

[www.rivistadirittosocietario.it](http://www.rivistadirittosocietario.it)

Il portale web, fondamentale complemento alla *Rivista di Diritto Societario* in formato cartaceo, garantisce un costante aggiornamento su tutte le evoluzioni del diritto societario.

**Nell'area "pubblica" (accessibile ad ogni visitatore)**

Principali **provvedimenti giudiziari** e **provvedimenti normativi** in materia di diritto societario  
**Eventi**

**Nell'area "riservata" (accessibile agli abbonati)**

**Provvedimenti Giudiziari:** sentenze e altri provvedimenti giudiziari in materia di diritto societario, con le necessarie note di commento

**Saggi ed articoli:** i principali saggi ed i più importanti articoli pubblicati in materia di diritto societario, classificati secondo argomenti

**Materiali didattici:** i documenti e i materiali più significativi, utilizzati dai Direttori in interventi di formazione/aggiornamento

**Precedenti numeri della Rivista** (in formato elettronico pdf)

**Forum di discussione**

**Eventi:** iscrizione e partecipazioni

N° 3/2013

Rivista di DIRITTO SOCIETARIO



**Interno, Internazionale  
Comunitario e Comparato**

Rivista trimestrale - 3/2013

€ 25,00 (fascicolo)  
€ 92,00 (abbonamento)



ISSN 1972-9243



G. Giappichelli Editore – Torino



Interno, Internazionale  
Comunitario e Comparato

3/2013

# www.rivistadirittosocietario.it

**Il portale web garantisce un costante aggiornamento su tutte le evoluzioni del diritto societario**

Consta di due sezioni:

**Area “pubblica” (accessibile ad ogni visitatore)**

**Area “riservata” (accessibile agli abbonati)**

L’abbonato riceverà la password via e-mail entro 30 giorni dalla sottoscrizione all’indirizzo di posta elettronica indicato nel modulo di abbonamento.



## Interno, Internazionale Comunitario e Comparato

*Direttori:*

Niccolò Abriani, Massimo Benedettelli, Vincenzo Cariello, Giuseppe Ferri jr, Gianvito Giannelli, Fabrizio Guerrera, Giuseppe Guizzi, Marco Lamandini, Roberto Pennisi, Paolo Piscitello, Duccio Regoli, Giuseppe A. Rescio, Daniele U. Santosuosso, Lorenzo Stanghellini, Federico Tassinari, Umberto Tombari

Rivista trimestrale - 3/2013



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2014 - La Direzione  
Registrazione presso il Tribunale di Torino, 30 aprile 2007, n. 53

G. Giappichelli Editore - 10124 Torino  
via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111 - Fax 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-3971-3  
ISSN 1972-9243

*Con il contributo di:*



*Stampatore:* Stampatre s.r.l., di A. Rinaudo, G. Rolle, A. Volponi & C., via Bologna 220, 10123 Torino.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## **Comitato scientifico**

Pietro Abbadessa, Carlo Angelici, Sergio M. Carbone, Brian Cheffins, Giovanni E. Colombo, Giorgio Costantino, Renzo Costi, Vincenzo Di Cataldo, José M. Embid Irujo, Sabino Fortunato, Jesse Fried, Agostino Gambino, Mathias Habersack, Mario Libertini, Riccardo Luzzatto, Alberto Mazzoni, Paolo Montalenti, Alessandro Nigro, Angel Rojo, Niccolò Salanitro, Giuliana Scognamiglio, Antonio Serra, Paolo Spada, Antonio Tizzano, Roberto Weigmann, Jaap Winter

## **Redazione di Bari**

*Responsabile:*

Gianvito Giannelli (ordinario di diritto commerciale), via Melo da Bari n. 198, 70121 Bari, tel. 080/523.55.83 - fax 080/524.54.39, email: gianvitogiannelli@studiogiannelli.com

*Componenti:* Francesco Belviso; Monica Bruno; Claudio Burani; Rosella Calderazzi; Stelio Campanale; Eustachio Cardinale; Franco Cassano; Michele Castellano; Daniela Caterino; Vincenzo Chionna; Francesco Costantino; Domenico Dalfino; Gabriele Dell'Atti; Vittorio Dell'atti; Anna De Simone; Massimo Di Rienzo; Barbara Francone; Cira Grippa; Michele Labriola; Eda Lofoco; Giuseppe Losappio; Serenella Luchena; Giuseppe Miccolis; Michele Monteleone; Vito Mormando; Cinzia Motti; Anna Lucia Muserra; Ugo Patroni Griffi; Giuseppina Pellegrino; Francesco Petrerà; Emma Sabatelli; Franco Scannicchio, Giuseppe Trisorio Liuzzi; Francesca Vessia

## **Redazione di Bologna**

*Responsabili:*

Marco Lamandini (ordinario di diritto commerciale), Strada Maggiore n. 47, 40125 Bologna, tel 051-30.05.03 - fax 051/30.30.04; email: marcolamandini@forschung.it Federico Tassinari (notaio), via Galliera n. 8, 40121 (Bologna), tel 051/6566711 - fax 051/566885, email: ftassinari.2@notariato.it

*Componenti:* Tommaso Bonetti; Rosa Castro Bernieri; Fiammetta Costa; Alberto De Prà; Claudia Desogus; Roberto Genco; Marco Maltoni; Emanuela Manzo; Francesco Mocci; Marco Montefameglio; Pierluigi Morara; Federico M. Mucciarelli; Giuseppe Piperata; Alessandro Pomelli; Antonio Preto; Ettore Rocchi; Lorenzo Sasso; Ilan Steiner; Elena Tradii; Carmen Vitale

## **Redazione di Catania**

*Responsabile:*

Roberto Pennisi (ordinario di diritto dell'economia), c/o Facoltà di Giurisprudenza, via Gallo n. 24, 95124 Catania, tel. 095/2500453 - fax 095/230456 - email: rpennisi@lex.unict.it

*Componenti:* Pietro Currò; Nicola De Luca; Anna Genovese; Enrico Macrì; Renato Mangano; Aurelio Mirone; Benedetto Paternò di Raddusa; Michele Perrino; Carlo Saggio; Pierpaolo Sanfilippo; Mariano Sciacca

## **Redazione di Messina-Cosenza**

*Responsabili:*

Fabrizio Guerrera (ordinario di diritto commerciale), via G. Veneziani n. 23, 98122 Messina, tel. e fax 090/6409536 email: f.guerrera@tiscali.it Pierpaolo Marano (associato di diritto commerciale), via Guglielmo Tocci n. 2/B, 87100 Cosenza, tel. 0984/492212 fax 0984/492288 email: maranop@unical.it

*Componenti:* Federica Allegritti; Maria Carmela Andricciola; Giuseppe Cava; Cosimo D'Arrigo; Luigi De Santis; Maura Garcea; Giuseppe Giunta; Rocco Guglielmo; Anna Maria Giampaolino; Dario Latella; Beatrice Magarò; Silverio Magno; Filadelfio Mancuso; Giuseppe Minutoli; Gianpiero Monteleone; Manuela Morrone; Roberta Notaro; Antonino Orifici; Amalia Macrì Pellizzeri; Amedeo Valzer

## **Redazione di Firenze**

*Responsabile:*

Umberto Tombari (ordinario di diritto commerciale), via Maggio n. 7, 50125 Firenze, tel. 055/211732 - fax 055/2381313 - email: umberto.tombari@unifi.it

*Componenti:* Francesco Barachini; Emilio Barucci; Serena Bitossi; Riccardo Cambi; Francesco D'Angelo; Anna De Pamphilis; Enrico De Schoenfeld; Ludovico Delle Vergini; Daniele Giovannelli; Fausto Giunta; Domenico Iaria; Carlo Imò; Philip Laroma Jezzi; Paola Lucarelli; Giampietro Malusà; Isabella Mariani; Alberto Marras; Gabriele Mazzotta; Sergio Menchini; Alessandro Nardi; Iliaria Pagni; Massimo Palazzo; Leonardo Quagliotti; Andrea Simoncini; Jacopo Sodi; Lorenzo Stanghellini; Francesco Terrusi

## **Redazione di Milano-Ferrara**

*Responsabili:*

Massimo Benedettelli (ordinario di diritto internazionale), via dei Giardini n. 7, 20121 Milano, tel. 02/62.53.01 - fax 02/62.530.800 - e-mail: massimo.benedettelli@freshfields.com

Vincenzo Cariello (ordinario di diritto commerciale), via Verdi n. 2, 20123 Milano, tel. 02/72.157.477 - fax 02/72.157.224 - e-mail [vincenzo.cariello@chiomenti.net](mailto:vincenzo.cariello@chiomenti.net)

Duccio Regoli (ordinario di diritto commerciale), via Manzoni n. 12, 20121 Milano, tel. 02/760.25.707 - fax 02/760.25.734-38 - email: [regoli@mazzonieassociati.it](mailto:regoli@mazzonieassociati.it)

Giuseppe A. Rescio (ordinario di diritto commerciale), c.so Italia n. 8, 20122 Milano, tel. 02/72010991 - fax 02/72001562, e-mail: [grescio@notariato.it](mailto:grescio@notariato.it)

*Componenti:* Valentina Allotti; Filippo Annunziata; Matteo Bazzani; Enrico Bazzano; PierDanilo Beltrami; Piergiuseppe Biandrino; Luca Boggio; Michele Centonze; Angelo Cerulo; Antonio Cetra; Alessandro Chieffi; Marco Cian; Filippo Corsini; Eugenio Dalmotto; Filippo Danovi; Giovanni Demarchi; Marco D'Orazi; Francesca Fiecconi; Claudio Frigeni; Manlio Frigo; Luigi Fumagalli; Paolo Giudici; Gianluca Grea; Antonio Leandro; Carlo Marchetti; Fabio Marelli; Massimo Marinelli; Lucio Menestrina, Michele Mengoni; Elena Merlin; Paolo Mondini; Michele Monti; Chiara Mosca; Michele Mozzarelli; Guido Mucciarelli; Francesco Munari; Anna Pellegrino; Gian Giacomo Peruzzo; Alberto Picciau; Giusy Pizzolante; Alberto Ronco; Rinaldo Sali; Armando Santus; Paolo Sfameni; Serenella Rossi; Valeria Salamina; Marco Speranzin; Andrea Tina; Andrea Tucci; Amedeo Valzer; Silvia Vanoni; Marco Ventoruzzo; Andrea Vicari; Gabriele Villa; Filippo Zabban

### **Redazione di Napoli-Campobasso**

*Responsabile:*

Paolo Piscitello (ordinario di diritto commerciale), via Petrarca n. 83; 80122 Napoli, tel. 081/667499 - fax 081/663389 - email: [paolopiscitello@virgilio.it](mailto:paolopiscitello@virgilio.it)

*Componenti:* Federico Briolini; Grazia Maria Buta; Mario Campobasso; Stanislao De Matteis; Oreste De Nicola; Emanuela Fusco; Paolo Ghionni; Marcello Iacobellis; Gabriella Iermano; Gianpaolo La Sala; Ubalda Macrì; Gianmaria Palmieri; Luca Pisani; Fabio Rastrelli; Massimo Rubino De Ritis; Renato Santagata De Castro; Giuseppe Satriano

### **Redazione di Roma**

*Responsabile:*

Daniele U. Santosuosso (ordinario di diritto commerciale), via G.G. Porro n. 15, 00197 Roma, tel. 06/80.693.749 fax 06/80.88.655 - [d.santosuosso@studiosantosuosso.it](mailto:d.santosuosso@studiosantosuosso.it)

*Componenti:* Simone Alvaro; Gianluca Bertolotti; Margherita Bianchini; Fabio Bonomo; Vincenzo Caridi; Ignazio Cerasa; Fabrizio Clemente; Francesca Crivellari; Emilio De Lillo; Agostino Di Febo; Emanuela Di Lazzaro; Alessandro di Majo; Fabrizio Di Marzio; Giovanni Figà Talamanca; Francesco Gerbo; Carlo Giampaolino; Mauro Gigante; Andrea Guacero; Gennaro Jannarone; Marco Lacchini; Enrico Laghi; Donatella La Licata; Antonio Leozappa; Francesco Lione; Antonio Lollo; Marco Maugeri; Francesco Meloncelli; Loredana Nazzicone; Andrea Niutta; Marcella Panucci; Luciano Panzani; Federico Pernazza; Andrea Petteruti, Salvatore Providenti; Nicola Riccardelli; Luigi Salamone; Luciano Santone; Antonio Sarcina; Maurizio Sciuto; Laura Schiuma; Daniele Stanzione; Marco Tofanelli; Patrizia Tolomei; Valerio Vallefucio; Marco Vannucci; Daniele Vattermoli; Sandro Venarubea; Cristiano Verzaro

### **Redazione di Torino**

*Responsabili:*

Niccolò Abriani (ordinario di diritto commerciale), via De Sonnaz n. 11, 10121 Torino, tel. 011/51.65.111 - fax 011/56.26.238, e-mail: [niccolo.abriani@unifi.it](mailto:niccolo.abriani@unifi.it)

Mario Barbuto (presidente della Corte d'Appello di Torino), c.so Vittorio Emanuele n. 138, 10138 Torino, tel. 011/43.27.111, e-mail: [mario.barbuto@giustizia.it](mailto:mario.barbuto@giustizia.it)

*Componenti:* Eugenio Barcellona; Gaia Benessia; Pietro Boero; Claudia Burlando; Antonio D'Addario; Roberta Dotta; Andrea Grosso; Andrea Lanciani; Massimo Macchia; Davide Maero; Marino Perassi; Paolo Rainelli; Paolo Reviglione; Alessandra Rossi; Roberto Russo; Riccardo Ventura; Raffaele Zucca

**La pubblicazione di ogni scritto è subordinata alla valutazione positiva di blind referees**

**La Rivista si cita RDS**

*Direttore responsabile:* Daniele U. Santosuosso, via G.G. Porro, 15 – 00197 Roma, e-mail: [d.santosuosso@studiosantosuosso.it](mailto:d.santosuosso@studiosantosuosso.it)

*Responsabile del sistema di blind referees:* Giuseppe Rescio, c.so Italia n. 8 – 20122 Milano, email: [grescio@notariato.it](mailto:grescio@notariato.it)

*Segreteria di redazione:* avv. Luciano Santone, via G.G. Porro, 15 – 00197 Roma, e-mail: [l.santone@studiosantosuosso.it](mailto:l.santone@studiosantosuosso.it);

avv. Daniele Stanzione, via G.G. Porro, 15 – 00197 Roma, e-mail: [d.stanzione@studiosantosuosso.it](mailto:d.stanzione@studiosantosuosso.it)

*Responsabile del sito web:* avv. Cristiano Verzaro, via della Pedica, 96 – 00046 Grottaferrata (RM), e-mail: [cristiano@verzaro.com](mailto:cristiano@verzaro.com)

*Amministrazione:* presso la casa editrice G. Giappichelli, via Po 21 – 10124 Torino

# La tutela risarcitoria contro la trasformazione invalida

Lorenzo Benedetti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pratica inutilizzabilità della tutela reale contro la trasformazione omogenea invalida. – 3. Inutilizzabilità della tutela cautelare contro la trasformazione invalida. – 4. Mancanza di pregiudizialità fra tutela reale e tutela risarcitoria in caso di trasformazione omogenea. – 5. (Segue). Il termine di esercizio dell'azione risarcitoria ex art. 2500-bis, 2° comma, c.c. – 6. Incongruità derivanti dalla tesi della pregiudizialità fra tutela reale e tutela risarcitoria ex art. 2500-bis c.c. – 7. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2500-bis c.c. – 8. L'applicazione del principio del venire *contra factum proprium*. – 9. Rilevanza della relazione ex art. 2500-sexies al fine di ammettere la pregiudizialità dell'impugnazione? – 10. Il rapporto fra il rimedio invalidatorio e quello risarcitorio in caso di trasformazione eterogenea. L'inefficacia ex art. 2500-nonies c.c. e il termine per impugnare la delibera invalida. – 11. (Segue). Pregiudizialità dell'impugnazione rispetto all'azione risarcitoria. – 12. Il rapporto fra l'opposizione dei creditori e la tutela risarcitoria. La funzione dell'opposizione alla trasformazione. – 13. Le incongruenze derivanti dalla tesi dell'esistenza di un rapporto di pregiudizialità fra opposizione e azione risarcitoria. – 14. (Segue). Inapplicabilità del divieto di venire *contra factum proprium*. – 15. La fattispecie fonte della responsabilità risarcitoria. – 16. L'interesse tutelato dall'impugnativa delle delibere assembleari. – 17. La natura del danno da trasformazione. – 18. Individuazione dei danni risarcibili. – 19. La quantificazione del danno. – 20. I danni da vizi procedurali. – 21. La legittimazione passiva alla richiesta di risarcimento. – 22. La legittimazione attiva. – 23. Spunti di carattere processuale.

## 1. Premessa

Il diritto societario riformato disciplina, nel nuovo art. 2500-bis c.c., l'invalidità della trasformazione, che prima del 2003 era stata oggetto di ampio dibattito proprio a causa della mancanza di una norma ad essa espressamente dedicata [1].

Il legislatore ha riprodotto nella nuova disposizione, pressoché in modo testuale, quanto prescritto dall'art. 2504-*quater* c.c. relativamente all'invalidità della fusione (e dall'art. 2506-*ter*, 5° comma, c.c., per l'invalidità della scissione).

[1] V. per un'ampia disamina delle opinioni maturate prima della riforma in merito agli effetti dell'invalidità della trasformazione IERMANO, "Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità", in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2007), 4, 398 ss.; CAGNASSO, A. BONFANTE, "Le trasformazioni", in BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario* (Milano, 2010), 99 ss.; CABRAS, "Le trasformazioni", in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (Torino, 1994), 234 ss.; ABRIANI, "Prestito obbligazionario e limiti «impliciti» alla trasformazione delle società", *Giur. comm.*, 1996, 792 ss. Si deve comunque rilevare che, anteriormente alla riforma, ai problemi connessi all'invalidità della trasformazione è stata dedicata un'attenzione piuttosto limitata, essendo stato il dibattito dottrinale incentrato sull'invalidità della fusione, a causa del minore rilievo applicativo della prima operazione straordinaria (v. IERMANO, *op. cit.*, 400 nt. 9).



Tale scelta normativa si inquadra in un contesto normativo – quello del diritto societario *post* riforma – caratterizzato dalla sostituzione dei rimedi a carattere reale con quelli aventi natura risarcitoria [2].

Nella riflessione che segue si cercheranno di ricostruire le caratteristiche dell'azione risarcitoria *ex art. 2500-bis*, 2° comma, c.c. attraverso la comparazione con le altre fattispecie di responsabilità da atto sociale invalido contemplate – sia prima che dopo la riforma – dal nostro ordinamento, con particolare riguardo non solo alla disciplina della fusione e della scissione [3], ma anche all'art. 2377, 4° comma, c.c. [4].

## 2. La pratica inutilizzabilità della tutela reale contro la trasformazione omogenea invalida

Il primo problema che si intende risolvere riguarda il rapporto intercorrente fra l'azione demolitoria e quella risarcitoria contro la trasformazione invalida. In particolare, occorre stabilire se la domanda di risarcimento del danno possa essere esercitata *independentemente* dalla preventiva proposizione della domanda di annullabilità/nullità [5].

A tal fine, un'importante questione preliminare da considerare è l'impossibilità pratica per il socio [6] di impugnare la trasformazione *omogenea* invalida, così da evitare “il fatto compiuto ed irreversibile” della sua realizzazione [7]. Infatti, l'art. 2500-*bis* c.c. dispone che la preclusione della pronuncia di invalidità matura “eseguita la pubblicità di cui” all'art. 2500, 2° comma, c.c. Quest'ultimo viene interpretato nel senso che alla decisione di trasformazione si applica

– l'art. 2330 c.c. in caso di trasformazione in società di capitali [8];

[2] La tendenza alla compressione delle sanzioni di tipo reale ha infine subito una forte accelerazione con la riforma del diritto societario (v. AD. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti* (Milano, 2003), 416 ss.; D'ALESSANDRO, “Tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e risarcitori”, *Riv. dir. civ.*, 2003, 712 ss.; NIGRO, “Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario”, *Riv. soc.*, 2004, 885 ss.; SACCHI, “Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza”, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2006), 2, 137 ss.

[3] L'accostamento della disciplina dell'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. agli articoli in materia di invalidità della fusione e della scissione è scontato ed effettuato dalla stessa relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 6/2003.

[4] Si noti che il riferimento alla responsabilità da delibera invalida è naturale rispetto alla trasformazione invalida (ancor più che per la fusione e la scissione) in quanto tale operazione straordinaria (a differenza delle altre due) non si risolve in un procedimento articolato in deliberazione assembleare ed atto di fusione o scissione, ma consta solo (almeno quando l'ente di partenza è una società di capitali o una cooperativa) in una delibera cui è, almeno teoricamente, applicabile l'art. 2377 c.c. Per ampi riferimenti alla dottrina che accosta gli artt. 2377, 4° comma e 2504-*quater*, 2° comma, c.c., pur non considerandoli sempre assimilabili, v. BELTRAMI, *Responsabilità per danni da fusione* (Torino, 2008), 162 nt. 165.

[5] In altri termini, come evidenziato da GUERRERA, *La responsabilità deliberativa* (Torino, 2004), 230 ss. si tratta di stabilire se la tutela risarcitoria costituisca una forma di tutela “complementare” a quella reale, ovvero “sostitutiva”. V. al riguardo, ma con riferimento alla fusione anche BELTRAMI (*supra*, n. 4), 109 ss. e 180 ss.

[6] Più precisamente, per quelli fra loro che, ai sensi dell'art. 2377, 3° comma, c.c., posseggano una partecipazione che li legittima all'impugnazione della delibera di trasformazione invalida.

[7] Il rilievo ricorre in DE ANGELIS, “Osservazioni sull'invalidità della trasformazione”, *Società*, 2003, 1473; GUERRERA, “La trasformazione di società di capitali in società di persone”, *Riv. not.*, 2007, 827 ss., ove si parla di rimedi endosocietari “deboli ed inadeguati” e si afferma la necessità di tutelare i soci in via preventiva; MARASÀ, “Spunti sulla nuova disciplina di trasformazioni e fusioni”, *Giur. comm.*, 2004, 786; GENOVESE, “Le fattispecie tipiche di invalidità”, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2007), 2, 247; SACCHI (*supra*, n. 2), 2, 145; IERMANO (*supra*, n. 1), 418-419.

[8] RUOTOLO, “Trasformazione di società di persone in società di capitali. Maggioranza o unanimità e forma della decisione”, in *Studi e materiali. Consiglio nazionale del notariato* (Roma, 2008), 1402 ss. La dottrina ritiene che la duplice pubblicità debba trovare applicazione soltanto nei casi in cui l'ente trasformando e quello risultante dalla trasformazione siano soggetti a regimi (pubblicitari) differenti, mentre unico deve essere l'adempimento quando uno dei due non sia assoggettato ad alcun regime di pubblicità o entrambi siano assoggettati al medesimo (CETRA, “Le trasformazioni “omogenee” ed “eterogenee”, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2007), 4, 147; MALTONI-

– l’art. 2436 c.c. in caso di trasformazione di società di capitali [9]. In pratica, dunque, in caso di trasformazione omogenea da o in società di capitali il notaio è tenuto, entro, rispettivamente, venti o trenta giorni dalla stipulazione dell’atto a verificare la sussistenza delle condizioni prescritte dalla legge per il tipo di trasformazione prescelta e a richiederne l’iscrizione nel registro delle imprese. Ma se tale verifica è stata compiuta preventivamente, la richiesta di iscrizione può avvenire anche il giorno stesso della deliberazione. Dopodiché l’effetto preclusivo della tutela reale si produce, nei casi considerati, con l’iscrizione della domanda ai sensi dell’art. 11, 8° comma, d.p.r. n. 581/2005 [10], entro cinque [11] giorni dalla protocollazione [12]. D’altronde, la brevità del lasso di tempo intercorrente fra la decisione di trasformazione e l’adempimento pubblicitario richiesto dalla legge dipende dal fatto che da quest’ultimo deriva un effetto positivo per l’ente (sotto forma di intangibilità dell’operazione decisa); dunque è verosimile che si provveda affinché la pubblicità venga adempiuta quanto prima [13].

