

“Nullo e ... avvenuto”: le nullità nel diritto commerciale*

di Paolo Spada

SOMMARIO. 1 – Polisemia del vocabolo “nullità”; 2 – segue: nel diritto commerciale; 3 – Nullità della società per azioni; 4 – Annullabilità, nullità e inesistenza delle deliberazioni assembleari e consiliari: 4.1 – prima della riforma organica delle società di capitali; 4.2 – dopo la riforma organica; 4.3 segue: l’annullamento delle deliberazioni consiliari; 5 – La nullità dei sindacati di voto nel TUF; 6 – La nullità dei titoli di proprietà industriale; 7 – Nullità (testualmente assente) e titoli di credito.

1. Consapevole che la fedeltà alle proprie idee può, nel lungo periodo, degenerare in immobilismo intellettuale, mi sembra utile – al segno di accettare il rischio dell’addebito – aprire questo intervento rileggendo un brano che scrissi più di trent’anni or sono e nel quale tuttora mi riconosco.

Mi occupavo, allora, di nullità del brevetto d’invenzione e, *in limine*, avvertii il bisogno di chiarire a me stesso le condizioni d’uso del termine “nullità”¹.

“Nel linguaggio normativo (nel linguaggio delle leggi vigenti), la nullità (il vocabolo isolato: ‘nullità’) non è definita – scrissi – né definibile Definibili appaiono, invece, locuzioni nelle quali il termine nullità è presente: nullità del contratto, nullità del matrimonio, nullità della deliberazione assembleare, nullità della società per azioni, ecc. Di queste e consimili locuzioni è, di solito, possibile indicare le condizioni d’uso; [e cioè isolare] ... (le cc.dd. cause di nullità o la nullità come fattispecie) e rintracciare un certo numero di enunciati prescrittivi ... [dei quali la nullità provoca l’applicazione] ... (i cc.dd. effetti della nullità o la nullità come disciplina). ... Il termine ‘nullità’ adempie, così, l’ufficio di cerniera (concettuale o linguistica tra una *serie disgiuntiva di antecedenti* (le cc.dd. cause di nullità) e una *serie congiuntiva di conseguenze* (i cc.dd. effetti), la prima delle quali ordina *difformità di un fatto rispetto ad un modello [normativo] di fatto*, la seconda le *ripercussioni di tali difformità sulla efficacia giuridica del fatto*. E si avverte altresì che – per paradossale che [ciò] ... possa a prima vista apparire – le predisposizione di una [lista di] caus[e] di nullità è una scelta conservativa dell’efficacia [del fatto]; ché, altrimenti, qualsivoglia scarto di questo rispetto al suo modello dovrebbe escluderne ... l’efficacia” per chi conceda

* Relazione al Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” per la presentazione degli Studi in onore di Giorgio De Nova, tenutosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.

¹ *Problemi della nullità del brevetto d’invenzione*, in *Riv. dir. civ.* 1982, I, p. 193 ss., *ivi* alla p. 215 ss.

– come credo imperativo – che ogni regola di comportamento o di giudizio del comportamento si atteggi come una proposizione ipotetica.

“Quel che è importante tenere in conto è che nelle diverse locuzioni nelle quali compare il termine ‘nullità’ la serie disgiuntiva degli antecedenti e la serie congiuntiva delle conseguenze sono, o almeno possono essere, *affatto eterogenee*.”

Va, conseguentemente, contrastata la propensione, che affiora nel (meta-)linguaggio della giurisprudenza teorica e [soprattutto] pratica, a fissare un ‘significato normativo’ del vocabolo ‘nullità’ una volta per tutte, segnatamente a cristallizzare la nullità in quanto disciplina ... in una *regula iuris* [meglio in un compendio di *regulae iuris*] ... che [son] poi quell[e] estraibil[i] dagli articoli del codice civile in tema di nullità del contratto”: chiunque abbia interesse può domandare l’accertamento giudiziale della difformità del fatto rispetto al modello se tale difformità collima con una delle “cause di nullità”; può domandarlo in ogni tempo e il giudice deve assolvere il convenuto dalla domanda quando il contratto sia invocato come titolo del diritto fatto valere o, comunque, ne sia il presupposto – cioè disconoscere il fatto nel processo decisionale; e via elencando.

“Questa propensione – aggiungevo – ... se va contrastata non va però ignorata; per la buona ragione che è anch’essa un momento dell’esperienza giuridica. Voglio dire che tra il linguaggio delle norme (legislative) ed il (meta-)linguaggio sulle norme (cioè il linguaggio della giurisprudenza) c’è un rapporto di circolarità, di costruzione circolare. Sì che mi par doveroso, nell’identificare il significato precettivo di un enunciato di legge, non trascurare l’eventualità che nel lessico del legislatore sia rifiuta la semantica del lessico dei giudici e dei giuristi” – che certamente risente della propensione all’astrazione (si pensi alla progressione fatto-atto-negozio) e tende a sostanzializzare la valenza semantica del lemma meno intenso e più esteso. In altri termini – nei quali mi riconosco oggi meglio di quanto non avrei saputo allora – l’uso sostanzialistico del linguaggio da parte dei giuristi, che pure è in sé riprovevole e veicolo di difformità inaccettabili nell’amministrazione degli interessi altrui da parte di ogni “decisore” (del giudice, per antonomasia), è una componente innegabile della cultura giuridica; anche chi virtuosamente lo rifiuta non può prescindere nell’attribuzione di significato agli enunciati.

Così ... nell’impiego legislativo del vocabolo ‘nullità’ in punto di difformità tra un fatto giuridico qualsiasi e il suo modello [la fattispecie] può leggersi l’invito ad (etero)integrare la specifica serie disgiuntiva degli antecedenti e/o (prevalentemente) la specifica serie congiuntiva delle conseguenze, attingendo a quella serie che ... si è propensi a legare in assoluto al termine nullità, generalizzando le disposizioni del codice civile sulla nullità del contratto ed estraendo – se così mi è concesso dire – la Nullità dal(la nullità del) contratto”.

