

Nota a:

Cassazione civile , 24/04/2007, n. 9909, sez. I

(1) La proclamazione del risultato segna il momento conclusivo del procedimento assembleare, il verbale ne costituisce la veste formale necessaria

Giur. comm. 2008, 6, 1231

Claudio Bognesi

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. L'ampliamento dei poteri del presidente dell'assemblea. - 3. Concetti diversi: rettifica (rinvio), sostituzione, revoca, autoannullamento. - 4. Proclamazione del risultato e verbale: la coesistenza implica distinzione delle funzioni.

1. *Il caso.* - Così numerosi sono i temi toccati dalla Suprema Corte nella sentenza in oggetto, da costringere a una scelta, nella trattazione dei medesimi, dettata dalla interdipendenza e dalla sovrapposizione dei concetti affrontati. E non potrà sfuggire come la risoluzione delle problematiche della fattispecie concreta postula la preventiva definizione, chiara e puntuale, di istituti giuridici che, *prima facie*, appaiono caratterizzati da confini incerti.

La Corte di Cassazione si è trovata a dirimere una controversia tra una società cooperativa e un socio, applicando, *in primis*, le norme relative alle s.p.a. (in forza del rinvio operato dall'art. 2519 c.c.), ma anche, a ben vedere, principi ricavati dall'autonomia privata in generale.

Una società cooperativa aveva deliberato l'esclusione di un suo socio per l'omesso pagamento, da parte di questi, del contributo annuale dovuto, integrando tale fattispecie una causa di esclusione prevista dallo statuto.

Il socio escluso tuttavia aveva impugnato la relativa deliberazione assembleare innanzi al tribunale e quindi, in seguito all'esito negativo del giudizio, aveva proposto appello alla Corte d'Appello di Roma.

Il socio appellante contestava sia la legittimità nel merito della sua esclusione dalla società, sia la legittimità del procedimento dal quale era sfociata la decisione *de qua*.

In particolare, dopo una prima votazione per alzata di mano, terminata in parità, era sorta incertezza sul numero delle deleghe di cui erano titolari i soci votanti e quindi sul conteggio dei voti, cosicché il presidente dell'assemblea, proclamato il risultato, formalizzato anche nel verbale, aveva indetto immediatamente una seconda votazione, invitando ciascun socio ad esprimere il proprio voto al banco della presidenza. La seconda votazione approvava l'esclusione del socio, profilandosi peraltro un numero di astenuti non verbalizzato nella prima votazione.

Il socio escluso affermava pertanto l'illegittimità di un simile *modus procedendi* lasciato al mero arbitrio del presidente dell'assemblea, il cui potere doveva invece ritenersi esaurito con la proclamazione del risultato della prima votazione.

Egli poi sosteneva che la manifestazione del voto, singolarmente, al banco della presidenza, violava la regola statutaria della modalità della votazione per alzata di mano e denunciava altresì un eccesso di potere della maggioranza desumibile da molteplici elementi della vicenda.

La Corte d'Appello respingeva tutti i motivi di gravame, affermando che la causa di esclusione, già prevista in statuto, era incensurabile dal giudice di merito; che la seconda votazione era un atto praticamente "dovuto" e non il frutto di un'indebita iniziativa del presidente dell'assemblea; che il metodo della seconda votazione costituiva una semplice modalità attuativa di quello per alzata di mano, a nulla rilevando peraltro che il numero dei votanti fosse inferiore a quello dei presenti; che in generale non poteva ravvisarsi alcuna ipotesi di eccesso di potere della maggioranza.

La vicenda giunge davanti alla Suprema Corte, che si trova a vagliare sei motivi di ricorso del socio escluso, accogliendone due, senza soffermarsi pertanto sui dettagli degli altri quattro.

Il primo motivo di ricorso, accolto dalla Corte, denuncia l'illegittimità della seconda votazione, avvenuta in assenza di un autonomo e chiaro procedimento assembleare, quando ormai il potere deliberativo dell'assemblea si era consumato con la prima votazione e quello (non solo ordinatorio, ma, come vedremo, anche decisorio) del presidente con la proclamazione del risultato.

Il secondo motivo, pure fatto proprio dal Supremo Collegio, contesta il metodo della seconda votazione e la validità stessa della delibera di esclusione per vizi del verbale che, non indicando, nemmeno in allegato, i nominativi dei partecipanti e la documentazione delle deleghe, violerebbe l'art. 2375 c.c.

Gli altri motivi di ricorso, non affrontati nello specifico dal Giudice di legittimità, riguardano le ragioni del merito dell'esclusione del socio e l'argomento del presunto eccesso di potere della maggioranza.

Per quanto qui interessa, viene in considerazione la presa di posizione netta con cui la Cassazione nega, una volta proclamato il risultato della votazione, sia il potere del presidente dell'assemblea di indire una seconda votazione, sia il potere dell'assemblea stessa di deliberare una seconda volta per eliminare i vizi della prima delibera, se non "attraverso passaggi puntuali e chiari"(1) e formalizzati nel relativo verbale. L'esame di

tali poteri "negati", così come quello (pure sostenuto dalla Corte) della necessaria completezza del verbale, sarà appunto l'oggetto dei successivi paragrafi del presente lavoro.

2. *L'ampliamento dei poteri del presidente dell'assemblea.* - Uno dei passaggi più chiari della sentenza in commento è quello secondo cui la proclamazione del risultato della votazione impedirebbe al presidente dell'assemblea l'adozione di strumenti volti ad eliminarne i vizi, ivi compreso l'errato conteggio dei voti. Sulla funzione svolta dalla proclamazione del risultato ci soffermeremo più diffusamente al paragrafo 4; in questa sede basti osservare come la Cassazione consideri la proclamazione stessa come una sorta di "spartiacque" nell'esercizio dei poteri presidenziali.

