



*La natura programmatica della delibera di aumento di capitale ed i suoi riflessi sul regime della decorrenza dei termini di impugnazione*

di ANDREA PALAZZOLO

**SOMMARIO:** PREMESSA - 1. IL REGIME DELL'INVALIDITÀ NELLE S.P.A. E NELLE S.R.L. - 2. LA CLAUSOLA DI COMPATIBILITÀ DELL'ART. 2479-TER, COMMA 4, C.C.- 3. LA NATURA "PROGRAMMATICA" DI PROPOSTA CONTRATTUALE DELLA DELIBERA DI AUMENTO DI CAPITALE. - 4. LA DISTINZIONE TRA TERMINE DI IMPUGNAZIONE E TERMINE DI ISCRIZIONE. 5. UNA LETTURA POSSIBILE: LA DECORRENZA DALL'ISCRIZIONE DEL NUOVO CAPITALE.

**Premessa.** Una recente pronuncia della Suprema Corte (Cass., 24.05.2023, n. 14469) ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2479-ter, comma 4, e 2379-ter, comma 1, c.c., il termine per l'impugnativa dell'aumento di capitale sociale decorre, per le S.r.l., dall'iscrizione della relativa deliberazione nel registro delle imprese e non già dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci”*, risolvendo, apparentemente, un contrasto interpretativo derivante dal difficile coordinamento del regime delle S.r.l. rispetto a quello delle S.p.a. e spiegando come la decorrenza del termine dalla data di iscrizione nel registro delle imprese, senza ledere alcun principio fondamentale, consenta una migliore certezza e garantisca sia la tutela dei soci e dei terzi che il principio di stabilità delle deliberazioni societarie<sup>1</sup>. La Suprema Corte giunge a tale conclusione valorizzando la lettera dell'art. 2479-ter, comma 4, c.c., che richiama espressamente per l'impugnativa delle delibere di aumento di capitale la disciplina delle S.p.a., la quale dispone che l'azione non può essere

---

<sup>1</sup> In Giurisprudenza *ex multis* Cassazione civile sez. I, 27.02.2013, n.4946: “[...] è del tutto coerente con le esigenze di certezza e stabilità sottese alla disciplina delle società commerciali (massimamente, peraltro, quanto ad aspetti, come l'aumento del capitale, rilevanti nei confronti dei terzi creditori), la gestione delle quali rischierebbe di essere paralizzata dal propagarsi degli effetti della illegittimità delle delibere assembleari oltre un certo segno, salva ovviamente la tutela risarcitoria dei diritti dei soci di minoranza”; conf. Trib. Catanzaro, 17.10.2017; Trib. Roma, 21.12.2020, n. 37124; Trib. Roma, 8.10.2019; Trib. Roma, 26.04.2018, n. 2378.

proposta *“dopo che siano trascorsi centottanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese”*. Da ciò la Suprema Corte fa discendere la volontà del legislatore di omologare la disciplina delle S.r.l. a quella della S.p.a. con riguardo allo specifico caso della delibera di aumento di capitale, ritenuta di particolare rilievo per la vita sociale. Inoltre, in tal modo il perimetro di rilevabilità dei vizi della delibera è circoscritto ai soli *“casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza di verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto”* mediante espresso rinvio art. 2379 c.c. *A contrario*, per la Suprema Corte non residuerebbero ragioni per ritenere inapplicabile la predetta disciplina in ragione dell'esistenza della *“clausola di compatibilità”*, di cui all'art. 2479 ter, comma 4, c.c. Da qui discende l'argomento per il quale le caratteristiche della S.r.l., *“non possono avere alcuna incidenza, né diretta né indiretta, sul diverso profilo della decorrenza di un termine decadenziale che obbedisce, invece, alla diversa esigenza di rendere, da un lato, facilmente percepibile dai soci e dai terzi interessati il contenuto di deliberazioni che rivestono particolare importanza nella vita societaria”*. Per la Suprema Corte l'iscrizione della delibera assembleare nel Registro delle imprese rileva, da un lato, rispetto al regime e all'effettività della responsabilità patrimoniale della società e alla tutela dei diritti dei terzi e, dall'altro lato, rispetto alla certezza e incontrovertibilità della consistenza patrimoniale della società. Con riguardo a tale ultimo aspetto, la Suprema Corte osserva come il combinato disposto dell'art. 2479-ter, comma 4, c.c. e dell'art. 2379-ter, comma 1, ha il merito di fissare con precisione il *dies a quo* dell'impugnativa, agganciandolo a una forma pubblicitaria che non è conseguente a una attività degli amministratori e che non necessita di una richiesta di ispezione dei libri sociali ex art. 2476, comma 2, c.c. La Suprema Corte sostiene, quindi, che è proprio la natura della deliberazione di aumento del capitale sociale, come tale *“modificativa dello statuto e della consistenza patrimoniale della società, che induce a privilegiare la tesi della decorrenza del termine dalla iscrizione della relativa delibera assembleare nel Registro della imprese, perché soluzione idonea ed adeguata a conciliare maggiormente gli interessi dei soci con quelle*

*dei terzi, entrambi diretti alla migliore conoscenza e alla certezza delle vicende sociali*".

Pertanto, conclude la Suprema Corte, è certamente da preferire un regime di pubblicità certo e affidabile piuttosto che un regime di pubblicità c.d. interno, come suggerito anche dall'intervenuta soppressione da parte del legislatore dell'obbligatorietà della tenuta del libro soci per le s.r.l.<sup>2</sup>.

**1. Il regime dell'invalidità nelle S.p.a. e nelle S.r.l.** La differente formulazione delle norme che regolano l'invalidità nelle S.p.a. e nelle S.r.l., che contiene solo parziali richiami alla prima, pone alcuni problemi di coordinamento e coerenza. La norma dell'art. 2479-ter, c.c., infatti, prevede al primo comma che il termine di impugnazione decorra dalla data della trascrizione della delibera nel libro sociale, distinguendo, a seconda del vizio, in 90 giorni o tre anni (comma 3) a partire da tale momento, così distinguendosi dalla omologa disposizione dell'art. 2377, comma 3, c.c., a mente della quale: "*L'impugnazione o la domanda di risarcimento del danno sono proposte nel termine di novanta giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro novanta giorni dalla data di questo*". Occorre specificare, a completamento di tale ricognizione, come l'art. 2379-ter c.c., espressamente richiamato ove compatibile dall'art. 2479-ter c.c., preveda che il termine di 180 giorni per l'impugnazione delle delibere di aumento di capitale decorra dalla data di loro iscrizione nel registro delle imprese nei casi previsti dall'art. 2379 c.c. (ovvero in quelli di nullità).