Questa operazione argomentativa – concludevo – “... sembra [retoricamente] ... corretta purché non si converta in sopraffazione del ... [testo normativo] da parte

del concetto. ... Solo ove il procedimento di auto-integrazione fallisca, sarà [consentito] ... farvi ricorso”².

2. Il campo di regole, esperienze giurisdizionali e pensiero che nella storia del trascorso millennio è stato perimetrato e – almeno nella cultura europeo-continentale – designato come “diritto commerciale” è particolarmente ricco di esemplari testuali che si avvalgono del lemma “nullità” per nominare serie disgiuntive di difformità tra fatti (nel senso più lato o debole possibile) e modelli di fatti (o fattispecie, se si vuole), da un lato, e serie congiuntive di conseguenze di queste difformità, dall’altro, che divergono, in misura variabile, dalle serie tra loro correlate dalla locuzione nullità del contratto – o dalla parola “Nullità” (con la lettera maiuscola) coltivata dalla dottrina generale del diritto civile. Ne propongo qui una campionatura. Dalla quale – credo – risulterà evidente che la nullità non designa, nel diritto commerciale, quasi mai una condizione di disconoscimento del fatto; sicché, ribaltando uno stilema corrente nel gergo giuridico francese (*nul et non avvenu*) per enfatizzare che un atto nullo “*n’a pas plus d’effet que s’il n’avait jamais existé*”, si potrebbe dai cultori del diritto commerciale adottare l’espressione: “nullo e avvenuto”.

3. Particolarmente vistosa è la divergenza tra nullità del contratto e nullità della società per azioni (art. 2332 c.c., applicabile alla accomandita per azioni ed anche alla società a responsabilità limitata). Al segno che nei due sintagmi il vocabolo nullità ha come referenti difformità e conseguenze, in una parola sola: regimi, così diversi tra loro da far pensare ad fenomeno di omonimia, piuttosto che di polisemia.

Già, se la società per azioni di diritto comune può risalire ad un contratto (oggi, come tutti sappiamo, anche ad un atto unilaterale), la società non è un contratto, né – di generalizzazione in generalizzazione – è un atto o un fatto. Di solito la società è

² La propensione segnalata è oggi certamente meno marcata di ieri: la polisemia del termine “nullità” è, ormai, un acquisito che alimenta metafore, talora felici, come quella della “galassia delle nullità” (v. per esempio ALESSI R., «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Europa e Diritto Privato* 2014, fasc. 4, p. 1141 ss.). Ma io credo che la tentazione sostanzialista (la tentazione, dico, di presupporre che il vocabolo abbia un significato primo ed indefettibile: disconoscimento o denegata efficacia del fatto) circoli tuttora: così la pletorica, celebre sentenza di Cass. civ., Sez. Unite, 12/12/2014, n. 26242 conclama “*l’esigenza di preservare la sostanziale unitarietà della categoria della nullità negoziale*” e – quasi a prevenire un addebito di dogmatismo – afferma che “*la riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità – lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico – consente di riaffermare a più forte ragione l’esigenza di conferire al rilievo d’ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell’organizzazione sociale*”; sicché le cc.dd. nullità di protezione sarebbero nullità speciali. Benissimo: nullità c’è, dunque, se c’è “*rilievo d’ufficio obbligatorio*” della difformità del fatto rispetto al modello; ed allora – anche quando manca un enunciato prescrittivo (per antonomasia, quello presente nell’art. 36 del Codice del Consumo) che prevede il rilievo d’ufficio ma esclude la legittimazione assoluta a denunciare la difformità – l’uso del lemma “nullità” basta a comportare il rilievo d’ufficio e quindi il disconoscimento del fatto. *La priori* semantico è macroscopico: la parola (nullità) si fa veicolo di regole non scritte (rilievo d’ufficio); laddove la carenza della regola ben potrebbe legittimare il rifiuto di un rapporto di genere a specie tra l’una e le altre nullità.

pensata, anche dai giuristi, come un ente che esercita impresa, qualche volta come un’impresa; sicché predicarne la nullità non innesca la consueta comparazione tra fatto e modello di fatto alla ricerca dello scarto tra quello e questo. Rilievo, quest’ultimo, che non sarebbe stato pertinente prima della novella del 1969 (d.p.r. n. 1127), quando nullo era detto l’atto costitutivo della società – all’epoca necessariamente un contratto.

Quanto alla cause di nullità, queste oggi – dopo la riforma organica del 2003 – gravitano bensì tutte sull’atto costitutivo, sulla “forma veste” (atto pubblico) e sulla (completezza della) “forma modulo” di un atto uni- o plurilaterale d’autonomia privata (indefettibili essendo, congiuntamente, le indicazioni della denominazione della società, dei conferimenti, dell’ammontare del capitale sociale e dell’oggetto sociale) nonché sulla liceità dell’attività programmata (dell’oggetto sociale); laddove, nel diritto scritto anteriore, includevano anche irregolarità del procedimento di omologazione ed iscrizione nel registro delle imprese. Sicché – sul versante della serie disgiuntiva degli antecedenti – la nullità della società non divergerebbe dalla nullità del contratto (o dalla Nullità, *tout-court*).

Ma la distanza tra nullità della società e nullità del contratto (o Nullità) si presenta come abissale sul versante della serie congiuntiva delle conseguenze: la dichiarazione giudiziale di nullità della società apre la liquidazione (art. 2332, 4° comma c.c.: “*La sentenza che dichiara la nullità nomina i liquidatori*”); il che val quanto dire che le cause di nullità si sommano alle cause di scioglimento elencate dall’art. 2484 c.c. Conclusione che la giurisprudenza ha finito per rendere diritto vigente anche per le società di persone³, nonostante l’assenza di qualsiasi addentellato nel diritto scritto. E questo, a convinta opinione di chi scrive, basta ed avanza per delegittimare, in principio, qualsiasi operazione di etero-integrazione della disciplina ricavabile dall’art. 2332 c.c. con il regime della nullità del contratto.