Infatti i Giudici censurano l'operato del presidente che, accortosi dell'errore di conteggio, non avrebbe dovuto proclamare l'esito paritetico della votazione, bensì "adottare gli accorgimenti necessari" per eliminare l'errore.

E proprio sull'ampiezza del campo d'intervento del presidente si discuteva e si discute ancor oggi in dottrina, nell'ambito di quel dibattito, mai sopito, relativo ai rapporti tra presidente e assemblea.

Senza voler ripercorrere qui le argomentazioni con le quali parte della dottrina sosteneva l'autonomia e l'originarietà dei poteri presidenziali(2), mentre altri Autori ne asserivano la natura derivata dall'assemblea(3), è opinione pacifica che, dopo la riforma delle società di capitali, il rinnovato art. 2371 c.c. abbia ampliato i poteri del presidente, contribuendo a spostare l'attenzione dal menzionato dibattito sul diverso problema della funzione svolta dal presidente nel contesto del procedimento assembleare e nella verbalizzazione della relativa delibera(4).

Così, nel sottolineare come l'art. 2371 c.c. abbia specificato i poteri presidenziali nelle varie fasi procedurali della costituzione, della discussione e dell'accertamento dei risultati dell'adunanza assembleare, la dottrina *post* riforma ha affermato che le prerogative presidenziali (che non si esauriscono in quell'elenco dell'art. 2371 c.c.), pur essendo caratterizzate da una certa discrezionalità(5), sono tutte volte a garantire il corretto funzionamento di un procedimento assembleare "oggettivizzato" che assume rilevanza in sé e per sé, e che è l'unico a conferire esistenza giuridica alla volontà collettiva (6).

Ribadire il formalismo di una siffatta ricostruzione contribuisce certamente, come vedremo, a comprendere la posizione assunta dalla Cassazione nella sentenza in esame.

Nulla quaestio, innanzitutto, sulla correttezza delle censure mosse dalla Corte al presidente che, nella fattispecie, aveva evidentemente omesso di adempiere ad uno dei suoi doveri (e poteri) oggi formalizzati dall'art. 2371 c.c., ossia l'accertamento della legittimazione dei presenti, che comprende la verifica del diritto a votare, oltre che per sé, anche per gli eventuali deleganti.

Non vi è dubbio che uno dei compiti presidenziali tipizzati dalla legge è proprio l'accertamento dei *quorum* costitutivo (almeno ad inizio di seduta) e deliberativo, per cui nel caso di specie il presidente ha certamente una responsabilità per l'inesatto conteggio delle deleghe.

E, in questo senso, egli ha sbagliato due volte: in una prima fase nel difettoso calcolo dei voti, in una seconda fase nell'omessa ripetizione della verifica del *quorum* preordinata a un'ulteriore votazione. Infatti, è vero che, secondo autorevole dottrina(7), compito del presidente sarebbe quello di verificare il *quorum* costitutivo solo all'inizio della seduta e non anche successivamente in occasione di singole votazioni, ma è altresì vero che, nel caso che ci occupa, si sarebbe trattato non di una seconda (illegittima) votazione nel contesto della stessa assemblea, ma dell'instaurazione (eventuale) di un nuovo procedimento assembleare, che implica inevitabilmente l'effettuazione di (autonomi) controlli.

Inoltre, appare evidente che, anche nella (eventuale) seconda fase preordinata alla nuova votazione, l'accertamento del *quorum* costitutivo si sarebbe poi rivelato funzionale alla necessaria individuazione di eventuali astenuti, come attualmente imposto dall'art. 2375 c.c.(8), motivo per cui il presidente non avrebbe legittimamente potuto astenersi da siffatto adempimento.

Detto questo, resta aperto tuttavia il problema principale dell'intera vicenda, ossia quello relativo a quali tipologie di "accorgimenti necessari" il presidente avrebbe potuto ricorrere per prevenire o eliminare l'incertezza del risultato.

Sotto il profilo della prevenzione, qualora, come pare affermare la Suprema Corte, tale incertezza fosse derivata dall'utilizzo di un metodo di votazione - quello per alzata di mano - non adatto al voto per delega, ci si potrebbe domandare se il presidente avrebbe potuto disapplicare tale metodo "previsto come normale nello statuto"(9), per sceglierne magari un altro maggiormente confacente alla situazione di fatto.

Se la risposta al quesito, prima della riforma societaria, poteva esser influenzata dall'accoglimento di una delle due posizioni contrastanti(10) in materia, dopo la novella del 2003 sono pochi i riferimenti normativi da cui trarre una conclusione certa.

L'art. 2371 c.c. stabilisce che il presidente deve regolare lo svolgimento dell'assemblea, norma nella quale parrebbe rientrare anche la facoltà di scegliere il metodo di votazione; l'art. 2375 c.c., interpretato correttamente, impone l'uso di un sistema di voto idoneo a consentire l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti e contrari, norma dalla quale potrebbe trarsi il potere-dovere del presidente di fare scelte ponderate che lo esonerino da ogni responsabilità a riguardo.

A ciò aggiungasi che, se si accoglie la tesi dell'ufficio del presidente come ufficio di diritto privato titolare di poteri inerenti alla sua carica per la tutela di interessi propri e altrui (della società, dei soci e dei terzi)(11), è difficile negare allo stesso il potere di decidere sul metodo di votazione(12).