Risulta perciò evidente che, in concreto, non solo è impossibile pervenire ad una pronuncia di invalidità della trasformazione [14] prima che essa diventi efficace, quand’anche l’impugnazione sia proposta con la massima tempestività; ma che possono addirittura mancare i tempi tecnici per esercitare quest’ultima [15].

TASSINARI, *La trasformazione delle società* (Milano, 2011), 28, ove si rileva che sarebbe incongruo, nonostante la formulazione letterale dell’art. 2500, 2° comma, c.c. imporre due adempimenti pubblicitari ogniqualvolta non vi sia l’esigenza di mutare lo strumento pubblicitario nel passaggio da uno schema organizzativo ad un altro: “non si farebbe altro che replicare una comunicazione identica per oggetto allo stesso registro per il medesimo ente”).

[9] MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 334; GRASSO, “Note in tema di trasformabilità a maggioranza di società di persone costituite anteriormente alla riforma”, *Giur. comm.*, 2008, II, 1028 nt. 37.

[10] Nessuna efficacia sanante può essere collegata alla protocollazione, in quanto tale operazione è incapace di produrre alcun effetto tipico della pubblicità, trattandosi «della prima fase di un procedimento complesso il cui perfezionamento è identificato ... nella iscrizione ...» (IBBA, MARASÀ, *Il registro delle imprese* (Torino, 1997), 253, ove ulteriori riferimenti; BOERO, “La prassi applicativa del ruolo del registro delle imprese nell’attività notarile”, *Riv. dir. priv.*, 1997, 633; BUFFA DI PERRERO “2500 bis”, in BIANCHI (a cura di), *Trasformazioni, fusioni e scissioni* (Milano, 2006), 96; MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 42 ss., ove riferimenti anche alla conforme opinione della dottrina relativamente all’analogia questione in materia di fusione). A favore di tale conclusione depone la constatazione che nell’attuale sistema della pubblicità commerciale presso gli uffici del registro delle imprese, il contenuto della domanda protocollata e non ancora iscritta non appare conoscibile da parte dei terzi; pertanto non esiste in tale fase del procedimento alcuna esigenza di tutela della certezza e dell’affidamento che costituiscono la *ratio* della previsione in esame (v. sul punto nt. 42). Per la medesima ragione va considerata infondata la possibile obiezione secondo la quale l’effetto preclusivo della pubblicità conseguirebbe non all’iscrizione, ma all’ulteriore momento del procedimento pubblicitario dell’archiviazione (IBBA-MARASÀ, *op. cit.*, 259). L’iscrizione della domanda, infatti, è già idonea a creare quell’affidamento dei terzi e quell’esigenza di certezza che la norma in esame intende tutelare. Inoltre, riconoscendo all’archiviazione un ruolo concorrente alla produzione degli effetti della pubblicità, si negherebbe un’autonoma funzione all’iscrizione, che il legislatore ha nettamente distinto come fase a sé stante del procedimento, e si renderebbe incerto e discrezionale il momento di decorrenza degli effetti della pubblicazione, non essendo previsto un termine per l’archiviazione (MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 42).

[11] Termine abbreviato per le domande presentate su supporto informatico. Dal 1° aprile 2010 l’unica modalità di presentazione della richiesta di iscrizione è quella telematica.

[12] Si constata in dottrina come ormai la protocollazione avvenga regolarmente al momento della presentazione della domanda come prescritto dal regolamento attuativo (art. 6) (MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 42; IBBA, *La pubblicità delle imprese* (Padova, 2006), 33 ss.).

[13] V. al riguardo l’art. 2330 c.c. che consente anche agli amministratori di depositare l’atto da iscrivere presso il registro delle imprese.

[14] È pacifico che l’iscrizione possa essere compiuta nonostante la pendenza dell’impugnativa e che l’effetto preclusivo collegato alla pubblicità operi anche rispetto ai giudizi instaurati tempestivamente (IERMANO (*supra*, n. 1), 416; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 137 e 155 nt. 148, in riferimento alla fusione).

[15] Si pensi per esempio all’ipotesi di presentazione della richiesta di iscrizione lo stesso giorno della delibera o nei giorni immediatamente successivi ad essa ed alla prassi (riferita da IBBA (*supra*, n. 12), 34) di riconoscere una “corsia preferenziale” all’iscrizione richiesta (come nel nostro caso) dai notai e per atti di “maggior impatto sociale”.

### 3. Inutilizzabilità della tutela cautelare contro la trasformazione invalida

Per quanto appena rilevato, la pronuncia di invalidità della trasformazione risulta condizionata, sul piano pratico, alla concessione di un provvedimento cautelare.

Tuttavia, anche il ricorso per ottenere quest'ultimo può risultare spesso tardivo [16]. Intanto perché nella trasformazione è assente l'articolazione procedimentale propria dell'operazione di fusione (e scissione), che può senz'altro allungare i tempi entro cui si verifica la preclusione della tutela invalidatoria [17]. Inoltre, prima dell'iscrizione [18] risultano assai esigue le concrete possibilità di ottenere un provvedimento di sospensione cautelare ex art. 2378 c.c. [19]. Non solo per quanto appena detto sui tempi entro i quali può sopraggiungere la pubblicità "sannante"; ma anche perché tale disposizione prevede che il ricorso per il provvedimento cautelare debba essere depositato contestualmente alla copia dell'atto di citazione, precludendone quindi la proponibilità *ante causam* [20]. Il che ha conseguenze molto rilevanti per i tempi tecnici ne-

[16] GUERRERA, "La nuova disciplina della trasformazione: profili generali", *Vita not.*, 2004, 745; IERMANO (*supra*, n. 1), 418-419. Sebbene non si possa affrontare la questione approfonditamente, dato che la presente riflessione ha ad oggetto la trasformazione in generale, si tenga presente che lo spazio temporale, anche minimo, nel quale impugnare la delibera di trasformazione potrebbe addirittura mancare completamente. Ciò può accadere per es. in caso di trasformazione omogenea progressiva. L'art. 2500-ter c.c. prevede l'applicazione della regola maggioritaria. È però discusso in dottrina se, in mancanza di una disciplina normativa per le società di persone in ordine al procedimento per assumere decisioni a maggioranza, i soci maggioritari possano decidere la trasformazione senza *previamente* informare la minoranza, edotta solo dell'operazione già perfezionatasi. In tal caso ai soci di minoranza non rimarrebbe altro strumento di tutela che il recesso ovvero il risarcimento del danno eventualmente patito; si vedrebbero, però, preclusa la possibilità di invalidare l'operazione e di richiederne la sospensione cautelare. Per i necessari approfondimenti e ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza sul punto v. CAGNASSO, A. BONFANTE (*supra*, n. 1), 124 ss.; «Trasformazione progressiva a maggioranza di società di persone in società di capitali: aspetti procedurali», consultabile su [www.consigionotariledifirenze.it](http://www.consigionotariledifirenze.it), 13 luglio 2009

[17] MARASÀ, "La nuova disciplina di trasformazioni e fusioni, in principi civilistici nella riforma del diritto societario", in AFFERNI-VISINTINI (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario* (Milano, 2005), 272. Rispetto alla fusione la dottrina ha affermato che si possa ricorrere alla tutela cautelare contro la delibera consiliare di approvazione del progetto di fusione. Ciò è possibile, in quanto quest'ultimo è oggetto di deposito presso il registro delle imprese, cosicché se ne possono rilevare i vizi. Ancora, in caso di incompletezza del deposito previsto ex art. 2501-septies c.c. o di illegittimità della documentazione depositata si ammette la richiesta della sospensione dell'efficacia della delibera dell'organo amministrativo che convoca l'assemblea; si ritiene possibile poi chiedere la sospensione della (e contestualmente impugnare la) delibera assembleare, nonché dell'atto di fusione prima dell'iscrizione. In caso di trasformazione, invece, è configurabile la richiesta di sospensione soltanto contro la delibera consiliare di convocazione dell'assemblea e contro la delibera di questa (posto che nella prassi non c'è distinzione fra delibera e atto di trasformazione).

[18] Il rimedio cautelare non potrà più essere richiesto una volta che si siano realizzati i presupposti per l'applicazione dell'art. 2500-bis c.c., per l'ovvio motivo che «manca il nesso di strumentalità tra il rimedio cautelare invocato e la proposta azione» di invalidità che non potrà più essere accolta. Così Trib. Catania, 21 luglio 2006 (ord.), *Giur. comm.*, 2008, II, 1017; cui *adde* DE ANGELIS (*supra*, n. 7), 1439; CESARONI, "Art. 2500 bis", in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società* (Padova, 2005), 4, 2470.

[19] Si rileva dall'esame della giurisprudenza in materia di fusione la scarsa propensione della stessa ad accogliere le istanze cautelari dovuta al fatto che l'interesse del socio impugnante viene considerato subordinato a quello della società all'operazione straordinaria (secondo il bilanciamento prescritto dal nuovo art. 2378 c.c.) e che il risarcimento del danno riconosciuto dalla legge viene ritenuto misura del tutto idonea e sufficiente a ristorare il pregiudizio patito dai ricorrenti (v. COREA, "Sospensione di delibere di fusione ed effettività della tutela", *Corriere giur.*, 2008, 142 ss.).

[20] Cfr. VACCARELLA, "La riforma societaria, aspetti processuali, il rito ordinario", *Corriere giur.*, 2003, 1105; C. FERRI, "Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 64; SCALA, "Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide", in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2006), 2, 257, 281; COREA, "Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare *ante causam* (a proposito dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 700 c.p.c.)", consultabile su [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Trib. Santa Maria Capua Vetere, 16 marzo 2004, *Giur. merito*, 2004, 1949. In particolare gli autori appena citati escludono anche che il rimedio cautelare *ante causam* possa essere concesso ex art. 700 c.p.c. (per ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza, anche orientate in senso contrario, v. COREA, *op. cit.*; VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società* (Milano, 2004), 291 e i riferimenti alle ntt. 187 e 188). La tesi esposta nel testo vale anche per la trasformazione delle associazioni, la cui delibera è soggetta alla disciplina della sospensione ex art. 23, 3° comma, c.c. ove si prevede che il rimedio cautela-

cessari a redigere la domanda introduttiva del giudizio di merito ed anche perché, una volta notificato l'atto di citazione alla società, gli amministratori della stessa potrebbero affrettarsi ad iscrivere la trasformazione, rendendo vana la richiesta di sospensione cautelare [21]. Difficilmente praticabile [22] appare anche il tentativo di impedire una trasformazione invalida, tramite la richiesta di inibire lo svolgimento dell'assemblea, sospendendo l'efficacia del relativo atto di convocazione [23]. Per la concessione del rimedio cautelare devono ricorrere i due presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Quanto al primo, nella fattispecie in esame, esso riguarda la fondatezza «delle ragioni allegare a sostegno della domanda di annullamento o dichiarazione di nullità della deliberazione impugnata» [24]. Il presupposto così ricostruito non sembra, però, ricorrere rispetto alla convocazione dell'assemblea che deve decidere sulla trasformazione, poiché prima del suo effettivo svolgimento l'assunzione della delibera paventata dal ricorrente costituisce una mera eventualità [25]. Per lo stesso motivo non pare ricorrere nemmeno il *periculum in mora* [26]. E comunque, quest'ultimo non può, di per sé, essere identificato con il pregiudizio derivante *ope legis* dalla preclusione della tutela reale, in quanto ciò costituisce proprio la *ratio* della nuova disciplina [27]. Tutt'al più il *periculum in mora* può

re venga domandato su istanza di colui che ha proposto l'impugnazione (quindi pare esclusa la proponibilità *ante causam* del ricorso per la sospensione). V. Trib. Roma, 12 luglio 1996, *Giur. merito*, 1997, I, 619 e 22 novembre 2000, *Riv. dir. sport.*, 2001, 222.

[21] IERMANO (*supra*, n. 1), 419, VICARI (*supra*, n. 20), 292. Si deve, inoltre, osservare che il procedimento previsto dall'art. 2378, 4° comma, c.c. prevede una serie di adempimenti (per es. la necessità di ascoltare gli amministratori e i sindaci) che sembrano renderlo inidonea a garantire una tutela immediata. Anche se forse in caso di trasformazione si può ritenere esistente, per quanto appena rilevato, l'eccezionale e motivata urgenza della tutela cautelare, per cui la sospensione può essere concessa dal tribunale *inaudita altera parte*.

[22] Infatti la soluzione è avversata dalla giurisprudenza prevalente. Ampi riferimenti in SANFILIPPO, "Convocazione di assemblea di società di capitali e tutela cautelare d'urgenza", *Giur. comm.*, 1994, 692; più recentemente Trib. S. Maria Capua Vetere, ord., 16 marzo 2004, *Giur. merito*, 2004, 1949; Trib. Salerno, 26 giugno 2007, *decr.*, in *Juris data*. In senso favorevole, anche con riferimento alla fusione GALLI, "Note in tema di spendibilità in via cautelare d'urgenza", *Giur. comm.*, II, 489 ss.; CAMILLETTI, "Alcune considerazioni sulla nuova disciplina delle fusioni e sul c.d. «merger leverage buy out»", *Giur. comm.*, 1994, II, 149-150 ove ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza; con specifico riferimento alla trasformazione GUERRIERI, *La nullità delle delibere assembleari* (Milano, 2009), 363; Trib. Mantova, 20 dicembre 2007, *Vita not.*, 2008, I, 295.

[23] Mentre prima della riforma si riteneva che il provvedimento cautelare richiesto a tal fine fosse quello ex art. 700 c.p.c.; dopo la riforma dovrebbe applicarsi l'art. 2378, 3° comma, c.c. richiamato dall'art. 2388 c.c. (V. MAGLIULO-TASSINARI, *Il funzionamento dell'assemblea di s.p.a. nel sistema tradizionale* (Milano, 2008), 103). Si noti che l'importanza della questione che si va a trattare nel testo non concerne solo l'ipotesi della trasformazione regressiva (omogenea o eterogenea) ma anche quella della trasformazione omogenea progressiva laddove si ritenga che lo statuto delle società di persone possa prevedere, per la decisione di trasformazione, regole che riproducono il metodo collegiale delle società di capitali (v. PISANI, *Società di persone a struttura corporativa* (Torino, 2000), 65 ss.); per l'applicazione analogica dell'art. 2378 c.c. nelle società di persone v. Cass., 11 novembre 1986, n. 6571, *Mass. giust. civ.*, 1986, fasc. 1; Trib. Napoli, 16 luglio 2003, ord., *Dir. giur.*, 2005, 316; *contra*, Trib. Belluno, ord., 11 luglio 2008, *Corriere merito*, 2008, 1133. Il discorso vale anche per le associazioni nel quale la trasformazione è decisa nell'assemblea degli associati, convocata dagli amministratori. Ma in relazione a queste ultime, per la sospendibilità della convocazione dell'assemblea dell'associazione v. Pret. Napoli, ord., 17 aprile 1991, *Dir. giur.*, 1991, 835.

[24] SALAFIA, "Il commento", *Società*, 2008, 880, in relazione alla fusione.

[25] Così SANFILIPPO (*supra*, n. 22), 696 ove ampi riferimenti. Come è possibile valutare sommariamente la fondatezza dell'impugnazione di un atto che ancora non esiste?

[26] Nel senso che non potendosi sapere se la trasformazione invalida verrà o meno approvata, non è configurabile ancora la probabilità del verificarsi di un danno derivante dalla durata del processo di impugnazione, perché non si sa se quest'ultimo vi sarà o meno.

[27] Fanno discendere l'irreparabilità del pregiudizio temuto dalla stessa impossibilità di caducazione successiva all'iscrizione dell'operazione straordinaria nel registro delle imprese SERRA, SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società* (Torino, 1994), 160. *Contra* GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione* (Torino, 1997), 110; COREA (*supra*, n. 19), 143, nt. 35. Per la giurisprudenza che – come detto – nega la ricorrenza del *periculum in mora* per il solo fatto che il socio ricorrente può in ogni

dirsi ricorrere in caso di irrisarcibilità del danno cagionato dalla trasformazione invalida per equivalente monetario oppure – seguendo lo spunto della dottrina processual-civilistica – di difficoltà a quantificarlo in base ai criteri di cui agli artt. 1123, 1225, 1226 c.c. [28]. È difficile, perciò, configurarne l'esistenza.

#### 4. Mancanza di pregiudizialità fra tutela reale e tutela risarcitoria in caso di trasformazione omogenea

Sulla base delle superiori osservazioni si può affrontare il quesito da cui si è partiti.

La soluzione preferibile pare essere quella della autonomia della tutela risarcitoria da quella reale: l'esercizio dell'azione *ex art. 2500-bis*, 2° comma, c.c. non è subordinato all'impugnativa della delibera di trasformazione [29].

Si sono già evidenziate le notevoli difficoltà a cui andrebbe incontro il soggetto che volesse impugnare la delibera di trasformazione omogenea o anche soltanto richiederne la sospensione cautelare, a causa della mancanza – per la realizzazione della stessa – di quella articolazione procedimentale caratteristica, invece, delle altre due operazioni straordinarie della fusione e della scissione, per le quali vige una regola analoga all'art. 2500-*bis* c.c. Perciò quest'ultima previsione risulterebbe irrazionale ove condizionasse la tutela risarcitoria all'onere della tempestiva impugnazione della delibera illegittima. Così opinando, infatti, il diritto al risarcimento del danno non sarebbe affatto salvo [30] nonostante la preclusione della tutela reale. Al contrario, la pratica inutilizzabilità di quest'ultima comporterebbe anche – a causa del rapporto di pregiudizialità – l'impossibilità per il socio di essere tutelato esercitando l'azione risarcitoria.

La soluzione qui sostenuta pare quella che meglio si adatta al tenore letterale dell'art. 2500-*bis* c.c., se confrontato con la disciplina generale della tutela risarcitoria contro le delibere invalide. Si deve infatti considerare che l'art. 2377, 4° comma, c.c. attribuisce la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ai soli soci privi *ab origine* del potere di impugnazione della delibera [31]. Da tale disposizione e dal successivo art. 2378, 2° comma, c.c. si ricava che i soci in possesso della partecipazione di cui al 3° comma dell'art. 2377 c.c. possono domandare il risarcimento del danno cagionato da una delibera invalida *esclusivamente* quando, *nel corso del giudizio di impugnazione*, venga meno la partecipazione minima richiesta a tal fine a se-

caso, una volta preclusa la pronuncia di invalidità, richiedere il risarcimento del danno v. Trib. Milano, 25 settembre 1995, *Società*, 1996, 439 e 20 gennaio 1998, *Giur. it.*, 1998, 1433; Trib. Trento, 26 novembre 2002 (ord.), *Giur. it.*, 2003, 2318; Trib. Roma, 12 ottobre 2001, *Società*, 2002, 886. Proprio la ritenuta idoneità della tutela risarcitoria a surrogare la preclusione di quella invalidatoria porta la stessa giurisprudenza a risolvere a favore della società (e quindi a negare il provvedimento cautelare richiesto dal socio) il bilanciamento di interessi imposto dall'art. 2378, 3° comma, c.c., applicabile anche in caso di sospensione della convocazione assembleare (v. sopra nt. 19).

[28] In senso parzialmente analogo – con riferimento alla fusione – GENOVESE (*supra*, n. 27), 112, che si limita a considerare l'irrisarcibilità del danno. La conclusione più articolata nel testo trae spunto da quanto sostenuto dalla dottrina processualcivilistica in merito alla definizione del *periculum in mora*: PROTO PISANI, voce "Provvedimenti d'urgenza", *Enc. giur. Treccani* (Roma, 1991), XXV, §§ 3.2 e 3.3.3). V. anche Trib. Milano, 28 settembre 1995, *Società*, 1996, 803.

[29] Così, oltre agli altri autori citati di seguito, GENOVESE, "La tutela risarcitoria dell'azionista pregiudicato dalla fusione", *Riv. soc.*, 2007, 94 ss.

[30] Così si esprime il 2° comma della norma in esame. Nel testo si valorizza l'argomento interpretativo del legislatore razionale.

[31] Si tratta dei soli aventi una partecipazione inferiore ai minimi prescritti dal 3° comma dell'art. 2377 o privi del voto rispetto alla delibera invalida.

guito di un trasferimento di azioni *inter vivos* [32]. Dal combinato disposto delle due norme si desume, dunque, che i soci *legittimati ad impugnare* la delibera ex art. 2377, 3° comma, c.c. (gli unici per i quali il problema della pregiudizialità può porsi) non possono far valere la pretesa risarcitoria per il danno da essa cagionato senza la preventiva instaurazione del giudizio demolitorio [33]. Al contrario, l'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. fa salvo il diritto al risarcimento del danno da trasformazione invalida senza aggiungere alcuna previsione che indichi il carattere pregiudiziale della tutela invalidatoria [34]. Non convincente sarebbe, inoltre, sostenere l'applicabilità della disciplina generale per le delibere invalide, appuntandosi sul tenore letterale assolutamente vago della norma sulla trasformazione per le delibere invalide. Ciò perché questa soluzione – pur teoricamente compatibile con la formulazione dell'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. – determinerebbe gli effetti inaccettabili già rilevati a causa del lasso di tempo, brevissimo se non insussistente, entro cui può essere proposta l'impugnazione (v. sopra). La tesi della pregiudizialità dell'impugnazione, in particolare, pare contrastare con la lettura combinata dei due commi dell'art. 2500-*bis* c.c., dai quali si ricava che l'intenzione del legislatore non è stata quella di sacrificare totalmente – come accadrebbe ammettendo quel rapporto di pregiudizialità –, ma di *mutare qualitativamente* il tipo di tutela dei soci e dei terzi rispetto alla trasformazione.

Tali rilievi giustificano la scelta interpretativa di applicare al caso della delibera di trasformazione invalida una regola – per il rapporto fra impugnazione e azione risarcitoria – diversa da quella prescritta *ex lege* per le delibere invalide in genere [35].

##### 5. (Segue). *Il termine di esercizio dell'azione risarcitoria ex art. 2500-bis, 2° comma, c.c.*

Dal parallelo con la disciplina delle delibere assembleari invalide si può trarre un ulteriore argomento a favore dell'assenza di pregiudizialità fra l'impugnazione e la domanda risarcitoria contro la trasformazione invalida.

Il nuovo art. 2377, 6° comma, c.c. fissa un termine per l'esercizio del diritto al risarcimento del danno identico a quello per l'impugnativa delle delibere invalide che l'abbiano cagionato. Al contrario, niente dispone al riguardo l'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. [36]. Tale differenza induce ad applicare un termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria lì prevista diverso da quello ex art. 2377, 6° comma, c.c. Pertanto, all'azione risarcitoria in caso di trasformazione invalida



[32] Così GUERRERA (*supra*, n. 5), 236; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 161 e 173.

[33] Dal combinato disposto delle norme menzionate nel testo traggono un'indicazione a favore del rapporto di pregiudizialità fra impugnazione ed azione risarcitoria BELTRAMI (*supra*, n. 4), 160 nt. 162 e la dottrina lì cit.

[34] Cfr., per l'uso di tale argomentazione, sebbene in relazione all'omologa norma in materia di fusione, BELTRAMI (*supra*, n. 4), 109, 161 e 180 ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca; DI SARLI, "Art. 2504 *quater*", in L.A. BIANCHI (diretto da), *Trasformazione, fusione, scissione* (Milano, 2006), 963; GENOVESE (*supra*, n. 29), 97 nt. 38; GIUSTINI, "Considerazioni in tema di invalidità della fusione, conflitto di interessi e sindacabilità del rapporto di cambio", *Riv. dir. comm.*, 1995, 2, 388 ss.

[35] In altri termini l'interpretazione sistematica dell'intero art. 2500-*bis* c.c. induce a preferire una ricostruzione del suo 2° comma come norma speciale – quanto al rapporto fra impugnazione e azione risarcitoria – rispetto alla disciplina generale delle delibere assembleari. Pertanto, se la disciplina delle delibere invalide fornisce un'indicazione normativa a fondamento della pregiudizialità fra la tutela reale e quella risarcitoria; niente depono a favore della medesima soluzione in relazione alla trasformazione invalida, che ha una disciplina specifica introdotta *ex novo* dalla riforma, al pari dell'art. 2377 e 2378.