In particolare, l’uso del termine nullità non consente al giudice di rilevarne d’ufficio la causa: la rilevazione d’ufficio – che nel diritto dei contratti costituisce il mezzo necessario e sufficiente a disconoscere l’efficacia dell’atto o, se così vuol dirsi, a fare del contratto nullo un contratto irreversibilmente e definitivamente inefficace, con conseguente rigetto di ogni pretesa titolata dal contratto o della quale il contratto sia presupposto, impugnative comprese⁴ – non potrebbe mai portare alla dichiarazione di nullità della società. È piuttosto attingendo al regime della liquidazione che si può integrare la norma ricavabile dall’art. 2332 c.c. Se è vero – come certamente è – che le cause di nullità della società sono cause di scioglimento, allora non è temerario affermare che l’accertamento e la dichiarazione di nullità e la conseguente nomina dei liquidatori presuppongono la domanda dei singoli soci o dei preposti agli organi sociali (come accade quando alla nomina dei liquidatori l’assemblea non provveda – art. 2487.2 c.c.). Al più potrebbe prospettarsi un’etero-integrazione (in-

³ Cass. civ., Sez. I, 06/05/2015, n. 9124

⁴ V. ora Cass. civ., Sez. Unite, 12/12/2014, n. 26242

nescata dalla costruzione circolare tra linguaggio legislativo e linguaggio giurisprudenziale) dell’art. 2332 c.c. in punto di legittimazione all’azione di nullità: chiunque vi abbia interesse potrebbe proporla; sicché, per queste cause di scioglimento, e solo per queste, l’avvio del procedimento di liquidazione potrebbe risalire anche all’iniziativa di chi – come un creditore – sia terzo, rispetto alla società.

Quanto alle altre divergenze tra serie congiuntiva delle conseguenze dalla nullità della società e della nullità del contratto, basta, in questa sede, rinviare al testo dell’art. 2332 c.c.: fino alla dichiarazione di nullità con sentenza passata in giudicato (qualsiasi esecuzione provvisoria è da riferirsi solo alla condanna, mai alle dichiarazioni o alle costituzioni) le obbligazioni dei soci persistono – come, direi ovviamente, persiste l’efficacia degli atti compiuti in nome della società. E la causa di nullità – oggi gravitante necessariamente sull’atto costitutivo – può essere rimossa dall’autonomia corporativa (ché solo a deliberazioni assembleari di modificazione dell’atto costitutivo può riferirsi l’eliminazione della causa di nullità sottoposta ad iscrizione nel registro delle imprese, di cui si legge nell’art. 2332, 5° comma c.c., che funge da sopravvenienza ostatica della dichiarazione di nullità⁵ o dalla ripetizione, nella forma prescritta da una regola ancorata anche nel diritto dell’Unione Europea (art. 10 Direttiva 68/151/CEE – I Direttiva di armonizzazione), dell’atto costitutivo.

4. Più *nuancé* è il distacco tra Nullità e nullità delle deliberazioni assembleari e consiliari. Qui, però, conviene che, per amor di chiarezza, il discorso si estenda alle invalidità tutte di questi atti corporativi.

Forse non è inutile premettere che i rimedi alla illegalità (in senso lato) delle decisioni – quando queste sono, come accade negli enti, isolabili dalle dichiarazioni perché procedimentalizzate – sono sempre stati di due ordini: *a*) dell’ordine del disconoscimento o di un precario riconoscimento del valore giuridico della decisione (*invalidità*); *b*) dell’ordine del risarcimento del danno (*responsabilità civile*).

4.1. Guardando al codice organizzativo di enti più ricco tra quelli noti al diritto privato, dico al diritto della società per azioni, fino alla riforma del 2003, i rimedi del primo ordine erano ampiamente regolati, nel diritto legale e nel diritto giurisprudenziale, per le decisioni della compagine sociale deliberante secondo procedure collegiali, per le *deliberazioni dell’assemblea*. Le invalidità erano di tre tipi: *(a)* annullabilità della deliberazione «*non conforme alla legge o all’atto costitutivo*» (art. 2377 c.c. testo originario); *(b)* nullità della deliberazione che decidesse un «*oggetto illecito o impossibile*» – cioè che approvasse un punto all’ordine del giorno illecito o impossibile (art. 2379 c.c. testo originario); *(c)* inesistenza.

⁵ E del resto, prima del 2003, l’art. 2332.5 c.c. parlava espressamente di eliminazione tramite modificazione dell’atto costitutivo.

L'*annullabilità* designava una condizione di *efficacia precaria relativa e temporanea* della decisione: la decisione era efficace («(...) *vincolante per tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti*»), ma su azione di una cerchia tassativa di soggetti legittimati (amministratori, sindaci, azionisti assenti o dissenzienti), l'efficacia poteva essere giudizialmente rimossa, purché l'azione fosse tempestivamente (entro 90 giorni) esercitata. In principio, ogni illegalità (di procedura o di contenuto della decisione), rendeva *precaria* (nel senso ora chiarito) l'efficacia della deliberazione.

La *nullità* designava, invece, una condizione di *inefficacia permanente (e irreversibile)* della decisione: l'approvazione di un ordine del giorno illecito o impossibile era disconosciuta dal diritto, come lo era e lo è il contratto nullo; al regime del quale l'art. 2379 c.c. faceva testuale rinvio – benché la deliberazione (in quanto decisione) non abbia struttura di contratto (in principio: combinazione di dichiarazioni congrue) né abbia necessariamente valore negoziale (sia cioè fonte di un regolamento compiuto di interessi). Non solo, in ogni tempo, si poteva ottenere, ad istanza di qualsiasi interessato, una dichiarazione giudiziale di inefficacia della deliberazione, ma il giudice, richiesto di pronunciarsi su una pretesa titolata dalla deliberazione (in uno dei rari casi nei quali una deliberazione assembleare produce effetti intersoggettivi, come accade – direi, esemplificando – per la preposizione alle cariche sociali o la distribuzione del dividendo), avrebbe respinto la pretesa perché priva di titolo.