Nel caso concreto in esame tuttavia, il metodo di voto per alzata di mano era già previsto come "normale" dallo statuto, per cui la Cassazione ipotizza che il presidente avrebbe potuto (e dovuto) utilizzare un sistema di voto diverso. L'opinione sembra condivisibile, tenendosi presente che il presidente, nella scelta del metodo di votazione deve certamente attenersi alle disposizioni legali e statutarie, ma, ove queste ultime si limitino ad indicare un modello di *default*, derogabile, si potrà verosimilmente ammettere

l'adozione, da parte del presidente di "correttivi"(13) volti a realizzare un risultato di voto maggiormente intelligibile.

Venendo ora agli strumenti a disposizione del presidente per rimediare all'errore, da lui stesso commesso, relativo al conteggio dei voti, riacquista rilievo, come menzionato all'inizio del presente paragrafo, l'atto della proclamazione del risultato quale momento "spartiacque" nell'individuazione dei poteri esercitabili dal presidente.

Prima della proclamazione del risultato, si può convenire con quella dottrina(14) che ammette la possibilità che il presidente rettifichi(15) l'errore palese di una deliberazione (come può essere un errore di calcolo) procedendo a un nuovo conteggio.

L'opinione sembrerebbe esser corroborata dall'applicazione alla fattispecie della deliberazione assembleare, dei principi cardine del contrattualismo, in particolare di quello relativo alla conservazione di efficacia degli atti giuridici, ricorrendone all'uopo la medesima utilità economica e sociale(16).

Del resto, sotto un profilo più generale, nessuno dubita che la riforma societaria si sia mossa nell'ottica della conservazione, ove possibile, della delibera viziata, riducendo la sfera di applicabilità della tutela reale e ampliando invece (come vedremo al paragrafo 3) quella dei rimedi endosocietari eliminativi dei vizi.

Ciononostante, si deve ritenere che il potere di rettifica del presidente, prima della proclamazione, riguardi esclusivamente gli errori di calcolo dei voti e non altri vizi, quali potrebbero essere, ad esempio, l'esercizio del voto da parte di soggetto non legittimato o l'abusivo utilizzo delle deleghe. In questi ultimi casi infatti, il presidente non potrebbe intervenire direttamente per sanare i vizi, ma potrebbe solo attivare i normali strumenti che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dell'assemblea in regime di autotutela (per i quali si rinvia al paragrafo 3).

Dopo la proclamazione del risultato, il discorso cambia completamente e il presidente è costretto a muoversi entro ben più stretti confini della sua autonomia.

La Suprema Corte è decisa nell'affermare che "il dubbio sugli eventuali vizi..., anche per difettoso conteggio dei voti espressi direttamente o per delega, non ne giustificano la obliterazione da parte del presidente": il presidente cioè non può agire *tamquam non esset*, ponendo nel nulla la precedente votazione.

La posizione dei Giudici postula ovviamente una "sopravalutazione" (in parte fondata) dell'atto della proclamazione del risultato quale momento conclusivo del procedimento assembleare, assumendo quest'ultimo il ruolo di estrinsecazione della volontà sociale con la produzione di effetti anche nei confronti dei terzi(17).

Questo spiega perché, dopo la proclamazione, il presidente non possa procedere a una semplice rettifica dell'errore: una volta che egli abbia dichiarato la volontà dei soci, questa si "cristallizza" e diventa indisponibile(18), se non con i mezzi tipici previsti dalla legge, di cui si dirà nel prosieguo della trattazione.

E questo spiega anche perché, analogamente, il presidente, dopo la proclamazione, non possa indire, seduta stante, una nuova votazione, chiamando al banco della presidenza i soci per esprimere i loro voti. Un simile *modus operandi* non trova riscontro nella legge ed è assolutamente privo di efficacia giuridica.

Infatti, torna in considerazione qui quanto detto inizialmente in merito alla necessità che la volontà collettiva della società si estrinsechi in un procedimento formale già tracciato dalla legge, non rispettando il quale la medesima volontà collettiva non acquista nemmeno esistenza giuridica(19).

Soltanto accogliendo la tesi formalistica è possibile dunque comprendere il ragionamento della Corte che, si badi, estende lo stesso risultato anche all'applicazione dei rimedi assembleari, tra i quali, *in primis*, l'adozione della delibera sostitutiva ex art. 2377 c.c. (20).

Insomma, il presidente non aveva altra scelta se non quella di attivare una procedura destinata a sfociare nella sostituzione o nell'annullamento o nella revoca della precedente deliberazione, a condizione che le tappe della stessa procedura fossero ben individuate e formalizzate nel verbale.

3. *Concetti diversi: rettifica (rinvio), sostituzione, revoca, autoannullamento.* - Abbiamo già visto che il potere di rettifica (per la cui definizione si rinvia al paragrafo 2), spettante al presidente dell'assemblea, non poteva legittimamente venir esercitato dopo la proclamazione del risultato.

Restano da esaminare allora i poteri che l'assemblea avrebbe potuto esercitare da quel momento.

Emerge *in primis* una certa confusione nelle parole della Cassazione che utilizza quasi come sinonimi termini aventi un significato ben distinto(21). Solo la preventiva specificazione semantica dei concetti in questione può condurre a un risultato soddisfacente.

Cominciando con il potere di sostituzione della delibera invalida, è opinione preferibile che esso possa essere esercitato non solo pendente un giudizio di impugnazione della delibera viziata (determinando in tal caso l'estinzione del processo per sopravvenuta carenza di interesse o per la cessazione della materia del contendere), ma anche in assenza di procedimento giurisdizionale, perseguendo lo scopo di prevenire la lite, stabilizzando gli effetti di una delibera invalida(22).

Il presupposto del potere sostitutivo è stato opportunamente individuato nella causa di impugnazione della delibera originaria(23), tale per cui l'effetto sanante(24) della delibera sostitutiva scaturisce pur sempre da una volontà collettiva proceduralizzata(25).