[36] Si potrebbe obiettare al ragionamento nel testo che la disciplina dell'art. 2377 si applica anche alla trasformazione, la quale non è altro che una delibera assembleare. Ma a ciò si può replicare che *i*) il discorso è valido solo per la trasformazione di società per azioni non per tutte le altre trasformazioni; *ii*) se la disciplina dell'art. 2377 dovesse essere applicata *sic et simpliciter* anche alla delibera di trasformazione della s.p.a. non si spiega perché in relazione alla trasformazione la legge detti una disciplina *ad hoc* che è letteralmente diversa, pur se coeva, a quella dell'azione risarcitoria per delibera annullabile.

deve ritenersi sottoposta in materia di prescrizione generale applicabile ai rapporti societari di cui all'art. 2949 c.c., piuttosto che al termine prescritto per l'azione di risarcimento del danno da delibera invalida [37]. In tal senso depone anche il carattere eccezionale che sembra da attribuire all'art. 2377, 6° comma, in quanto unica norma che sottopone a decadenza il diritto al risarcimento del danno [38]. Come tale, la sua applicazione deve essere limitata al caso espressamente previsto. In altri termini, confrontando l'art. 2377, 6° comma, – che prevede, in relazione alle delibere assembleari invalide, un termine di decadenza identico tanto per l'azione risarcitoria quanto per quella invalidatoria – da un lato, e gli artt. 2500 *bis*, 2504 *quater* (oltre che 2379 *ter*), – che non prevedono alcun termine per la domanda di risarcimento, fatta salva nonostante la preclusione dell'impugnazione – dall'altro, si può concludere che la regola generale in caso di invalidità delle operazioni straordinarie è «quella di far salva la tutela risarcitoria anche quando sono decorsi i termini per l'impugnativa» [39].

Ma allora quest'ultima sembra assolutamente incompatibile con la tesi che considera l'azione di nullità/annullabilità presupposto giuridico di quella risarcitoria *ex art. 2500-bis*, 2° comma, c.c. Accoglierlo, infatti, significa, in pratica, estendere al rimedio risarcitorio il termine implicitamente previsto a pena di preclusione per l'esercizio dell'impugnazione [40].

## 6. *Incongruità derivanti dalla tesi della pregiudizialità fra tutela reale e tutela risarcitoria ex art. 2500-bis c.c.*

Subordinando l'esercizio dell'azione risarcitoria a quella di nullità/annullabilità, in sostanza si collega all'adempimento pubblicitario prescritto per la singola ipotesi di trasformazione non solo un'efficacia sanante dei vizi della delibera, ma anche una "capacità scriminante" della responsabilità derivante dalla realizzazione dell'operazione [41]. Se la prima conseguenza ha una sua spiegazione – costituente la *ratio* dell'art. 2500-*bis*, 1° comma, c.c. [42] – non sembra sussistere alcuna esigenza che imponga la seconda.

[37] Alla medesima conclusione, sebbene in base ad una diversa argomentazione, perviene BELTRAMI (*supra*, n. 4), 214 in relazione alla fusione.

[38] Quindi la norma costituisce un'eccezione alle regole generali di cui agli artt. 2946 ss. (GUERRIERI, "Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.", *Giur. comm.*, 2007, 356; SANZO, "Art. 2377", in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario* (Bologna, 2004, 626; *contra* GUERRERA (*supra*, n. 5), 233).

[39] GUERRIERI (*supra*, n. 38), 356, che anzi considera la regola come generale per tutto il sistema di diritto societario.

[40] Così anche BELTRAMI, "La legittimazione attiva dei creditori all'azione risarcitoria *ex art. 2504 quater*", *Riv. soc.*, 2002, 1246 (anche se con riferimento al rapporto opposizione/risarcimento in caso di fusione invalida). Più precisamente si può dire che la tesi della pregiudizialità comporta un effetto analogo a quello che si produrrebbe se la legge avesse sottoposto l'azione risarcitoria contro la trasformazione invalida allo stesso termine di decadenza previsto anche per la sua impugnazione (come fa l'art. 2377, 6° comma, c.c.). L'effetto della sottoposizione dell'azione risarcitoria ad un termine decadenziale identico a quello previsto per l'impugnazione è: se l'azione risarcitoria non è esercitata prima della scadenza del termine, essa è preclusa. Lo stesso effetto si produce (sebbene tramite un meccanismo giuridico diverso), se si ammette la pregiudizialità impugnazione/azione risarcitoria (se entro il perfezionarsi della pubblicità non si impugna (termine), l'azione risarcitoria è preclusa).

[41] Ciò in quanto nel momento in cui l'impugnazione non può più essere proposta, non si potrebbe più nemmeno far valere la responsabilità.

[42] La *ratio* dell'art. 2500-*bis* c.c. consiste nell'esigenza di stabilizzare gli *effetti organizzativi* dell'atto (BELTRAMI (*supra*, n. 4), 75 ss. ove ampi riferimenti bibliografici sul punto, anche se in relazione alla omologa previsione per la fusione). Ma la stabilizzazione della nuova dimensione organizzativa determinata dall'operazione di trasformazione può essere considerata anche come lo strumento atto a soddisfare una «preponderante esigenza di certezza in funzione della tutela dell'affidamento dei terzi» (ABBADESSA, "Le disposizioni generali sulla società", in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Impresa e lavoro* (Torino, 1985), vol. 16, tomo II, 41, in riferimento, in generale, al contratto di società, ma con argomen-

In senso contrario si è affermato che «l'astratta configurabilità di pretese risarcitorie, in dipendenza di atti deliberativi divenuti inoppugnabili, minaccia gravemente le esigenze di "stabilità" delle vicende societarie che l'imposizione di termini decadenziali persegue, unitamente a quelle di "sicurezza del traffico"», posto che «quest'esigenza di stabilità non può essere interpretata solo in chiave organizzativo-formale, dovendo estendersi alla situazione patrimoniale della società e ai rapporti interni ad essa» [43]. Ma la dottrina prevalente si appunta, nell'individuare la *ratio* dell'art. 2504-*quater* come dell'analogo art. 2500-*bis* c.c., sulle esigenze di stabilizzazione del valore organizzativo della fusione e della trasformazione e di tutela dell'affidamento dei terzi rispetto alle modifiche organizzative [44]. Tali esigenze non sono menomate da una tutela di tipo risarcitorio; dunque pare mancare la necessità di circoscriverne l'esperibilità entro gli angusti limiti temporali nei quali può essere fatta valere l'invalidità. D'altronde, la tutela risarcitoria non sembra porsi in contrasto con la funzione dell'art. 2500-*bis* c.c. – sotto il profilo, in particolare, della stabilizzazione degli effetti organizzativi della trasformazione – nemmeno rispetto alla possibile revoca della delibera, a cui la società potrebbe essere indotta dall'esperimento delle domande di indennizzo, se si aderisce alla tesi che dalla preclusione in esame ricava anche l'impossibilità di applicare la previsione *ex art.* 2377, 8° comma, c.c. [45].

Infine, trasponendo alla trasformazione un argomento utilizzato dalla dottrina amministrativa per negare la c.d. pregiudiziale amministrativa [46], si può affermare che è illogico costrin-

tazioni che paiono trasponibili anche al caso della trasformazione. Da ultimo, per il riconoscimento che entrambe le motivazioni indicate nel testo convivono come fondamenti dell'art. 2504 *quater* c.c., BELTRAMI (*supra*, n. 4), 45 ss.; IERMANO (*supra*, n. 1), 418). La stabilizzazione della trasformazione imposta dalla legge, quindi, si giustifica anche perché la nuova dimensione organizzativa genera affidamenti la cui tutela impone «certezza e semplicità nell'imputazione delle posizioni giuridiche e ... nell'individuazione delle norme applicabili» (MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 40).

[43] GUERRERA (*supra*, n. 5), 233-234, seppure in relazione all'art. 2377, 6° comma, c.c.

[44] In altre parole le esigenze di stabilità e di certezza sottese alla preclusione *ex art.* 2500-*bis*, 1° comma, c.c. sembrano correlate esclusivamente all'individuazione con certezza della disciplina da applicare all'ente risultante dalla trasformazione: una volta espletata la pubblicità *ex art.* 2500-*bis*, 1° comma, c.c. non deve più essere messo in discussione l'effetto fondamentale che la trasformazione determina, ovvero l'assoggettamento dell'ente di partenza ad una nuova disciplina giuridica.

[45] ALLECA, "La revoca delle delibere di modifica nelle società di capitali", *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 751.

[46] Per una sintetica ricostruzione della questione si rinvia a BELTRAMI (*supra*, n. 4), 181 ss. Si consideri che essa è stata oggetto di una radicale revisione a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 30 del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Si tratta di un intervento normativo, che interviene sul problema della pregiudiziale amministrativa, secondo la quale il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo è condizionato non solo alla sua illegittimità, ma anche al previo annullamento dello stesso (v. il contrasto fra la Cassazione a SS.UU. (ordinanze 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660; SS.UU. 23 dicembre 2008, n. 30254; 6 settembre 2010, n. 19048; 16 dicembre 2010, n. 23595 e 11 gennaio 2011, n. 405) che escludono la pregiudiziale e l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (22 ottobre 2007, n. 12) che invece la ammette). Il codice del processo amministrativo sancisce, nell'articolo menzionato, il superamento della pregiudiziale, riconoscendo che l'azione di condanna al risarcimento del danno può essere proposta "anche in via autonoma" rispetto a quella di impugnazione (cfr. anche art. 34 co. 3 del medesimo testo normativo). L'innovazione è stata interpretata, però, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011, n. 3, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) la quale ha affermato che "il riconoscimento dell'autonomia, in punto di rito, della tutela risarcitoria" per cui "l'omessa impugnazione del provvedimento non può essere adeguatamente affrontata in termini processuali come condizione di ammissibilità della domanda ..."; ma aggiunge che "la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo può essere ritenuto un comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno ... Ne deriva che l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine ... della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui all'art. 1227, co. 2, c.c.". Tale pronuncia conferma a pieno la tesi che si sostiene nel testo dell'assenza di pregiudizialità fra impugnazione e azione risarcitoria intanto, perché riconosce che una simile regola è stata eliminata, a livello processuale, anche in ambito amministrativo. E poi, perché il rilievo dell'art. 1227, 2° comma, c.c., evidenziato dal Consiglio di Stato, non è predicabile rispetto al caso dell'impugnazione della trasformazione omogenea invalida: anche tralasciando che quanto afferma il giudice amministrativo si scontra con la consolidata giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale l'omesso esercizio di iniziative giudi-



gere il socio ad agire con un'azione (l'impugnazione), il cui risultato per l'attore non presenta alcun tipo di interesse [47]. L'impugnazione della trasformazione invalida – salvo che non si riesca ad ottenere la sospensione cautelare della relativa delibera, che è comunque ipotesi assai improbabile (v. sopra) – è certamente inidonea a determinare la pronuncia di un provvedimento capace di soddisfare l'interesse sostanziale sotteso all'azione, posto che lo svolgimento del giudizio pur instaurato tempestivamente è precluso in applicazione dell'art. 2500-*bis*, 1° comma, c.c. [48].

## 7. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2500-*bis* c.c.

Il rapporto di pregiudizialità fra impugnazione e azione risarcitoria pare da escludere anche perché, ora ritenuto esistente, solleverebbe forti dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2500-*bis* c.c. rispetto al principio di effettività della tutela ricavabile dall'art. 24 Cost. [49].

In primo luogo, quest'ultimo risulta violato quando “attraverso una norma di carattere sostanziale si renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto d'azione (come nel caso in cui si stabiliscono termini decadenziali, entro i quali esercitare giudizialmente il diritto, troppo ristretti)” [50]. Sotto questo profilo, la tesi della pregiudizialità, precludendo in un termine brevissimo l'esercizio non solo dell'impugnazione ma – se si omette la prima – anche dell'azione risarcitoria, viola l'art. 24 Cost.

Da tale disposizione, inoltre, deriva il divieto di “lasciare totalmente prive di protezione situazioni giuridiche soggettive ... degne di essere tutelate dall'ordinamento (divieto di riduzione sostanziale della tutela)” [51]. La tesi della pregiudizialità dell'impugnativa sembra violare anche quest'ultimo. Infatti, l'azione risarcitoria tutela quello stesso interesse sostanziale del socio, che non può essere protetto ricorrendo all'impugnazione [52]. Ma se la preclusione del rimedio reale, che matura in un periodo di tempo tanto breve da renderlo praticamente inutilizzabile, determina anche l'impossibilità di domandare successivamente il risarcimento del dan-

ziali non può mai costituire condotta rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c. (v. oltre nt. 80 e testo corrispondente) – cosicché l'argomento risulta tutt'altro che certo –, comunque il lasso di tempo brevissimo per impugnare (o richiedere un provvedimento cautelare contro) la trasformazione omogenea invalida impedisce di configurare l'omissione come difetto del “l'ordinaria diligenza” (v. oltre nt. 82 e testo corrispondente) ipotizzata dal giudice amministrativo.

[47] CARINGELLA, *Codice del nuovo processo amministrativo* (Roma, 2012), 607.

[48] Per quanto si dice nel testo, rispetto all'azione di impugnazione ex art. 2500-*bis*, 1° comma, c.c., risulta mancata l'interesse ad agire, se si intende questo come «filtro per il cui tramite si vuole evitare un'attività giurisdizionale che ... si rivelerebbe ... sostanzialmente inutile» (MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.* (Trento, 2005), 115). *Contra*, GENOVESE (*supra*, n. 29), 95.

[49] Si tenga anche presente che sia la dottrina (ANGELICI, “La nullità della fusione”, *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 273) sia la giurisprudenza (App. Milano, 18 gennaio 2002, *Giur. it.*, 2002, 791; Trib. Genova, 21 dicembre 2000, *Società*, 2001, 448 ss.; Trib. Milano, 6 novembre 2000, *Giur. it.*, 2001, 764; Trib. Milano, 2 novembre 2000, *Società*, 2001, 452) hanno utilizzato l'art. 24 Cost. come parametro per interpretare la disciplina dell'invalidità della fusione.

[50] SCALA, “Profili processuali dei nuovo artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide”, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2006), 2, 266-267.

[51] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 123 sulla base dell'insegnamento di COMOGLIO, “Rapporti civili”, in BRANCA (diretto da) e PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario alla Costituzione* (Bologna-Roma, 1981), 2 ss. Per la ricostruzione della portata del principio ricavabile dall'art. 24 Cost., come diritto ad una tutela effettiva, intesa come possibilità di godere di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato v. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente: situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa* (Milano, 2004), 65 ss.

[52] V. oltre.

no, l'interesse sostanziale del socio risulta privato di qualsivoglia protezione [53].

Infine, l'interpretazione costituzionalmente orientata può fornire un ulteriore argomento contrario alla tesi della subordinazione della azione risarcitoria ex art. 2500-bis c.c. al previo esercizio di quello di invalidità. Legittimati ad esperire quest'ultima sono solo i soci in possesso della partecipazione qualificata ex art. 2377, 3° comma, c.c. [54]. Al contrario, i soci che non raggiungano la soglia partecipativa prevista dalla legge sono comunque – cioè a prescindere dalla previsione dell'art. 2500-bis, 1° comma, c.c., ed ai sensi semplicemente dell'art. 2377, 3° comma, c.c. – privi della legittimazione ad impugnare la trasformazione; quindi rispetto ad essi non si può ipotizzare la pregiudizialità della tutela reale rispetto a quella risarcitoria. Ciò premesso, solo i soci detentori della partecipazione qualificata perderebbero il diritto a chiedere il risarcimento del danno, qualora omettano di esperire preventivamente l'impugnazione entro il brevissimo lasso di tempo decorso il quale la trasformazione diviene inoppugnabile. Mentre i titolari di una quota inferiore potrebbero esercitare l'azione risarcitoria entro il termine di prescrizione di cui all'art. 2949 c.c. Tale disparità di trattamento fra soci (a seconda che siano legittimati o meno ad esperire la tutela reale ai sensi dell'art. 2377) pare contraria all'art. 3 Cost. [55], in quanto priva di una ragionevole giustificazione. Certo – si può replicare – i soci aventi il 5% o l'1 per mille del capitale sociale hanno uno strumento di tutela contro la trasformazione invalida cui non sono legittimati quelli aventi partecipazioni inferiori. Tuttavia, che tale fatto non sia idoneo a differenziare la situazione dei primi da quella dei secondi in modo da giustificare, nel rispetto del principio di uguaglianza, un loro diverso trattamento rispetto all'esercizio dell'azione risarcitoria pare emergere da quanto già rilevato circa l'incapacità dell'impugnazione a costituire una tutela effettiva contro una trasformazione omogenea invalida.

## 8. L'applicazione del principio del venire contra factum proprium

L'esistenza di un rapporto di pregiudizialità fra l'impugnazione e l'azione risarcitoria viene fondata anche sul divieto di *venire contra factum proprium*: il mancato esercizio del rimedio invalidatorio contro la delibera [56] costituirebbe un comportamento contraddittorio rispetto alla successiva pretesa di ottenere il risarcimento del danno cagionato dalla stessa [57]. Al ri-

[53] V. al riguardo ANGELICI (*supra*, n. 49), 274 il quale afferma che se può risultare giustificata la sostituzione del mezzo di tutela, non sarebbe invece spiegabile una sua riduzione; conf. BELTRAMI (*supra*, n. 4) 122 ss. (entrambi in relazione alla fusione). Ma la stessa argomentazione del testo è stata utilizzata (sebbene per sostenere il carattere indennitario e non risarcitorio dell'azione ex art. 2504-quater, 2° comma, c.c.) anche in giurisprudenza: Trib. Milano, 17 novembre 2008; App. Milano, 18 gennaio 2002, *Giur. it.*, 2002, 791; Trib. Genova, 21 dicembre 2000, *Società*, 2001, 448 ss.; Trib. Milano, 6 novembre 2000, *Giur. it.*, 2001, 764; Trib. Milano, 2 novembre 2000, *Società*, 2001, 452.

[54] L'argomento, naturalmente, vale solo per la trasformazione di s.p.a., gli unici enti ove l'impugnazione è diventato un diritto della minoranza qualificata.

[55] Un'argomentazione simile è proposta, in riferimento al medesimo problema esaminato nel testo per la fusione, da BELTRAMI (*supra*, n. 4), 110. Per la ricostruzione che del principio di uguaglianza ha fatto la giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 1960, n. 15, *Cons. Stato*, 1960, II, 147.

[56] V. PORTALE, "Impugnativa di bilancio ed *exceptio doli*", *Giur. comm.*, 1982, I, 418 e 421 ss., ove si smentisce la possibile obiezione per cui il principio si applica solo in caso di comportamenti attivi e non di quelli (qual è quello in esame) omissivi. Più recentemente v. SCARSO, "Venire contra factum proprium e responsabilità", *Resp. civ. e previdenza*, 2009, 513 ss. il quale afferma che il principio della *Verwirkung* costituisce una *species* del *genus venire contra factum proprium* nonostante la *Verwirkung* consista proprio in un comportamento omissivo.

[57] La contraddizione deriva dal fatto che il «diritto potestativo di impugnazione [è] pur sempre un "rimedio" all'esercizio illegittimo (e in genere anche dannoso) del potere deliberativo assembleare: come tale omologo, sul piano *latu sensu* funzionale, alle tecniche obbligatorie di reintegrazione» (GUERRERA (*supra*, n. 5), 228). Si può tuttavia replicare che

guardo, si è rilevato che l'applicazione ad una comportamento di tale principio presuppone un giudizio sulla sua "coerenza o, viceversa, [su]lla sua contraddizione ... , secondo quanto esigibile alla luce dei principi generali dell'ordinamento, e prescindendo dalle regole societarie che appaiono, sotto il profilo in esame, del tutto neutre" [58]. Dunque, per verificare l'ammissibilità di un'azione risarcitoria autonoma dalla previa impugnazione della trasformazione occorre valutare [59] se l'esercizio della prima, in mancanza della seconda, violi il principio di correttezza e buona fede [60], tenuto conto delle peculiarità della fattispecie esaminata [61].

In base a queste premesse, non sembra incorrere nella violazione del principio in esame il socio che pretenda il risarcimento del danno *ex art. 2500-bis*, 2° comma, c.c., senza aver preventivamente fatto valere l'invalidità della trasformazione, poiché in tal caso il rimedio risarcitorio non serve "a rimettere in pista chi, per propria negligenza, non si sia avvalso tempestivamente dell[a] più radical[e] tutel[a] invalidatori[a]" [62], ma serve a bilanciare la preclusione pressoché immediata dell'impugnazione della delibera. Non è stigmatizzabile, cioè, in base ad un giudizio di correttezza, l'omissione dell'impugnazione della trasformazione invalida se il socio non ha concrete possibilità di esperire quest'ultima e se il preventivo ricorso al rimedio reale risulta del tutto incapace di tutelare effettivamente l'interesse leso da quell'operazione [63]. Al contrario, risulterebbe iniqua una soluzione che negasse la possibilità di agire *ex*

non sembra esistere alcuna regola – né generale, né di diritto societario – che privi un soggetto della tutela risarcitoria per il solo fatto di non aver precedentemente attivato uno strumento *latu sensu* cautelare rispetto al verificarsi del danno. Per il richiamo del *venire contra factum proprium* in relazione alla questione in esame v. GUERRERA (*supra*, n. 5), 235 (anche se in generale e non con specifico riferimento alla trasformazione, per la quale l'autore perviene ad una conclusione diversa); VICARI, "Effetti dell'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2504 *quater*", *Giur. comm.*, 1995, II, 512. Quest'ultimo sembra aver mutato opinione in "Gli azionisti nella fusione", Milano, 318 nt. 40. Per una recente applicazione del principio al fine di verificare la pregiudizialità dell'impugnazione rispetto all'azione risarcitoria v. M. CIAN, "Abus d'egalité, tutela demolitoria e tutela risarcitoria", *Corriere giur.*, 2008, 397 ss.

[58] M. CIAN (*supra*, n. 57), 404, specialmente in riferimento all'art. 2377 c.c.

[59] Per un'approfondita disamina dell'applicazione del divieto di *venire contra factum proprium* v. SCARSO (*supra*, n. 56) 513 ss., il quale afferma che l'inammissibilità di porsi in contrasto con sé stesso non costituisce un principio dotato di validità generale, che quindi «esige osservanza in tutte le relazioni giuridiche» (v. in nota per ampi riferimenti alla dottrina tedesca; conf. anche FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"* (Milano, 2007), 82 per il quale il comportamento contraddittorio, già su un piano morale, non sempre è censurabile). Ciò premesso si conclude che altro è il riscontro di una relazione formale di contraddizione fra singoli comportamenti intesi alla stregua di accadimenti fattuali; altro è la formulazione di un giudizio (di valore, ossia di conformità o meno di un comportamento ad una norma oggettivamente valida) circa l'antigiuridicità o meno della condotta contraddittoria riscontrata, ossia circa la vigenza o meno del divieto di venire contro il fatto proprio. Ciò è quanto si fa quando si valuta se il comportamento contraddittorio viola la buona fede.

[60] La giurisprudenza teorica e pratica dominanti riconducono il divieto di venire contro il fatto proprio a tale principio. V. FESTI (*supra*, n. 59), 73 ss. Così anche GUERRERA (*supra*, n. 5), 235.

[61] V. SCARSO (*supra*, n. 56), 513 ss.; ASTONE, *Il divieto di venire contra factum proprium* (Napoli, 2006), 224; M. CIAN (*supra*, n. 57), 407.

[62] Così D'ALESSANDRO (*supra*, n. 2), 707 ss., che con tale frase sembra riferirsi implicitamente al principio della cui applicazione si discute nel testo per affermare il carattere pregiudiziale della tutela reale rispetto a quella risarcitoria, salvo però, quando «la norma è esplicita nel disporre in "serie" ... le tutele invalidatorie e quelle riparatorie» come nell'art. 2500 *bis*. Si potrebbe anche dire che, nella fattispecie in esame, stante le particolarità del sistema delineato dal legislatore per la trasformazione invalida, il socio che agisce per il risarcimento non abusa (in modo contrario a correttezza) del diritto potestativo in cui si risolve quello strumento di tutela (così, sempre in relazione al *venire contra factum proprium*, ma analizzando un'altra fattispecie, PORTALE (*supra*, n. 56), 418).