La *ratio* di tale distinzione si suole cogliere nella diversità dei due modelli<sup>3</sup>; l'uno, la S.p.a., astrattamente connotato da una maggiore frammentazione del

---

<sup>2</sup> L. n. 2 del 2009 ha infatti previsto la soppressione dell'obbligo della tenuta del libro soci per le Srl: D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 16, comma 12-septies, lett. a, convertito con modificazione della predetta l. n. 2/2009

<sup>3</sup> Rispetto a tale tema è necessario ricordare che, a partire dagli anni 70, si sono mossi per primi gli Stati Uniti d'America attribuendo alle *corporation* non quotate una notevole flessibilità per adeguarle ai bisogni dell'impresa e dei soci, così prevedendo il modello della *limited liability company (L.t.d.)*. In Gran Bretagna, con il *Companies Act* del 1985, fra le tante, è stata prevista una disciplina semplificata del procedimento assembleare e con la possibilità di assumere

capitale e, dunque, da una minore partecipazione del socio alle vicende sociali, sicché egli potrebbe non prendere parte alle relative decisioni assembleari, mentre l'altro, la S.r.l., caratterizzato da soci in teoria maggiormente attivi e dotati anche del diritto di controllo individuale, sicché più agevole sarebbe, da parte loro, acquisire contezza della delibera, una volta allibrata<sup>4</sup>. È stato anche sostenuto che la possibilità di consultazione scritta o consenso espresso per iscritto, ammessi nelle S.r.l., porrebbero quale necessario termine il relativo consolidamento sul libro sociale, essendo sino a tale data altrimenti del tutto incerto il contenuto della delibera<sup>5</sup>.

---

decisioni fuori dall'assemblea, ma documentare per iscritto. La Francia a seguire nel 1994 ha introdotto il modello delle *société par actions simplifiée*, nel quale sono rimessi all'autonomia privata importanti segmenti di disciplina come la forma libera delle decisioni. Al pari in Germania è prevista una netta distinzione tra la disciplina dell'*aktienGesellschaft* e la larga flessibilità del modello della società a responsabilità, diffusa tra le piccole e medie imprese. Con la rinnovata GmbHGesetz si è ribaltato il principio di generale imperatività dell'assunzione delle decisioni in assemblea e si è consentito di prenderle con atto scritto senza convocazione. In Italia, la riforma del 2003 ha avviato il distacco della società per azioni dalla società a responsabilità limitata, poi accentuato con gli ulteriori interventi legislativi. Si veda, G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario. Atti del Convegno di studi Padova – Abano Terme 5-7 giugno 2003*, CEDAM, Padova, 2004; D. CORAPI, *La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di common law e modello comunitario*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario. Atti del Convegno di studi Padova – Abano Terme 5-7 giugno 2003*, CEDAM, Padova, 2004; A. GAMBINO, *Relazione introduttiva*, in *La Riforma del Diritto Societario dieci anni dopo. Atti del Convegno, Milano, 13-14 Giugno 2014; Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2015.

<sup>4</sup> V. SPADA, *C'era una volta la società...*, in *Riv. dir. not.*, 2004, 1; D'AMBROSIO, *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Dir. fall.*, 2004, 393; BARALIS, *La nuova società a responsabilità limitata: hic manebimus optime. Spunti di riflessione sul problema delle lacune di disciplina*, in *Riv. not.*, 2004, 1099; ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58; BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1062; SACCHI, *Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 69; D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 34; FERRARO, *La società a responsabilità limitata, fra principio di tipicità e flessibilità modulare*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 487; DI SABATO, *Autonomia privata e tipicità delle società*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, PIZZIGATI, *L'autonomia statutaria nella s.r.l., nuovo modello tra società personali e s.p.a.*, in *Dir. fall.*, 2004, 552; V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, a cura di Buonocore, Torino, UTET, 2003, 159; V. MAGLIULO, in *A.a.V.v.*, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2003, 273.

<sup>5</sup> Da ultimo il Tribunale di Roma 29.12.2022 *"Il legislatore ha enfatizzato nelle s.r.l. una maggiore rilevanza personale dei rapporti tra i soci, tanto da rendere il metodo assembleare necessario solo per alcune particolari situazioni specifiche. I soci di s.r.l. possono infatti prevedere l'adozione di diversi modelli decisionali, salva l'insopprimibile esigenza che le decisioni vengano comunque espresse in atti scritti, soprattutto per assicurare la tempestiva informazione in merito. Per essere validamente posta in essere, la decisione dei soci necessita di una apposita clausola statutaria, la quale deve prevedere che i soci possano adottare le "decisioni" mediante consultazione scritta o consenso iscritto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2479, comma 3, c.c."*. *Giur. Imprese*.

Tale tesi, tuttavia, è stata criticata da chi ha evidenziato come, in momenti di contrasto accade frequentemente che gli amministratori facciano ostruzionismo, spesso costringendo i ricorrenti ad azioni cautelari<sup>6</sup>, la cui conclusione tendenzialmente non interviene entro il termine di impugnazione della delibera, fermo restando che, come si vedrà dopo, potrebbe qui trovare applicazione quanto previsto dall'art. 2935 c.c., che collega la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza alla possibilità di far valere il diritto.

È stato opportunamente rilevato come, almeno per quanto riguarda i vizi a 'legittimazione estesa' <sup>7</sup>, i terzi rispetto alla società potrebbero non avere mai notizia dell'avvenuta trascrizione, senza avere alcun diritto di richiedere un'ispezione, ponendosi persino problemi di legittimità costituzionale della norma e suggerendo che, per quanto riguarda le delibere soggette ad iscrizione, sia a quest'ultimo momento, che dà certezza della trascrizione, che debba farsi riferimento; ciò a maggior ragione laddove la legge preveda, come nelle delibere di modificazioni dell'atto costitutivo, che queste ultime acquistino giuridica esistenza proprio con tale adempimento. Tesi, quest'ultima, che sembra essere stata sposata dalla suprema Corte<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> V. DI CATALDO, *Trascrizione a libro delle delibere e assembleari e delle decisioni dei soci e decorrenza del termine per l'impugnazione*, in Studi in onore di P. Abbadessa, UTET, Torino, 2014, 745 ss.; G. ARIETA, *La sospensione cautelare ex art. 2378, terzo e quarto comma, c.c. Profili processuali*, in [www.fondazione-notariato.it](http://www.fondazione-notariato.it). secondo il quale "se il provvedimento di sospensione della delibera assembleare presenta, per alcuni versi, caratteristiche di self execution, per altri versi potrebbe richiedere la necessità di una vera e propria attuazione in relazione, ad esempio, alla effettiva iscrizione del dispositivo nel Registro delle imprese. Se l'iscrizione non è richiesta dagli amministratori della società, è possibile che il giudice della cautela, a seguito di ricorso per l'attuazione ex art. 669-duodecies c.p.c., disponga l'invio al Registro del dispositivo del provvedimento da parte della cancelleria".