La riforma del 2003 ha specificato ed ampliato l'ambito di applicazione del potere sostitutivo, facendo salvi, sotto il primo profilo, i diritti acquistati dai terzi in base alla delibera sostituita (art. 2377, ultimo comma, c.c.), e, sotto il secondo profilo, estendendo l'istituto, in quanto compatibile, anche alle delibere nulle (art. 2379, ultimo comma, c.c.) (26).

Non ha tuttavia aggiunto elementi nuovi al dibattito concernente i presupposti e il procedimento da seguire al fine di sostituire una precedente deliberazione invalida. Deve pertanto ritenersi confermata la tesi secondo la quale, se il presupposto della sostituzione deve rinvenirsi in una causa di invalidità, il procedimento di sostituzione deve osservare le stesse regole formali e sostanziali che hanno portato all'adozione della delibera viziata, in

particolare quelle poste a tutela del metodo collegiale(27).

Sotto questo profilo, sembrerebbe in parte contraddittorio il ragionamento della Cassazione nella sentenza in commento, dove prima si afferma che l'esercizio del potere sostitutivo dell'assemblea "postula l'instaurazione di un nuovo e diverso procedimento assembleare" (affermazione coerente con quella secondo cui la proclamazione del risultato rappresenta la fase conclusiva del procedimento assembleare), e in un secondo momento si ammette che ciò possa avvenire anche "seduta stante", purché "attraverso passaggi puntuali e chiari".

Ora, questa duplice affermazione rischia di disorientare l'interprete, giacché prima la Corte pone l'accento sull'inderogabilità del procedimento assembleare volto all'adozione della delibera sostitutiva, poi sembra valorizzare, in modo prioritario (e anche prevalente rispetto al momento procedimentale), la manifestazione della volontà sanante dell'assemblea(28).

In realtà, è stato correttamente osservato che, ciò che rileva ai fini del prodursi dell'effetto "stabilizzante" della delibera sostitutiva, non sono tanto gli indizi dell'intenzione sanante, quanto piuttosto il contenuto della delibera sostitutiva (che dovrà confermare quello della delibera sostituita, ma non necessariamente conformarsi a quest'ultimo)(29) e il procedimento di approvazione della stessa (rispettoso delle regole menzionate)(30).

La Suprema Corte invece sembrerebbe avvalorare la tesi dell'approvazione della deliberazione sostitutiva all'interno del medesimo procedimento di quello che ha portato all'adozione della delibera viziata: purché siffatta volontà dell'assemblea emerga in modo inequivocabile nella seconda delibera e di essa sia dato conto nel verbale.

Ma, così ragionando, si intravede, ripetiamo, una contraddizione di fondo: o il procedimento assembleare si conclude con la proclamazione (così afferma la Corte) e allora non si vede come l'adozione di una delibera sostitutiva possa avvenire in un procedimento già chiuso, oppure si sostiene che il procedimento si conclude solo con una fase ulteriore necessaria, quella della verbalizzazione (e non sembra questa la posizione della Corte), e allora l'assemblea potrebbe intervenire immediatamente per rimuovere i vizi di invalidità.

Simile ricostruzione dovrebbe valere anche per gli altri rimedi endosocietari a disposizione dell'assemblea per ovviare all'invalidità di una sua delibera, rimedi che, nonostante la Cassazione, nella sentenza in commento, sembra assimilare, devono esser tenuti ben distinti.

Così, accogliendosi la tesi secondo cui la "revoca" consiste nell'eliminazione di un atto giuridico per motivi di mera opportunità e non per quelli di invalidità(31), tale rimedio appare estraneo alla fattispecie concreta, considerato che più volte nella sentenza in epigrafe si parla di vizi di invalidità della delibera.

Sembrerebbe più corretto semmai parlare di "autoannullamento" della delibera, ossia l'eliminazione completa della delibera invalida con l'effetto di travolgere anche i diritti acquistati dai soci in forza della stessa(32).

Tuttavia, anche ammettendo che l'assemblea, nel caso di specie, potesse procedere all'autoannullamento, non si condivide l'accostamento che la Cassazione fa tra tale potere e l'art. 2377 c.c.

La Corte infatti sembra aderire al suo stesso pregresso orientamento che individua il fondamento del potere di autoannullamento, così come quello del potere sostitutivo, nell'art. 2377(33).

Autorevole dottrina(34) ha però dimostrato che, essendo diversi gli effetti della sostituzione (che mira a creare "una situazione effettuale sostanzialmente identica a quella originata dalla delibera invalida")(35) e dell'autoannullamento (che mira semplicemente ad elidere gli effetti della delibera viziata), devono essere diversi anche i fondamenti dei due tipi di atti.

Così la prima si radica certamente nella norma speciale di cui all'attuale art. 2377, 8° comma, c.c., mentre il secondo troverebbe fondamento in quella generale regola di autonomia privata da cui si desume l'ammissibilità delle convenzioni di autoannullamento (36).

In ogni caso, come già detto, ai fini della riconduzione dell'attività assembleare nell'esercizio del potere sostitutivo, o di quello di revoca o di quello di annullamento, non rileva tanto il *nomen iuris* della deliberazione adottata, quanto piuttosto il contenuto e il procedimento di approvazione della stessa(37).

4. *Proclamazione del risultato e verbale: la coesistenza implica distinzione delle funzioni.*

- Uno dei punti chiave del discorso fin qui affrontato risiede, a giudizio di chi scrive, nell'individuazione del momento in cui si "consuma" il potere deliberativo dell'assemblea.