Nel diritto giurisprudenziale era, poi, affiorata e cresciuta a dismisura la condizione di *inesistenza* della deliberazione: stando al diritto scritto, ogni illegalità (eccezion fatta per l'impossibilità e per l'illiceità dell'oggetto) rendeva – lo ripeto – *temporaneamente precaria* la deliberazione: trascorsi tre mesi, la decisione era incontestabile e la sua efficacia definitiva. Ma l'incontestabilità, decorso il termini d'impugnazione, può risultare ripugnante in casi particolarmente gravi. Per eludere l'incontestabilità risultante da un'applicazione del testo della legge (art. 2377 c.c.), il diritto giurisprudenziale si orientò nel senso di sostenere che l'*annullabilità* (cioè la condizione di efficacia precaria temporanea) presuppone un evento qualificabile come deliberazione e che non solo la mancanza di qualsiasi evento ma anche talune anomalie procedurali (mancata convocazione, intervento di non aventi diritto al voto, maggioranze apparenti, mancanza di verbalizzazione) dell'evento avrebbero impedito la richiesta qualificazione presupposta, escludendo la produzione di qualsivoglia effetto. A questa condizione di inefficacia irreversibile – del tutto collimante con quella detta dalla legge «*nullità*» (art. 2379 c.c.) – dovuta alla mancanza di un evento qualificabile «deliberazione» la giurisprudenza dette il nome di «inesistenza», trattando la «deliberazione inesistente» (un autentico ossimoro quello dell'«atto inesistente», risalente al diritto canonico che lo aveva escogitato per disconoscere il matrimonio oltre una certa soglia di anomalia) come la deliberazione nulla. Naturalmente il tasso di arbitrarietà nella selezione delle anomalie compatibili da quelle incompatibili con l'«esistenza» della deliberazione era tanto forte da generare nella comunità degli affari una domanda di intervento legislativo che impedisse o, quanto meno, scoraggiasse il ricorso della giurisprudenza ad invalidità extratestuali

(tale essendo l’inesistenza: un’invalidità non prevista da alcun testo di legge). Una domanda che ha avuto una risposta molto netta nella riforma organica del 2003.

Per contro, rimedi risarcitori alla illegalità delle deliberazioni assembleari erano sostanzialmente sconosciuti; sia che si guardasse alla società sia che si guardasse al socio.

Quanto ad amministratori e sindaci, invece, i rimedi all’illegalità delle decisioni erano quasi esclusivamente di ordine risarcitorio; l’illegalità delle decisioni essendo apprezzata nel contesto più ampio (perché relativo non solo a decisioni, ma ad ogni comportamento commissivo od omissivo non conforme ai doveri della carica) della responsabilità civile di amministratori e sindaci. In un solo caso il rimedio dell’invalidità della decisione aveva un’evidenza testuale: ed era quello della deliberazione consiliare, pregiudizievole per la società, adottata con il voto marginale (cioè determinante) dell’amministratore in conflitto d’interessi (art. 2391 c.c. testo originario).

4.2. La riforma organica del 2003 ha inciso, sulla situazione or ora compendiata, nei termini seguenti:

- a) i rimedi dell’ordine dell’invalidità sono stati ridisegnati con riguardo alle deliberazioni assembleari e resi – largamente – concorrenti con i rimedi dell’ordine del risarcimento: sicché oggi si profila un risarcimento del danno da deliberazione illegale che rimpiazza il disconoscimento o la rimozione del riconoscimento della deliberazione;
- b) è stato predisposto uno statuto generale dell’invalidità delle deliberazioni consiliari;

La deliberazione assembleare illegale per il procedimento sviluppato o per ciò che si è deciso si trova oggi in una delle tre condizioni (o «stati»): (i) di *inefficacia permanente*; (ii) di *inefficacia temporanea*; (iii) di *efficacia temporaneamente e relativamente precaria*.

L’efficacia temporaneamente e relativamente precaria può essere rimpiazzata dal risarcimento del danno arrecato dalla deliberazione.

L’inesistenza è – almeno nelle intenzioni del legislatore storico – bandita!

Il linguaggio legislativo si avvale, tuttavia, sempre dei termini «nullità» ed «annullabilità»; ma il significato di questi termini è fortemente deviante da quello già noto al diritto delle società ed ancor più si discosta da quello corrente nelle dottrine generali del diritto civile – che, a sua volta, è fortemente debitore, come si è più volte ricordato, di quello ricavabile dal linguaggio legislativo dedicato alla nullità ed all’annullamento del contratto; se ne discosta al segno d’esserne totalmente estraneo.

4.2.1. In questa situazione lessicale e semantica, chiarezza raccomanda che si adotti un lessico alternativo – e, certamente stipulativo ché i vocaboli dei quali ci si avvarrà: “inefficacia” e “efficacia precaria”, designano non tanto l’inidoneità o l’idoneità a provocare mutamenti di vantaggi e carichi, quanto il disconoscimento del fatto anomalo da parte del giudice chiamato a decidere una lite, a fronte di un qualche riconoscimento; se si vuole l’*irrilevanza* a fronte della *rilevanza suscettibile di rimozione* (o *precarietà della rilevanza*).