<sup>7</sup> Con riguardo alle delibere consiliari, si osserva che la configurabilità di una legittimazione estesa a chiunque vi abbia interesse è stata criticata dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza; si veda: G.D. MOSCO, Sub art. 2388 cod. civ., in Niccolini - Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, Commentario, Napoli, 2004, 633; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1992, 380; PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, in Abbadessa - Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II, 521 ss.; M. VENTORUZZO, Sub art. 2388 c.c., in Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007, 319 ss.; G. GUERRIERI, Sub art. 2388 cod. civ., in Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II, 734 ss.; PATRIARCA, *Le delibere consiliari viziate*, in *Annali dell'Università del Molise*, Napoli, 2005, 675 ss. In giurisprudenza si veda Trib. Ferrara, 22 dicembre 2006, in *Rds*, 2008, 598 e Trib. Milano, 19 febbraio 2009, in *Società*, 10, 2009, 1269 ss., con nota di CENTONZE.

<sup>8</sup> S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006; F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della S.p.A.*, Milano, 2007; R. TUCCILLO, *La sospensione*

Fatte queste premesse può passarsi ad affrontare il tema in questione.

## **2. La clausola di compatibilità dell'art. 2479-ter, quarto comma, c.c.**

Si pone un tema di corretta delimitazione del potere interpretativo del giudice, laddove la norma dell'art. 2479-ter c.c.<sup>9</sup> fa riferimento al concetto di trascrizione nel libro sociale<sup>10</sup>, *in thesi* diverso da quello di iscrizione nel registro delle imprese, e si sostiene che un dato sistematico, quale l'esigenza di una maggiore certezza e stabilità delle delibere societarie, non possa superare il dato letterale della norma, specie considerando che la cd. "*clausola di compatibilità*" consente il richiamo alle norme in materia di S.p.a. "*in quanto compatibili*", e ciò non ricorrerebbe per la radicale diversità dei due sistemi. Di qui l'esigenza di scrutinare l'esatto senso di tale riserva di compatibilità, i cui confini appaiono ancora incerti, al di là della risoluzione della questione specifica.

Il tema delle lacune della riforma delle società del 2003 (d.lgs. n.6 del 17.1.2003) è generalmente prospettato con riferimento alla disciplina delle S.r.l., priva - ad esempio - di una disposizione (equivalente) come l'art. 2394 c.c. sulla responsabilità verso i creditori sociali o l'art. 2409 c.c. sulla denuncia in tribunale. Occorre, quindi, comprendere se la 'mancata disciplina' di un fenomeno, che impatta sul funzionamento della S.r.l., si possa considerare una 'lacuna normativa non voluta', colmabile con l'utilizzo dell'analogia *legis* o *iuris* o se, invece, il legislatore abbia volutamente non previsto la disciplina di quel fenomeno, svolgendo così un generale rimando concettuale alla disciplina delle S.p.a. con

---

*dell'esecuzione delle deliberazioni assembleari*, in Codice delle misure cautelari societarie, a cura di L. Nazzicone, Torino, 2012; U. COREA, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionali*, Torino, 2008; ID., *sub. art. 2378*, in Commentario del codice civile, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015; A. SCALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in Il nuovo diritto delle società, *Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, II, Torino, 2006; I. KUTUFA, *La sospendibilità di delibere assembleari già eseguite*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 78 ss.; R. SACCHI, A. VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove S.p.A.*, a cura di Cagnasso e Panzani, I, Bologna, 2010; A. BERTOLOTTI, *Assemblea*, in *Assemblea e amministratori*, a cura di G. Cavalli, Torino, 2013, 334 Ss.

<sup>9</sup> V. REVIGLIONE E RAINELLI, *sub art. 2479-ter*, in Il nuovo diritto societario a cura di Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, Vol. 2, 1936.

<sup>10</sup> Libro che assume solo la funzione di "*pubblicità interna*" alla società ZANARONE, in Commentario Gabrielli, Milano, 2015, 1406, D. ARCIDIACONO, *sub art 2479 ter*, in Commentario del Codice Civile diretto da E. Gabrielli, Tomo 30, pag. 854 e seguenti.

una implicita e generale “*clausola di compatibilità*”<sup>11</sup>. La delineata metodologia di indagine sul tema ha lo scopo principale di evitare che si possa giungere a un appiattimento del tipo sociale delle S.r.l. a quello delle S.p.a.; pericolo conseguente al prevalere delle decisioni basate esclusivamente sul convincimento soggettivo dell’interprete, che di volta in volta giudica in ragione delle esigenze di tutela rilevate e ritenute più urgenti.

La prospettata questione giuridica può essere risolta se si pone rilievo alle evidenze risultanti dalla deduzione per la quale se le lacune determinano una ‘contrarietà’ (“*planwidrige*”)<sup>12</sup> dello statuto delle S.r.l. all’instaurato nuovo complesso normativo e, quindi, impediscono allo stesso di esprimere efficacemente la *ratio* legislativa propria della riforma, esse possono considerarsi come ‘non volute’ e, quindi, è necessario ricorrere allo strumento dell’analogia. Diversamente, se le ‘lacune sono volute dal legislatore’, l’interprete non può limitarsi all’uso occasionale e soggettivo dell’analogia, ma occorre che trovi la corretta chiave di lettura della lacuna, che sia aderente allo spirito della novella normativa. È importante precisare che tale metodo di analisi delle lacune non può svolgersi facendo un confronto tra vecchia e nuova normativa della S.r.l., ma è opportuno avere riguardo soltanto alla novellata disciplina e ai lavori preparatori, perché altrimenti il rischio sarebbe quello di perdere di vista l’approdo al quale il legislatore vuole giungere con la riforma, cui occorre dare sostegno interpretativo nella sua concreta applicazione<sup>13</sup>.

Tanto premesso dal punto di vista metodologico, appare corretta la comune considerazione secondo cui la nuova disciplina della S.r.l. – per quanto ampliata – sia ancora largamente dipendente da quella della S.p.a. Infatti, sono complessivamente 45 gli articoli dello statuto delle S.p.a. richiamati dalla

---

<sup>11</sup> C. ANGELICI, *Relazione di Sintesi*, in *La Riforma del Diritto Societario dieci anni dopo*. Atti del Convegno, Milano, 13-14 Giugno 2014; *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 2015.

<sup>12</sup> C. W. CANARIS, *Die Festsetzung von Lücken im Gesetz*, 2nd edn, Dunckner & Humboldt 1983, p. 30: “Eine Lücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des positive Rechts (d.h. des Gesetzes innerhalb der Grenzen seines möglichen Wortsinnes und des Gewohnheitsrechts)” (traduzione: “Una lacuna è un’incompletezza del diritto positivo (cioè del diritto nei limiti del suo possibile senso letterale e del diritto consuetudinario)”.

