 2379 l'impugnativa dell'aumento di capitale, della riduzione del capitale ai sensi dell'art. 2445 e dell'emissione di obbligazioni non può essere proposta dopo che siano trascorsi centottanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese o, nel caso di mancata convocazione, novanta giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione è stata anche parzialmente eseguita*». Non pare insomma si possa affermare che le due vicende siano state intese e disciplinate al medesimo modo.

Nella circostanza che ci occupa, infatti, non solo non si esclude la possibilità della pronuncia di invalidità dell'atto a partire dalla sua iscrizione nel registro delle imprese, ma si fa decorrere da quel medesimo momento il termine (seppur breve) per la sua impugnazione. E il fatto che l'intervenuta modifica dell'organizzazione non osti all'impugnazione dell'atto e alla eventuale invalidazione retroattiva dei suoi effetti è testimoniata anche dalla disciplina dell'impugnazione per mancata convocazione: circostanza nella quale l'azione può essere proposta entro novanta giorni dall'approvazione del bilancio nel corso del quale la deliberazione è stata anche (solo) parzialmente eseguita. In quest'ultimo caso, dunque, seppure il legislatore si è preoccupato di formalizzare il presupposto dell'azione, facendo in modo che i legittimati possano avere (avuto) notizia dell'operazione proprio dal bilancio in parola (24), l'intervenuta – sebbene anche solo parziale – modificazione dell'organizzazione non esclude ma al contrario autorizza l'impugnazione.

Ma la differenza tra le due fattispecie in esame discende anche da un altro dato normativo, che apparentemente sembrerebbe invece avvicinarle.

Nel caso della trasformazione, infatti, la già citata norma di cui al comma 2° dell'art. 2500-bis c.c. fa salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato e ai terzi danneggiati dalla trasformazione. In tutti i casi in cui l'iscrizione della trasformazione (come della fusio-

all'art. 2504-quater c.c., il nostro ordinamento ha operato una saldatura sistematica tra il regime della nullità delle società di capitali e quello delle società di persone, che conferisce alle regole di cui all'art. 2332, commi 2°-6°, c.c., rilievo di principi generali in materia societaria se non, addirittura, di tutti i gruppi associativi con attività esterna».

(24) E v., infatti, LENER, Art. 2379-ter, cit., p. 576; SPAGNUOLO, Art. 2379-ter, cit., p. 385; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 220, la quale sottolinea che la disposizione sottintende che il bilancio in parola dia conto dell'esecuzione dell'aumento.

ne o della scissione) abbia impedito la pronuncia della sua invalidità, scatta dunque la tutela obbligatoria a favore dei soggetti danneggiati.

La previsione di cui al comma 3° dell'art. 2379-ter c.c. sembra confermare l'identità delle ipotesi a confronto, nel momento in cui fa salvo il diritto al risarcimento del danno a favore dei soci e dei terzi.

Rimane, però, il fatto che, in questa circostanza, la tutela obbligatoria (25) non è l'unico rimedio possibile (come avviene, invece, nel caso delle operazioni straordinarie che siano state iscritte nel registro delle imprese). Essa deve intervenire, infatti, unicamente a colmare i vuoti lasciati da quella reale, in specie, nelle ipotesi di cui al comma 2° dell'art. 2379-ter c.c. In questo modo si spiega la scelta di riconoscere alla norma in parola la funzione propria di una disposizione di chiusura, che opera solo nei casi in cui il rimedio reale abbia dovuto cedere il passo alle esigenze di conservazione degli effetti dell'atto invalido.

E allora si capisce anche perché il ricorso alla tutela obbligatoria sia previsto solo dal comma 3° dell'art. 2379-ter c.c. Il secondo comma dell'articolo che ci occupa, infatti, prende in considerazione l'eventualità nella quale le medesime delibere vengano assunte da una società che fa ricorso al capitale di rischio e anticipa, (solo) in queste specifiche occasioni, il momento a partire dal quale la tutela reale non è più azionabile. In questi ultimi casi, effettivamente, il criterio in base al quale interviene la decadenza dal diritto all'esercizio dell'azione è vicino (ma non sovrapponibile) a quello che governa l'irreversibilità delle operazioni straordinarie.

In diversi termini, con riguardo alle fattispecie di cui al primo comma, i legittimati hanno più di tempo per individuare il vizio e impugnare l'atto invalido; la tutela reale è effettivamente destinata a operare e paiono esservi minori (seppure non irrilevanti) margini per quella obbligatoria (26); quando, invece, si guardi alle ipotesi contemplate dal secondo comma, il discorso cambia e il rimedio risarcitorio è destinato a trovare un'ampia applicazione (27).