[63] Per l'uso di quest'ultima argomentazione v. M. CIAN (*supra*, n. 57), 407, il quale (pur in relazione ad un'operazione diversa dalla trasformazione) afferma che «nei casi in cui [l'impugnazione] risulti sterile, ... sotto il profilo della reintegrazione degli interessi lesi, la diretta attivazione del rimedio risarcitorio in luogo di quello demolitorio non pare qualificabile, alla stregua del dovere di correttezza, come "contraddittoria ed ingiustificata sul piano dei rapporti interni"; v. anche ASTONE (*supra*, n. 61), 219 ss., il quale ritiene che per non incorrere nel divieto di *venire contra factum proprium* occorre che il comportamento contraddittorio sia "adeguatamente giustificato". Quanto detto circa la tutela reale a fronte della trasformazione invalida pare sufficiente a configurare l'azione risarcitoria contro la trasformazione invalida come "adeguatamente giustificata" nonostante la mancata impu-

art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. quando la mancata impugnazione non sia imputabile a colpa del socio, come avviene proprio in caso di trasformazione invalida stante già descritta la inutilizzabilità pratica della stessa [64].

D'altronde, l'esercizio dell'azione risarcitoria avulsa dall'impugnazione non può essere giudicato contrario alla correttezza endoassociativa nemmeno se questa viene intesa come fonte del dovere di "minimizzare il costo della reintegrazione degli interessi lesi dall'azione societaria nei rapporti interni e, ove possibile, di evitarlo attraverso la tutela ripristinatoria specifica" [65]. Oltre a quanto già rilevato, si deve considerare, infatti, che l'art. 2500-*bis*, 1° comma, c.c., stabilizzando senza riserve ed in tempi brevissimi gli effetti della trasformazione, è espressione di un *favor* totale ed assoluto per l'ente trasformato [66]; ma, come tutti i vantaggi, anch'esso ha un costo, rappresentato dall'onere risarcitorio per l'ente. Quest'ultimo è pienamente giustificato [67]; dunque, l'esigenza di evitarlo non può acquisire rilievo al fine di fondare una restrizione della tutela dei soci contro la trasformazione invalida ulteriore rispetto a quella espressamente prevista dal 1° comma, dell'art. 2500-*bis* c.c. [68].

L'applicazione del divieto di *venire contra factum proprium* può essere esclusa, anche adattando al caso in esame l'argomentazione proposta dalla Cassazione riguardo ad una diversa fattispecie [69]. In merito al rapporto fra l'azione demolitoria e quella risarcitoria si è affermato che la presenza di due differenti ed autonomi strumenti di tutela è giustificata dalla duplice posizione del membro di una società come socio (rispetto all'ente partecipato considerato come organizzazione) e come contraente (rispetto alla società intesa quale contratto) [70]. Se ciò è vero, si può concludere – come ha fatto la Cassazione – che in caso di trasformazione invalida la domanda di risarcimento non preceduta dall'impugnazione non configura una violazione del divieto del *venire contra factum proprium*, posto che il socio agisce (rispetto all'omissione della tutela reale e all'utilizzo di quella per equivalente) con "due ruoli ... e volontà distinte" esprimendo così "due diverse valutazioni".

L'inutilizzabilità del divieto di *venire contra factum proprium* come fondamento della pregiudizialità dell'impugnazione risulta confermata, infine, anche qualora si riconduca tale regola

gnazione. Si ricorda, inoltre, che quanto si afferma nel testo è dovuto al fatto che la pubblicità della delibera di trasformazione preclude la pronuncia di invalidità anche quando l'azione sia stata tempestivamente proposta.

[64] Così BELTRAMI (*supra*, n. 40), 1235; VICARI (*supra*, n. 57), 542 (anche se in relazione all'eventuale rapporto di pregiudizialità fra opposizione e tutela risarcitoria contro la fusione per i creditori).

[65] GUERRERA (*supra*, n. 4), 235, sebbene in generale e non con specifico riferimento alla trasformazione; GENOVESE (*supra*, n. 29), 94-95 (rispetto alla fusione). Ma in senso contrario proprio all'opinione di Guerrera v. M. CIAN (*supra*, 57), 407, nt. 45.

[66] GENOVESE (*supra*, n. 29), 64; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 166 e nt. 179.

[67] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 167 nt. 179.

[68] In altri termini, la preclusione della tutela reale ex art. 2500-*bis*, 1° comma, c.c. e la sostituzione con una tutela di tipo risarcitorio è frutto di un bilanciamento fra gli interessi dell'ente alla trasformazione e dei soggetti lesi da quest'ultima in quanto invalida. Se si tenta di limitare i costi che la tutela risarcitoria ex art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. impone all'ente trasformando tramite la tesi della pregiudizialità, il bilanciamento fra i contrapposti interessi appena menzionati pare venirci meno, pervenendosi ad una disciplina eccessivamente squilibrata a favore dell'ente che si trasforma.

[69] Cass., 11 dicembre 2000, n. 15592, *Società*, 2001, 581; conf. già App. Bologna, 14 gennaio 1998. La fattispecie esaminata dalle due pronunce è quella di un soggetto che aveva approvato come amministratore il progetto di bilancio, ma aveva poi impugnato la successiva delibera assembleare favorevole, rispetto alla quale si era astenuto. La corte ha ritenuto che l'impugnazione non violasse il divieto di venire contro il fatto proprio. In senso contrario alla pronuncia si esprime ASTONE, "Impugnativa di bilancio e divieto di *venire contra factum proprium*", *Riv. dir. comm.*, 2001, 207 ss.; e opinione contraria era già stata espressa rispetto ad un caso simile da PORTALE (*supra*, n. 56), 418.

[70] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 116 nt. 43 ove si richiama la dottrina che ha evidenziato la doppia natura del contratto di società (v. nell'opera cit. cap. II, § 2).

al principio di autoresponsabilità [71], recepito nell'art. 1227 [72] (o 2056) c.c. [73].

Per verificare l'applicabilità alla fattispecie in esame di quest'ultima disposizione occorre distinguere fra i due commi in essa compresi.

Il primo fa riferimento al caso in cui il danneggiato abbia concorso eziologicamente al verificarsi dell'evento dannoso, ovvero all'eventualità in cui "l'evento dannoso sia ricollegabile, in base agli ordinari principi in tema di nesso di causalità, anche al comportamento del danneggiato" [74]. Qualora la sua condotta consista in un'omissione, tuttavia, questa "rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un *comportamento imposto*", per cui "l'individuazione di tale obbligo si connota come preliminare per l'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità" [75]. A tal fine occorre, inoltre, che l'azione omessa, ove fosse stata tenuta, avrebbe comunque impedito l'evento prospettato "con certezza o con alto grado di probabilità" [76]. Non pare che rispetto *al mancato esercizio* dell'azione di invalidità della delibera di trasformazione ricorra nessuno di questi due requisiti: da un lato, l'obbligo di impugnare preventivamente non può ricavarsi dall'art. 2500-*bis* c.c. [77]; dall'altro, per quanto rilevato in merito all'esperibilità della tutela reale prima, non può certo affermarsi che essa (unitamente alla richiesta di un provvedimento cautelare di sospensione della delibera di trasformazione) *sia idonea ad impedire con certezza o con alto grado di probabilità* il realizzarsi del danno. Quest'ultimo consegue alla definitiva stabilizzazione della delibera di trasformazione, che non può più essere eliminata a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese; e tale effetto si produce comunque, una volta realizzato l'adempimento pubblicitario, *a prescindere dalla pendenza di eventuali azioni di invalidità*. A ciò deve aggiungersi che, la funzione dell'art. 1227, 1° comma, c.c. consiste nell'indurre anche gli eventuali danneggiati, insieme con i responsabili, a contribuire alla prevenzione dei danni [78]. Si è però rilevato che per stabilire se i primi incorrano in autoresponsabilità è necessario un giudizio comparativo diretto a valutare se nel caso concreto debba prevale-

[71] Per un'ampia disamina del principio anche in relazione all'art. 1227 c.c. v. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata* (Torino, 2004), *passim* in part. 24 ss. L'art. 1227 c.c. è stato anche ritenuto espressione del principio di correttezza (BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V (Milano, 1994), 125).

[72] GUERRERA (*supra*, n. 5), 241 nt. 218, il quale afferma che nel caso dell'art. 2500 *bis* c.c. l'effetto "sanante" si realizza soltanto con la pubblicità della delibera; quindi, in mancanza di tempestiva impugnazione, la sanatoria dell'invalidità appare una conseguenza ineluttabile dell'evolversi della relativa vicenda societaria, come tale prevedibile e perciò imputabile a colpa dell'opponente. In modo che il risarcimento potrebbe essere diminuito secondo la gravità della colpa stessa; GUERRIERI (*supra*, n. 22), 418, in relazione all'art. 1227, 2° comma, c.c.; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 187; GENOVESE (*supra*, n. 29), 95.

[73] Il collegamento fra *venire contra factum proprium* e autoresponsabilità merita di essere analizzato in quanto, oltre ad aver avuto importanti sostenitori (v. per completi riferimenti FESTI (*supra*, n. 59), 1 ss. e 59 ss.; ma *contra* v. per tutti CATTANEO, "Il concorso di colpa del danneggiato", *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 475 ss.), sembra implicitamente sotteso alla riflessione di quegli autori (v. GUERRERA (*supra*, n. 4), 234 ss.; M. CIAN (*supra*, n. 57), 404 ss., ove l'applicazione del principio e dell'art. 1227 c.c. viene trattata congiuntamente) che, analizzando il problema del rapporto fra tutela reale e risarcitoria, fanno riferimento sia al principio più generale sia all'applicazione dell'art. 1227, 1° e 2° comma, c.c.

[74] SAPONE, *Il concorso di colpa del danneggiato* (Milano, 2007), *passim*, ove ampi riferimenti. In giurisprudenza *ex multis* Cass., 9 gennaio 2001, n. 240, *Giur. it.*, 2001, 2289; 25 maggio 2010, n. 12714, *Dir. giust.*, 2010; incidentalmente anche Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, *Cass. pen.*, 2009, 1, 69.

[75] Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.

[76] MANTOVANI, *Manuale di diritto penale* (Padova, 2007), 191, in riferimento alla causalità nel diritto penale. È noto, però, che la giurisprudenza e la dottrina prevalenti applicano alla causalità materiale in ambito civile i principi penalistici, di cui agli artt. 40 e 41 c.p.

[77] L'obbligo menzionato nel testo non trova fondamento, secondo parte della dottrina, nemmeno nell'art. 2377 c.c. (M. CIAN (*supra*, n. 57), 404). Per l'impossibilità di trarre indicazioni in merito al rapporto fra impugnazione l'azione risarcitoria dall'art. 1227 c.c. v. anche LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria* (Milano, 2012), 376.

[78] CATTANEO (*supra*, n. 73), 478 ss.; FESTI (*supra*, n. 59), 59 ss. ove ampi riferimenti.

re l'esigenza di prevenzione ovvero altri interessi parimenti meritevoli di tutela. Nell'ipotesi – come quella in esame – di condotta omissiva del danneggiato, all'esigenza di prevenzione si contrappone “l'opportunità di non costringerlo a sacrifici eccessivi e sproporzionati rispetto” a tale fine. Fra queste due esigenze si impone un bilanciamento, che deve essere compiuto in base al seguente parametro: “se ..., qualora il danneggiato agisse, il vantaggio [in termini di prevenzione del danno] sarebbe sicuro o molto probabile, da lui si potrà pretendere un sacrificio maggiore. L'incertezza del vantaggio...potrebbe al contrario rendere non colposa la sua inerzia” [79]. A tale criterio consegue l'inapplicabilità dell'art. 1227, 1° comma, c.c. al mancato esercizio dell'impugnazione della trasformazione invalida, posto che l'azione invalidatoria risulta inidonea a prevenire il danno sanante, poiché non ha alcuna possibilità di essere accolta prima del perfezionarsi della pubblicità; e che secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'art. 1227 c.c. non comprende nell'onere di attivarsi del debitore “comportamenti connotati da un apprezzabile sacrificio, quale per definizione deve ritenersi, sotto il profilo dei costi e dell'aleatorietà di tempi e di risultati, l'articolazione di rimedi giudiziari capaci di ridurre o escludere il danno” [80].

Inapplicabile al caso in esame sembra, poi, anche il 2° comma dell'art. 1227 c.c. [81]. Infatti, i potenziali danneggiati possono impedire che la trasformazione divenga inoppugnabile soltanto chiedendo un provvedimento cautelare; ma l'omessa presentazione del relativo ricorso non pare costituire un difetto del “l'ordinaria diligenza”, sia per il brevissimo termine decorso il quale il rimedio risulta precluso [82]; sia perché la giurisprudenza è costante nel negare che il dovere di “ordinaria diligenza” comprenda l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria [83].

## 9. Rilevanza della relazione ex art. 2500-sexies al fine di ammettere la pregiudizialità dell'impugnazione?

Avvicinando il procedimento di trasformazione c.d. regressiva alla disciplina delle altre operazioni straordinarie, l'art. 2500-sexies c.c. dispone che la relativa delibera deve essere preceduta da una relazione degli amministratori ove si illustrano le motivazioni e gli effetti dell'operazione. Tale relazione deve essere depositata presso la sede sociale nei trenta giorni precedenti l'assemblea, affinché ciascun socio interessato possa prenderne visione ed ottenerne copia. La *ratio* della prescrizione è di consentire ai soci di “avere piena contezza dell'opera-

[79] CATTANEO (*supra*, n. 73), 486 ss. e 493; FESTI (*supra*, n. 59), 61.

[80] Così *ex multis*, Cass., 14 gennaio 1992, n. 320, *Vita not.*, 1992, 597; Cass., 5 maggio 2010, n. 10895, cit.

[81] Così, sebbene in relazione ad una diversa fattispecie, ma sempre in merito al problema della pregiudizialità dell'impugnazione rispetto all'azione risarcitoria, M. CIAN (*supra*, n. 57), 407. *Contra* GUERRIERI (*supra*, n. 22), 418; e per la fusione BELTRAMI (*supra*, n. 4), 186-187. Il 2° comma, dell'art. 1227 riguarda l'eventualità nella quale il danno è eziologicamente imputabile solo al danneggiante, ma le conseguenze dannose dello stesso avrebbero potuto essere impedito o attenuate (sul piano della causalità giuridica) da un comportamento diligente del danneggiato. Per un'ampia disamina della distinzione fra 1° e 2° comma dell'art. 1227, SAPONE (*supra*, n. 74), 279 ss.

[82] La giurisprudenza intende comprese nel “l'ordinaria diligenza” soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici (fra le molte pronunce, da ultimo Cass., 5 maggio 2010, n. 10895, *Dir. just.*, 2010; SAPONE (*supra*, n. 74), 294 ss.). La richiesta di un provvedimento cautelare in caso di trasformazione pare, al contrario, essere certamente *gravosa* per quanto già notato nel testo. Ed inoltre proprio la difficoltà (v. sopra) di esperire un rimedio cautelare sembra impedire la riconducibilità di tale comportamento nell'ordinaria diligenza ex art. 1227, 2° comma, c.c. anche sotto il profilo della loro idoneità, certa o ragionevolmente probabile in base ad una valutazione *ex ante* probabile, di evitare il danno (BIANCA, *Diritto civile. Il contratto* (Milano, 2002), 144; SAPONE (*supra*, n. 74), 301 ss.).

[83] Così *ex multis*, Cass., 5 maggio 2010, n. 10895, cit. e sopra.

zione, anche nelle sue ragioni tecniche, in modo da poter deliberare con maggior ponderazione ...” [84]. Infatti, la dottrina sottolinea come la relazione debba soffermarsi sugli aspetti economici e gestionali, prima ancora che su quelli giuridici, entrando in maniera dettagliata sulle ragioni che suggeriscono nel caso concreto l’operazione [85].

Questo frammento di disciplina della trasformazione omogenea regressiva acquista rilevanza ai fini della questione che si sta esaminando: la pretesa risarcitoria del socio che abbia ommesso di impugnare la delibera invalida [86] può essere giudicata come un comportamento contrario alla correttezza endoassociativa solo se il pregiudizio è prevedibile fintanto che il rimedio reale risulta esercitabile materialmente. In caso contrario, il fatto che il socio reagisca al danno quando questo si è realizzato, sebbene successivamente alla preclusione dell’impugnazione, non può essere giudicato un comportamento scorretto, poiché il rimedio risarcitorio non serve in tal caso «a rimettere in pista chi, per propria negligenza, non si sia avvalso tempestivamente dell[a] più radical[e] tutel[a] invalidatori[a]» [87] al fine di prevenirlo. Esso viene esperito semplicemente quando il pregiudizio è concretamente subito e, dunque, conosciuto dal danneggiato e perciò sorge il suo interesse a reagire contro la trasformazione invalida.

Al riguardo, la relazione dell’art. 2500-*sexies* c.c., relativa agli “effetti” della trasformazione, sembra costituire uno strumento informativo capace proprio di consentire ai soci di valutare prospetticamente le conseguenze negative (e positive) potenzialmente conseguenti all’operazione straordinaria [88]. Tuttavia, tale rilievo non pare sufficiente a smentire la conclusione (cui si è giunti sopra) dell’inesistenza di un rapporto di pregiudizialità fra tutela reale e tutela risarcitoria, in quanto a favore di essa risulta dirimente l’argomento dell’inutilizzabilità pratica del primo rimedio in caso di trasformazione omogenea. In altri termini: il socio può anche prevedere il pregiudizio che gli deriverà dalla trasformazione grazie alla relazione *ex art.* 2500-*sexies*, 2° comma, c.c.; ma se poi non ha la possibilità di prevenirlo impugnando la delibera, l’omissione del rimedio reale non può certo essere considerato come un comportamento scorretto capace di paralizzare la successiva domanda di risarcimento.

## 10. Il rapporto fra il rimedio invalidatorio e quello risarcitorio in caso di trasformazione eterogenea. L’inefficacia *ex art.* 2500-*nonies* c.c. e il termine per impugnare la delibera invalida

Per ricostruire il rapporto fra il rimedio invalidatorio e quello risarcitorio contro una trasformazione eterogenea viziata occorre domandarsi preliminarmente se l’inefficacia prevista dall’art. 2500-*nonies* c.c., nonostante l’intervenuta pubblicità dell’atto di trasformazione, impedisca l’applicazione dell’art. 2500-*bis* c.c., oppure se la preclusione lì contemplata operi fin dal compimento degli adempimenti pubblicitari prescritti dall’art. 2500, 2° comma, c.c. Lad-

[84] Relazione al d.lgs. n. 6/2003, §14.

[85] Sul punto. V. GUERRERA (*supra*, n. 7), 827 ss.; MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 150 ss. e la dottrina *ivi cit.*; v. anche la massima del Consiglio notarile di Milano n. 81/2005, ove si sottolinea che il documento è funzionale alla tutela dell’interesse esclusivo dei soci, come reso evidente anche dalle forme di conoscibilità cui è soggetto.

[86] Così richiedendo la riparazione *ex post* di un danno, la cui realizzazione avrebbe potuto essere evitata tramite l’impugnazione della trasformazione.

[87] Così D’ALESSANDRO (*supra*, n. 2), 712.

[88] Naturalmente l’osservazione nel testo non vale per la trasformazione omogenea progressiva, in relazione alla quale non si prevede alcuna forma, di informazione per il socio.

dove risulti corretta la prima opzione, non potrebbe essere utilizzata una delle argomentazioni in base alla quale si è esclusa la relazione di pregiudizialità fra impugnazione e risarcimento dei soci in caso di trasformazione *omogenea*.

L'art. 2500-*novies* c.c. deroga espressamente la prescrizione dell'art. 2500, 3° co., c.c.; si distingue, quindi, il momento in cui si realizza l'efficacia della trasformazione eterogenea da quello nel quale sono effettuati gli adempimenti pubblicitari previsti nel medesimo art. 2500 c.c. [89]. Parte della dottrina sostiene che, poiché l'art. 2500-*novies* prevede soltanto l'inapplicabilità del 3° comma dell'art. 2500 c.c. (la trasformazione non ha efficacia a decorrere dalla pubblicità, ma dopo sessanta giorni dalla sua effettuazione); e poiché l'art. 2500-*bis* c.c. dispone la preclusione della pronuncia di invalidità a decorrere dall'effettuazione della pubblicità ai sensi del 2° comma dell'art. 2500 c.c. (disposizione non derogata dall'art. 2500-*novies* c.c.); allora questa preclusione opererebbe senza eccezioni dal momento dell'adempimento pubblicitario prescritto dalla legge anche in caso di trasformazione eterogenea. Quest'opinione, in sostanza, ritiene vietata la pronuncia di invalidità della trasformazione una volta eseguita la pubblicità dell'atto, anche se essa non ne determina l'efficacia [90]. La soluzione preferibile, tuttavia, pare essere quella dell'inapplicabilità della preclusione *ex art. 2500-bis*, 1° comma, c.c., fintantoché non si producano gli effetti della trasformazione [91]. Tale conclusione sembra imposta dall'interpretazione teleologica della norma [92]: se la sua *ratio* consiste nel dare stabilità, impedendo il ricorso ad ogni rimedio reale, agli effetti organizzativi prodotti dalla trasformazione, è evidente come la disposizione non possa trovare applicazione fintantoché questi effetti ancora non si siano realizzati e l'ente trasformando resti assoggettato alla disciplina originaria [93]. In senso contrario a questa interpretazione dell'art. 2500-*bis*, non può richiamarsi l'opinione dottrinarina secondo la quale l'omologa preclusione ad esperire rimedi reali sancita dall'art. 2504-*quater* c.c. per la fusione si applica anche quando la relativa delibera sia stata eseguita in vio-

[89] L'efficacia della trasformazione eterogenea è sospensivamente condizionata o al decorso del termine di sessanta giorni, entro i quali i creditori possono proporre opposizione; o, in caso di opposizione, al passaggio in giudicato della sentenza di rigetto o al fatto che il tribunale disponga che «l'operazione abbia luogo nonostante l'opposizione»; ovvero consti il consenso dei creditori o il pagamento di quelli dissenzienti (FRANCH, "Art. 2500", in L.A. BIANCHI (a cura di), *Trasformazione, fusione, scissione* (Milano, 2006), 409; SANTOSUOSSO, "Art. 2500-*novies*", in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (diretto da), *Società di capitali: commentario* (Napoli, 2004), 1931).

[90] La questione esaminata nel testo sorge perché non è chiaro se il rinvio dell'art. 2500-*bis* c.c. all'articolo precedente debba considerarsi limitato al mero adempimento pubblicitario o all'adempimento in quanto determinante l'efficacia dell'operazione. Sostengono che, una volta pubblicizzata la trasformazione eterogenea, l'invalidità non possa più essere pronunciata VAIRA, "sub art. 2500-*bis*" in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario* (Bologna, 2004), \*\*\*, 2248; CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali* (Milano, 2005), 85; PINARDI, *Le opposizioni dei creditori nel nuovo diritto societario* (Milano, 2006), 73; FRANCH (*supra*, n. 89), 412 ss.; MARASÀ (*supra*, n. 17), 272; FERRARO, "La tutela dei creditori nella trasformazione eterogenea", *Notariato*, 2011, 573.

[91] Così BUFFA DI PERRERO (*supra*, n. 10), 106 ss.; DE ANGELIS (*supra*, n. 7), 1439; IERMANO (*supra*, n. 1), 419; FERRI JR., *Modificabilità e modificazione del progetto di fusione* (Milano, 1998), 530-531.

[92] Rispetto alla questione della rilevanza dell'efficacia dell'operazione straordinaria per l'applicazione della preclusione alle pronunce d'invalidità, l'interpretazione letterale e quella teleologica dell'art. 2500-*bis* conducono a risultati divergenti. In tale caso «l'interprete non può fermarsi al significato letterale della legge» perché «è possibile che l'interpretazione funzionale della legge ne modifichi il significato letterale», anche quando il tenore letterale non presenta dubbi interpretativi (BIANCA, "La norma giuridica, i soggetti", in *Diritto civile* (Milano, 2002), 1, 95 ss.).