<sup>13</sup> ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 1, Milano, 2012, 215 ss.

disciplina delle S.r.l.<sup>14</sup>. Si tratta, però, di rinvii di vario genere e grado. In molti casi sono puntuali e fanno riferimento a specifici articoli e commi e sono introdotti da formule dirette come ad esempio “*si applicano*”, “*a norma*” e similari (si veda: artt. 2465, comma 3; 2468, comma 5; 2471-*bis* c.c.); altri richiami sono, invece, rinvii mediante espressa “*clausola di compatibilità*”, con formule come “*si applicano, in quanto compatibili,*” (si veda: artt. 2479-*ter*, comma 4, 2482-*bis*, comma 6, c.c.); inoltre, è prevista l’applicazione della disciplina complessiva del collegio sindacale nelle società per azioni nei casi in cui questo sia obbligatorio anche nelle S.r.l. (art. 2477, comma 4, c.c.). Ne consegue che, a differenza dei richiami diretti, ogni qual volta si è in presenza di una clausola di compatibilità specifica, l’interprete dovrà svolgere, in ragione dei fatti di causa, un giudizio sui canoni ermeneutici discussi. Quindi, la novella richiama lo statuto della S.p.a. in maniera differente con l’obiettivo di riprendere gli elementi caratterizzanti il tipo società di capitali che possono essere più utili al funzionamento della S.r.l. Tali norme possono, quindi, essere qualificate come “*transtipiche*”<sup>15</sup> per la loro valenza interpretativa estensiva e la funzione trasversale, pensate, quindi, dal legislatore per trovare applicazione anche al di fuori della disciplina del tipo per il quale sono state previste (“*principio di transtipicità della norma*”). Rispetto alla natura transtipica di dette norme, la “*clausola di compatibilità*” è lo strumento che consente all’interprete di svolgere le proprie valutazioni rispetto allo specifico rinvio indicato dal legislatore.

Per quanto di interesse si noti come il legislatore all’art. 2479-*ter*, comma 4, abbia previsto come “*ove compatibili*” i rinvii allo statuto delle S.p.a. solo di alcune specifiche norme in tema di nullità delle delibere. Più nel dettaglio, non è richiamato l’art. 2379 c.c. che disciplina la nullità nelle S.p.a., ma sono, invece, richiamati gli artt. 2379-*bis*, 2379-*ter*, rispettivamente in tema di sanatoria della

---

<sup>14</sup> ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber Amicorum G. F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale vol. 1, Torino, 2006, p. 73 ss.

<sup>15</sup> CAGNASSO, relazione al Convegno di Courmayeur del settembre 2018 dal titolo *Profili organizzativi e disciplina applicabile alle s.r.l. P.M.I.*; ZANARONE, *La società a responsabilità limitata. un modello “senza qualità”?* (un ideale dialogo con Oreste Cagnasso) in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi: studi in onore di Oreste Cagnasso*, diretto da Irrera, Torino 2020, p.19.

nullità e invalidità delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e della emissione di obbligazioni. L'omesso richiamo alla disciplina dell'art. 2379 c.c. sembrerebbe una 'lacuna voluta' dal legislatore, così da far prevalere la disciplina dell'art. 2479-ter, che, tuttavia, potrebbe retrocedere dinanzi alle previsioni degli artt. 2379-bis, 2379-ter, se ritenuti prevalenti nel giudizio di compatibilità. Quindi, dai richiami riscontrati occorre fare attenzione nel ritenere sempre esistente una 'generale clausola di compatibilità' tra statuti delle S.p.a. e delle S.r.l., poiché nel caso dell'art. 2379 c.c. questa non potrebbe operare. Invero, sarebbe più corretto sostenere l'esistenza di un richiamo indiretto all'art. 2379 c.c., poiché la disciplina degli artt. 2379-bis, 2379-ter, richiamata dall'art. 2479-ter, c.c., specifica il regime generale della nullità nelle S.p.a.

Da quanto emerge, è possibile affermare che, ancora oggi, l'attuale assetto normativo è complessivamente poco coerente con il disegno programmatico della riforma del 2003, ossia quello di creare "un autonomo ed organico complesso di norme" (art. 3, lett. a, legge delega 03.10.2001, n. 366)<sup>16</sup>. Per questa ragione, la giurisprudenza nello svolgere il suo giudizio di compatibilità è stata cauta nel ritenere non applicabile lo statuto delle S.p.a., per non incorrere nell'errore di causare una mancanza di tutela ai soggetti interessati e di creare un generale squilibrio contenutistico-strutturale nello statuto delle S.r.l. Nella ricerca del corretto temperamento degli interessi, come nel caso in commento, l'interprete ha così dovuto elaborare un principio di diritto, per il quale vi è la compatibilità dello statuto delle S.p.a. su quello delle S.r.l., e, quindi, la

---

<sup>16</sup>F. VELLA, *I "vuoti" e i "pieni" della S.r.l.*, in *La riforma del diritto societario nella giurisprudenza delle imprese*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 404/2017, 199, per l'A.: "Un utile esercizio per descrivere l'evoluzione degli istituti societari può essere quello di trovare un filo conduttore nel lessico delle analisi dottrinali e degli interventi della giurisprudenza che a questi istituti hanno dedicato la loro attenzione; vedere, in altri termini, come sono stati 'raccontati'. Per le s.r.l. è questo un esercizio tutto sommato abbastanza semplice perché nel corso degli anni ricorrono con frequenza espressioni dal significato omogeneo come, limitandosi ad alcuni, certo non esaustivi, esempi, 'ibridazione', 'ambivalenza organizzativa', 'né di qua né di là'. E sono espressioni che riflettono la ormai ben nota ambiguità di un modello che sin dalla sua nuova vita di inizio secolo è apparso senza una specifica e ben delineata identità, alla ricerca di un difficile equilibrio tra spinte personalistiche e corporative; privo, come qualcuno ha efficacemente sottolineato di 'anima dura', e ricco, invece di 'praterie' dai confini alquanto incerti."

prevalenza del primo sul secondo, ogni qual volta la 'lacuna voluta' dal legislatore, possa creare incertezza sul regime di tutela degli interessi dei soggetti coinvolti<sup>17</sup>.

**3. La natura "programmatica" di proposta contrattuale della delibera di aumento di capitale.** Ai sensi dell'art. 2436, comma 5, c.c. la deliberazione di modificazione dell'atto costitutivo non produce effetti se non dopo l'iscrizione nel registro delle imprese<sup>18</sup> sicché, sino a tale data, non sarebbe esistente e come tale impugnabile. A tale argomentazione potrebbe opporsi, verso chi abbia partecipato all'assemblea, che egli è comunque giuridicamente vincolato dagli effetti della decisione, non avendo alcun apprezzabile interesse ad attendere che la medesima sia iscritta. Tale argomentazione si sposerebbe con la distinzione, operata dall'art. 2479-ter, comma 4, c.c., che richiama per i soli vizi di nullità, azionabili da chiunque vi abbia interesse, la decorrenza dalla data di iscrizione della delibera nel registro delle imprese. Vigerebbe, dunque, un 'doppio binario' che distingue, in ragione della gravità e natura del vizio e dello *status* dell'impugnante, la decorrenza del termine di impugnazione di una delibera soggetta a iscrizione nel registro delle imprese. La lettura combinata degli artt. 2436, comma 5, c.c.; 2479-ter, comma 4 c.c. e 2379-ter, pone, quindi, in risalto il tema della natura giuridica degli atti non ancora esistenti e degli effetti che possono spiegare nel periodo di transizione. Infatti, in tale 'limbo' si contrappongono due interessi, da un lato la necessità di preservare la stabilità delle decisioni adottate e prevenire un flusso costante di potenziali contestazioni, prima ancora del dispiegamento degli effetti dell'atto; dall'altro lato la necessità di tutelare tutte le posizioni soggettive esistenti da eventuali atti illegittimi e potenzialmente dannosi. Occorre, pertanto, in primo luogo indagare la natura

---

<sup>17</sup> Nel metodo giuscommerciaristico assume rilevanza l'esigenza di adattare la disciplina al miglior funzionamento degli istituti rispetto alle esigenze del commercio, anche in ragione della matrice consuetudinaria della materia e del metodo empirico che l'ha storicamente caratterizzata. Una chiara e approfondita ricostruzione del percorso storico e metodologico del diritto commerciale è contenuta in M. LIBERTINI, *Passato e presente del diritto commerciale*, Giappichelli, 2023, 1-513.