Ancora diverso è il caso della nuova disciplina dell'impugnazione del bilancio, sulla quale ci si soffermerà tra poco.

(25) Sul tema, seppure da un punto di osservazione diverso dal nostro, BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 714 s.; e v. anche SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, cit., p. 135 ss., il quale – a dire il vero – ricostruisce il quadro generale che emerge dalla novella societaria e all'interno del quale si ha un arretramento sostanziale della tutela reale, a vantaggio di quella obbligatoria.

(26) Sul punto, una (solo) iniziale apertura, che poi cede il passo alla soluzione che l'autore dimostra di preferire, viene anche da BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 715.

(27) E v., infatti, LENER, Art. 2379-ter, cit., p. 577; SANZO, Art. 2379-ter, cit., p. 663; SPAGNUOLO, Art. 2379-ter, cit., p. 385 ss.; SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, cit., p. 139; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 697, p. 704 ss., il quale peraltro rileva che, anche con riguardo alle ipotesi di cui al secondo comma dell'articolo in parola, si riscontra – a ben vedere – una sostanziale riduzione del termine per impugnare, anche se la dottrina ritiene possibile parlare di “sanatoria propria”.

6. *Il rapporto tra gli artt. 2379 e 2379-ter c.c. nella lettura dei giudici di legittimità.* – Nella interpretazione dei giudici di legittimità, dunque, il rapporto tra i due regimi di impugnazione evocati è appunto di genere a specie.

Nello specifico, essi ritengono – condivisibilmente – che l'art. 2379-ter c.c. introduca una deroga al regime fondato sul termine decadenziale di tre anni entro il quale è – normalmente – possibile agire al fine di ottenere la declaratoria di nullità di una delibera nulla. La *ratio* della scelta del legislatore della novella risulterebbe all'esigenza di garantire la massima stabilità agli effetti degli atti contemplati dai primi due commi dell'art. 2379-ter c.c., vale a dire – appunto – alle deliberazioni aventi a oggetto la riduzione reale del capitale (art. 2445 c.c.), il suo aumento e l'emissione di obbligazioni.

Secondo la lettura offerta – ancora una volta – dai giudici della Suprema Corte, il proposito del legislatore storico emergerebbe in modo ancor più nitido dal tenore della previsione di cui al comma 2° dello stesso art. 2379-ter c.c., in quanto – come si è anticipato – nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio e per le quali deve ritenersi ancor più forte l'esigenza di stabilità dell'organizzazione, la nullità non può più essere pronunciata dopo che le delibere in discorso abbiano ricevuto una anche solo parziale esecuzione.

Stanti queste premesse sistematiche, verrebbe meno ogni possibilità di estendere il regime generale dell'azione che ci occupa alla impugnazione dell'aumento a pagamento, la cui nullità sia stata propiziata dal collegamento con la riduzione nominale fondata sulla falsa attestazione di una perdita inesistente.

7. *Il principio di nullità derivata.* – Il passaggio successivo della sentenza che si annota esclude infatti che il principio di nullità derivata intorno al quale ruota la causa oggetto del ricorso imponga all'interprete di considerare il rapporto logico-funzionale tra le due delibere che ci occupano: di talché, la seconda non sarebbe mai stata adottata in assenza della prima e, conseguentemente, deve poter essere posta nel nulla nel medesimo termine previsto per la invalidazione di quella che l'ha propiziata.

La Suprema Corte, invece, ritiene che il principio di nullità derivata attenga esclusivamente al collegamento tra le deliberazioni, e quindi al loro contenuto (28), e non al regime da osservare al fine di farne valere l'invalidità.

8. *La ratio dell'art. 2379-ter c.c.* – La questione deve essere analizzata alla luce delle scelte che hanno portato il legislatore storico a prevedere il termine decadenziale breve, più volte evocato – oltre che per l'emissione di obbligazioni – anche per le operazioni di aumento a pagamento e per la sola riduzione reale del capitale sociale (art. 2445 c.c.).