Poiché, nella sentenza in commento, la Corte sembra affermare - si passi l'uso di un'espressione tratta dal "gergo" penalistico - il principio del *ne bis in idem*(38), diventa essenziale stabilire quando il procedimento assembleare possa dirsi concluso.

E questo postula, a sua volta, la specificazione delle funzioni svolte dai due atti "conclusivi"(39) del procedimento: la proclamazione del risultato e il verbale.

Quanto al primo, si fronteggiano, da sempre, due teorie.

L'una, mettendo in risalto la centralità della proclamazione del risultato quale elemento di imputabilità della delibera all'assemblea, ne afferma il valore costitutivo(40), giungendo talvolta a definire come "apparente" la deliberazione in mancanza della proclamazione stessa(41).

L'altra teoria, pur non negando che la proclamazione valga a concretizzare la volontà dell'assemblea, rendendola efficace anche nei confronti dei terzi, sostiene tuttavia che ad essa vada attribuita natura di mera certificazione, in quanto la delibera si perfeziona già a seguito della votazione(42).

La Suprema Corte, nell'enunciazione del principio di diritto, sembra aderire alla prima tesi, salvo poi consentire la rinnovazione della deliberazione già cristallizzata nella proclamazione, purché tutti i passaggi siano documentati nel verbale, giungendo così ad attribuire un ruolo essenziale a quest'ultimo.

Non è questa la sede, ovviamente, per affrontare approfonditamente la predetta questione; si vogliono tuttavia fare alcune osservazioni sul rapporto tra proclamazione del

risultato e verbale assembleare.

Resta ancora aperta la diatriba sulla funzione della verbalizzazione, tra coloro che la consideravano come requisito di forma prescritto a pena di nullità(43) e coloro che la definivano come ulteriore fase di accertamento, esterna rispetto alla deliberazione, necessaria ai fini di un accertamento "costitutivo"(44).

La riforma societaria ha sancito l'essenzialità del verbale analitico che deve consentire l'accertamento del contenuto e degli effetti della deliberazione, tant'è che la sua mancanza comporta nullità di quest'ultima.

Si deve cioè ritenere che il rigore formale, già evidenziato dalla giurisprudenza, sia stato recepito dal legislatore del 2003(45).

La Cassazione, in questa occasione, non ha tuttavia preso posizione sul punto, limitandosi a lasciare aperta la strada ad una votazione assembleare, successiva alla proclamazione, volta ad eliminare un vizio della pregressa deliberazione, con la specificazione della necessità di un verbale esplicativo della sequenza in esame. Orbene, una tale ricostruzione sembra presupporre uno slittamento in avanti della conclusione del procedimento assembleare, e questo non in sintonia, come già accennato, con la concezione della proclamazione del risultato come fase costitutiva-conclusiva dell'*iter* deliberativo.

Se si vuole sostenere, come pure in passato(46), che lo spazio d'intervento dell'assemblea per elidere i propri errori si estende fino al momento della verbalizzazione, non si può che sostenere che quest'ultima è una tappa essenziale del procedimento e non un (mero) requisito di forma della delibera.

Al contrario, se si afferma che la proclamazione del risultato "segna il momento conclusivo del procedimento assembleare" (così il principio di diritto della Corte), i rimedi endosocietari di eliminazione dei vizi non potranno essere attivati se non con un nuovo procedimento.

Ma c'è di più.

Sostenere che la verbalizzazione costituisce attività integrante del procedimento potrebbe portare ad una "svalutazione" della funzione della proclamazione del risultato quale momento di estrinsecazione della volontà assembleare, tale che la prima potrebbe porre nel nulla la seconda (quand'anche quest'ultima sia inficiata da un errore, come nel caso concreto).

E ciò assumerebbe un rilievo ben maggiore qualora si volesse accogliere la tesi secondo cui il verbale è un atto proprio del soggetto incaricato di redigerlo e, precisamente, qualora si tratti del notaio, un atto pubblico senza parti(47).

Qualora cioè si volesse riconoscere un'ampia autonomia del soggetto verbalizzante nei confronti del presidente dell'assemblea, tale da affermare, in una conclusione estrema e da molti condivisa, la sufficienza della sottoscrizione del solo notaio(48), è chiaro che la valorizzazione della fase della verbalizzazione quale elemento fondamentale e conclusivo del procedimento, porterebbe a ridurre il "peso" della proclamazione del risultato da parte del presidente, fino a ipotizzare un possibile condizionamento da parte dell'assemblea sul verbalizzante, "bypassando" il controllo del presidente.

Un simile rischio è tuttavia scongiurato sia dalla prassi adottata dai pubblici ufficiali di costituire in atto il presidente e di richiederne la sottoscrizione del verbale, sia dalla recente proposta interpretativa di attribuire alla firma del notaio il significato di requisito sufficiente e necessario di perfezionamento dell'atto, e a quella del presidente il significato di "visto per imputazione" alla società del verbale stesso(49).

A parte questo, resta, a nostro avviso, un'intrinseca contraddizione nel definire, da un lato, la proclamazione del risultato come atto conclusivo del procedimento e, dall'altro, la verbalizzazione come ulteriore fase, esterna, di quest'ultimo.

La coesistenza di due attività giuridiche indipendenti postula l'attribuzione alle stesse di funzionalità diverse.

Così, riconoscendo alla proclamazione del risultato il significato di rendere efficace una delibera nei confronti dei terzi, alla redazione del verbale non potrà che esser attribuita la funzione di certificazione formale, necessaria perché imposta dalla legge, ma estranea al potere decisionale dell'assemblea già consumatosi nel momento della conclusione del procedimento.