Dirò così:

- A. *inefficace in modo permanente (ed irreversibile)* la deliberazione illegale che, in ogni tempo, il giudice può d’ufficio disconoscere (decidere come se non ci fosse mai stata) e della quale chiunque vi abbia interesse è legittimato a chiedere l’accertamento giudiziale della illegalità e la dichiarazione di inefficacia;
- B. *inefficace in modo temporaneo*, la deliberazione che il giudice può d’ufficio disconoscere (decidere come se non ci fosse mai stata) entro un predefinito lasso di tempo e della quale chiunque vi abbia interesse può chiedere, nel medesimo lasso di tempo, l’accertamento giudiziale dell’illegalità e la pronuncia di inefficacia;
- C. *efficace in modo temporaneamente e relativamente precario*, la deliberazione della quale una cerchia di soggetti può chiedere entro un prefissato termine l’accertamento giudiziale dell’illegalità e la pronuncia di inefficacia ma che il giudice non può d’ufficio disconoscere.

- Nei casi A. e B. la legge parla di *deliberazione nulla*.
- Nel terzo (C.) di deliberazione *annullabile*;

4.2.2. *Inefficace in modo permanente ed irreversibile* è la deliberazione assembleare che modifica «l’oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili». Questa deliberazione “*può essere impugnata senza limiti di tempo*” (art. 2379, 1° comma c.c. seconda proposizione) “*da chiunque vi abbia interesse*” (prima proposizione) e “*l’invalidità può essere rilevata d’ufficio dal giudice*” (art. 2379, 2° comma c.c.).

4.2.3. Stando al testo di legge, ogni altro caso di illiceità o di impossibilità del deliberato (clausole statutarie illecite o impossibili, scelte di sedi impossibili o di denominazioni illecite, anche per contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume) ne genera l’*inefficacia temporanea*: trascorso un triennio dall’iscrizione o deposito della deliberazione nel registro delle imprese o dalla sua trascrizione nel libro delle adunanze dell’assemblea, il vizio non è più denunciabile, la deliberazione non è

soggetta ad impugnazione – art. 2379, 1° comma, prima proposizione c.c.; né l’invalidità può essere rilevata d’ufficio (art. 2379, 2° comma c.c.).

Regime questo che si applica anche a irrivalità procedurali quali la “mancata convocazione dell’assemblea” e la “mancanza del verbale”.

Quando l’illiceità del deliberato promani dal contrasto con lo statuto legale della s.p.a., si ha l’impressione di restare inermi – decorso il triennio – contro deliberazioni che, modificando l’atto costitutivo, introducano clausole statutarie trasgressive di norme legge sicuramente imperative (prevedano, per esempio, un divieto ultraquennale di circolazione delle azioni – in contrasto con l’art. 2355 bis, 1° comma c.c.; o una modalità verbale di convocazione dell’assemblea; e via esemplificando illiceità di contenuto) o determinino le «generalità» dell’iniziativa in spregio dell’ordine pubblico o del buon costume (si immagini uno spregiudicato *tour operator* che organizzi vacanze «estreme» in Asia centrale adottando la denominazione sociale «a noi l’oppio») o ricorrendo a coordinate impossibili (una modificazione che comporti la fissazione della sede della società in... Atlantide).

Anche a concedere che i casi da ultimo immaginati siano tanto improbabili da poter essere trascurati, l’evenienza delle clausole statutarie in contrasto con norme imperative è, per contro, di tale probabilità e gravità da meritare una qualche risposta alla curiosità che il rilievo dell’evenienza può aver generato. E una risposta plausibile potrebbe essere questa: che quando un complesso di regole è subalterno ad un altro, nel senso che il primo in tanto è vincolante in quanto il secondo lo preveda e ne fissi l’estensione, il contrasto tra i due si risolve sempre e comunque con la *prevalenza dell’ordine sovraordinato su quello subordinato*. Questa prevalenza può realizzarsi attraverso la rimozione del fatto di produzione della regola sottordinata (con conseguente soppressione di quest’ultima) ovvero con la *disapplicazione* della seconda, ogni qual volta se ne invochi l’applicazione. Lo statuto di una società di un certo tipo è un insieme di regole generali ed astratte (l’art. 2328, 3° comma c.c. ci dice che lo statuto contiene «*le norme relative al funzionamento della società*») che vincolano nella misura nella quale non sono in contrasto con la legge applicabile ad ogni società del tipo prescelto; sicché quand’anche l’atto che ha prodotto una regola statutaria illegale non sia suscettibile di essere più rimosso (come accade nel caso di quella precarietà temporanea delle deliberazioni che l’art. 2379, 1° comma prima proposizione c.c. chiama nullità), di quella regola nessuno potrà avvalersi; essa sarà disapplicata e, occorrendo e potendo, sostituita dalla regola legale appropriata per materia; non diversamente da quanto avviene quando una legge nazionale sia in contrasto con il diritto comunitario: il giudice non chiede che la Corte Costituzionale rimuova la legge nazionale con una sua sentenza, ma, puramente e semplicemente, non applica la legge nazionale e la rimpiazza con la corrispondente disposizione di diritto comunitario.

4.2.4. Lo stesso regime è replicato per le deliberazioni dell’assemblea della società a responsabilità limitata, che costituiscono talora veste procedimentale necessaria

delle decisioni dei soci (cfr. art. 2479, 3° comma c.c.). Ma per queste il linguaggio legislativo non usa il termine *nullità*: esse sono dette “impugnabili” senza limiti di tempo o nei tre anni da chiunque vi abbia interesse. Ma non si prevede che l’illegalità possa essere rilevata d’ufficio.

In questa situazione sarei riluttante a ritenere *inefficace* – in modo permanente o temporaneo, a seconda dell’illegalità della quale si tratti – la deliberazione. Suggerirei che questa versi in uno stato di *efficacia precaria assoluta, permanente o temporanea*⁶

Lo scarto tra il regime della nullità della deliberazione è quello della Nullità della dottrina generale appare in tutta la sua ampiezza.