In questo senso, infatti, deve dirsi che, se è indiscutibilmente vero che l'intendimento di fondo era ed è quello di assicurare la massima stabilità possibile agli effetti delle operazioni indicate, occorre capire per quale ragione per l'impu-

(28) In giurisprudenza, Cass., 23 marzo 2004, n. 5740, *cit.*

gnazione della riduzione e dell'aumento nominale continui a valere il termine decadenziale di tre anni. L'analisi che ci apprestiamo a condurre deve tener conto altresì – come si è già anticipato – di un ulteriore elemento di specialità, come quello che riguarda l'azione per l'impugnazione (ai sensi tanto dell'art. 2377 c.c. quanto dell'art. 2379 c.c.) della delibera di approvazione del bilancio che, come è noto e si è già ricordato, in consonanza con l'art. 2434-*bis* c.c., non può più essere proposta dopo che sia intervenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo.

Possiamo allora iniziare a dire che l'attuale disciplina dell'invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio appare – come vedremo – (seppure solo in parte) complementare (29) rispetto a quelle relative alle operazioni sul capitale. Nei casi in discorso, non a caso, la decadenza dal diritto all'esercizio dell'azione interviene in momenti sempre diversi tra loro.

Nello specifico, il bilancio falso sulla base del quale sia stato deliberato – per ipotesi – un aumento reale può essere impugnato entro un termine più lungo rispetto a quello la cui scadenza provoca la decadenza dal diritto all'impugnazione dell'operazione sul capitale; mentre accade esattamente l'inverso quando le artefatte risultanze contabili abbiano propiziato una riduzione nominale.

La logica che presiede all'impugnazione del bilancio falso è quella di adeguare la disciplina dell'azione in parola al mutato contesto generale all'interno del quale la stessa si colloca. Il fatto che l'impugnativa volta alla declaratoria di nullità delle (altre) delibere assembleari (sebbene con l'eccezione delle delibere che modificano l'oggetto sociale, prevedendo attività impossibili o illecite, impugnabili senza limiti di tempo) non sia più imprescrittibile (come era quella di cui al precedente art. 2379 c.c.) fa allora dell'impugnativa del bilancio falso il rimedio che – almeno entro determinati limiti, come vedremo – può consentire di sopperire alla decadenza dal diritto all'esercizio dell'azione che si sarebbe altrimenti intrapresa.

Detto ciò, quando il bilancio riporta una falsa perdita, che abbia apparentemente eroso una parte del capitale sociale, la delibera di riduzione che da una siffatta risultanza contabile sia derivata può essere posta nel nulla nel termine (più) lungo di tre anni dalla sua iscrizione nel registro delle imprese (30). Una siffatta scelta di *policy* si spiega con l'esigenza di garantire una adeguata tutela all'interesse (31) dei soci e dei terzi in una siffatta circostanza (32).

(29) Non diversamente, dunque, da quanto avviene – nella ricostruzione offerta da Palmieri – con riguardo al rapporto tra l'art. 2332 c.c. e le norme sull'invalidità delle operazioni straordinarie; e v. nt. 23.

(30) E, in un siffatto caso, quando intervenga la decadenza dal diritto all'esercizio dell'azione, si potrà comunque ricorrere all'impugnativa del bilancio, al fine di eliminare il vizio in discorso.

(31) Sull'argomento, v., tra gli altri, NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, in *Tratt. delle società per azioni*, cit., p. 281 ss.; e, dopo la novella societaria, DE LUCA, *Purgazione del bilancio dalle perdite e informazione preassembleare. Spunti per una riflessione intorno agli interessi protetti nelle riduzioni di capitale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 963 ss.

(32) In questo senso, in giurisprudenza, Cass., 2 aprile 2007, n. 8221; Cass., 13 gennaio 2006, n. 543, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 963 ss.

I primi, infatti, devono avere il tempo di reagire all'eventuale (successiva) scoperta dell'inesistenza della perdita che abbia provocato la riduzione nominale (del capitale sociale e) del valore delle loro partecipazioni a seguito dello svincolo delle relative risorse del netto dal regime del capitale.

I secondi, invece, devono avere la garanzia di una forma di difesa del loro interesse che supplisca all'assenza di un rimedio come l'opposizione (33) la quale, nel caso della riduzione reale, compensa gli effetti dell'abbreviazione del termine di decadenza dal diritto all'impugnazione.

A quest'ultimo riguardo, può dirsi – più in generale – che le operazioni sul capitale per le quali è previsto il termine breve sono quelle che presuppongono o un atto dei soci (vecchi e/o nuovi), come la sottoscrizione, al quale fanno seguito un incremento delle risorse sottoposte al più rigido vincolo del capitale e l'emissione di nuovi titoli azionari destinati alla circolazione (in specie) sui mercati regolamentati (34) o l'attivazione dello specifico rimedio dell'opposizione da parte dei terzi, a fronte di un sicuro vantaggio per i soci, nel caso della riduzione reale.