<sup>18</sup> F. GUERRERA, *sub* Art. 2436, in *Società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, 1099; M. NOTARI, *sub*. Art. 2436, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, II, Milano, 2016, 2481 ss.

della delibera di aumento di capitale per individuare correttamente il momento della sua esistenza e di conseguenza il *dies a quo* per la sua impugnazione.

Vi è unanime consenso sulla natura programmatica della delibera di aumento di capitale, che non può ritenersi esistente ed efficace *erga omnes* se non dopo il deposito e l'effettiva iscrizione nel registro delle imprese. Tuttavia, tale condizione sospensiva non impedisce che alla delibera possa darsi immediato seguito con una manifestazione di interesse alla sottoscrizione dell'aumento di capitale da parte dei soci. Questa è la ragione per la quale la delibera di aumento è stata associata dalla prassi a una 'proposta contrattuale'<sup>19</sup>, di per sé vincolante tra le parti e pertanto, efficace per quanto sottoposta alla condizione del successivo controllo dell'ufficio del registro e alla sua iscrizione. Tale interpretazione sostanzialistica non verrebbe ostacolata dalla lettura formale della disposizione, poiché si tratterebbe di una spontanea adesione dei soci<sup>20</sup>. Al riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto valido anche il patto con il quale il socio si vincoli a sottoscrivere per intero l'aumento di capitale programmato dalla società, ritenendo che la previsione sul diritto di opzione influisca non sulla validità del negozio giuridico in quanto tale, ma solo sulla sua efficacia, che sarebbe anche in questo caso condizionata<sup>21</sup>.

L'obbligazione del socio al versamento del capitale deriva, dunque, non tanto dalla assunzione della delibera di aumento, ma dall'adesione che questo manifesta successivamente e consistente nella sottoscrizione del nuovo capitale offertogli in opzione, ciò anche indipendentemente dall'aver egli concorso o meno, con il proprio voto, alla stessa deliberazione<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Cass., 20.08.1995, n. 9066, in *Società*, 1995, 1281; conf. App. Torino, 15.12.1982, in *Società*, 1983, 1143.

<sup>20</sup> Massima n. 7, del Consiglio Notarile di Milano, *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2007, 59.

<sup>21</sup> Cass., 14.04.2006, n. 8876, in *Foro it*, 2007, 3217; Cass., 19.10.2007, n. 22016, in *Giust. civ.*, Mass. 2007, 10 e in *Giust. civ.*, 2008, 3, 663

<sup>22</sup> Cass., 19.10.2007, n. 22016, in *Giust. civ.*, Mass. 2007, 10 e in *Giust. civ.*, 2008, 3, 663. In dottrina, si veda ACCETTURA, *La posizione del socio di s.r.l.*, in A.a.V.v., *La nuova s.p.a e la nuova s.r.l.*, fondazione Aristeia, Milano, 2004, 156; V. LENER - TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *La nuova s.r.l. Colà dove si puote?*, Bologna, 2003, 284;

La complessità della modifica statutaria dell'aumento del capitale sociale si coglie dalla circostanza che la delibera non comporta di per sé una modifica del capitale indicato nello statuto<sup>23</sup>, poiché essa può qualificarsi come detto in una semplice offerta programmatica, che definisce tempi e condizioni dell'aumento del capitale, subordinato alla sua effettiva sottoscrizione. L'art. 2436, comma 1, c.c., nel prevedere che l'attestazione vada fatta entro trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione, conferma quanto fin ora osservato circa gli effetti della delibera di aumento e della sottoscrizione. La modifica effettiva dell'atto costitutivo si ha, pertanto, solo successivamente alle sottoscrizioni, essendo solo questo il momento che rileva per i terzi dal combinato disposto 2436, comma 1, c.c., art. 2479-ter, comma 4, c.c. e 2379-ter c.c.<sup>24</sup>.

Deve, dunque, ritenersi invalido il deposito dell'atto costitutivo prima della raccolta delle sottoscrizioni e dell'attestazione da parte degli amministratori delle medesime. Di conseguenza, a nulla vale depositare uno statuto che prevede che il capitale sia stato solo deliberato, perché non ha alcun rilievo giuridico e pratico, vista la necessità di procedere al deposito del nuovo statuto in seguito alla sottoscrizione. Ragionevole appare, invece, l'ipotesi di adottare una delibera di aumento del capitale che contestualmente autorizzi l'organo di gestione a modificare lo statuto. In questo caso, si eviterebbe il deposito del nuovo statuto.

Nel caso di inerzia o di ostruzionismo degli amministratori l'attestazione va fatta dall'organo di controllo. Si consideri, quindi, che il termine dei 30 giorni per l'attestazione decorre dal momento in cui il capitale può intendersi integralmente sottoscritto o, nel caso di aumento scindibile, dagli intervalli attestanti i progressivi aumenti che l'assemblea o il consiglio possano avere stabilito. Nel caso in cui la sottoscrizione avvenga contestualmente alla delibera non appare rilevante l'attestazione degli amministratori richiesta dall'art. 2444 c.c., potendo intendersi

---

<sup>23</sup> È utilizzato il termine "statuto" in luogo del più corretto "atto costitutivo", in quanto utilizzato dal legislatore all'art. 2436 c.c.

<sup>24</sup> Trib. Milano, Decreto, 03.04.2013; Trib. Milano, Ordinanza, 09.08.2019, n. 36830 a tenore della quale: "*debbono infatti tenersi concettualmente ben distinti gli effetti che discendono dalla sottoscrizione da un lato (perfezionamento del c.d. negozio di sottoscrizione da cui discende l'acquisto della qualità di socio) e dal versamento dall'altro (che rimane oggetto di un obbligo il cui contenuto muta in riferimento alle concrete modalità di esecuzione e che in quanto tale è anche suscettibile di essere assoggettato a condizione)*".

sostituita dalla dichiarazione di sottoscrizione intervenuta e riportata a verbale della delibera di aumento<sup>25</sup>. In ogni caso, a tutela dei terzi, negli atti della società (tra i quali il bilancio) l'aumento di capitale non può essere indicato fino alla sua iscrizione nel registro delle imprese.