[93] Un indizio a favore della tesi che si sostiene nel testo può essere tratto anche dalla disciplina tedesca dell'invalidità della fusione e della trasformazione, che certamente ha costituito il modello per la direttiva comunitaria il cui recepimento ha determinato l'introduzione dell'art. 2504-*quater*, la cui previsione a sua volta – per espressa ammissione della relazione al d.lgs. n. 6/2003 – è stata trasposta nell'art. 2500-*bis*. I §§ 16 e 196 *UmwG* riferiscono espressamente la sanatoria rispettivamente della fusione e della trasformazione agli "effetti" delle operazioni invalidamente realizzate, dichiarando l'intangibilità delle relative *Wirksamkeiten*. Ciò chiarisce la finalità del regime preclusivo previsto dalla disciplina italiana.



lazione dell'art. 2503 c.c., cioè sia stato iscritto l'atto di fusione prima del decorso del termine per l'opposizione dei creditori [94]. Intanto perché tale tesi non è pacifica [95]. E poi perché si deve considerare una differenza fondamentale fra la disciplina della fusione e quella della trasformazione. L'art. 2500-*nonies* c.c. prevede espressamente che la trasformazione eterogenea non è efficace nel termine per proporre opposizione, sebbene iscritta. Nel caso della fusione, invece, nessuna deroga è prevista rispetto all'efficacia dell'operazione in conseguenza delle iscrizioni dell'atto di fusione ai sensi dell'art. 2504-*bis*, 2° comma, c.c., nonostante al momento di tale adempimento possa non essere ancora trascorso il termine di cui all'art. 2503 c.c. per l'opposizione. Perciò, la dottrina può sostenere che, in caso di iscrizione dell'atto di fusione, l'operazione è comunque efficace e quindi si applica l'art. 2504-*quater* c.c., nonostante la violazione dell'art. 2503 c.c. Il caso dell'art. 2500-*novies* c.c., invece, è diverso: qui si ha un atto che, *sebbene pubblicato, rimane inefficace per espressa previsione di legge*.

### 11. (Segue). Pregiudizialità dell'impugnazione rispetto all'azione risarcitoria

Se si condivide quanto appena rilevato, l'argomento della inutilizzabilità pratica dell'impugnazione, su cui si è fondata la conclusione dell'inesistenza di un rapporto di pregiudizialità fra quest'ultima e l'azione risarcitoria nell'ipotesi di trasformazione *omogenea* non vale per la trasformazione eterogenea. I soli dispongono, infatti del termine, fisso e sufficientemente ampio di sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese per impugnare quest'operazione.

Occorre, pertanto, verificare l'applicabilità del divieto di *venire contra factum proprium*.

A favore di tale possibilità si può sostenere che l'azione risarcitoria si pone in contraddizione con l'omissione di quella invalidatoria, stante la capacità di quest'ultima di prevenire il danno di cui si chiede successivamente il ristoro. Il rapporto formale di contraddizione non è però presupposto sufficiente per l'applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*. A tal fine è anche necessario che la contraddizione violi il principio di buona fede e correttezza [96]. Al proposito, acquista rilievo il disposto dell'art. 2500-*sexies* c.c. richiamato per le trasformazioni eterogenee di società di capitali dal successivo art. 2500-*septies* c.c. [97]. Il comportamento del socio che, pur non avendo impugnato la delibera di trasformazione, chieda il risarcimento del danno da questa causato pare contrario al dovere di correttezza endoassociative [98] solo se costui ha previsto il pregiudizio derivante dall'operazione [99]. La relazione degli amministratori, riguardando anche gli "effetti" della trasformazione, sembra costituire uno strumento informativo capace di consentire ai soci di valutare prospetticamente le conseguenze negative e positive potenzialmente conseguenti ad essa. Pertanto, nell'ipotesi in esame paiono



[94] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 206; C. e R. SANTAGATA, "Fusioni e scissioni", in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (TORINO, 2004), 7\*\*, 1, 606 ss. Si pone il parallelo nel testo perché in relazione sia alla fusione che alla trasformazione la dottrina si è interrogata sulla operatività o meno della preclusione della tutela reale quando, eseguiti gli adempimenti pubblicitari prescritti dalla legge, pende il termine per l'opposizione dei creditori.

[95] Per i necessari riferimenti, GENOVESE (*supra*, n. 27), 204 ss.

[96] SCARSO (*supra*, n. 56), 513 ss.

[97] Oltre che alle trasformazioni disciplinate dall'art. 2500-*septies* c.c., l'art. 2500-*sexies*, 2° comma, c.c. è considerato applicabile in via interpretativa anche alle trasformazioni delle società consortili per azioni o a responsabilità limitata argomentando in base all'art. 2615-*ter* c.c. e delle cooperative da MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 199.

[98] GUERRERA (*supra*, n. 5), 235, proprio in relazione al problema della pregiudizialità della tutela reale rispetto a quella risarcitoria.

[99] V. sopra.

sussistere i presupposti per opporre il divieto di *venire contra factum proprium* alla pretesa del socio di ottenere il risarcimento di un danno *prevedibile* e, di conseguenza, *evitabile mediante l'impugnazione della delibera*. A meno che il socio dimostri l'impossibilità di prevedere il pregiudizio nonostante l'esame della relazione degli amministratori [100].

## 12. Il rapporto fra l'opposizione dei creditori e la tutela risarcitoria. La funzione dell'opposizione alla trasformazione

La questione del rapporto fra tutela risarcitoria e tutela reale si pone, oltre che nei confronti dei soci, anche nei confronti dei creditori, che certamente possono essere compresi entro l'ampia e generica formula utilizzata dall'art. 2500-*bis* c.c. in merito all'individuazione dei legittimati attivi («partecipanti all'ente trasformato...terzi danneggiati») alla domanda di risarcimento dei danni.

Al riguardo, pare opportuno effettuare preliminarmente qualche breve osservazione in merito alla funzione dell'opposizione [101] alla trasformazione eterogenea. Se, infatti, risultasse che quest'ultimo e l'azione risarcitoria (ossia i due strumenti di reazione dei creditori contro la trasformazione) sono funzionalmente differenti, difficilmente potrebbe parlarsi di comportamento contraddittorio di coloro che omettano l'una ed esercitino l'altra.

In alcune ipotesi l'opposizione alla trasformazione tutela l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale. Così è, intanto, per le trasformazioni eterogenee «con-naturate al cambiamento della titolarità del patrimonio», ossia quelle da comunione o da impresa individuale [102] a società e viceversa [103]. Una lesione della garanzia patrimoniale può, ancora, verificarsi [104] (e, quindi, essere impedita mediante opposizione) in caso di trasformazione eterogenea progressiva (ossia *in* società di capitali), quando la stima volta ad accertare il valore effettivo del patrimonio dell'ente trasformando risulti errata [105].

[100] Sui vizi derivanti da difetto di adempimenti informativi v. GUERRERA (*supra*, n. 5), 272 ss. La diversa conclusione sul rapporto di pregiudizialità a cui si perviene in relazione alla trasformazione eterogenea rispetto a quella omogenea regressiva dipende – il che supera l'argomento fondato sul divieto di venire contro il fatto proprio – circostanza (già evidenziata nel testo) che mentre rispetto a quest'ultima l'impugnazione è praticamente inutilizzabile, non altrettanto può dirsi rispetto alla prima. Si deve anche precisare che quanto affermato nel testo non vale per le trasformazioni eterogenee ex art. 2500-*octies* c.c. (salvo quelle di società consortili per azioni o a responsabilità limitata. V. *supra* in nt.).

[101] Oltre alle citazioni che seguiranno, v. al riguardo da ultimo FERRARO (*supra*, n. 90), 567 ss.

[102] Se ritenuta ammissibile. V. PALMIERI, "Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione", in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2007), 4, 123 ss.; CETRA (*supra*, n. 8), 185.

[103] CETRA (*supra*, n. 8) 153 nt. 43, per il quale «i creditori dei comunisti o dell'imprenditore individuale si vedono ridurre la garanzia patrimoniale per la parte corrispondente alle entità cui si imprime destinazione societaria oppure circoscrivere la garanzia patrimoniale principale a questa entità; mentre i creditori sociali perdono il diritto di agire esecutivamente sul patrimonio ex sociale in via esclusiva e acquistano quello di agire esecutivamente sul patrimonio dei neo comunisti e dell'imprenditore individuale in concorrenza con i creditori non d'impresa».

[104] Non può configurarsi alcun pericolo di pregiudizio patrimoniale in caso di trasformazione eterogenea progressiva in relazione al venir meno della responsabilità illimitata per le obbligazioni anteriori alla trasformazione (ipotesi peraltro marginale: per es. trasformazione di società consortile di persone in società lucrativa di capitali). Infatti in tal caso si applica l'art. 2500-*quinquies* (previsto normativamente solo in relazione alla trasformazione omogenea progressiva), in quanto principio generale dell'ordinamento (MARASÀ, "Le trasformazioni eterogenee", *Riv. not.*, 2003, 590; e già CAGNASSO, "La trasformazione", in BUSNELLI (diretto da), *Codice civile. Commentario* (Milano, 1990), 42).

[105] SANTOSUOSSO (*supra*, n. 99), 1932 ove approfondimenti sui problemi valutativi (e, di conseguenza, sul pericolo di pregiudizio per i creditori in ordine all'integrità del capitale della società risultante dalla trasformazione) cui la stima può dar luogo. La relazione di stima è volta infatti a garantire la corretta formazione e l'integrità del capitale sociale (che ha una funzione di garanzia dei creditori) (MALTONI, TASSINARI (*supra*, n. 8), 105). Per la pacifica applicabilità in via analogica del-

Vi sono poi ipotesi di trasformazione eterogenea che effettivamente non incidono sulla consistenza patrimoniale dell'ente, ma sono comunque suscettibili di determinare un pericolo di pregiudizio [106], consistente nella modificazione delle «regole poste a tutela dell'integrità del patrimonio» dell'ente o «della causa dell'attività originaria» o, infine, della «struttura organizzativa» [107]- [108].

l'art. 2500-ter, 2° comma, c.c. (riferito solo alla trasformazione omogenea progressiva) anche alle trasformazioni eterogenee progressive v. per tutti SARALE, "Art. 2500-octies", in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario* (Bologna, 2004), \*\*\*, 2294; GUERRERA (*supra*, n. 5), 323. Il possibile pregiudizio qui si collega al fatto che l'ente trasformando non è assoggettato alle stesse regole di organizzazione del patrimonio prescritte in relazione all'esercizio dell'impresa, le quali ultime sono più garantiste per i creditori (per es. in ordine alla composizione qualitativa del patrimonio). Sul punto v. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria* (Torino, 2003), 125 ss.

[106] Così si esprime l'art. 2445, ult. comma, c.c. cui rinvia l'art. 2500-nonies c.c. (il che induce la dottrina maggioritaria a ritenere che il possibile pregiudizio sia *sempre* la ragione dell'opposizione dei creditori (v., per tutti, MARASÀ (*supra*, n. 114), 590 ss.; SARALE (*supra*, n. 115), 2304). Anche rispetto alla fusione, accanto alla tesi tradizionale, che individua il danno nella lesione della garanzia patrimoniale (da intendersi come rischio di infruttuoso esperimento dell'esecuzione forzata) (BELTRAMI (*supra*, n. 40), 1232 nt. 19; FERRI JR. (*supra*, n. 91), 55 ss.; da ultimo SANGIOVANNI, "Fusione di società e opposizione dei creditori", *Contr. impr.*, 2010, 1360) sono state sostenute opinioni che tendono ad ampliare la funzione dell'opposizione (C. e R. SANTAGATA (*supra*, n. 94), 523, FRANCH (*supra*, 99), 426).

[107] CAGNASSO, A. BONFANTE (*supra*, n. 1), 330 (ai quali si riferisce il primo virgolettato); CETRA (*supra*, n. 8), 154, che parla di passaggio a un modello organizzativo caratterizzato da meccanismi di *Gläubigerschutz* più tenui rispetto a quelli del modello di origine; SALAFIA, "La trasformazione delle società nella riforma", *Società*, 2004, 1066 (cui appartiene il secondo virgolettato); MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 212 (cui appartiene l'ultimo virgolettato), i quali riportano l'esempio della modifica delle regole sulla ripartizione degli utili: passando da un ente che non la consente ad uno che la ammette, i creditori possono nutrire dubbi sulla capacità dell'ente di adempiere i propri debiti a causa del diverso vincolo imposto ai risultati dell'attività. Questo pare il possibile pregiudizio suscettibile di verificarsi in caso di trasformazione da associazione o fondazione a società di capitali, che pure, da un diverso punto di vista (cioè quello della disciplina dell'organizzazione patrimoniale dell'ente di partenza e di quello di arrivo), pare vantaggiosa per i creditori (v. CETRA (*supra*, n. 8), 156 e *infra* alla nt. successiva). Potrebbe rendere meno sicuro l'adempimento del credito (e quindi configurare il pericolo di pregiudizio) anche il passaggio da un regime lucrativo ad uno consortile o mutualistico (CETRA (*supra*, n. 8), 157 nt. 50). Individuando un pericolo di pregiudizio anche nelle ipotesi menzionate nel testo, si aderisce alla tesi sostenuta *ante* riforma da CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società* (Milano, 1978), 99 ss., il quale individua il fondamento dell'opposizione nella lesione della garanzia commerciale (conf., da ultimo, in riferimento proprio all'opposizione alla trasformazione anche CAGNASSO, A. BONFANTE, *op. cit.*, 330).

[108] Recentemente è stato anche sostenuto che alcune trasformazioni eterogenee non sarebbero suscettibili di causare un pericolo di pregiudizio ai creditori; anzi, a seguito delle stesse sarebbe prospettabile un rafforzamento della loro tutela [CETRA (*supra*, n. 8), 154 ss.]. L'autore afferma che l'opposizione trova la propria *ratio* nella modifica delle regole di organizzazione del patrimonio che la trasformazione implica (ovvero si lascia o si passa ad «una forma in cui il patrimonio è assoggettato ad una organizzazione di stampo imprenditoriale..., a favore (o a scapito) di un'altra in cui il patrimonio non è assoggettato ad alcuna regola organizzativa o non è nemmeno un elemento essenziale»). L'opposizione è pertanto qualificata come «una tecnica sostitutiva del consenso dei creditori», in modo che il debitore non possa, unilateralmente, «sostituire ... le regole attuali con altre che ... rendano meno sicuro l'adempimento dei crediti o che modifichino le modalità di adempimento, anche coattivo degli stessi». La tesi, però, pare andare incontro all'obiezione per cui, se si adotta un concetto tanto ampio di pericolo di pregiudizio quale quello adottato dalla dottrina prevalente, questo sembra comunque ricorrere in tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea sia regressiva sia progressiva (e a questa conclusione sembra pervenire implicitamente anche CETRA (*supra*, n. 8) 157 e nt. 50). Per limitarsi qui a qualche esempio, si pensi alla trasformazione in associazione non riconosciuta o in fondazione: un primo pregiudizio (a fronte per es. del beneficio per i creditori per cui nell'associazione non riconosciuta rispondono dei debiti anche coloro che hanno agito per l'associazione) potrebbe essere individuato nel venire meno di specifiche regole di «trasparenza e di controllo sul concreto esercizio dell'attività» (individuare proprio come regole poste a tutela degli interessi dei terzi a fronte dell'esercizio di un'impresa da CETRA (*supra*, n. 8), 186; CESARONI (*supra*, n. 18), 2467), dovuto alla mancanza, rispetto all'ente di partenza, del collegio sindacale o dei poteri di controllo del socio nelle s.r.l., che non trovano un parallelo nell'ente di arrivo (il collegio dei probiviri nelle associazioni è meramente facoltativo). Quando l'ente trasformato, poi, non prosegua l'iniziativa imprenditoriale della società di partenza, il pregiudizio attiene alla modificazione della configurazione strutturale del patrimonio, in quanto si passa da una configurazione imprenditoriale a quella del debitore civile (sul punto v. CETRA (*supra*, n. 115), 125 ss., il quale specifica che tale modifica non si realizza se l'ente non societario continua ad esercitare attività imprenditoriale). Le modalità di attuazione, anche coattiva e, della garanzia patrimoniale sono affatto diverse in un contesto imprenditoriale e non imprenditoriale (v. CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento* (Napoli, 1965), 39 ss.; CALVOSA, "Fallimento e patrimonio d'impresa: luci ed ombre della vigente disciplina", *Giur. comm.*, 2003, I, 521 ss.) e il fallimento applicabile solo nel

### 13. (Segue). *Le incongruenze derivanti dalla tesi dell'esistenza di un rapporto di pregiudizialità fra opposizione e azione risarcitoria*

Ricostruiti i profili funzionali dell'opposizione, è possibile affermare che essa esplica la funzione di *prevenire* il realizzarsi di una trasformazione eterogenea potenzialmente pregiudizievole per i creditori, impedendone l'efficacia [109]. Tale conclusione è confermata anche dal rinvio dell'art. 2500-*nonies* all'art. 2445, ult. comma, c.c., il quale prevede che il tribunale deve accertare, in relazione all'opposizione, «il pericolo di pregiudizio»; e può disporre il compimento dell'operazione laddove siano prestate idonee garanzie. Evidentemente la prestazione di queste ultime presuppone la necessità di eliminare il pregiudizio potenzialmente derivante dall'operazione. Per questi motivi, il mancato esercizio del rimedio preventivo [110] può essere considerato, sotto il profilo della funzione da esso esplicata, un comportamento contraddittorio rispetto alla successiva proposizione dell'azione risarcitoria: quest'ultima è diretta ad eliminare proprio quel pregiudizio, per impedire il verificarsi del quale si sarebbe potuto esperire l'opposizione [111].

Tuttavia, considerare l'opposizione quale presupposto giuridico dell'azione risarcitoria *ex art. 2500-bis*, 2° comma, c.c. significa estendere ad essa il termine di due mesi di cui all'art. 2500-*nonies* c.c. [112]. Un simile risultato non appare accettabile, intanto perché mancante di una giustificazione da un punto di vista sistematico. Il motivo del breve termine di decadenza entro cui è circoscritto l'esercizio dell'opposizione è da ricercarsi nella subordinazione dell'interesse dei creditori a non veder deteriorate, per iniziativa del debitore, le originarie aspettative di soddisfacimento delle loro pretese rispetto all'esigenza imprenditoriale di realizzare nel modo più efficiente possibile il riassetto organizzativo sulla base del principio di continuità dei rapporti giuridici [113]. Si è voluto circoscrivere il lasso di tempo [114] durante il quale la trasformazione è inefficace *erga omnes* (art. 2500-*nonies*, 1° co.), in modo da favorire la realizzazione delle scelte organizzative degli enti collettivi [115]. Tale ragionamento non può giustifi-

primo caso certo risulta essere uno strumento esecutivo ben più incisivo a favore degli interessi dei creditori rispetto all'esecuzione ordinaria (si pensi all'attuazione rigorosa della *par condicio* che solo nel fallimento trova attuazione o alla disciplina più rigorosa della revocatoria fallimentare rispetto a quella ordinaria).

[109] Il pregiudizio per i creditori dell'ente che si trasforma consiste nel mancato esatto adempimento della loro pretesa, causalmente riconducibile alle modifiche determinate dall'operazione straordinaria rispetto all'ente trasformando. V. PINARDI (*supra*, n. 90), 165. Nel testo quindi si respinge l'opinione che nega che rispetto ad alcune ipotesi di trasformazione possa dirsi sussistente un pericolo di pregiudizio (v. *supra* in nt. 108).

[110] BELTRAMI (*supra*, n. 40), 1232; FERRARO (*supra*, n. 90), 570.

[111] Ferraro (*supra*, n. 90), 570. In senso contrario al rapporto di pregiudizialità fra opposizione e azione risarcitoria BELTRAMI (*supra*, n. 40), 1247; VAIRA (*supra*, n. 90), 2248, in base all'assunto (che però non sembra condivisibile) per cui l'opposizione può avere ad oggetto anche valutazioni di convenienza economica dell'operazione. Semmai l'opposizione può prescindere dall'invalidità della trasformazione (ma sul punto v. SARALE (*supra*, n. 105), 2306-2307, la quale ammette anche la possibilità di fondare l'opposizione sull'invalidità della trasformazione).

[112] BELTRAMI (*supra*, n. 40), 1246 (anche se in relazione alla fusione).

[113] Dal bilanciamento individuato dal legislatore fra tali esigenze contrapposte emerge un netto *favor* per la seconda rispetto alle prima, in quanto si è passati dal sistema previgente la riforma in cui la tutela dei creditori era assicurata da divieti imperativi di trasformazioni eterogenee lesive per i loro diritti (v. CAGNASSO (*supra*, n. 114), 58) ad una disciplina riformata che amplia i confini applicativi della trasformazione, riconoscendo ai creditori solo uno strumento di autotutela (FERRARO (*supra*, n. 90), 571; MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 279; PINARDI (*supra*, n. 90), 161 ss.) in luogo del divieto imperativo *ex lege*.

[114] Il termine per di più decorre da un adempimento pubblicitario che implica solo la conoscibilità e non la conoscenza effettiva dell'operazione.

[115] Per ampi ragguagli sul punto si v. FERRARO (*supra*, n. 90), 569 ss. e spec. 574; e già CABRAS (*supra*, n. 107), 152, 163 ss. e *passim* e PINARDI (*supra*, n. 90), 159, che sottolinea come l'opposizione quale strumento di tutela dei creditori è in linea con l'esaltazione dell'autonomia privata nella riforma.

care, però, la sottoposizione dell'azione risarcitoria al medesimo termine di decadenza previsto per l'opposizione, dato che la prima non interferisce con l'efficacia della trasformazione eterogenea [116]. Inoltre, la tesi della pregiudizialità fra opposizione e azione risarcitoria e la conseguente sottoposizione implicita di quest'ultima al termine di decadenza previsto per la prima suscita perplessità quanto alla sua conformità alla Costituzione. Dubbi di legittimità costituzionale sono stati sollevati in relazione alla disposizione *ex art. 2377, 6° comma, c.c.*, poiché il breve termine di decadenza a cui è li assoggettata l'azione risarcitoria decorre da un momento in cui il danno potrebbe non essersi ancora verificato [117]. La stessa obiezione può essere mossa contro l'applicazione di un termine di decadenza nel caso in esame. Peraltro, se la costituzionalità del termine *ex art. 2377, 6° comma*, può essere recuperata facendo leva sul tenore letterale dell'*art. 2377, 4° comma, c.c.* che sembra indicare come risarcibili i soli danni prodotti dalla delibera e non dalla sua esecuzione [118]; analoga argomentazione non può servire a legittimare l'apposizione di un termine di decadenza all'azione risarcitoria in caso di trasformazione invalida, poiché l'*art. 2500-bis, 2° comma, c.c.* certamente comprende anche i danni che derivano dall'esecuzione dell'operazione [119]. Infine, la sottoposizione ad un implicito termine di decadenza dell'azione risarcitoria esperibile dai creditori sembra contraria alla *ratio* dell'*art. 2500-bis c.c.* La regola generale della disciplina dell'invalidità delle operazioni straordinarie è «quella di far salva la tutela risarcitoria anche quando sono decorsi i termini per l'impugnativa» [120]. Essa, allora, contrasta con la configurabilità di un rapporto di pregiudizialità fra opposizione e risarcimento. Quanto alla funzione dell'azione risarcitoria in caso di invalidità della trasformazione, essa consiste nel dotare i creditori di uno strumento di tutela *sostitutivo* dell'opposizione, che non interferisca, però, con gli effetti organizzativi dell'operazione e con la tutela dell'affidamento dei terzi rispetto a questi ultimi. Ma se si sottopone il rimedio risarcitorio allo stesso termine di decadenza di quello reale tale funzione risulta fortemente limitata.

#### 14. (Segue). *Inapplicabilità del divieto di venire contra factum proprium*

La preclusione a chiedere il risarcimento *ex art. 2500-bis, 2° comma, c.c.* per i creditori che non si siano opposti alla trasformazione eterogenea potrebbe conseguire all'applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*: la mancata opposizione esprimerebbe un'acquie-

[116] In altri termini, mancando di giustificazione, la sottoposizione dell'azione risarcitoria al termine di sessanta giorni contraddice il canone interpretativo della presunzione del legislatore razionale. *Contra* GUERRERA (*supra*, n. 5), 233-234.

[117] NIGRO (*supra*, n. 2), 890; LIBERTINI, "Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di spa", in GENOVESE (a cura di), *Il nuovo diritto societario* (Torino, 2004), 11; WEIGMANN, "Dalla società per azioni alla società per carati", in BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* (Milano, 2002), 175.