NOTE

- (1) Sono le parole della Corte, il cui significato verrà meglio chiarito ai paragrafi seguenti
- (2) La tesi privilegiava l'esigenza di efficienza e rapidità dell'agire assembleare, sottolineando peraltro che, a ragionar diversamente (cioè a considerare i poteri presidenziali derivati dall'assemblea), si sarebbe finito per svalutare notevolmente il ruolo del presidente, i cui provvedimenti sarebbero stati sostituibili con decisioni adottate dall'assemblea nell'esercizio diretto dei propri poteri: MORANO, *Il presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Società*, 2000, 406; GRIPPO, *L'assemblea nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 16, Torino, UTET, 1985, 365 ss.; PETTITI, *Note sul presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1963, 481 ss.; PACIOTTI, *Osservazioni intorno alla natura e funzioni del presidente dell'assemblea*, in *Temi*, 1966, 354 ss.; SCOTTI CAMUZZI, *I poteri del presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Riv. int. sc. ec. comm.*, 1963, 907 ss. Dopo la riforma societaria, a favore dell'autonomia dei poteri presidenziali, v. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, Zanichelli, 2004, 275; FIORIO, *Commento sub art. 2371*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, Zanichelli, 2004, 557; dubbioso, al riguardo, BUSANI, *Commento sub art. 2371*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, CEDAM, 2005, 486
- (3) L'opinione perseguiva esigenze di democraticità e tutela delle minoranze contro possibili abusi del presidente e trovava un proprio fondamento nel principio di sovranità dell'assemblea, la cui volontà doveva prevalere su quella del presidente, ridotto a "strumento" di funzionamento dello stesso organo assembleare: SALANITRO, *Il*

presidente dell'assemblea nelle società di capitali, in *Riv. soc.*, 1961, 974 ss.; CENNI, *Presidente di assemblea di società per azioni*, in *Contr. impr.*, 1993, 849 ss.; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, Zanichelli, 2001, 239. In giurisprudenza: Cass., 30 ottobre 1970, n. 2263, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 191

(4) Si allude, sotto questo profilo, alla spinosa questione (che in questa sede potremo richiamare soltanto indirettamente per connessione all'argomento: v. paragrafo 4) relativa alla necessità della sottoscrizione del verbale da parte del presidente ovvero alla sufficienza della sottoscrizione del notaio verbalizzante

(5) "L'attività del presidente è caratterizzata sì da una certa discrezionalità, ma sempre nell'ambito di un quadro generale di riferimento tracciato dalla legge e/o dallo statuto": ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, Giuffrè, 2005, 64. Dello stesso avviso DI AMATO, *Commento sub art. 2371 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, diretto da Lo Cascio, IV, Milano, Giuffrè, 2003, 333, secondo il quale il presidente non può più considerarsi oggi come un semplice interprete della volontà degli intervenuti all'assemblea

(6) Così anche MASSA FELSANI, *Il ruolo del presidente nell'assemblea della s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2004, 23 s.: "il ruolo forte che oggi il legislatore assegna al presidente acquista un significato percepibile non soltanto sotto il profilo pratico...; quel ruolo infatti si pone a completamento anche di un'apertura sistematica improntata al riconoscimento del valore organizzativo della deliberazione, in una visione sempre più marcatamente oggettiva del procedimento assembleare"

(7) Prima della riforma, SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo Portale, 3, Torino, UTET, 1994, 128 ss.; *contra*, FRÉ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja Branca, Bologna, Zanichelli, 1972, 321 ss

(8) È la Corte stessa a denunciare l'incompletezza del verbale "da cui si ricava solo che vi fu diversità tra il numero dei presenti e quello dei partecipanti alle votazioni" e "non consente di stabilire se e quando alcuni soci si siano eventualmente allontanati, in occasione della prima o della seconda votazione". Dopo la riforma delle società, peraltro, una dottrina ha già segnalato l'opportunità di rinnovare la verifica del *quorum* costitutivo "sino a quando la divergenza tra la situazione iniziale e quella successiva sia talmente evidente da non poter sfuggire al presidente: il quale, omettendo di intervenire, mancherebbe ai suoi doveri di fedeltà e correttezza nei confronti della società": ALAGNA, (nt. 5), 104

(9) L'espressione usata dalla Corte assume qui notevole importanza perché suggerisce l'idea che il metodo dell'alzata di mano sia quello previsto di *default* dallo statuto e non imposto come unico e vincolante

(10) Si ricorda che da una parte si affermava la sovranità dell'assemblea nella scelta del sistema di votazione, lasciando uno spazio all'autonomia del presidente solo in caso di inerzia di quest'ultima (cfr., per tutti, GRIPPO, (nt. 2), 358), dall'altra parte si difendeva la prerogativa presidenziale originaria della scelta del metodo di votazione (SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a. - Profili procedurali*, III, *Il voto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo Portale, 3, Torino, UTET, 1994, 297 ss.)

(11) Così ALAGNA, (nt. 5), 52; GALGANO, (nt. 2), 275; RESCIO, *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in *Diritto delle società di capitali (Manuale breve)*, Milano, Giuffrè, 2003, II, 3, 112

(12) ALAGNA, *ibidem*; LAURINI, *Poteri e responsabilità nella formazione delle delibere assembleari*, Napoli, ESI, 2003, 60 ss

(13) Così si esprime anche MASSA FELSANI, (nt. 6), 248: "se il riconoscimento in capo al presidente del potere di effettuare la scelta del sistema di votazione e dunque di adottare eventuali correttivi è soluzione per molti versi tranquillizzante, con riferimento alle operazioni di controllo della legittimazione al voto quel riconoscimento appare sempre più necessario"