La delibera di aumento di capitale è dunque un atto per così dire “imperfetto”, perché per un verso è suscettibile di essere eseguita attraverso la sottoscrizione prima della sua iscrizione, per altro verso, in assenza di quest’ultima, nessuna modificazione dell’atto costitutivo potrebbe verificarsi. La delibera non è dunque né impegnativa né direttamente eseguibile, in quanto postula delle attività cui l’assemblea dei soci è estranea. Quindi, il socio può adempiere spontaneamente alla delibera di aumento di capitale prima della sua esistenza, ma vi sono ragionevoli dubbi che possa impugnare la delibera prima dell’iscrizione nel registro delle imprese o persino della sua esecuzione.

#### **4. La distinzione tra termine di impugnazione e termine di iscrizione.**

Il tema si pone perché al socio, pur partecipe della decisione di aumento del capitale, che l’abbia impugnata entro il termine di 90 giorni dall’iscrizione, ma oltre quello decorrente dalla data assembleare e dalla trascrizione nel libro sociale, può essere eccepito il vizio di tardività, essendo tra l’altro egli a conoscenza della delibera, per avervi partecipato. La tesi, rinvenuta in alcuni precedenti giurisprudenziali molto recenti<sup>26</sup>, fa leva sul dato letterale della norma e sul principio per cui non opererebbero, nella fattispecie, esigenze di garanzia di soggetti assenti o impossibilitati a conoscere entro i termini la deliberazione assembleare.

Al riguardo, la Suprema Corte in (Cass., 24.05.2023, n. 14469)<sup>27</sup> ha affermato che nell’ipotesi di invalidità della delibera di aumento di capitale, in

---

<sup>25</sup> P. MARCHETTI, *La pubblicità della esecuzione dell'aumento di capitale*, in *Notariato*, n. 3/1995, p. 311; F. GALGANO, *Aumento di capitale solo parzialmente eseguito*, in *Giur. comm.*, 1976, p. 500; T. ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 298 ss.; F. FERRARA, *Deliberazione complessa in tema di aumento di capitale*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 279.

<sup>26</sup> In questi termini Trib. Catania 22.02.2023, poi confermata dal Collegio in sede di reclamo in data 25.05.2023.

<sup>27</sup> Conf. Trib. Roma 1° settembre 2010; Trib. Napoli 27 aprile 2022. n. 4099: “*L'ultimo comma della suddetta norma richiama [NDR 2479-ter], in quanto compatibili, gli artt. 2377 comma primo,*

maniera omogenea a quanto previsto in tema di S.p.a., il termine decorre dall'iscrizione presso il registro delle imprese e non già dalla data di trascrizione sul libro sociale, senza che il presunto "taglio personalistico" della S.r.l. incida sull'interpretazione della questione, facendo piuttosto leva sul connotato organizzativo e patrimoniale della delibera di aumento di capitale, anche a tutela dei terzi, meglio assecondata da un regime che dà maggiore certezza, quale quello di pubblicità commerciale.

Assunta, dunque, la condivisibile interpretazione della Suprema Corte, che rispetto alle delibere soggette ad iscrizione lascia decorrere da quest'ultima il termine di impugnazione, occorre comprendere se tale principio prevalga in ogni caso, ed anche al di fuori della fattispecie di nullità nel cui ambito è espresso, ovvero debba cedere in ipotesi di vizi meno gravi alla disciplina generale dell'invalidità nelle S.r.l., in ossequio alla "clausola di compatibilità" enunciata dall'art. 2479-ter comma 4, e del principio per cui il termine decorre, per chi abbia partecipato all'assemblea, dalla data di quest'ultima ovvero al più tardi della sua trascrizione, essendone egli in condizione di piena conoscenza.

L'adesione ad una teoria "soggettiva" o "personalistica", che cioè distingue in ragione della partecipazione del socio all'assemblea o della natura ristretta della compagine societaria, ovvero persino in considerazione della diversa gravità del vizio, in realtà pone diverse problematiche applicative. Anzitutto un problema conoscitivo può sorgere anche nei confronti degli stessi soci che hanno contribuito ad assumere la decisione, se questa è stata presa in modalità scritta *extra* assembleare<sup>28</sup>. Infatti, il voto *extra* assembleare esprime una dichiarazione

---

quinto, settimo, ottavo e nono, nonché gli artt. 2378, 2379 bis, 2379 ter e 2434 bis c.c. In particolare l'art. 2379 ter c.c. dispone che nelle ipotesi di cui all'art. 2379 c.c. (nullità delle deliberazioni) la delibera di aumento del capitale sociale è impugnabile nel termine di 180 giorni dalla iscrizione del registro delle imprese; in caso di omessa convocazione il termine è di 90 giorni dall'approvazione del bilancio di esercizio nel corso del quale la delibera è stata anche parzialmente eseguita. La ratio della norma richiamata per l'impugnazione delle delibere societarie aventi ad oggetto l'aumento di capitale, nei casi in cui è prevista la sanzione della nullità (art.2379 c.c.) , è posta a tutela dell'esigenza di stabilità delle decisioni societarie."

<sup>28</sup> Sul "tramonto del principio di collegialità" si vedano fra tanti: C. A. BUSI, *Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.*, C.N.N. Studio n. 5489/l, 1/2005, p. 343; V. BUSANI, *Nelle Srl tramonta la collegialità*, in *Il sole-24 ore*, 2.8.2002, 19; BUSANI – CANALI, *Tramonta il metodo collegiale*, in *Guida alle nuove società*, Guida normativa *Il sole-24 ore*, Guide operative, Febbraio 2003, 54.

di consenso o di dissenso “*ricettivo*” solo nei confronti della società e non anche degli altri soci<sup>29</sup>. Peraltro, a prescindere dalla conoscenza della delibera, appare fondamentale per il socio disporre del verbale, per poter esaminare compiutamente quanto sia stato deliberato e valutare appropriatamente le ragioni di impugnazione, il che non può avvenire se non attraverso l’iscrizione, non essendo affatto detto, ed anzi appearing da escludersi, che quest’ultimo sia consegnato contestualmente e spontaneamente dopo l’assemblea.