⁶ Del resto quand’anche il testo di legge facesse ricorso al vocabolo “nullità”, questo – se si rifiuta un uso sostanzialistico del linguaggio – non potrebbe dare ingresso al disconoscimento d’ufficio della deliberazione (dato e forse non concesso che una deliberazione di modificazione dello statuto possa titolare una pretesa o esserne presupposto): è solo con riferimento al tempo dell’iniziativa giudiziaria (senza limiti di tempo o nei tre anni dal compimento di una formalità) che le illegalità in discorso, ancorché denunciabili da chiunque vi abbia interesse, provocherebbero la “nullità” della deliberazione. Altro è, infatti, la rilevabilità d’ufficio, tutt’altro l’assolutezza o la relatività della contestabilità (la distinzione è testuale nell’art. 1421 c.c.): assoluta o relativa che sia la contestabilità, ogni regola sulla legittimazione ad agire o ad eccepire l’illegalità dell’atto mette la controparte alla mercé del legittimato: questi, come ha scritto felicemente Rodolfo Sacco – guardando al contratto annullabile (ma il rilievo è certamente suscettibile di generalizzazione ogni qual volta sia dettata una regola sulla legittimazione, relativa o assoluta che questa sia) – gode di “... *una specie di opzione a lungo termine, che gli consente di inchiodare lo stipulante, a sua scelta, al testo contrattuale o alla sua irrilevanza*” (SACCO, *Nullità ed annullabilità*, in *Digesto IV*, Torino 1995, I, 2); laddove è evidente che l’illegalità non è *in potestate* delle parti in lite se il giudice può e deve rilevare d’ufficio la causa e prescindere, nel decidere, dal titolo che ne è affetto.

E, per quanto qui affermato, non riesco davvero a convincermi della temperata rilevabilità d’ufficio della cc.dd. nullità di protezione (anche in assenza di previsione testuale, come quella dell’art. 36 Codice del Consumo), conclamata dalla recente, già citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione. Ribadisco (v. *supra* nota 2) che la Corte ha, né più né meno, ceduto – con qualche bella parola di troppo – alla seduzione del sostanzialismo linguistico.

Insomma, anche la deliberazione suscettibile di impugnazione su domanda di chiunque vi abbia interesse non è “come se” non ci fosse: guardando alla modificazione dell’oggetto sociale che rimpiazza attività illecite od impossibili ad attività lecite e possibili, questa, comunque, si produrrebbe, con conseguente esposizione della società allo scioglimento giudiziario che l’art. 2332 (richiamato per la società a responsabilità limitata dall’art. 2463 3° comma c.c.) denomina nullità della società, se l’attività programmata sarà illecita; ovvero allo scioglimento “di diritto comune” per sopravvenuta impossibilità dell’oggetto, a norma dell’art. 2484, 1° comma, n. 2 c.c. E – nel primo caso con il conforto della regola scritta (art. 2332, 5° comma c.c.) – l’accoglimento della domanda di nullità della deliberazione precluderà l’accoglimento della domanda di nullità della società. Sicché *l’efficacia precaria permanente ed assoluta*, della quale qui parlo, è da intendersi quale riconoscimento della deliberazione almeno ai fini del giudizio d’impugnazione: in questo senso, la deliberazione è un evento rilevante la cui rimozione può, paradossalmente, avere conseguenze conservative.

4.2.5. Qualsiasi altra illegalità (non pensabile come illiceità o impossibilità del deliberato ovvero non consistente nella “*mancata convocazione dell’assemblea*” e nella “*mancanza del verbale*”) genera una *precarietà relativa* e fortemente *temporanea* della deliberazione: la deliberazione è e resta efficace a meno che l’iniziativa giudiziaria – azione detta di annullamento – tempestiva (entro 90 giorni) di un legittimato non ne chieda ed ottenga la rimozione – art. 2377, 5° comma c.c. La cerchia dei legittimati è perimetrata dalla dimensione percentuale della partecipazione azionaria; e – per gli azionisti che non attingono la percentuale richiesta, ma (stando ad una proposta molto persuasiva di Carlo Angelici, confortata anche dal testo dell’art. 2378, 2° comma c.c.) forse per tutti gli azionisti – dell’impugnazione è succedanea l’azione di risarcimento del danno.

4.2.6. Le invalidità delle deliberazioni contemplate dal diritto riformato delle società di capitali e ripartite nel linguaggio legislativo dedicato alla società per azioni avvalendosi dei termini “nullità” e “annullabilità” – tutti da risemantizzare rispetto ai corrispondenti termini usati nel IV libro del codice civile – sono, poi, reversibili: è consentito all’autonomia corporativa sostituire “... *la deliberazione impugnata ... con altra presa in conformità della legge e dello statuto*”, così precludendo l’annullamento al pari della dichiarazione di nullità (artt. 2377, 7° comma c.c., al quale rinvia l’art. 2379, 4° comma c.c.). Inoltre gli artt. 2379 *bis* e *ter* c.c. prevedono preclusioni dell’azione di nullità, alcune delle quali sono denominate “sanatorie”; preclusioni che non neutralizzano “*il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi*” (art. 2479 *ter*, 3° comma c.c.); diritto, questo, del quale si conferma così la succedaneità rimediabile rispetto alla invalidità.

L’obiettivo palese di questo tessuto normativo è – al di là del lessico minaccioso della nullità e dell’annullabilità – quello di *conservare piuttosto che sopprimere la continuità decisionale della società anche a costo di qualche irregolarità*. Particolarmente eloquente di questa opzione funzionale è la scelta di fare del risarcimento un rimedio succedaneo della rimozione dell’efficacia della deliberazione: è una sorta di «pena pecuniaria» che la società (non dunque i consoci o, men che mai, gli amministratori) deve all’azionista «in cambio» della incontestabilità della decisione illegale. Il risarcimento è – potrebbe un pò cinicamente dirsi – il prezzo dell’illegalità! Al pari dell’annullamento questo «prezzo» deve essere preteso entro un termine perentorio di decadenza: 90 giorni dalla deliberazione o dalla sua iscrizione, se richiesta, nel registro delle imprese (art. 2377, 6° comma c.c.) – o, in caso di nullità, quando l’azione di nullità è preclusa (art. 2379 *ter*, 3° comma c.c.).