(14) Prima della riforma, PETTITI, (nt. 2), 502 ss.; *contra*, CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, Giappichelli, 2003, 122. Dopo la riforma, v., per tutti, ALAGNA, (nt. 5), 161, il quale fa leva sull'esigenza pratica di "evitare inutili lungaggini e defatiganti procedimenti di annullamento"

(15) "Rettifica" da intendersi qui non nel senso tecnico di cui all'art. 1432 c.c., ma in quello comune di correzione di dati errati

(16) E questo con la dottrina dominante (cfr., per tutti, GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, VII, Padova, CEDAM, 1988, 231 ss.) secondo cui alla delibera assembleare, quale atto giuridico unilaterale formato da più dichiarazioni unilaterali, si applicano, in quanto compatibili, le norme sui contratti, a prescindere dalle rivendicazioni di autonomia strutturale della delibera assembleare rispetto alla categoria del negozio giuridico, avanzate da alcuni Autori (FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, Giuffrè, 1973, 48 ss.; MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo Portale, Torino, UTET, 1993, 6, 46 ss.)

(17) In questo senso già CENNI, (nt. 3), 869 ss., e ora ALAGNA, (nt. 5), 161. Sulla natura costitutiva o dichiarativa della proclamazione, v. *amplius* par. 4

(18) ALAGNA, *ibidem*

(19) Sul punto vi è una sostanziale concordia in dottrina: MASSA FELSANI, (nt. 6), 27 ss.; ANGELICI, *Società per azioni*, in *Enc. del dir.*, Milano, Giuffrè, 1990, XLII, 987; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1979, 88 ss.; ID., (nt. 2), 363 ss. In senso critico verso l'eccesso di formalismo del procedimento anche nelle situazioni in cui manchi la collegialità: OPPO, *I contratti parasociali*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, CEDAM, 1992, 164

(20) "Il dubbio sugli eventuali vizi... non ne giustificano la obliterazione da parte ... della stessa assemblea", anche se poi la stessa Corte riconosce, a prima vista in modo contraddittorio, "alla medesima assemblea l'esercizio spontaneo e preventivo di un siffatto potere di sostituzione"

(21) La Corte prima parla di revoca della precedente deliberazione, poi di sostituzione della delibera viziata, quindi di "potere di autoannullamento delle deliberazioni invalide", e infine di "rinnovazione"

(22) Cfr., per tutti, REVIGLIONE, *La sostituzione delle deliberazioni invalide dell'assemblea di s.p.a.*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, Giuffrè, 1995, 30 s.; *contra*, CHIOMENTI, *L'annullamento delle proprie deliberazioni invalide da parte degli enti collettivi nel pensiero della Cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 423

(23) GALGANO, (nt. 2), 281

(24) L'effetto sanante della delibera sostitutiva non va confuso con la rinnovazione degli atti giuridici: mentre il primo comporta la conservazione della precedente delibera invalida, la rinnovazione è "la manifestazione rinnovata del potere dispositivo dei contraenti originari" (REVIGLIONE, (nt. 22), 18), che già compete all'assemblea in forza dei principi generali dell'autonomia privata

(25) GRISENTI, *Note sull'art. 2377, ultimo comma, c.c. e sulle "deliberazioni implicite" nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1968, 602 s.; REVIGLIONE, (nt. 22), 83, secondo il quale, peraltro, "l'effetto "modificativo", che in taluni casi deve riconoscersi alla delibera sostitutiva, non si pone affatto in contrasto con la natura "confermativa" di questa, ma anzi, proprio in quanto consente di evitare la pronuncia di annullamento, costituisce il presupposto indispensabile perché la medesima delibera "sostitutiva" possa esplicare compiutamente la sua funzione, di conservare, nella maggior misura possibile, il "valore" espresso dalla delibera invalida"

(26) La novella legislativa ha confermato la tesi di coloro che, in epoca precedente, ritenevano possibile la sostituzione della delibera nulla: GRIPPO, (nt. 2), 423; SCANNICCHIO, *La rinnovazione di deliberazione assembleare nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, II, 403 ss.; Cass., 6 luglio 1953, n. 2133, in *Giust. civ.*, 1953, 2373; App. Napoli, 17 gennaio 1974, in *Dir. giur.*, 1975, 459; Cass., 13 giugno 2000, n. 8036, in *Mass. giust. civ.*, 2000, 1287; *contra*, ANGELICI, (nt. 19), 991; PAVONE-LA ROSA, *La rinnovazione delle deliberazioni assembleari invalide*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, 885; REVIGLIONE, (nt. 22), 135. Tuttavia la previsione di cui all'art. 2379, ultimo comma, c.c., mette in crisi il tradizionale istituto della nullità, prevedendo una sanatoria che contrasta con l'idea secondo cui una delibera nulla dovrebbe ritenersi priva di effetti sin dall'inizio e dovrebbe esser radicalmente insanabile. Per cercare di superare l'impasse, i commentatori post-riforma hanno parlato di nullità "speciale" che "della omonima figura di diritto comune conserva ben poco" (ZANARONE, *L'assemblea*, in AA. Vv., *Diritto commerciale*, Bologna, Monduzzi, 2004, 184). GALGANO, (nt. 2), 282, con riferimento alla nullità della delibera di nomina degli amministratori, sembra interpretare l'inciso "in quanto compatibili" dell'articolo in commento nel senso che la sostituzione possa riguardare solo il caso della nullità per mancata convocazione dell'assemblea, e non quella per impossibilità o illiceità dell'oggetto. In effetti, questa interpretazione sembra preferibile anche su un piano più generale, dovendosi cioè ritenere che l'istituto operi solo con riguardo all'omessa convocazione assembleare o alla mancanza del verbale: già prima della riforma, v. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, X, 3, Torino, UTET, 1971, 481; FRÉ, (nt. 7), 422 ss.; Cass., 10 marzo 1983, n. 1794, in questa *Rivista*, 1984, II, 31; Trib. Milano, 2 luglio 1964, in *Tem*, 1964, 608