Ad avviso di chi scrive, dunque, ragioni di coerenza sistematica portano a concludere per una prevalenza del dato obiettivo, consistente nell’iscrizione nel registro delle imprese della delibera di aumento di capitale, rispetto al fatto, soggettivo, della percezione della sua esistenza ovvero della avvenuta trascrizione. D’altra parte, anche in altro precedente la Suprema Corte (Cass. Ord. 16.09.2019 n. 22987<sup>30</sup>) ha espresso il principio per il quale il socio dissenziente può impugnare la delibera di aumento del capitale solo dal momento della sua esistenza e, quindi, dalla sua iscrizione nel registro delle imprese. Né sembra rilevante la distinzione basata sulla categoria del vizio, stante che tale qualificazione giuridica, peraltro, risulta di difficile distinzione in alcuni casi, né sarebbe logico che il termine di decorrenza dell’impugnazione sia diverso a seconda dei casi, avendo il legislatore chiaramente inteso marcare la differenza concedendo un maggiore termine nei casi di nullità, ma non certo prorogando la data di decorrenza. Non sembra in tal senso che si debba valorizzare, quale elemento di segno contrario, il fatto che l’art. 2379 ter preveda un termine massimo di 180 giorni per l’impugnazione delle delibere di aumento di capitale, poiché la norma è esclusivamente finalizzata a garantire una maggiore stabilità

---

<sup>29</sup> V. MAGLIULO, in A.a.V.v., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 274 ss. Sulla stessa società non incombe, però, l’obbligo di comunicazione al socio della decisione adottata, giacché ai fini della sua informazione può ritenersi sufficiente la pubblicità interna della trascrizione della delibera nel libro delle decisioni dei soci. È, tuttavia, possibile immaginare una clausola statutaria che preveda un obbligo in capo agli amministratori di comunicare a tutti i soci e ai sindaci (ove nominati), l’avvenuta adozione di una decisione e il relativo contenuto. Si tratta di una “*pubblicità di cortesia*”, che non sostituirebbe la pubblicità legale.

<sup>30</sup> La Cass. Ord. 16.09.2019 n. 22987, opera una distinzione delle ipotesi di nullità e annullabilità. Non si esprime, però, sui termini per l’impugnazione. Nello stesso senso si veda Trib. Milano 13.03.2014; Trib. Bologna 02.02.2022, n.241.

della delibera, persino nelle ipotesi di nullità, ma non certo ad affermare la specialità del regime di decorrenza della impugnazione in quest'ultima fattispecie.

**5. Una lettura possibile: La decorrenza dall'iscrizione del nuovo capitale.** In conclusione è utile soffermarsi su alcune considerazioni di carattere processuale, che tuttavia rivestono rilievo ai fini del tema. Il termine di impugnazione ha indiscutibilmente natura processuale, sicché, al di là delle questioni strettamente interpretative della disciplina societaria, occorre anche considerare l'esistenza della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere. Tali regole vanno altresì coordinate con quella della decorrenza della prescrizione prevista dall'art. 2935 c.c., secondo cui il termine parte dalla data in cui il diritto può essere fatto valere.

Ci si riferisce, in modo particolare, all'ipotesi di aumento di capitale che, per effetto dell'assegnazione dei termini per l'esercizio dell'opzione e poi di prelazione sull'inoptato, dalla data della delibera e da quella, necessariamente successiva, di sua iscrizione, determini il corso di un ulteriore lasso di tempo nell'ambito di cui è incerto se la deliberazione, pur iscritta, verrà o meno eseguita raccogliendo le sottoscrizioni.

Assunta la condivisibile tesi secondo cui il termine non decorra se non dalla data di iscrizione, conclusione cui può giungersi, peraltro, anche applicando coerentemente la disciplina processuale<sup>31</sup>, ad avviso di chi scrive senza distinzioni basate sulla natura del vizio o la qualifica del soggetto, si pone la questione che l'aumento di capitale, ovvero una sua parte in caso di inscindibilità,

---

<sup>31</sup> La necessaria esistenza dell'atto impugnabile deriva dalla natura dell'azione *di* impugnazione che non può essere qualificata di mero accertamento. È una azione giudiziale associabile all'azione di annullamento di un atto amministrativo. In tal senso, appare utile riprendere la definizione invalsa nel diritto amministrativo di "*mancanza di legittimazione ad agire*" quale "*incompetenza temporanea*" di un determinato soggetto che, pur essendo titolare di un potere, non può esercitarlo in concreto per il mancato avverarsi di determinati fatti o per la presenza di fatti impeditivi. Quindi, la carenza di legittimazione si riscontrerebbe nel diritto amministrativo quando "*l'agente non può esercitare un potere compreso nella situazione soggettiva di cui è titolare ed è costretto alla inerzia*". Si tratta di una inerzia vincolata alla mancanza o la presenza di determinate circostanze di fatto, che in maniera trasversale nel caso in commento può individuarsi nella mancata iscrizione della delibera nel registro delle imprese.

non venga sottoscritto nei termini previsti<sup>32</sup>. In tale ipotesi le alternative sono due: 1. la prima è che la delibera, una volta iscritta, si ritenga perfezionata in tutti i suoi elementi costitutivi e sia dunque immediatamente impugnabile, accogliendo una nozione “astratta” di interesse ad agire, perché derivante dall’incertezza della sottoscrizione<sup>33</sup>; 2. la seconda è invece che solo l’avvenuta sottoscrizione renda

---

<sup>32</sup> Tema diverso è quello che, raccolte le sottoscrizioni, poi le somme non siano versate, il che non incide sul perfezionamento dell’operazione di aumento di capitale. Trib. Milano, Ord., 09.08.2019, n. 36830: “*debbono infatti tenersi concettualmente ben distinti gli effetti che discendono dalla sottoscrizione da un lato (perfezionamento del c.d. negozio di sottoscrizione da cui discende l’acquisto della qualità di socio) e dal versamento dall’altro (che rimane oggetto di un obbligo il cui contenuto muta in riferimento alle concrete modalità di esecuzione e che in quanto tale è anche suscettibile di essere assoggettato a condizione)*”. Trib. Milano 19.01.2017: “*sottoscrizione di un aumento del capitale sociale di una società di capitali è un negozio giuridico unilaterale recettizio che non richiede una forma particolare, mediante il quale si perfeziona un contratto consensuale, a sua volta informale*”. App. Milano 27.01.2004 “*la sottoscrizione delle azioni è un negozio avente natura consensuale e non reale, pertanto per il suo perfezionamento è sufficiente la semplice dichiarazione di volontà di voler esercitare il diritto e non anche il materiale versamento delle quote*”; Trib. Milano 19.04.2010 “*qualità di socio si acquista con la dichiarazione di sottoscrizione delle azioni e non già a seguito della sola delibera di aumento di capitale, anche se in ipotesi siano state versate da un finanziatore somme in conto dello stesso e gliene sia stata riservata la sottoscrizione di una frazione, nonché prefigurati, in virtù di patto parasociale, assetti istituzionali e gestori della società il cui capitale viene aumentato*”. Trib. Roma 28.06.2016 “*l’obbligo di versamento da parte del socio della propria quota di competenza dell’aumento di capitale sorge non già in seguito alla deliberazione assembleare che ha approvato l’aumento, ma dalla distinta manifestazione di volontà negoziale, consistente nella sottoscrizione della quota del nuovo capitale offertagli in opzione, e ciò indipendentemente dall’aver egli concorso o meno con il proprio voto alla deliberazione di aumento; tale sottoscrizione, difatti, è riconducibile ad un atto di natura negoziale, e precisamente ad un contratto consensuale*”. Cass. Sentenza n. 19813 del 2009: “*l’obbligo di versamento per il socio deriva non dalla deliberazione, ma dalla distinta manifestazione di volontà negoziale, consistente nella sottoscrizione della quota del nuovo capitale offertagli in opzione, ciò indipendentemente dall’aver egli concorso o meno con il proprio voto alla deliberazione di aumento*”; ma altrettanto certo è che “*la sottoscrizione della quota di spettanza dell’aumento ad opera del socio deriva da un atto di natura negoziale, e precisamente di un contratto consensuale (cfr. Cass. 26 gennaio 1996, n. 611), non soggetto a forme particolari, non essendone al riguardo prescritte dalla legge (Cass., sez. 1, 19 ottobre 2007, n. 22016, n. 600082)*”. Trib., Milano 31.01.2021 “*È possibile procedere all’iscrizione della sottoscrizione di un aumento di capitale, ex art. 2481- bis , comma 6, c.c. , anche se non sia stata ancora versata la quota da parte del socio. Nell’aumento di capitale, il contratto di sottoscrizione si perfeziona con il consenso delle parti, e il versamento dei decimi è un’obbligazione esigibile in capo al sottoscrittore, che non interferisce con il perfezionamento del contratto di sottoscrizione. La vicenda da iscriversi, ai sensi dell’art. 2481- bis c.c. è appunto ‘l’avvenuta sottoscrizione’ del capitale in aumento, e ciò, indipendentemente dalla esecuzione da parte del sottoscrittore del versamento del 25% della parte di capitale sottoscritta*”.