9. *La soluzione.* – Le considerazioni che precedono consentono di comprendere quale sia la ragione dell'esclusione dell'aumento nominale (35) dall'elenco delle operazioni sul capitale per le quali opera il termine breve di decadenza. Anche in questo caso, come in quello speculare della riduzione nominale, abbiamo infatti una semplice operazione contabile la quale (nello specifico) non determina alcun incremento delle risorse destinate a essere stabilmente impiegate nell'esercizio dell'attività, sebbene possa (ma non debba necessariamente) portare all'emissione di nuove azioni (art. 2442 c.c.).

In questa luce, peraltro, i dubbi sulla riconducibilità o meno dell'aumento in parola nell'ambito delle operazioni da ricomprendere tra quelle "a impugnabilità ridotta" vengono fugati dallo stesso legislatore, al comma 2° dell'art. 2379-ter c.c. La norma citata da ultimo specifica, infatti, che l'aumento al quale si applica il termine breve è quello per il quale è prevista (dalla norma di cui all'art. 2444 c.c.) l'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione (36) che lo stesso è stato anche solo parzialmente eseguito.

(33) Sul punto, occorre peraltro rilevare che, nell'opinione di una parte della dottrina, l'eventuale esecuzione della delibera di riduzione, nel termine concesso per l'opposizione, avrebbe un effetto sanante che renderebbe irregredibili gli effetti dell'operazione; e v. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 234 s.; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 709; SPAGNUOLO, Art. 2379-ter, cit., p. 386; SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, cit., p. 138 ss.

(34) Su questo punto, seppure a sostegno di una posizione diversa da quella da noi propugnata, GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 242.

(35) Di contrario avviso, MARCHETTI, Art. 2379-ter, cit., p. 323; BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 711.

(36) Sul significato della scelta del legislatore in questa occasione, seppure dal proprio punto d'osservazione, BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, cit., p. 710.

Sulla scorta di quest'ultima considerazione, peraltro, occorre domandarsi quale sia il senso della previsione che, al comma 1° del medesimo art. 2379-ter c.c., nell'individuare le operazioni cui si applica il regime speciale, fa genericamente riferimento *all'aumento di capitale*, senza ulteriori specificazioni (37).

Ebbene, la spiegazione in parola può consentire di valutare appieno il senso della decisione assunta dai giudici di legittimità nella sentenza che si annota.

Essi, infatti, affermano che il collegamento logico e funzionale tra la delibera di riduzione del capitale per perdite, dichiarata nulla, e quella contestuale di aumento, non consente di escludere, per la seconda, l'applicazione della disciplina contenuta nella norma di cui all'art. 2379-ter c.c. Come si è già anticipato, infatti, gli stessi giudici affermano che il principio di nullità derivata attiene al contenuto delle delibere, e non al regime da osservare per la loro impugnazione.

A dire il vero, però, il collegamento tra la delibera di riduzione del capitale per perdite (superiori al terzo) che abbiano portato il medesimo al di sotto del minimo legale e la contestuale delibera di aumento è stabilito dallo stesso legislatore all'art. 2447 c.c. Non a caso, l'aumento reale in sé è disciplinato da delle disposizioni (art. 2438 ss. c.c.) che sono anche topograficamente separate da quella evocata da ultimo.

Tutto ciò potrebbe far pensare che la decisione con la quale la Cassazione ha inteso escludere l'estensione del regime impugnatorio generale alla delibera di aumento, (conseguente e) contestuale a quella di riduzione per perdite (superiori al terzo e) che abbiano azzerato il capitale, non sia condivisibile.

In altri termini, l'aumento reale al quale si applicherebbe il regime speciale (di cui all'art. 2379-ter c.c.) sarebbe solo quello che viene deliberato autonomamente e che non è invece la conseguenza di una riduzione per perdite, come quella imposta dalla previsione di cui all'art. 2447 c.c. In quest'ultimo caso, infatti, la finalità ultima delle due operazioni in parola è la medesima, ovvero quella di rendere possibile la sopravvivenza dell'ente (senza il ricorso al cambiamento del tipo). Ciò giustificherebbe, dunque, l'applicazione alla seconda impugnazione del regime previsto per la prima.