Come già accennato, non sembra esservi spazio per una condizione di *inefficacia permanente (ed irreversibile)* della deliberazione assembleare – al di là del caso della deliberazione che, modificando lo statuto, introduca un oggetto sociale impossibile o illecito. Il che non esclude che la giurisprudenza possa conquistarselo riesumando

il ricorso all’inesistenza, nonostante i propositi del legislatore storico. Ma, per il momento, direi che l’atteggiamento dei giudici è piuttosto d’obbedienza che di rivolta⁷.

4.3. Le deliberazioni consiliari (i) «*non prese in conformità della legge o dell’atto costitutivo*» (art. 2388.4, prima proposizione c.c.), le deliberazioni (ii) «*lesive dei diritti dei soci*» (art. 2388, 4° comma, seconda proposizione c.c.) e (iii) le deliberazioni potenzialmente dannose per la società «*prese con il voto determinante*» dell’amministratore che abbia, per conto proprio o di terzi, un interesse nell’operazione fatta oggetto della deliberazione (art. 2391, 3° comma c.c.) si trovano in un’unica condizione nella prospettiva dell’efficacia: sono *precarivamente efficaci*; l’efficacia potendo essere rimossa solo in accoglimento di un’azione (detta di annullamento) esercitabile, entro 90 giorni, dagli amministratori assenti o dissenzienti, dal collegio sindacale e, nel caso di deliberazioni «*lesive*», dall’azionista leso (nel suo interesse di socio piuttosto che in un suo diritto, ché se di diritto si trattasse – per esempio del diritto alla riscossione di un dividendo dovuto in esecuzione di una deliberazione assembleare – la deliberazione consiliare sarebbe nei suoi confronti priva di ogni effetto).

5. Un ultimo esemplare di uso del lemma “nullità” nel diritto societario merita segnalazione nella prospettiva, qui adottata; nella prospettiva – dico – della varietà di regimi presentati facendo ad esso ricorso.

L’art. 122, 3° comma del Testo Unico sull’Intermediazione Finanziaria (TUF – d.l. 58/1998) dice “*nulli*” i cc.dd. sindacati di voto conclusi tra azionisti di società quotate in caso di “*inosservanza degli obblighi previsti dal comma 1*” (comunicazione alla CONSOB, pubblicazione per estratto nella stampa quotidiana, deposito presso il registro delle imprese, comunicazione alla società). L’inadempimento degli obblighi predetti (entro cinque giorni dalla stipula dei patti) preclude l’esercizio del diritto di voto “*inerente alle azioni*” e, in caso di inosservanza, la deliberazione è annullabile secondo il diritto azionario comune, la legittimazione all’azione di annullamento essendo estesa alla CONSOB.

La nullità comminata comporta certamente la inazionabilità di qualsiasi pretesa titolata dal patto parasociale non comunicato ed, a questa stregua, non diverge dalla nullità del contratto secondo il diritto comune; ma, da un lato, l’inefficacia originaria (rilevabile d’ufficio e dichiarabile su istanza di chiunque vi abbia interesse) non sembra irreversibile (una comunicazione traviva potrebbe, ragionevolmente, restituire efficacia all’accordo o ad un accordo ripetuto), dall’altro, risale non già ad una deformità del patto non comunicato rispetto al modello del patto parasociale, bensì alla mancanza di un coelemento isolabile (mancanza che, comunque, “sterilizza” il potenziale organizzativo delle azioni nelle deliberazioni assembleari). Insomma, qui

⁷ V. Cass. civ., Sez. I, 20/01/2011, n. 1361

siamo in presenza – direi – di un uso soltanto *enfatico* del termine. Me ne convinco pensando che, in occasione di un recente *revirement* della giurisprudenza di legittimità (il difetto o la trasgressione della procura sarebbe rilevabile d’ufficio – anche se la rilevazione dovrebbe fare i conti con il principio di non contestazione delle allegazioni, oggi codificato dall’art. 115 c.p.c.), la Cassazione⁸ ha tenuto a dichiarare che si profila non già un caso di nullità (il contratto concluso dal *falsus procurator* è in sé adeguato al modello legale) bensì di inefficacia per mancanza di un coelemento costitutivo⁹.

6. I fatti costitutivi dei diritti di proprietà industriale – *titoli di PI*, nel lessico del Codice della Proprietà Industriale (art. 2) – che presentino anomalie rispetto ai modelli di appartenenza (brevetto e registrazioni) si trovano, nonostante l’uso indiscriminato del lemma “nullità” (qualche volta riferito, per metonimia, all’oggetto del diritto – così per il marchio – o al diritto stesso – così per quello del costituente di novità vegetali – anziché all’evento *lato sensu* provvedimento che funge da antecedente della privativa), in una condizione di *efficacia precaria*, la *precarietà essendo talora assoluta*, ché l’anomalia può essere denunciata da chiunque vi abbia interesse, *talaltra relativa* (art. 122.2 CPI) – ma in un caso, la relatività è a tempo (art. 118.4 CPI): così per il brevetto rilasciato “*a nome di persona diversa dall’avente diritto*”. Ragioni storiche restituiscono, poi, una qualche razionalità alla legittimazione accordata – quando la precarietà è assoluta – anche al Pubblico Ministero (art. 122.1 CPI)¹⁰.