(27) REVIGLIONE, (nt. 22), 107 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. L'Autore giunge anche per questa via ad ammettere la delibera sostitutiva implicita, desunta cioè implicitamente sulla base e sul presupposto di quella invalida, purchè nel rispetto delle regole dettate per l'adozione di quest'ultima

(28) Par quasi che i Giudici vogliano aderire alla tesi secondo cui l'intenzione di sostituire la delibera deve esser presente nell'avviso di convocazione e quindi specificata nel verbale: App. Milano, 30 maggio 1952, in *Foro pad.*, 1953, I, 60; App. Bologna, 10 luglio 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 23. Cfr. anche Trib. Bologna, 27 giugno 1974, in questa *Rivista*, 1975, II, 222, ove vengono individuati, quali presupposti della sostituzione, la consapevolezza del vizio della deliberazione e la volontà di convalidarla con effetto *ex tunc*

(29) La delibera sostitutiva deve comunque riguardare lo stesso oggetto astratto della delibera sostituita: v., da ultimo, GUERRIERI, *Commento sub art. 2377 c.c.*, in *Commentario. breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, CEDAM, 2007, 454

(30) REVIGLIONE, (nt. 22), 94 ss., ove si svaluta l'elemento soggettivo della volontà sanante per enfatizzare quello oggettivo contenutistico e procedimentale

(31) CHIOMENTI, (nt. 22), 424; REVIGLIONE, (nt. 22), 132, secondo il quale, coerentemente con i principi generali dell'autonomia privata, la revoca sarebbe possibile fino all'avvenuta esecuzione della delibera in questione. Dopo la riforma delle società, l'istituto della revoca è contemplato espressamente nell'art. 2437-bis, ultimo comma, c.c.

(32) CHIOMENTI, *ibidem*; GALGANO, (nt. 2), 281, secondo il quale sia l'annullamento, sia la deliberazione sostitutiva travolgerebbero i diritti dei soci. Tuttavia, in senso dubitativo riguardo alla sostituzione, v. BERNABAI, *Le impugnative di delibere assembleari e degli atti di amministrazione (I parte)*, in *Società*, 2006, 152: "Se la si assimila all'annullamento dovrebbe avere efficacia retroattiva. Se ad un'abrogazione, si dovrebbe pervenire alla conclusione contraria"

(33) Si veda, in particolare, Cass., 21 ottobre 1987, n. 7754, in *Società*, 1988, 28, anche se con riferimento ad una associazione non riconosciuta

(34) REVIGLIONE, (nt. 22), 119 ss

(35) REVIGLIONE, (nt. 22), 132

(36) Sulla possibilità per i privati di stipulare negozi risolutivi di altri negozi, LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, Giuffrè, 1980, 349 ss

(37) Così anche Cass., 7 febbraio 1979, n. 818, in questa *Rivista*, II, 757, secondo la quale ciò che rileva è che la nuova decisione "a prescindere dal valore formale delle parole adottate si traduca sostanzialmente nella sostituzione di quella invalida"

(38) Secondo la Corte "non pare consentito... che... si proceda a deliberare nuovamente su un punto appena deciso, aprendo così la strada a ripensamenti tardivi da parte di questo o quel partecipante al voto"

(39) Le virgolette sono giustificate dal fatto che, ontologicamente, uno solo può essere

l'atto conclusivo del procedimento

(40) CIAN, (nt. 14), 118; BUTTARO, *Considerazioni sull'inesistenza delle delibere assembleari*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, Giuffrè, 1969, 2777; dopo la riforma, v. MASSA FELSANI, (nt. 6), 254 ss

(41) TRIMARCHI, *Invalidità delle delibere di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1958, 65

(42) LAURINI, (nt. 12), 81; REVIGLIONE, (nt. 22), 157 ss., il quale sottolinea anche che, dopo la riforma, non è previsto un procedimento formale di proclamazione

(43) Tesi largamente seguita in giurisprudenza: Cass., 26 giugno 1956, n. 2286, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, 4; Cass., 25 ottobre 1958, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 869; Cass., 28 novembre 1981, n. 6340, in questa *Rivista*, 1982, II, 424; Cass., 17 gennaio 2001, n. 560, in *Giur. it.*, 2001, c. 1179

(44) OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 109 ss.; MISEROCCHI, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, CEDAM, 1969, 219 ss

(45) Così anche GALGANO, (nt. 2), 277

(46) Si veda Trib. Torino, 30 giugno 1998, in *Giur. it.*, 1999, 786, ove si ribadisce che fino alla scioglimento della riunione, l'assemblea può revocare una precedente decisione ed approvarne altre di contenuto differente

(47) RESCIO, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, in questa *Rivista*, 1990, I, 834. Per una sintetica ricostruzione delle teorie relative alla natura giuridica del verbale, TRINCHILLO, *Verbale di assemblea e funzione notarile*, in *Studi e Materiali*, Milano, supplemento 2/2004, 127 ss

(48) FERRARA, *Il verbale di assemblea di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1957, 12;

GRIPPO, *Il verbale notarile di assemblea e la sua sottoscrizione*, in questa *Rivista*, 1989, II, 836; MISEROCCHI, (nt. 43), 205. V. anche BUSANI, (nt. 2), 511; BARBARITO, *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, Zanichelli, 2004, 592

(49) MALTONI, *Il verbale di assemblea*, in *Notariato*, 2003, 595 ss.; MASSA FELSANI, (nt. 6), 112 ss