Una simile interpretazione delle norme che ci occupano, però, non appare del tutto persuasiva.

L'iscrizione dell'attestazione relativa all'avvenuta esecuzione dell'aumento è un tratto caratterizzante della relativa disciplina (38), tanto nel caso in cui l'operazione sia stata decisa autonomamente, quanto nel caso in cui essa sia collegata a una riduzione per perdite (39), disciplinata dall'art. 2447 c.c. In questa luce, la let-

(37) Come viene fatto, invece, con riguardo alla riduzione, per la quale si specifica che si tratta di quella prevista dalla norma di cui all'art. 2445 c.c.

(38) Sebbene la medesima non sia necessaria nel caso in cui l'aumento sia sottoscritto integralmente in sede di deliberazione e di ciò si faccia menzione nel verbale; circostanza nella quale appare dunque sufficiente, ai fini della decadenza dal diritto all'impugnazione di cui al comma 2° dell'art. 2379-ter c.c., l'iscrizione del verbale in parola, dal quale risulti l'avvenuta esecuzione dell'operazione; in questo senso, CERRATO, Art. 2444, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino e altri, Bologna, 2004, 2, p. 1593 s., p. 1594.

(39) In questo caso, infatti, la causa di scioglimento viene meno solo a seguito dell'esecuzione almeno parziale dell'aumento (alla quale deve fare seguito l'iscrizione della relativa atte-

tera della disposizione di cui al comma 2° dell'art. 2379-ter c.c. non consente di affermare che l'unico aumento (reale) al quale si riferisce il legislatore all'art. 2379-ter c.c. sia quello che viene deliberato autonomamente e che è previsto dall'art. 2438 ss. c.c.

Al contrario, il fatto che la previsione di cui al comma 1° del medesimo art. 2379-ter c.c. faccia riferimento genericamente all'aumento può voler dire solo che il legislatore ha inteso riservare il regime impugnatorio speciale a tutte le circostanze nelle quali esso abbia luogo, indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione che sia stata decisa autonomamente ovvero che sia inscindibilmente collegata a una riduzione necessaria del capitale per perdite.

Una simile conclusione porta a condividere la decisione assunta dai giudici di legittimità nella sentenza che si annota.

D'altra parte, e a ulteriore conforto della soluzione che si predilige, si deve rilevare che l'aumento a pagamento può dipendere (*i.e.*: essere occasionato) sempre da un bilancio falso. Non vi è, perciò, alcuna ragione che legittimi una distinzione tra le possibili ipotesi in discorso e giustifichi l'applicazione, alle medesime, di un diverso regime impugnatorio.

A ben vedere, peraltro, nei due casi presi in esame, alla decadenza dal diritto all'esercizio dell'azione non è possibile ovviare compiutamente in virtù della previsione sull'impugnazione del bilancio, di cui al citato art. 2434-bis c.c. Quest'ultimo, infatti, nella circostanza che ci occupa, non può fungere da norma di chiusura del sistema (40), perché non può consentire di cancellare retroattivamente gli effetti di un'operazione reale sul capitale. Il rimedio in parola può essere impiegato, quindi, solo al fine di eliminare le conseguenze di un'operazione nominale.

Sulla scorta di quanto si è detto sino a questo punto, dunque, nel caso deciso dalla Suprema Corte, se la dichiarazione di nullità della riduzione, per l'inesistenza della perdita, è valsa – *in parte qua* – a ristabilire (41) la misura del capitale iniziale; l'intervenuta decadenza dei legittimati dal diritto a impugnare la delibera di aumento impedisce il ripristino degli originari rapporti di forza tra i soci. Solo una parte di essi, infatti, ha sottoscritto le nuove azioni e ha visto crescere la misura della propria partecipazione. In circostanze come queste, ai soci danneggiati il legislatore riserva l'azione di risarcimento nei confronti degli amministratori, ai sensi dell'art. 2395 c.c.

GIUSEPPE PAOLO ALLECA

stazione), la quale consenta al capitale di raggiungere il minimo legale; e v. NOBILI, *La riduzione del capitale*, cit., p. 337.

(40) Sul sistema dell'invalidità degli atti societari, dopo la riforma, v., tra gli altri, ANGELELLI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 100 ss.; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., p. 247 ss.; STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, loc. ult. cit.

(41) Risultato altrimenti raggiungibile, infatti, nel caso della decadenza dal diritto all'esercizio dell'azione, in virtù dell'impugnativa del bilancio.