[118] Recita, infatti la norma: «I soci ... hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto». Aderendo all'impostazione indicata nel testo ritengono possibile salvare la costituzionalità del termine di prescrizione LIBERTINI (*supra*, n. 117), 11; SPAGNUOLO, "art. 2377", in SANDULLI-SANTORO, *La riforma delle società* (Torino, 2003), 353; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 159; *contra* NIGRO (*supra*, n. 2), 890-891.

[119] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 158 (in relazione alla fusione, ma con argomentazione valida anche per la trasformazione). Per esempio sono suscettibili di verificarsi anche dopo 60 giorni dall'ultimo adempimento pubblicitario prescritto dall'*art. 2500, 2° comma, c.c.* i danni derivanti dalla distribuzione di utili consentita al nuovo ente e comunque quei pregiudizi che trovano la loro causa nella trasformazione, ma che non necessariamente devono realizzarsi concretamente nel momento della sua efficacia.

[120] V. sopra.

scenza all'operazione [121] che contraddice la successiva pretesa risarcitoria. Per di più, posto che l'ordinamento prevede la possibilità di opporsi ad una trasformazione potenzialmente lesiva, un'interpretazione che riconoscesse ai creditori inerti la facoltà, ad operazione avvenuta, di chiedere il risarcimento del danno verrebbe a ledere l'affidamento, riposto dalla società, nella neutralità della trasformazione per le loro ragioni [122]. E nel caso in esame non vale quanto rilevato in merito al rapporto impugnazione-azione risarcitoria dei soci. Infatti, il mezzo di tutela specifico dei creditori a fronte di una trasformazione lesiva dei loro diritti è esperibile entro un termine non abbreviabile da comportamenti di terzi e sufficientemente ampio [123].

Ciononostante, l'applicabilità del divieto di *venire contra factum proprium* suscita molti dubbi. In presenza di determinate circostanze, anche il silenzio può esprimere una volontà in ordine ad una certa situazione [124]. Laddove ciò accada è possibile individuare una sleale contraddizione tra inerzia e condotta successiva (*Verwirkung*) [125]. Proprio tale condizione sembra mancare, però, nel caso in esame: è difficile sostenere che all'omissione dell'opposizione da parte dei creditori possa essere attribuito il significato di acquiescenza alla trasformazione lesiva delle loro ragioni [126]. L'opposizione – come già notato – è funzionale a *prevenire* un danno potenziale; mentre si ricorre all'azione risarcitoria quando il pregiudizio si è *già realizzato*. La mancata opposizione, dunque, può essere dovuta all'ignoranza dei creditori legittimati, ossia alla loro incapacità di formulare quel giudizio prognostico sulla dannosità della trasformazione, che l'attivazione del mezzo di tutela preventivo presuppone [127]. Nel caso

[121] Per la possibilità di attribuire all'inerzia rispetto all'esercizio del rimedio reale contro un'operazione il significato di acquiescenza v. GUERRERA (*supra*, n. 5), 235 (: «l'abdicazione al rimedio specifico dell'impugnativa riveste...un significato di acquiescenza alla scelta collettiva, ancorché viziata da illegittimità...onde, rispetto a tale condotta, l'attivazione "autonoma" della pretesa risarcitoria risulterebbe contraddittoria ed ingiustificata ...»); FERRARO (*supra*, n. 90), 571; FERRARA JR.-CORSI, *Gli imprenditori e le società* (Milano, 2001), 898; VICARI (*supra*, n. 57), 512; SCOGNAMIGLIO, "Le scissioni", in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (Torino, 2004), 7\*\*, 2, 900.

[122] Si parafrasa quanto affermato in relazione alla fusione C. e R. SANTAGATA (*supra*, n. 94), 667 nt. 191. Un rilievo simile sebbene relativo al rapporto di pregiudizialità fra impugnazione ed azione risarcitoria ricorre in GUERRERA (*supra*, n. 5), 233-234.

[123] Si deve tener conto, peraltro, che il termine di sessanta giorni decorre dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2500, 2° comma (art. 2500-*nonies*, 2° comma, c.c.). Nei casi di trasformazione eterogenea in cui l'ente di partenza o quello di arrivo dell'operazione non siano soggetti a pubblicità (es. la comunione), l'adempimento è unico (l'iscrizione nel registro delle imprese). Le uniche ipotesi nelle quali il doppio adempimento pubblicitario prescritto dall'art. 2500, 2° comma, c.c. può trovare applicazione sono le trasformazioni eterogenee di o in una persona giuridica disciplinata dal I libro del c.c. Si puntualizza ciò, in quanto il tempo effettivo che i creditori hanno per esperire l'opposizione dipende anche 1) da quando viene compiuto l'ultimo o unico adempimento pubblicitario necessario (e si tenga conto che per l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche si prevede un termine addirittura di 120 giorni (art. 1 del d.p.r. n. 361/2000)), 2) da quale dei due adempimenti necessari (iscrizione nel registro delle imprese o delle persone giuridiche) debba compiersi per ultimo (sulla questione v. Cetra (*supra*, n. 8), 148), 3) dalla circostanza se effettivamente i sessanta giorni decorrano dall'ultimo adempimento o se si debba correggere la lettera della legge (v. sul punto, MALTONI-TASSINARI (*supra*, n. 8), 215; SILVESTRO, "Riflessioni sulla disciplina e la pubblicità della trasformazione", consultabile su [dircomm.it](http://dircomm.it), 2/2007).

[124] SACCO, in SACCO-DE NOVA, "Il contratto", in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile* (Torino, 2004), 246-247 afferma che il "silenzio semplice" non ha alcun significato; *ergo* non può rilevarsi una contraddizione scorretta fra esso ed un comportamento successivo.

[125] FESTI (*supra*, n. 59), 131 e la dottrina lì cit. in nota. V. PORTALE (*supra*, n. 56), 418 e 421 ss., per l'applicabilità del principio in esame in caso di comportamento omissivo.

[126] Cosicché sarebbe scorretto far valere lo stesso danno, una volta prodotti, tramite l'azione risarcitoria.

[127] Si deve ammettere cioè che una cosa è reagire ad un danno concretamente realizzatosi; altra cosa è valutare se una determinata operazione ancora inefficace possa cagionare un danno. Per la qualificazione dell'opposizione alla fusione come rimedio preventivo rispetto al realizzarsi del danno v. BELTRAMI (*supra*, n. 40), 1232, il quale sembra sviluppare un ragionamento simile a quello proposto nel testo ove (1247) afferma che mentre l'opposizione ha funzione cautelare, l'azione risarcitoria ha funzione riequilibratrice. Per cui, le due azioni "stanno su piani funzionali differenti" e nessuno può essere privato di una tutela risarcitoria per il fatto di non aver precedentemente attivato uno strumento cautelare.

in esame, l'inerzia del creditore non è, di per sé, espressiva in modo univoco della sua volontà di rinunciare a far valere la potenziale dannosità dalla trasformazione, potendo dipendere dalla mancata previsione di essa [128]. Può, quindi, non sussistere quella contraddizione scorretta fra l'omissione dell'opposizione e l'azione risarcitoria, suscettibile di determinare l'applicazione del divieto di *venire contra factum proprium* [129].

D'altro canto, la dottrina – a prescindere dalla tesi sostenuta in generale circa la questione della pregiudizialità fra rimedio reale e rimedio risarcitorio – è concorde nel ritenere che tale principio non trovi applicazione quando il mancato esercizio dell'opposizione non sia dovuto a colpa del creditore [130]. E non sembra che quest'ultima sia configurabile in caso di mancata previsione della dannosità potenziale della trasformazione.

### 15. La fattispecie fonte della responsabilità risarcitoria [131]

L'azione risarcitoria di cui all'art. 2500-bis, 2° comma, c.c. sembra esperibile *unicamente* in caso di *invalidità* della delibera di trasformazione.

Essa costituisce, infatti, un rimedio *sostitutivo* [132] della tutela reale preclusa *ex lege*, nel senso che esplica la funzione di assicurare la risarcibilità dei danni connessi ad una trasformazione viziata non più suscettibile di essere rimossa. Tale funzione emerge già dal tenore letterale della disposizione che, *in relazione* alla preclusione assoluta delle *pronunce di invalidità* della trasformazione, fa salva la tutela risarcitoria. Uno spunto in tal senso proviene anche dalla legge delega n. 366/2001 ove, in merito alle delibere assembleari [133], si attribuiva al legisla-

[128] Per uno spunto in tal senso v. Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, *Giust. civ.*, 2005, I, 2179, secondo la quale il mancato esercizio di un diritto dovuto ad ignoranza non rivela la volontà di non avvalersi dello stesso e dunque non determina l'applicazione della *Verwirkung* che è l'espressione del divieto di *venire contra factum proprium* in caso di comportamento omissivi.

[129] Il principio menzionato implica un giudizio di riprovazione discendente dalla specifica relazione in cui si pongono fra loro due atti (SCARSO *supra*, n. 56), 513). Ma tale giudizio di slealtà non è applicabile se il creditore non ha fatto valere il carattere pregiudizievole della trasformazione semplicemente perché incapace di pronosticarlo.

[130] VICARI *supra*, n. 57), 542; BELTRAMI *supra*, n. 40), 1235 ss. La conclusione concorde della dottrina è probabilmente dovuta al fatto che l'applicazione del principio generale determinerebbe un risultato iniquo. Esclude che il divieto di *venire contra factum proprium* si applichi in caso di omissione dovuta a "temporaneo impedimento" – ciò non a colpa – anche Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, *Giust. civ.*, 2005, I, 2179. In relazione a tale ipotesi, un caso particolarmente interessante è quello della trasformazione eterogenea di comunione d'azienda o consorzio con attività interna. L'ente trasformando non è soggetto a pubblicità, quindi è sufficiente ex art. 2500, 2° comma, c.c. la pubblicità richiesta per l'ente in cui ci si trasforma. Secondo parte della dottrina in tali casi *l'opposizione risulta praticamente inutilizzabile da parte dei creditori*. Infatti, l'opposizione è riconosciuta a quei soggetti che hanno fatto affidamento su una certa struttura dell'ente al momento costitutivo del rapporto obbligatorio; dunque la tutela di detto affidamento non può che ancorarsi al mezzo di pubblicità proprio dell'ente che effettua la trasformazione, perché solo questo i creditori hanno l'onere e la possibilità di conoscere. Al creditore, cioè, si può imporre, per proporre opposizione, l'onere di monitorare costantemente la situazione dell'ente con cui ha contratto (visto che il termine per opporsi decorre da un adempimento pubblicitario), non quella dell'ente che nasce dalla trasformazione dal momento che «è difficile cercare ciò che non si conosce» (MALTONI-TASSINARI *supra*, n. 8), 215; PINARDI, *La trasformazione* (Milano, 2005), 168; SILVESTRO *supra*, n. 8)). Ma allora se l'ente trasformando non è soggetto a pubblicità, secondo tale ragionamento, il creditore non potrà aver notizia della trasformazione e quindi nemmeno opporsi (essendo inutile al riguardo la pubblicità relativa all'ente di arrivo: PINARDI, *op. cit.*, 169). Ne consegue l'impossibilità (per quanto detto nel testo) di affermare l'esistenza di un rapporto di pregiudizialità fra opposizione e azione risarcitoria.

[131] Si tralascia, visti i limiti della presente indagine, la questione circa l'elemento della colpa della società, rimandando al riguardo a BELTRAMI *supra*, n. 4), 176 ss.

[132] L'opinione è pressoché pacifica in dottrina e giurisprudenza. V. *ex multis*, ANGELICI *supra*, n. 49), 1992, 273; BELTRAMI *supra*, n. 4), 155 nt. 148 e 168 nt. 181; IERMANO *supra*, n. 1), 423; Trib. Milano, 2 novembre 2000, *Società*, 2001, 452; Trib. Milano, 27 novembre 2008, *ined.*

[133] In ciò si risolve la trasformazione, almeno in caso di trasformazione di s.p.a. e di s.r.l.

tore delegato il potere di prevedere «l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità», dunque *sostitutivi* di quest'ultima.

Quale rimedio sostitutivo dell'impugnazione preclusa *ex lege*, l'azione *ex art. 2500-bis*, 2° comma, c.c., dunque, presuppone l'invalidità della trasformazione [134].

A ciò si deve aggiungere che la rubrica dell'art. 2500-*bis* è chiara nel riferire la disciplina della norma (ivi compreso il 2° comma) all'ipotesi di "invalidità" della trasformazione.

A tali osservazioni consegue la necessità di attribuire natura risarcitoria alla responsabilità in esame (a prescindere dal problema – comunque discusso in dottrina – se si tratti di responsabilità contrattuale o aquiliana). La trasformazione, infatti, determina un danno (eventuale) *contra ius e non iure* in quanto conseguente ad un atto *illegittimo perché invalido* [135]. In base ai principi generali della responsabilità civile, dunque, il soggetto che subisce un pregiudizio di questo tipo non è tenuto a sopportarlo; cosicché il costo dello stesso deve essere traslato su chi lo ha cagionato [136].

Deve, pertanto, essere respinta [137] la tesi che qualifica come indennitaria la responsabilità da trasformazione invalida. L'indennizzo costituisce, infatti, una forma di compensazione monetaria della lesione cagionata da un *atto legittimo* non da un atto antigiuridico [138].

## 16. L'interesse tutelato dall'impugnativa delle delibere assembleari

Il 2° comma dell'art. 2500-*bis* c.c. costituisce una prescrizione dal tenore letterale generico [139]. Per ricostruire i caratteri dell'azione lì disciplinata, dunque, pare opportuno attribuire



[134] Così, sebbene in relazione alla fusione BELTRAMI (*supra*, n. 4), 163, 179 e la dottrina citata a p. 110 nt. 26 e 163 nt. 170; GUERRIERI (*supra*, n. 22), 428. Contra CASSOTTANA, "Azione risarcitoria per errata determinazione del rapporto di cambio", *Società*, 2001, 468.

[135] Che l'illiceità della delibera risieda proprio nella sua invalidità è riconosciuto da BELTRAMI (*supra*, n. 4), 180; LENER, "Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni", *Riv. dir. comm.*, 2004, 84; GUERRIERI (*supra*, n. 22), 430; e da ultimo da RORDORF, "art. 2377", in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società* (Padova, 2010), 857, per il quale «se è vero che, in via di principio, le regole di validità e quelle di comportamento operano su piani diversi, ... meno agevole è escludere che la violazione di regole di validità non si traduca anche in un comportamento illegittimo dal quale, se ne siano derivati danni, può scaturire anche un obbligo risarcitorio». Una volta divenuta inoppugnabile a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese la delibera di trasformazione cessa di essere un «atto procedimentale», e diviene «un fatto inattuabile ... che origina da un atto», che, in quanto invalido è illecito (cfr. BELTRAMI (*supra*, n. 4), 147).

[136] La disciplina in commento risulta tributaria di quell'opinione dottrinarica che – valorizzando la doppia natura della società come contratto e come organizzazione – riconosce come la violazione delle regole societarie possa rilevare anche su un piano diverso da quello della validità, dando «luogo ad obblighi risarcitori e quindi esse[ndo] valutata in termini di illiceità». V. ANGELICI, "Le basi contrattuali della società per azioni", in ANGELICI-G.B. FERRI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati* (Torino, 1997), 314 ss. nt. 47.

[137] In tal senso depone anche il tenore letterale dell'art. 2500-*bis*. V. SACCHI (*supra*, n. 2), 162. Pur con qualche incertezza la dottrina civilistica distingue il risarcimento dall'indennizzo: PERLINGERI, "La responsabilità civile fra indennizzo e risarcimento", *Rass. dir. civ.*, 2004, 1072 e *amplius*, se si vuole, BENEDETTI, *La responsabilità aggiuntiva ex art. 2497*, 2° comma, c.c. (Milano, 2012), cap. III.

[138] P. RESCIGNO, voce "Obbligazioni (diritto privato)", *Enc. dir.* (Milano, 1979), XXIX, 157; DI MAJO (*supra*, n. 2), 332; BIANCA (*supra*, n. 71), 584 ss.; MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, (Milano, 2007), 117. D'altronde merita rilevare che laddove l'ordinamento societario ha voluto imporre un obbligo risarcitorio a fronte di una delibera valida, lo ha espressamente previsto (cfr. gli artt. 2383, 3° comma, c.c.). Poiché tale esplicita previsione non ricorre nell'art. 2500-*bis*, 2° comma, pare prudente concludere che si è di fronte ad una responsabilità risarcitoria in quanto avente titolo in una delibera illecita poiché invalida, posto che la responsabilità da atto lecito ha natura eccezionale (GAZZONI, *Manuale di diritto privato* (Napoli, 1993), 280).

[139] L'omologa prescrizione dell'art. 2504-*quarter*, 2° comma, è stata definita da ampia parte della dottrina come una clausola generale «di imputazione di obbligazioni ... tese a restaurare l'interesse di volta in volta sacrificato» (C. e R. SANTAGATA (*supra*, n. 94), 645 ss.; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 24 ss. e gli ampi riferimenti indicati nelle note corrispondenti).



rilievo, nuovamente, alla funzione *sostitutiva della tutela invalidatoria* da essa esplicata.

È essenziale, a tal fine, determinare preliminarmente l'interesse tutelato con l'impugnazione della delibere assembleari. La dottrina prevalente ritiene che l'impugnazione delle delibere assembleari adempia la funzione di difendere l'«interesse ad un contenuto diverso – nel senso di più conveniente per il socio impugnante – da quello che la medesima delibera aveva avuto in seguito alla violazione» della sua disciplina legale e statutaria [140]. Il sacrificio di tale interesse individuale del socio connesso al merito della delibera – per effetto dell'adozione del principio maggioritario (che soddisfa l'esigenza di funzionalità della società) – risulta giustificato solo dalla conformità della delibera alla legge e all'atto costitutivo; in caso contrario, invece, diviene rilevante l'interesse personale del socio, legittimandolo ad esperire l'impugnazione. Per poter esercitare tale rimedio, peraltro, la dottrina ritiene non sufficiente invocare una generica pretesa al ripristino della legalità, ma richiede la prova di un *pregiudizio* (anche, ma non necessariamente) patrimoniale, anche potenziale [141].

Inoltre, si afferma che l'impugnazione ha la funzione di evitare non soltanto un pregiudizio diretto al patrimonio del socio, bensì anche lesioni *meramente riflesse in quanto incidenti direttamente sulla società*. Il che si desume dal combinato disposto di cui agli artt. 2373 e 2377 c.c. [142].

### 17. La natura del danno da trasformazione [143]

La ricostruzione dell'azione risarcitoria *ex art. 2500-bis*, 2° comma, c.c. come strumento di tutela sostitutivo dell'impugnazione risulta rilevante in ordine all'individuazione delle caratteristiche del danno che ne legittima l'esercizio. Si vuol sostenere, infatti, che la riforma non ha



[140] G. FERRI, *Le società* (Torino, 1987), 652; ZANARONE, "L'invalidità delle deliberazioni assembleari", in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni* (Torino, 1994), 3, 271 ss.

[141] GUERRERA (*supra*, n. 5), 211, ove si afferma che il diritto di impugnazione è volto «ad eliminare il pregiudizio diretto o riflesso che scaturisce dalla delibera»; ZANARONE (*supra*, n. 140), 276, 378 ss.; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 131.

[142] Il socio può impugnare anche delibere assembleari viziate da conflitto di interessi, che sono potenzialmente pregiudizievoli per la società, e che quindi possono arrecare al socio stesso un danno meramente riflesso. Ciò comporta che il potere di impugnazione del socio può sottendere l'interesse ad evitare pregiudizi sia diretti sia indiretti al proprio patrimonio. Al riguardo v. GUERRERA (*supra*, n. 5), 211; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 126 ss. Non si obietti alla ricostruzione che si propone nel testo la differenza fra impugnazione e azione risarcitoria, la quale annovera fra i propri presupposti, al contrario della prima, il danno. Si deve infatti considerare che l'interesse cui ora si fa riferimento nel testo rappresenta solo la *ratio* dell'impugnazione, ma non un vero e proprio presupposto del relativo potere (distinzione proposta, sebbene in relazione ad altro contesto, da FERRI JR. (*supra*, n. 91), 29).

[143] In merito al danno risarcibile a favore dei soci sono stati fatti i seguenti esempi: la perdita derivante dal mutamento delle caratteristiche tipologiche della partecipazione, al quale consegue un deterioramento della redditività o negoziabilità della medesima (GUERRERA (*supra*, n. 5), 306, con riferimento alla trasformazione regressiva, a causa della ridotta negoziabilità delle quote; ed alla trasformazione in consorzio o comunione d'azienda); la trasformazione da società di capitali in associazione dove è preclusa la distribuzione di utili e del residuo patrimoniale una volta pagati i creditori (CAGNASSO-A. BONFANTE (*supra*, n. 1), 115); ancora si può pensare ad una violazione del principio della neutralità della trasformazione omogenea (o in cooperativa) rispetto alla posizione reciproca dei partecipanti all'ente trasformando: quindi al caso in cui la partecipazione assegnata nell'ente di arrivo non sia equivalente a quella nell'ente di partenza (sulle difficoltà della relativa operazione di conversione v. CETRA (*supra*, n. 8), 167 ss.) così che per l'interessato si configura un pregiudizio in termini di minori utili o della riscossione di un minor valore in sede di dismissione (per alienazione o recesso) della partecipazione). Per quanto concerne i terzi, il danno risarcibile potrebbe per es. verificarsi in caso di trasformazione regressiva da s.r.l. a s.n.c. per il creditore particolare del socio che prima della trasformazione poteva espropriare la quota (art. 2471 c.c.) e dopo non può chiederne la liquidazione finché dura la società (art. 2305 c.c.). Per ulteriori esempi VAIRA (*supra*, n. 90), 2253 ss. ed inoltre sopra nel prgr. dedicato all'opposizione dei creditori: quelli lì indicati come possibili pregiudizi, capaci di fondare l'opposizione possono essere considerati come danni, una volta realizzata la trasformazione.

lasciato privo di protezione l'interesse precedentemente tutelato con la pronuncia di invalidità della delibera, ma si è limitata soltanto ad individuare una forma di tutela suscettibile di essere conciliata con «l'irregredibilità degli effetti dell'attività organizzativa» [144]. Ma allora, stante le caratteristiche – appena sopra individuate – dell'interesse protetto dall'impugnazione della delibera invalida, l'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. deve considerarsi fonte nel nostro ordinamento di un'azione risarcitoria che – eccezionalmente per il diritto societario – consente al singolo socio di ottenere anche il risarcimento individuale di lesioni subite *indirettamente*, come riflesso del danno direttamente cagionato alla società [145].

D'altronde, qualora ci si limitasse ad attribuire alla disposizione in esame il significato di mera clausola generale, avente semplicemente la funzione di *rinvviare alle azioni risarcitorie già previste dall'ordinamento* [146] si incorrerebbe probabilmente in un'interpretazione contraria all'art. 24 Cost. [147]. Infatti costituisce principio generale del diritto societario l'impossibilità per il singolo socio di ottenere a vantaggio della propria sfera patrimoniale il risarcimento dei danni c.d. riflessi, ossia direttamente incidenti sul patrimonio sociale [148]. Pertanto, le azioni risarcitorie a cui l'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. per ipotesi farebbe rinvio non consentono al socio, a differenza del rimedio demolitorio (v. prgr. prec.), di ottenere protezione contro i danni meramente riflessi [149]. Considerando l'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. come norma di mero rinvio, quindi, si lascerebbe privo di protezione, rispetto a quest'ultimo tipo di pregiudizi patrimoniali, un interesse certamente da qualificare come meritevole di tutela giurisdizionale in base agli indici normativi ricavabili dall'ordinamento (cfr. prgr. prec. e in part. gli artt. 2373 e 2377 c.c.) [150].



[144] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 76, in merito all'art. 2504-*quater* c.c. L'assimilabilità dell'impugnazione alle tecniche obbligatorie di reintegrazione sotto il profilo funzionale è affermata anche da GUERRERA (*supra*, n. 5), 228.

[145] V. GUERRERA (*supra*, n. 5), 306 e nt. 183.