<sup>33</sup> CAPOTORTOTO, *Le condizioni dell’azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: “l’interesse meramente potenziale” nuovo paradigma dell’ordinamento processuale? Dir. Proc. Amm.*, fasc.3, 2020, pag. 665. Tale nozione “astratta” di interesse ad agire può farsi derivare da una possibile forma di tutela rispetto a “*interessi meramente indiretti, potenziali e astratti, la cui realizzazione richiede il verificarsi di plurimi eventi futuri e incerti*”. Nozione per la quale “*non si tutela quindi una chance, ma si tutela un’ipotesi di chance connessa a un evento*”. Tuttavia, è una nozione - molto discussa in dottrina - teorizzata in materia di appalti nel diritto amministrativo in

concreto l'interesse ad impugnare la delibera, destinata, in assenza, a rimanere mera intenzione, coerentemente con la propria natura "*programmatica*" di "*proposta contrattuale*", sicché, sino alla sua "*accettazione*", consistente con la manifestazione di volontà di sottoscrizione, non sorgono concreti interessi da tutelare. Accogliendo la prima ipotesi, peraltro, la mancata sottoscrizione determinerebbe necessariamente la sopravvenuta carenza di interesse ad agire, stante che nessun risultato utile il ricorrente potrebbe sortire nell'impugnare una delibera non suscettibile di modificare lo *status quo*<sup>34</sup>, mentre permarrebbe interesse ad agire fin quando l'importo relativo all'aumento di capitale, eventualmente modificato, non sia rettificato presso il registro delle imprese<sup>35</sup>.

D'altra parte, sino ad avvenuta sottoscrizione, è inibita l'iscrizione della modifica del capitale sociale presso il registro delle imprese sicché anche da questo punto di vista, data la rilevanza costitutiva della pubblicità commerciale, non può dirsi che la fattispecie si sia perfezionata determinando una modifica dello *status quo*; nelle more, infatti, i soci mantengono invariate le proprie posizioni societarie e non si verifica alcuna limitazione nell'esercizio dei propri

---

seguito alle elaborazioni giurisprudenziali della CGE, che, però, in ambito civile in trova riscontri. Per CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 238, nt. 106, tale posizione soggettiva è qualificata come quella del "*titolare ma non legittimato*". Dove per titolarità si intende la riferibilità in capo a un dato soggetto di diritto di una situazione soggettiva. Si v. anche CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, p. 164 che definì la legittimazione ad agire come l' "*appartenenza soggettiva del diritto all'attore*". Da qui la qualificazione della legittimazione ad agire come "*condizione dell'azione*". Sul punto, si evidenzia che il concetto di legittimazione ad agire si è progressivamente emancipazione rispetto a quello della titolarità del diritto sostanziale che si assume violato. Per tale ragione, ai nostri fini, rileva più che la percezione soggettiva del diritto leso, l'azionabilità dello stesso. Si v., inoltre, REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, p. 11 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, *sub art.* 102.

<sup>34</sup> Una situazione simile si verifica nei casi di perdita di interesse ad agire del socio dissenziente che ha impugnato la delibera di approvazione del bilancio di esercizio, ma ha omesso di impugnare la delibera di approvazione del bilancio sostitutivo. In questo esempio l'accoglimento della domanda sul bilancio non produrrebbe alcuna utilità concreta per il socio, rispetto alla lesione denunciata e al sottostante interesse sostanziale in considerazione dell'esistenza del bilancio sostitutivo. Trib. Milano, 15.09.2022; Trib. Napoli 04.11.2021

<sup>35</sup> Trib. Milano, 23.07.2018: "*Deve invece trovare accoglimento la richiesta subordinata ex art. 700 c.p.c. volta a ottenere la rettifica dei dati che risultano iscritti nel registro delle imprese, dal momento che nella visura prodotta il capitale sociale è indicato in 300.000 euro, interamente sottoscritto e versato, mentre come visto sopra, al momento risulta sottoscritto un capitale di 300.000 euro, di cui versati solo 85.000,00 (10.000 + 75.000). Appare meritevole di tutela l'interesse dei terzi a conoscere l'effettiva consistenza patrimoniale della società, considerata l'intrinseca potenzialità lesiva di una iscrizione non veritiera*".

diritti. Solo dopo l'iscrizione del nuovo capitale, infatti, la compagine societaria verrà modificata e i soci risulteranno nel possesso delle quote effettivamente sottoscritte in esecuzione dell'aumento di capitale. L'art. 2379-ter non elimina, quindi, il diritto del socio a ottenere l'annullamento della deliberazione, ma lo rende azionabile quando la deliberazione ha già spiegato i suoi effetti. La *ratio* della normativa è, infatti, quella di dare attuazione al "*principio di stabilità*" in forza del quale trascorso il termine decadenziale la domanda è improponibile e il giudice non può invalidare la delibera. Pertanto, ai fini di quanto argomentato, assume rilievo l'iscrizione nel registro delle imprese della attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito, che deve svolgersi entro trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione, ex art. 2444 c.c.<sup>36</sup>

La mancata iscrizione dell'aumento di capitale e con esso la mancata modifica dello *status quo* del socio, considerando anche che la possibilità di far valere un diritto è strettamente connessa all'interesse a farlo, determina dunque, ad avviso di chi scrive e in coerenza con la natura della pubblicità commerciale in materia e quella programmatica di proposta contrattuale della delibera, l'esigenza che il termine finale di decorrenza sia fatto coincidere con quello di iscrizione del nuovo capitale.

---

<sup>36</sup> BASSI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. e tutela processuale del socio*, Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.2, 2010, pag. 627; MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1998.