Della devianza semantica delle nullità in parola rispetto alla Nullità della dottrina generale del diritto civile sembra consapevole, comunque, anche il legislatore storico che, nell’art. 2 del CPI – disposizione non presente nei testi legislativi che il codice

⁸ Cass SS.UU 3 giugno 2015 n. 11377

⁹ Si legge in motivazione: “la sussistenza del potere rappresentativo, con l’osservanza dei suoi limiti, costituisce una circostanza che ha la funzione specifica di rendere possibile che il contratto concluso dal rappresentante in nome del rappresentato produca direttamente effetto nei confronti del rappresentato: come tale, essa è ricompresa nel nucleo della fattispecie posta a base della pretesa e integra un elemento costitutivo della domanda che il terzo contraente intenda esercitare nei confronti del rappresentato”. Ciò detto, la Cassazione tiene a precisare: “Il contratto stipulato in difetto o in eccesso di rappresentanza non vincola il falsamente rappresentato verso il terzo, perché chi ha agito non aveva il potere di farlo. Si tratta di un contratto – non nullo e neppure annullabile – ma inefficace in assenza di ratifica”.

¹⁰ Ed ammonisce – se ce ne fosse ancora bisogno – del carattere ondivago del lessico del legislatore (e, quindi, della subalternità alla storia di ogni sistema che voglia imprimersi all’esperienza normativa) il dato che una legittimazione “invalidante” del Pubblico Ministero si registra anche nei casi di contrarietà “*alla legge, all’atto costitutivo ed allo statuto*” delle deliberazioni dell’assemblea delle associazioni riconosciute: senonché, questa contrarietà rende la deliberazione suscettibile di “*annullamento*” (non di dichiarazione di nullità) e la legittimazione non è accordata a chiunque vi abbia interesse (non è assoluta), bensì agli “*organi dell’ente*” a “*qualunque associato*” e, appunto, al “*Pubblico Ministero*” (art. 23.1 c.c.). Il rilievo, poi, che la nullità sia stata – in forza di questo lessico e di queste regole – “convertita” in annullabilità (Cass. civile, sez. II, 17 marzo 1975, n. 1018) si impone soltanto se si coltivi dell’inutile sostanzialismo linguistico.

ha assemblato – scrive: “*L’attività amministrativa di brevettazione e di registrazione ha natura di accertamento costitutivo e dà luogo a titoli soggetti ad un regime speciale di nullità e decadenza sulla base delle norme contenute nel presente codice*” (sottolineatura aggiunta).

Spazi meritevoli di segnalazione il regime di nullità dei titoli di proprietà industriale accorda all’autonomia privata: l’esemplare più significativo – ma se ne possono prospettare altri, attingendo al regime delle cc.dd. anteriorità distruttive della novità – è quello della consapevole inerzia (tolleranza) del titolare di un marchio preadottato, protrattasi per cinque anni dalla registrazione del marchio posteriore, nel reagire alla registrazione o all’uso di un marchio uguale o simile (cioè privo di novità) o costituito da un segno che leda un diritto della personalità altrui; tolleranza che al maturarsi del quinquennio preclude l’azione di nullità della registrazione sopravvenuta e l’esercizio dell’azione di contraffazione. La legge parla (ha sempre parlato) di *convalidazione* del marchio (oggi art. 28 CPI), come sempre riferendosi, per metonimia, all’oggetto della privativa anziché al fatto costitutivo della stessa.

7. Concludendo, mi sembra doveroso segnalare qualche caso nel quale, pur non affiorando nel testo di legge il termine “nullità”, la condizione del fatto anomalo (rispetto al modello di fatto) è quella dell’inefficacia permanente e irreversibile (che poi equivale, come ho più volte suggerito, alla rilevabilità d’ufficio dell’anomalia), la condizione alla quale è appropriato il lemma Nullità della dottrina generale del diritto civile.

“*Il titolo nel quale manchi alcuno dei requisiti indicati nell’articolo precedente non vale come cambiale*” – dispone l’art. 2 del r.d. 1669/1933 (per l’assegno v. art. 2 r.d. 1736/1933). La disposizione si riferisce alla mancanza non al momento dell’emissione bensì della presentazione, posto che la cambiale, incompleta rispetto al modulo prefissato dall’art. 1 della legge, al momento dell’emissione è suscettibile di essere riempita legittimamente (in conformità di un accordo di riempimento concluso tra emittente e prenditore) o non legittimamente (in difetto o in difformità dall’accordo).

La parola nullità non è usata ma il regime è quello della nullità del contratto; sicché nessun dubbio nutrirei su ciò che il giudice richiesto di conoscere di una pretesa titolata dal possesso *ad legitimationem* del titolo incompleto debba rilevarne d’ufficio l’incompletezza e rigettare la pretesa così titolata.

Molto delicato – al segno da non consentire qui che un cenno al problema, senza neppure prospettarne una soluzione preferita – è invece stabilire se il giudice possa d’ufficio rilevare la difformità tra un documento l’impossessamento del quale secondo buona fede sia invocato come titolo dell’acquisto del diritto in esso documentato e la fattispecie del titolo di credito, ogni qual volta l’applicazione del regime carto-

lare non dipenda dalla conformità tra documento e modulo precostituito dalla legge (quale il modulo cambiario). Può pensarsi ai titoli atipici – al centro di un’esperienza di provvista finanziaria ormai superata – ma anche e soprattutto ai titoli impropri: se il portatore di un titolo rivendica – come si prospettava – una prerogativa cartolare, deve il giudice d’ufficio accertare che non si tratta di un titolo di credito ma, appunto, di un titolo improprio (per esempio di un c.d. stabilito all’ordine)? Ovvero è questa materia di eccezione in senso proprio?

Al vertice si profila il problema tuttora inquietante della fattispecie cartolare – sull’identificazione della quale nessun orientamento promana dal diritto scritto: se questa si caratterizzi per la volontà dell’emittente, allora da provarsi da chi agisce; ovvero, si estenda a tutti i documenti circolanti salvo che l’emittente provi di aver voluto disapplicare il regime cartolare; o ancora se le sia coesistente una c.d. causa oggettiva dell’incorporazione.

Ma qui il discorso, per rispetto del tema del convegno, deve arrestarsi.