[146] Con tale espressione si allude a tutte quelle azioni «che hanno come presupposto una condotta illecita ... di un soggetto direttamente o indirettamente collegato alla società» a disposizione dei soci o dei terzi diversa da quella ex art. 2500-*bis* (BELTRAMI (*supra*, n. 4), 105, ove ampi esempi: artt. 2395, 2476, 6° comma ...). Alla tesi esposta nel testo aderiscono, in riferimento all'omologa norma, rispetto a quella in esame, in materia di fusione, D'ALESSANDRO (*supra*, n. 2), 712, per il quale «la preclusione della tutela invalidatoria non comportava preclusione anche di quella risarcitoria, se ed in quanto spettante *in base ad altre norme o ai principi del sistema*» (corsivi aggiunti); DI SARLI (*supra*, n. 34), 965 ss.; C. e R. SANTAGATA (*supra*, n. 94), 646, anche se però per quest'ultimo l'art. 2504-*quater* c.c. non si limita a rinviare all'esperibilità delle azioni risarcitorie tradizionali, ma consente inoltre ai soci e ai terzi di agire anche nei confronti della società risultante dalla fusione.

[147] Dal quale si ricava il divieto per il legislatore di lasciare totalmente prive di protezione situazioni giuridiche soggettive che sono giudicate degne di essere tutelate dall'ordinamento. V. BELTRAMI (*supra*, n. 4), 123 che cita al riguardo COMOGLIO (*supra*, n. 51), 6.

[148] GUERRERA (*supra*, n. 5), 294; PINTO, «La responsabilità degli amministratori per “danno diretto” agli azionisti», in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società* (Torino, 2006), 2, 912 ss.

[149] Peraltro il problema della risarcibilità del danno indiretto si pone solo rispetto ai soci non per i creditori, che anche nel diritto societario sono legittimati ex art. 2394 c.c. a pretendere il risarcimento di un danno che in primo luogo incide sul patrimonio sociale. La questione è rilevante, invece, oltre che per le trasformazioni in società di capitali e cooperative (per le quali l'applicazione dell'art. 2395, da cui si ricava il principio generale della irrisarcibilità al socio del danno al patrimonio sociale, è normativamente prevista) anche per quelle in società di persone o in enti diversi (es. associazioni), posto che *i*) quanto alle prime la giurisprudenza teorica e pratica sono concordi nell'estendere analogicamente l'applicazione dell'art. 2395 c.c. (v. SANTI, *Amministrazioni e controlli* (Padova, 2011), 423 ss. ove ampi riferimenti); *ii*) ed anche per quanto concerne le seconde la tesi prevalente è quella di estendere analogicamente l'art. 2395 (FRANZONI, «Il danno cagionato dagli amministratori di enti collettivi», in *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi* (Milano, 2007), 220 ss.; Trib. Pavia, 2 luglio 1987, *Giust. civ.*, 1988, I, 263; ma *contra* v. Trib. Viterbo, 7 gennaio 2006, *De Jure*).

[150] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 139 ss., seppur in relazione alla fusione. V. il medesimo autore pp. 138-139 per la rilevanza del pregiudizio riflesso (e quindi dell'interesse corrispondente del socio ad essere tutelato) ai fini dell'esperibilità del rimedio demolitorio.

L'unico modo per attribuire alla disposizione in esame un significato conforme alla Costituzione è, allora, considerarla come previsione di *un'autonoma azione di responsabilità, che legittima il singolo socio a pretendere il risarcimento anche dei pregiudizi riflessi cagionati dalla delibera di trasformazione invalida inoppugnabile*, in deroga al principio generale vigente nel diritto societario [151]. Solo adottando tale conclusione è possibile attribuire all'azione ex art. 2500-bis, 2° comma, c.c. – in coerenza con lo scopo per la quale è stata introdotta – una funzione «effettivamente compensativa ed equivalente anche sul piano dei principi costituzionali che garantiscono l'accesso alla tutela dei diritti» [152] rispetto a quella invalidatoria.

A conferma della conclusione cui si è appena pervenuti si deve, inoltre, considerare che, qualificando l'art. 2500-bis, 2° comma, c.c. come una norma avente solo la funzione di rinviare alle azioni risarcitorie già previste nell'ordinamento, esso verrebbe nella sostanza svuotato di contenuto precettivo ed innovativo. Si perverrebbe, così, ad una inaccettabile – in base ai principi dell'ermeneutica giuridica – *interpretatio abrogans* della disposizione [153].

## 18. Individuazione dei danni risarcibili

Confrontandolo con il disposto dell'art. 2377, 4° comma, c.c. (che si riferisce ai danni cagionati dalla *delibera* contraria alla legge o allo statuto), il generico tenore letterale dell'art. 2500-bis, 2° comma, c.c. sembra ammettere il risarcimento dei danni cagionati non soltanto dall'atto di trasformazione in sé, ma anche dalla sua esecuzione [154], ossia dagli atti successivi che presuppongono l'intervenuta modificazione di disciplina dell'ente trasformato. Si pensi, per esempio, al danno che può derivare ai creditori sociali, in termini di menomazione dell'integrità patrimoniale, dalla distribuzione di utili consentita dalla disciplina dell'ente trasformato e invece preclusa da quella dell'ente trasformando. Nel momento in cui la trasformazione diviene efficace tale danno è meramente potenziale; esso si realizza solo quando si proceda concretamente alla distribuzione degli utili, tramite per esempio una delibera assembleare successiva alla decisione dell'operazione straordinaria. Solo allora diviene esperibile l'azione risarci-

[151] Un ragionamento analogo è svolto in merito all'art. 2504-*quater* da BELTRAMI (*supra*, n. 4), 126 ss.; e da RORDORF (*supra*, n. 135), 858. Per l'individuazione del danno riflesso di cui il socio può chiedere il risarcimento in caso di trasformazione v. GUERRERA (*supra*, n. 5), 306.

[152] Trib. Milano, 27 novembre 2008, inedit., che, però, perviene ad esiti interpretativi differenti da quelli proposti nel testo; Trib. Milano, 2-6 novembre 2000, *Società*, 2001, 252. La soluzione che si suggerisce nel testo pare essere suffragata anche dalle motivazioni delle sentenze rese in ordine alla questione di legittimità costituzionale ex artt. 3 e 24 Cost. dell'art. (analogo a quello in esame) 2504-*quater* c.c. Cfr. per esempio App. Milano, 18 gennaio 2002, *Giur. it.*, 2002, 790 ove si afferma che «la disposizione di cui all'art. 2504-*quater* c.c. ... è conforme alla costituzione, giacché il diritto di far valere i relativi vizi non viene soppresso, ma modificato, potendo il socio dissenziente agire per il risarcimento del danno». Conf. Trib. Genova, 21 dicembre 2000, *Società*, 2001, 448; Trib. Milano, 16 settembre e 13 maggio 1999, *Giust. civ.*, 2000, I, 547. Tali pronunce escludono la fondatezza della questione di legittimità costituzionale in quanto la tutela reale viene rimpiazzata da quella obbligatoria. Ma allora ne consegue la necessità di ricostruire la seconda in modo da renderla effettivamente capace di adempiere a tale funzione sostitutiva.

[153] In quanto la tutela risarcitoria troverebbe già la propria fonte giuridica in altre disposizioni dell'ordinamento.

[154] Il punto è stato oggetto di ampia discussione in relazione all'azione risarcitoria di cui all'art. 2477, 4° comma, c.c. (v. LIBERTINI (*supra*, n. 117), 10; CHIAPPETTA, "sub art. 2377", in PICCIAU (a cura di), *Assemblea* (Milano, 2008), 290; GUERRIERI, "art. 2377", in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario* (Padova, 2005), I, 538 ss.; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 157 ss.). Inapplicabile alla trasformazione invalida pare anche la tesi della irrisarcibilità ai sensi dell'art. 2377, 4° comma, c.c. dei danni derivanti da una delibera se invalida, ma non cagionati dal vizio dell'atto (GUERRIERI, *op. cit.*, 538 ss., il quale fa l'esempio di una delibera viziata sotto il profilo procedimentale, ma che risulti dannosa per il suo contenuto legittimo, senza che il vizio abbia inciso sulla sua adozione). Niente nel tenore letterale dell'art. 2500-bis c.c. autorizza tale conclusione.

toria, che presuppone la “realtà del danno” [155]. Quest’azione pare riconducibile alla previsione di cui all’art. 2500-bis, 2° comma, c.c., oltre che per quanto già rilevato in ordine al suo tenore letterale, anche perché ha la trasformazione e il pregiudizio in esame sussiste il nesso causale in base alla regola della causalità adeguata [156].

Infine, sempre in ordine all’individuazione del danno risarcibile, si può rilevare che i vizi formali o sostanziali, cause dell’invalidità della trasformazione, assumono rilevanza ai fini della responsabilità in esame, in quanto si risolvano in una lesione della partecipazione sociale (almeno in caso di trasformazione omogenea ed eterogenea di società di capitali) «sotto il triplice profilo della sua “conservazione”, “redditività” e “valorizzazione”» [157], ovvero degli interessi economici (come tali suscettibili di essere risarciti per equivalente monetario) connessi alla partecipazione.

## 19. La quantificazione del danno

Per quantificare il pregiudizio risarcibile cagionato dalla trasformazione invalida occorre determinarne le due componenti del danno emergente (inteso come perdita di valori già acquisiti al patrimonio del danneggiato) e del lucro cessante (ossia il guadagno netto mancato al danneggiato) [158]-[159].

A tal fine occorre privilegiare un criterio di tipo soggettivo, vale a dire considerare l’interesse individuale sotteso all’investimento ed accertare l’incidenza lesiva concreta sulla posizione del danneggiato, come pacificamente ammette la dottrina civilistica in relazione ai beni produttivi qual è la partecipazione sociale [160].

Si è, tuttavia, rilevato che «il necessario riferimento di tali entità economiche ad una posizione contrattuale inerente ad un rapporto in corso di attuazione ... rende particolarmente ar-



[155] CHIAPPETTA (*supra*, n. 154), 290.

[156] L’evento dannoso considerato nel testo può dirsi conseguenza normale della condotta sulla base di un giudizio *ex ante* basato su criteri di regolarità statistica (c.d. tesi della causalità adeguata, che è quella accettata dalla giurisprudenza dominante). Cass., 4 luglio 2006, 15274, *Obbligazioni e contratti*, 2007, 1, 77; Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, *Mass. Giust. civ.*, 2005, 5), ove si afferma che sono sempre risarcibili «anche danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale» della condotta «secondo il principio della c.d. regolarità console».

[157] GUERRERA (*supra*, n. 5), 276 ss. (sebbene in relazione ai danni da delibere invalide) ove un ampio approfondimento in merito ai vizi formali e sostanziali. LA MARCA (*supra*, n. 77), 351, parla di “danno al valore contrattuale della partecipazione”.

[158] V. GUERRERA (*supra*, n. 5), 401, ove riferimenti alla dottrina civilistica. In relazione alla trasformazione v. CAGNASO-A. BONFANTE (*supra*, n. 1), 115. La dottrina normalmente fa riferimento alle componenti tradizionali del danno anche in relazione a quello cagionato da altre operazioni straordinarie quali la fusione (v. BELTRAMI (*supra*, n. 4), 204 ss.; VICARI (*supra*, n. 20), 322 ss.; GENOVESE (*supra*, n. 29), 96).

[159] Quanto alla prima componente del danno, essa può sussistere in caso di trasformazioni omogenee o in società cooperative laddove la partecipazione assegnata nell’ente di arrivo non sia equivalente a quella nell’ente di partenza e risulti, perciò, violato il principio della neutralità della trasformazione omogenea rispetto alla posizione reciproca dei partecipanti all’ente trasformando. In tal caso, verificandosi un pregiudizio assimilabile a quello cagionato dalla fusione invalida per l’incongruità del rapporto di cambio, è possibile far riferimento al criterio che quantifica il danno emergente nella differenza tra il valore della partecipazione dopo la trasformazione e quello che la quota avrebbe avuto se tale elemento fosse stato congruamente determinato. Mentre il lucro cessante può essere risarcito nel caso di trasformazione eterogenea regressiva di società di capitali in associazione (nella quale è vietata la distribuzione degli utili e dell’eventuale residuo patrimoniale una volta pagati i creditori), caso nel quale andrebbe quantificato in una somma pari agli utili (di esercizio e di liquidazione) di cui il socio è stato illegittimamente privato in conseguenza di un’operazione invalida impostagli dalla maggioranza. Per interessanti osservazioni in merito al danno emergente ed al lucro cessante e alla loro differente configurazione a seconda che si debba risarcire l’interesse negativo o positivo del danneggiato in caso di fusione invalida v. BELTRAMI (*supra*, n. 4), 223 ss.

[160] V. GUERRERA (*supra*, n. 5), 400 ss. ove riferimenti; da ultimo in generale FRANZONI, *Il danno risarcibile* (Milano, 2010), 115 ss., ove viene spiegata la differenza fra criterio soggettivo ed oggettivo nella stima del danno.

dua» [161] la quantificazione del danno arrecato ad esse. Risulta, pertanto, utile la possibilità offerta dal nostro ordinamento di ricorrere alla determinazione equitativa del pregiudizio *ex art.* 1226 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c., per la responsabilità aquilina) quando sussista l'impossibilità o una motivata grande difficoltà nel quantificarlo, purché però esso sia certo nella sua esistenza [162]. Gli interessi lesi dalla trasformazione invalida – in particolare quelli alla redditività e alla valorizzazione della partecipazione (v. sopra) –, infatti, si risolvono in mere aspettative patrimoniali da determinarsi su basi probabilistiche, la cui valutazione non può che avvenire, dunque, in via equitativa [163].

Le precedenti osservazioni – relative all'impiego del criterio soggettivo e della valutazione equitativa del danno – appaiono utili a fornire anche una soluzione al problema del risarcimento dell'interesse del socio che non possa essere qualificato come mero investitore – come tale interessato esclusivamente al rendimento finanziario del proprio investimento (nel quale si risolve la sua partecipazione alla società) –, ma che vanti un interesse di tipo imprenditoriale, inteso come interesse a svolgere in comune e a gestire l'attività rientrante nell'oggetto sociale [164]. Stimare il danno con riferimento all'interesse soggettivo tipico del danneggiato consente, infatti, di quantificare in maniera adeguata le conseguenze patrimoniali dell'illecito, tenendo cioè nella debita considerazione il fatto che il pregiudizio ad un medesimo bene può essere risarcito in misura maggiore o minore, poiché l'interesse colpito varia da soggetto a soggetto [165]. Il ricorso al criterio di quantificazione dell'*id quod interest* consente di colmare l'inadeguatezza della mera applicazione della *Differenztheorie* [166], perché permette di stimare il danno modellando rispetto alla situazione concreta ed agli effettivi interessi lesi la nozione di patrimonio personale, in modo da evitare che l'operazione non si risolva in un mero calcolo aritmetico [167].

Il riferimento, al fine della stima del danno, al rapporto in corso di attuazione ed all'interesse del danneggiato piuttosto che alla partecipazione o al credito considerati come beni statici consente, infine, di attribuire rilevanza agli eventuali effetti positivi scaturenti dalla tra-



[161] GUERRERA (*supra*, n. 5), 401-402.

[162] Da ultimo Cass., 12 aprile 2006, n. 8615, *Mass. Foro it.* e ampiamente FRANZONI (*supra*, n. 163), 176 ss.

[163] Per la qualificazione dell'interesse alla redditività e alla valorizzazione della partecipazione sociale tutelati dall'art. 2497, 1° comma, c.c. come aspettative patrimoniali v. MAZZAMUTO, "La responsabilità contrattuale debole", *Europa dir. priv.*, 2011, 121 ss., ove interessanti rilievi anche in merito al danno da perdita di *chance*, cui in definitiva quegli interessi possono essere ricondotti. A seguito del consolidarsi della trasformazione invalida il partecipante all'ente può patire un pregiudizio sotto forma di lucro cessante causato dal fatto che la «situazione giuridica violata [la partecipazione] ... [ha] un contenuto tale da includere come possibile o meglio probabile epilogo anche quel mancato incremento patrimoniale» (per es. i dividendi) nell'ente di partenza (MAZZAMUTO, *op. cit.*, che così definisce la *chance*, per la quantificazione della cui lesione vengono richiamati proprio i criteri indicati nel testo; sulla liquidazione equitativa del danno da perdita di *chance* v. anche FRANZONI (*supra*, n. 160), 80 ss.).

[164] La rilevanza della questione è colta già in GUERRERA (*supra*, n. 5), 402 e nt. 17. Si pensi alla trasformazione regressiva omogenea in società di persone o eterogenea in associazione di una società di capitali. Nella nuova società di persone, laddove si applichi la regola maggioritaria alle decisioni dei soci e si ritenga che la maggioranza venga calcolata in base alla quota di utili che si presume uguale in mancanza di diversa indicazione nel contratto sociale, il socio originariamente di maggioranza subirà un danno consistente nel venir meno della possibilità di incidere sulle decisioni sociali in misura proporzionale alla propria partecipazione originaria. Lo stesso dicasi per le delibere dell'associazione, ove la regola generale è il voto capitario.

[165] FRANZONI (*supra*, n. 160), 111 ss.

[166] Che quantifica il danno come differenza dello stato del patrimonio del soggetto leso prima e dopo il fatto dannoso.

[167] Così FRANZONI (*supra*, n. 160), 124. Sembra escludere la possibilità di chiedere un maggior danno da parte dell'azionista imprenditore PANELLI, "La tutela dei soci di minoranza nella riforma del diritto societario: la "voice"", *Notariato*, 2005, 540.

sformazione invalida che risulti, contemporaneamente, anche dannosa [168]. Ciò in applicazione della *compesatio lucri cum damno*, la quale ammette la riduzione dell'ammontare del danno risarcibile, purché questo ed i benefici atti a determinare una (almeno parziale) compensazione derivino eziologicamente dal medesimo comportamento antigiuridico [169]. E a condizione che il soggetto leso dalla trasformazione viziata tragga vantaggio dalla sua contemporanea convenienza [170].

Da tali considerazioni risulta il rilievo che normalmente assume la consulenza tecnica di un esperto al fine di liquidare il danno da trasformazione invalida [171].

## 20. I danni da vizi procedurali

Un problema particolarmente arduo posto dalla sostituzione della tutela reale con quella risarcitoria riguarda i vizi meramente procedurali della trasformazione: si tratta di vizi formali (ossia consistenti in violazioni di regole organizzative o procedurali) che non cagionano alcun danno al patrimonio del socio o della società (danno diretto o riflesso), ossia agli "interessi finali" che si appuntano sulla "conservazione", "redditività" e "valorizzazione" della partecipazione [172].

La dottrina prevalente non ritiene azionabile il rimedio risarcitorio in tali casi, stante la mancanza di un danno economicamente valutabile [173]. A fondamento di tale conclusione viene richiamata l'elaborazione giuspubblicistica in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, in quanto così viene qualificata anche la situazione giuridica del socio a fronte di una delibera illegittima [174]. Le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi non come "categoria generale",



[168] GUERRERA (*supra*, n. 5), 402; GENOVESE (*supra*, n. 29), 94; C e R. SANTAGATA (*supra*, n. 94), 654.

[169] Si pensi alla trasformazione omogenea progressiva: il socio perde il diritto al dividendo annuale, ma è soggetto ad una responsabilità limitata per le obbligazioni sociali (ovvero beneficia della diminuzione della rischiosità del suo investimento. VAIRA (*supra*, n. 100), 2253-2254); oppure, in caso di trasformazione omogenea regressiva il socio può subire un decremento del valore della propria partecipazione a causa della ridotta negoziabilità, compensata però dall'incremento derivante dall'acquisto di un diritto al dividendo (non più condizionato alla delibera assembleare di distribuzione). Non è improbabile che la trasformazione invalida possa comportare anche effetti positivi dato che essa risponde, per sua natura, all'esigenza di apportare una modifica dell'ente originario per adattarne le regole di funzionamento e di organizzazione ad esigenze sopravvenute e dato che l'operazione è comunque stata decisa dalla maggioranza richiesta dalla legge. D'altronde, che gli effetti della trasformazione seppure invalida possano risultare positivi per l'ente trasformato mi sembra assunto sotteso anche alla disciplina dell'art. 2500-bis c.c., la quale mira proprio a consentirne la definitiva stabilizzazione a tutela delle esigenze dell'ente stesso (oltre che dei terzi che con esso entrano in rapporto).

[170] La precisazione si trova in GENOVESE (*supra*, n. 29), 94, in relazione alla fusione. Ma pare suscettibile di essere trasposta anche in caso di trasformazione invalida: per. es. in caso di trasformazione di società di capitali in fondazione, che implica il venir meno della compagine sociale e il ritiro delle partecipazioni sociali (CETRA (*supra*, n. 8), 184), l'operazione potrebbe comportare effetti positivi per l'ente, ma non per i soci originari, che con esso non hanno più alcun rapporto.

[171] VAIRA (*supra*, n. 90), 2253.

[172] GUERRERA (*supra*, n. 5), 279 ss., il quale ritiene che laddove si verifichi quanto esposto nel testo «non potrà darsi adito alla tutela risarcitoria». La questione è stata esaminata da LIBONATI, "Assemblea e patti parasociali", *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 471-472; ENRIQUES-ZORZI, "Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle delibere assembleari", *Riv. dir. comm.*, 2006, 26 ss.; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 156 ss.; LA MARCA (*supra*, n. 77), 216 ss.

[173] V. GUERRERA (*supra*, n. 5), 279; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 156 nt. 149 per riferimenti. Per la risarcibilità v. invece ENRIQUES-ZORZI (*supra*, n. 172), 25 ss.; LENER, "Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni", *Riv. dir. comm.*, 2004, 86; e, se ben si intende, anche LA MARCA (*supra*, n. 77), 216 ss.

[174] GUERRERA (*supra*, n. 5), 279.

ma soltanto quando «l'attività illegittima della pubblica amministrazione abbia determinato la lesione al bene della vita al quale l'interesse legittimo ... si collega, e che risulta meritevole di tutela secondo l'ordinamento» [175]. Trasponendo tale principio all'indagine sulla responsabilità da delibera illegittima, la lesione degli interessi di natura partecipativa del socio – in cui si risolve il vizio procedimentale – diviene risarcibile solo se comporta un danno agli interessi di natura economica che si appuntano sulla partecipazione sociale (il bene della vita cui fa riferimento la Cassazione) [176].

Tale conclusione, tuttavia, sembra determinare nell'ordinamento la seguente contraddizione. Le regole procedimentali hanno una loro rilevanza giuridica, che si esprime nella sanzione dell'invalidità degli atti societari che le violano [177]. Ma in caso di trasformazione (come di fusione, di scissione, e, nei limiti di applicazione dell'art. 2377, 4° comma, c.c. di delibere assembleari) la loro violazione – accogliendo la tesi appena esposta – perde qualsiasi rilievo giuridico, rimanendo priva di sanzione sia nella forma dell'invalidità (che è preclusa *ex lege*), sia nella forma dell'obbligo risarcitorio (mancando un danno patrimoniale) [178]. Esito che forse legislatore non ha tenuto nella dovuta considerazione ampliando notevolmente, in sede di riforma del diritto societario, l'ambito di applicazione di regole che comportano un arretramento della tutela reale a vantaggio di quella risarcitoria, sul modello della disciplina previgente della fusione e della scissione invalide.

## 21. La legittimazione passiva alla richiesta di risarcimento

Il carattere *sostitutivo* dell'azione *ex art. 2500-bis* c.c. rispetto all'impugnazione della delibera di trasformazione invalida, consente di determinare anche contro chi debba essere esperito il rimedio risarcitorio. Un'indicazione al riguardo deriva, intanto, dalla disciplina delle società di capitali. Legittimata passiva rispetto all'impugnazione della deliberazione assembleare invalida è la società, come si ricava dall'art. 2378 c.c., che fa riferimento ad essa come “convenuta” [179]. Pertanto, stante il carattere *sostitutivo* dell'azione risarcitoria in esame rispetto all'impugnazione di quella che non è altro che una delibera dell'assemblea straordinaria, il primo rimedio può essere esperito verso la società, legittimata passiva, in mancanza della preclusione

[175] Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *Europa dir. priv.*, 1999, 1221. Sul punto anche per ampi riferimenti dottrinali v. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo* (Milano, 2010), 25 ss.

[176] GUERRERA (*supra*, n. 5), 279; VICARI (*supra*, n. 20), 36 ss.; GENOVESE (*supra*, n. 29), 82; PISANI MASSAMORMILE, “Invalidità delle delibere consiliari”, in ABBADESSA-PORTALE, *Il nuovo diritto societario* (Torino, 2006), 2, 66.

[177] La sanzione in alcuni casi è addirittura la nullità (per es. mancata convocazione: art. 2379, 1° comma, c.c.). Il che testimonia il rilievo giuridico dei vizi procedimentali.

[178] Si noti che un simile esito si pone in contraddizione con i canoni di corretta interpretazione del dato normativo, che impongono di evitare antinomie nell'ordinamento. Ed infatti ENRIQUES-ZORZI (*supra*, n. 172), 31 propongono – in relazione all'art. 2377, 4° comma, c.c. – di ammettere la risarcibilità del danno non patrimoniale «subito dal socio per il fatto di essere stato privato della tutela invalidatoria», ovvero per la lesione derivante dall'essere vincolato ad una decisione maggioritaria difforme dalla legge o dallo statuto; ed ipotizzano di trarre spunto, per la quantificazione di tale pregiudizio, dall'elaborazione giurisprudenziale in materia di danno biologico. Ma l'opinione desta delle perplessità, posto che il danno non patrimoniale alla persona è essenzialmente diverso dal danno che si considera nel testo che attiene comunque a rapporti di tipo economico e non a diritti inviolabili del soggetto non connotati da rilevanza economica (per una critica all'opinione di ENRIQUES-ZORZI, v. anche BELTRAMI (*supra*, n. 4), 164 nt. 173).

[179] Sulla invalidità della delibera di trasformazione v. CAGNASSO-A. BONFANTE (*supra*, n. 1), 107 ss.; sull'invalidità delle delibere assembleari in generale v. ABRIANI, “L'assemblea”, in ABRIANI-AMBORSINI-CAGNASSO-MONTELENTI, *Le società per azioni* (Padova, 2010), IV, 1, 517 ss.

imposta dalla legge, all'azione di invalidità. Ciò sembra confermato, fra l'altro, anche dal fatto che l'art. 2378 c.c. – in relazione al danno da delibera assembleare, qual è anche la trasformazione – individua espressamente nella società la legittimata passiva anche nell'ipotesi, considerata al 2° comma, in cui il giudice debba pronunciarsi unicamente sul risarcimento del danno [180].

La legittimazione passiva dell'ente risultante dalla trasformazione *ex art. 2500-bis* c.c. è ricavabile, poi, da quanto rilevato in un recente lavoro in materia di danno da fusione. L'idea li proposta trae spunto dal fatto che la giurisprudenza teorica e pratica non ha esitato a riconoscere un diritto risarcitorio diretto nei confronti della società al socio il quale, nonostante la rimozione di una delibera invalida, sia comunque rimasto danneggiato [181]. Ciò premesso, si conclude per la necessità di ammettere, *a fortiori*, l'obbligo della società di rispondere anche dei danni cagionati da una delibera invalida che non è possibile rimuovere in assoluto [182].

Da un punto di vista più generale, infine, si può osservare che tramite l'impugnazione i soci (ed i creditori mediante opposizione) possono intervenire nel processo di formazione della volontà sociale. Per contro, allorché opera la preclusione *ex art. 2500-bis*, 1° comma, c.c., non esiste più l'atto procedimentale (p. es. la delibera di trasformazione) bensì la trasformazione come fatto inattuabile [183]. Tale fatto, tuttavia, è illecito (stante l'invalidità dell'operazione) e, dunque, potenzialmente fonte di un danno ingiusto; ed è certamente imputabile alla società o ente trasformato [184]. Quest'ultimo, dunque, deve sopportarne le conseguenze sul piano risarcitorio [185].

Certo la tesi della legittimazione passiva dell'ente trasformato pone il problema del c.d. autorisarcimento *pro-quota* dei soci danneggiati: gravando il costo del risarcimento sul patrimonio dell'ente trasformato, esso ricade di riflesso anche sui soci che agiscono in responsabilità. La rilevanza di tale obiezione risulta, tuttavia, attenuata dalle seguenti considerazioni [186].

[180] La conclusione nel testo è pacifica in dottrina. Con riferimento all'azione *ex art. 2377* c.c. v. PUPO, "Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario", *Giur. comm.*, 2004, 586 ss.; SACCHI (*supra*, n. 2), 165 ss.; NIGRO (*supra*, n. 2), 892; GUERRIERI (*supra*, n. 22), 440; RORDORF (*supra*, n. 135), 860. Una posizione particolare è assunta da LA MARCA (*supra*, n. 77), 240 ss. il quale distingue la possibilità o meno di qualificare la società come legittimata passiva *ex art. 2377*, 4° comma, c.c. a seconda che l'illecito derivi da un comportamento degli amministratori ovvero del socio in assemblea.

[181] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 144 e i riferimenti a nt. 122 e 123.

[182] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 145.

[183] PUPO (*supra*, n. 183), 597 ss.; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 147 in relazione alla fusione.

[184] V. GUERRERA (*supra*, n. 5), 338, il quale definisce la posizione della società «ricettiva degli effetti dell'attività organica»; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 148 che richiama ANGELICI (*supra*, n. 49), 270 ss.; GUERRIERI (*supra*, n. 22), 440; Trib. Milano, 27 novembre 2008, *RDS*, 2009, 672; Trib. Napoli, 6 febbraio 2008 (ord.) ined.

[185] Il che non toglie che altri soggetti possano essere convenuti per il risarcimento del danno. Solo che costoro (per es. gli amministratori; i soci di maggioranza) rispondono a titolo diverso dall'art. 2500-*bis* (v. oltre). D'altronde se si ammette – come si fa nel testo – che quella *ex art. 2500-bis*, 2° comma, c.c. sia un'azione speciale e non una mera clausola generale che rimanda alle azioni risarcitorie proponibili dal singolo socio o creditore sulla base di norme diverse dell'ordinamento societario (artt. 2395 c.c., 2407 per i sindaci, 2476, 7° comma, c.c.), la legittimazione passiva della società non può essere fondata nemmeno sulla teoria organica o sull'art. 2049 c.c., l'applicazione dei quali presuppone l'imputazione diretta della responsabilità nei confronti degli organi sociali. Occorre quindi concludere che l'articolo in esame prevede un'azione speciale avente come legittimato passivo diretto l'ente risultante dalla trasformazione.

[186] Comunque l'argomento dell'autorisarcimento risulta inidoneo a confutare la ricostruzione proposta nel testo anche per un ulteriore motivo. Tale fenomeno non si verifica soltanto nel caso dell'art. 2500-*bis* c.c. – qualora si accolga la proposta di considerare legittimato passivo l'ente trasformato –, ma ogni qualvolta la società sia tenuta a risarcire il socio; quindi anche se si accetta la tesi (v. sopra) – qui respinta – che considera l'art. 2500-*bis* come una semplice clausola generale di rinvio alle azioni generali dell'ordinamento societario. Per esempio, laddove si ritenesse che il socio possa agire in



L'azione risarcitoria "speciale" che si ritiene prevista dall'art. 2500-*bis* c.c. non esclude l'esperibilità delle altre azioni risarcitorie nei confronti di soggetti – diversi dall'ente trasformato – responsabili per la delibera invalida [187]. Ne deriva che

a) del danno cagionato dalla trasformazione al socio (direttamente o indirettamente) risponderanno, in solido secondo i principi del concorso nell'illecito civile, tanto l'ente sottoposto all'operazione straordinaria invalida (*ex art. 2500-bis*, 2° comma) quanto gli altri soggetti che abbiano causalmente contribuito al realizzarsi della stessa [188]. Quindi il danneggiato può agire, a sua scelta, o contro questi ultimi, evitando il verificarsi del problema dell'autorisarcimento; oppure contro la società ai sensi della norma in commento e contro tali altri soggetti, in via "integrativa", al fine di ottenere il risarcimento di quella frazione di danno che – a causa della "contitolarità" del patrimonio escusso in prima istanza – non può ottenere dall'ente cui partecipa;

b) se il danno interessa il patrimonio dell'ente trasformato (e solo di riflesso il socio) o comunque la società è costretta a corrispondere il risarcimento ai sensi dell'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c., essa potrà agire nei confronti degli autori materiali dell'illecito, in modo da far gravare su questi ultimi (piuttosto che sul proprio patrimonio) l'onere economico dell'obbligazione risarcitoria [189].

## 22. La legittimazione attiva

L'art. 2500-*bis*, 2° comma, c.c. necessita di essere ricostruito in via interpretativa anche in merito all'individuazione dei legittimati attivi all'esercizio dell'azione risarcitoria lì prevista, poiché si riferisce genericamente ai «partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi...».

La questione più difficile al riguardo è stabilire se possono chiedere il risarcimento anche coloro che abbiano votato a favore della trasformazione [190].

Al riguardo sembra corretto distinguere fra trasformazione nulla e annullabile. Nel primo caso, la legittimazione ad agire per il risarcimento deve essere riconosciuta anche ai partecipanti all'ente trasformato che abbiano votato a favore dell'operazione, in applicazione del principio generale in materia di nullità, tanto in ambito negoziale (art. 1421 c.c.) quanto nel diritto societario (art. 2379, 1° comma, c.c.), per cui essa può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse. Se il voto favorevole non preclude la successiva impugnazione per nullità, esso

responsabilità (essendo preclusa l'impugnabilità della trasformazione) verso gli amministratori dell'ente trasformato *ex art. 2395 c.c.* (e v. GUERRERA (*supra*, n. 5), 337 ss. per la possibilità di imputare anche agli amministratori la responsabilità derivante da una delibera invalida), in tal caso anche la società risponderebbe solidalmente; come tale quest'ultima potrebbe essere escussa dal socio, che, pertanto, in sostanza finirebbe con l'auto-risarcirsi. Quindi il problema dell'autorisarcimento non è peculiare della tesi che si sostiene nel testo – secondo la quale l'art. in esame fonda un'autonoma azione di responsabilità verso l'ente trasformato – ma ricorre anche rispetto alla tesi contraria, che vede nell'art. 2500-*bis* c.c. una mera clausola di rinvio alle azioni risarcitorie previste *aliunde* nell'ordinamento.

[187] Per la possibilità di tale cumulo v. GUERRERA (*supra*, n. 5), 337 ss.; BELTRAMI (*supra*, n. 4), 149, nt. 133, che trae argomento dalla disciplina vigente nell'ordinamento tedesco.

[188] GUERRERA (*supra*, n. 5), 256 ss. Sui possibili legittimati passivi, ulteriori rispetto all'ente trasformato v. C. e R. SANTAGATA (*supra*, n. 94), 669 ss. Ma v., per esempio, la possibilità di agire contro il socio di maggioranza, facendone valere la responsabilità deliberativa (applicabile in caso di trasformazione, che consiste in una delibera assembleare). Cfr. al riguardo GUERRERA (*supra*, n. 5), *passim*.

[189] Per esempio nei confronti del socio di maggioranza; degli amministratori ... (GUERRERA (*supra*, n. 5), 339 ss.).

[190] Tale questione divide anche la dottrina occupatosi della fusione invalida.

non può limitare nemmeno la legittimazione all'azione risarcitoria che la sostituisce *ex lege* [191].

Più complesso è il discorso relativo all'annullabilità, al ricorrere della quale è certo che il voto favorevole preclude l'impugnazione [192]. È plausibile ravvisare nel voto favorevole alla trasformazione un comportamento contraddittorio rispetto alla successiva richiesta di risarcimento [193]. Non è certo, però, che tale orientamento venga accolto in giurisprudenza se si valorizza l'argomento per cui il socio, esercitando il voto e l'azione risarcitoria, agisce con «due ruoli ... e volontà distinte», poiché riveste contemporaneamente una duplice posizione nella società: quella di socio (al quale si ricollega l'esercizio del voto in assemblea) e quella di contraente (al quale si collega la richiesta risarcitoria) [194]. Il socio esprimerebbe così «due diverse valutazioni» fra le quali non può ravvisarsi un rapporto di contraddizione [195]. Ad escludere la possibilità per il soggetto che ha votato a favore della trasformazione di richiedere il risarcimento del danno *ex art. 2500-bis, 2° comma, c.c.* pare sufficiente, tuttavia, il principio di autoresponsabilità. Secondo quest'ultimo, l'eziologia e la prevedibilità dell'illecito imputabili al danneggiato escludono *a priori* la rilevanza giuridica del fatto pregiudizievole: l'autoresponsabilità si risolve nell'esclusione del danno rilevante, ossia della parte di pregiudizio che, in ragione dell'imputabilità al danneggiato, deve necessariamente essere sottratta dal circuito della rilevanza risarcitoria. Ciò in quanto il pregiudizio a sé stessi è incompatibile con l'idea giuridica di danno [196]. Il fondamento normativo di tale principio è stato individuato nell'art. 1227 c.c. [197], il quale viene spiegato dalla giurisprudenza teorica e pratica prevalenti come applicazione del meccanismo della causalità: il danneggiato che abbia concorso a causare l'evento dannoso con il proprio fatto sopporta, senza poterle traslare sul danneggiante, quelle conseguenze che non siano causalmente riferibili a quest'ultimo [198]. *A fortiori*, ove l'evento dannoso sia integralmente imputabile al danneggiato, questo ne sopporta gli effetti per intero [199].

Per applicare tale principio al caso in esame si tratta, quindi, di stabilire se il partecipante all'ente trasformato abbia cagionato, votando, l'evento dannoso consistente nella trasformazione invalida. Ciò accade quando il voto di un soggetto sia stato non solo favorevole, ma anche determinante per la decisione di trasformare l'ente, ossia marginale per il raggiungimento della maggioranza necessaria. Inoltre, la trasformazione potrebbe imputarsi da un punto di vista eziologico al socio, il cui atteggiamento durante la discussione assembleare risulti (dal verbale) essere stato decisivo per la formazione della maggioranza favorevole [200]. Al contrario non sembra potersi riconoscere efficacia causale al voto del partecipante all'ente quando esso venga assorbito all'interno di una maggioranza tale da renderlo ininfluenza ri-

[191] VICARI (*supra*, n. 20), 315.

[192] V. art. 2377, 2° comma, c.c.

[193] VICARI (*supra*, n. 20), 326; GUERRIERI (*supra*, n. 22), 354-355.

[194] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 118-119, ove ampi approfondimenti.

[195] V. Cass., 11 dicembre 2000, n. 15592, cit.

[196] RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile* (Milano, 1964), 75; ORLANDI, "Volenti non fit iniuria (autoresponsabilità e danno)", *Riv. dir. civ.*, 2010, 339.

[197] V. la dottrina e la giurisprudenza cit. da CAREDDA (*supra*, n. 70), 21 ntt. 20 e 21.

[198] V. i riferimenti in CAREDDA (*supra*, n. 70), 26-27 ntt. 33 e 34

[199] Chiarissimo in tal senso DE CUPIS, *Il danno* (Milano, 1979), 218 ss.

[200] In tal senso GUERRIERI (*supra*, n. 22), 423.

spetto all'approvazione dell'operazione straordinaria [201]. Solo nelle prime due ipotesi chi ha espresso un voto favorevole deve sopportare le conseguenze dannose della decisione di trasformazione di cui, sotto il profilo causale, è autore in applicazione del principio di auto-responsabilità [202].

A tale conclusione, però, fa eccezione il caso in cui il voto favorevole sia stato determinato da vizi del consenso, indotti da violazioni dei doveri degli amministratori [203] (quali per es., in caso di trasformazione, quelle relative alla relazione *ex art. 2500-sexies c.c.*). Al ricorrere di una simile evenienza, deve considerarsi legittimato all'azione risarcitoria anche il socio assenziente, in quanto

– dall'art. 2391, 3° comma, c.c. si ricava che, l'assenziente, il cui consenso risulti viziato per l'inadempimento di un obbligo di informazione, può comunque impugnare la delibera, in deroga alla regola generale per la quale sarebbe privo della legittimazione attiva. Questa previsione sembra applicabile anche alle delibere assembleari, poiché la disciplina relativa alla legittimazione attiva all'impugnazione delle stesse è identica a quella per le delibere degli amministratori. Dunque, stante il carattere sostitutivo dell'azione risarcitoria in esame rispetto a quella invalidatoria, il socio assenziente dovrebbe essere legittimato a richiedere il risarcimento del danno cagionato dalla trasformazione a favore della quale ha votato;

– non può essere applicato il principio di autoresponsabilità, poiché l'imputazione dell'evento dannoso al danneggiante/danneggiato presuppone la riconducibilità ad un soggetto non solo della causalità, intesa come nesso condizionale, dell'evento dannoso, ma anche della prevedibilità di quest'ultimo [204]. In mancanza o in caso di inadeguatezza del contenuto della relazione *ex art. 2500-sexies c.c.*, chi vota a favore della trasformazione non è posto nella condizione di prevedere l'evento dannoso che lui stesso concorre a causare, venendo dunque a mancare il presupposto di applicazione dell'autoresponsabilità.

### 23. Spunti di carattere processuale

Cosa accade laddove il danneggiato dalla trasformazione invalida sia riuscito a proporre il rimedio reale prima dell'adempimento pubblicitario *ex art. 2500, 2° comma, c.c.*, ma nonostante la pendenza del giudizio maturi la preclusione prevista dall'art. 2500-*bis*, 1° comma, c.c.?

[201] Ciò è coerente con la teoria della *condicio sine qua non* per spiegare la causalità tra fatto ed evento dannoso, la quale, pur oggetto di correttivi, rimane il criterio base per ricostruire il nesso di causalità. V. Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.; Cass., 30 ottobre 2009, 23059, *Dir. giur.*, 2009. Così, il voto è causa della decisione di trasformare l'ente se eliminandolo viene meno la decisione stessa.

[202] Si vuol dire, in altri termini, che chi col proprio voto determina (sotto il profilo causale) la trasformazione dannosa è al contempo danneggiante e danneggiato; dunque ricorre il presupposto per l'applicazione dell'autoresponsabilità.

[203] In tal senso GUERRIERI (*supra*, n. 22), 422; VICARI (*supra*, n. 20), 345.

[204] La dottrina più moderna tende ad avvicinare i concetti di colpa e causalità: la prima costituisce un criterio limitativo della seconda intesa quale nesso condizionale. Nella retta degli innumerevoli eventi sequenziali possibili, la colpa ritaglia il segmento degli eventi prevedibili e ne imputa la responsabilità all'autore. L'imputazione (rilevante tanto per la responsabilità che per l'autoresponsabilità) consegue non al semplice rapporto condizionale condotta/evento, ma soltanto ad un nesso di prevedibilità obiettiva e relativa (ORLANDI (*supra*, n. 196), 336 ss.; e già GORLA, "Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"", *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 419 ss.; SALVI, voce "Responsabilità extracontrattuale", *Enc. dir.* (Milano, 1988), XXIX, 1255 ss.; BIANCA (*supra*, n. 71), 137.

Si tratta in particolare di inquadrare il rapporto impugnazione-domanda risarcitoria sul piano del diritto processuale, al fine di stabilire se la seconda possa essere proposta nella causa originariamente introdotta con la domanda di invalidità.

La soluzione preferibile è quella di considerare la domanda risarcitoria come *emendatio libelli* rispetto all'impugnazione, piuttosto che come *mutatio libelli*. La Cassazione, infatti, afferma costantemente che si ha una *mutatio libelli* solo quando si avanza una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo pendente un *petitum* diverso e più ampio, di quello oggetto dell'azione iniziale oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche mai prospettate prima (in particolare una fatto costitutivo del diritto radicalmente differente da quello indicato in origine) [205].

Per quanto già rilevato, tali presupposti non ricorrono nel caso dell'azione ex art. 2500 *bis*, 2° comma, c.c. perché almeno tre degli elementi processuali che la identificano – parti, *petitum* mediato (l'interesse individuale tutelato contro la trasformazione invalida) e *causa petendi* (da individuarsi nell'invalidità della trasformazione) – coincidono con quelli dell'impugnazione [206]. Il che è sufficiente a configurare il rapporto fra esse come *emendatio libelli* [207]. Ne consegue che, la domanda risarcitoria può essere introdotta anche durante la prima udienza di trattazione, ai sensi dell'art. 183, 5° comma, c.c. («precisare o modificare le domande...già formulate») [208].

Rilevante rispetto al problema in esame è anche la riserva di richiedere il risarcimento dei danni ex art. 2500-*bis*, 2° comma, formulata dall'attore al momento della proposizione dell'azione di invalidità. In caso di impugnazione della fusione, la giurisprudenza di merito ha riconosciuto alla domanda condizionale “riservata” di risarcimento, proposta entro la prima udienza di trattazione, un'importanza determinante al fine di desumere la volontà dell'attore di richiedere la tutela risarcitoria – in applicazione del principio della domanda (art. 99 c.p.c.) – e di introdurla tempestivamente nel giudizio [209]. Questo orientamento consente di escludere

[205] Da ultimo Cass., 27 luglio 2009, n. 27457 ined.; Cass., 28 marzo 2007, n. 5759, *Guida al diritto*, 27, 53. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. PICCOLI, “sub art. 183”, in DI RIENZO-PICCOLI-PALADINI-MANDELLI-MESSINA (a cura di), *La giurisprudenza sul codice di procedura civile* (Milano, 2011), libro II, t. I, 111 ss.

[206] BELTRAMI (*supra*, n. 4), 187 per la fusione; SANZO (*supra*, n. 38), 627. Riconducono l'azione risarcitoria ex art. 2504-*quater*, 2° comma, c.c. all'*emendatio libelli* anche Trib. Milano, 2 novembre 2000, *Società*, 2001, 452.

[207] Cass., 2 luglio 2002, n. 9568, *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1153 ove si afferma che non costituiscono domanda nuova e sono perciò ammissibili quelle modifiche delle conclusioni che, pur introducendo un nuovo *petitum* immediato, non spostano i termini della controversia originaria, in quanto non introducono un nuovo titolo e sono volte ad ottenere la tutela del medesimo diritto dedotto con la citazione (*petitum* mediato). La qualificazione della domanda risarcitoria come *emendatio* o come *mutatio libelli*, peraltro, non sembra assumere grande rilevanza pratica perché la giurisprudenza ha comunque considerato l'iscrizione della fusione, pendente il giudizio di impugnazione, non ostativa alla proposizione in corso di causa dell'istanza risarcitoria, a prescindere dall'una o dall'altra qualificazione (Trib. Milano, 2 novembre 2000, cit.; App. Milano, 23 maggio 2003, cit.; Trib. Milano, 27 novembre 2008, cit.). Infatti, anche considerando la domanda risarcitoria come *mutatio libelli*, essa rimane ammissibile ai sensi della prima parte del 5° comma dell'art. 183 c.p.c. (laddove prevede che l'attore può proporre le domande che sono conseguenza delle eccezioni proposte dal convenuto). Nel caso in esame la domanda nuova è conseguenza dell'eccezione di improcedibilità dell'impugnazione a seguito dell'intervenuta pubblicità della trasformazione invalida. Oppure la domanda risarcitoria può essere ritenuta ammissibile anche in base all'orientamento prevalente della dottrina processualcivile secondo cui la *mutatio libelli* è consentita quando sopravviene un fatto (la pubblicità ex art. 2500, 2° comma, c.c.) che la rende necessaria (per riferimenti v. BELTRAMI (*supra*, n. 4), 120 nt. 58).

[208] V. Cass., 20 marzo 2007, n. 6639, *Guida al diritto*, 2007, 24 ove si precisa che il *thema decidendum* non può essere modificato dopo l'udienza ex art. 183 c.p.c.

[209] V. Trib. Milano, 2 novembre 2000 cit., la quale precisa che l'art. 2504-*quater* (ma lo stesso vale per il 2500-*bis*, 2° comma, c.c.) detta solo una disciplina sostanziale, ma «nulla dispone in ordine alle formalità processuali con cui la domanda può essere fatta valere in giudizio». Pertanto la domanda risarcitoria rimane soggetta alle regole processuali comuni.

che, qualora sopravvenga durante il giudizio introdotto da un'azione reale la pubblicità della trasformazione, si possa configurare una conversione automatica dell'impugnazione in domanda di risarcimento, dovendo comunque la richiesta risarcitoria essere proposta secondo le regole generali del processo civile [210].

[210] Riguardo alla domanda riservata (anche se in relazione ad altro contesto) v. Cass., 5 giugno 2007, n. 13086, *Guida al diritto*, 2007, 75. Per la giurisprudenza che ammette la conversione automatica in relazione alla fusione v., invece, BELTRAMI (*supra*, n. 4), 119-120, nt. 52.