

Massima n. 160 – 11 aprile 2017

**Approvazione delle assemblee speciali ai sensi dell'art. 2376 c.c.  
manifestata in sede di assemblea generale**  
(art. 2376, comma 1, c.c.)

MASSIMA

*In presenza di più categorie di azioni, qualora sia necessaria l'approvazione da parte dell'assemblea speciale ai sensi dell'art. 2376 c.c., si ritiene che l'assemblea generale possa validamente ed efficacemente deliberare, in unica sede, allorché consti l'intervento e il voto favorevole della totalità delle azioni della o delle categorie che devono rendere l'approvazione ai sensi dell'art. 2376 c.c., senza che sia necessaria un'apposita convocazione e/o una riunione separata dei soli azionisti della o delle categorie interessate.*

MOTIVAZIONE

La massima prende posizione sulla possibilità che l'approvazione delle deliberazioni che pregiudichino i diritti di una categoria di azioni, richiesta dall'art. 2376 c.c., sia legittimamente ed efficacemente espressa in sede di assemblea generale, senza che occorra convocare e tenere una apposita adunanza dell'assemblea speciale degli appartenenti alla categoria interessata. In particolare, si ritiene che, pur in assenza di un'apposita convocazione dell'assemblea speciale, ciò sia possibile qualora consti la presenza, nell'assemblea generale che assume la deliberazione pregiudizievole, di tutti i titolari delle azioni della categoria i cui diritti possono essere pregiudicati, analogamente a quanto sarebbe richiesto per un'assemblea totalitaria. Non appare invece necessaria la presenza della maggioranza di amministratori e sindaci, i quali, già informati sull'ordine del giorno e già legittimati a partecipare all'assemblea generale, non potrebbero lamentare alcuna carenza d'informazione e non potrebbero del resto svolgere alcuna funzione che non sia loro già consentita nell'ambito dell'assemblea generale. Solo in presenza di un rappresentante comune degli azionisti di categoria – ove previsto dalla legge o dallo statuto – si renderebbe invero necessaria la sua presenza o almeno la sua convocazione, salva la rinuncia o il consenso comunque prestato da tutti gli azionisti di categoria.

Se pure il legislatore nazionale ha optato, a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti, per la votazione da parte di un'assemblea speciale e non per la votazione separata nell'ambito della medesima assemblea generale, tale modello non appare inderogabile in via assoluta. Ciò vale, in particolare, qualora *tutti* gli aventi diritto possano comunque manifestare, almeno in tale sede, la propria volontà e pertanto pur sempre nell'ambito di un procedimento assembleare che ne tuteli la corretta espressione. L'obiezione, pur autorevole, per la quale solo l'assemblea separata, consentendo la discussione esclusivamente tra i membri della categoria interessata, può giungere ad una decisione adeguatamente ponderata, non è invero decisiva, quanto meno nel caso in cui *tutti* i titolari delle azioni speciali oggetto di pregiudizio siano presenti ed esprimano un *voto favorevole*. Anche a voler ritenere inderogabilmente tutelato dal procedimento disposto dall'art. 2376 c.c. il diritto alla discussione separata, non sembra ci si possa spingere a sostenere

che quest'ultimo non sia disponibile dagli azionisti interessati, qualora essi siano presenti e votino a favore della deliberazione potenzialmente pregiudizievole.

L'art. 2376 c.c., in definitiva, è l'espressione di una composizione di interessi contrapposti: da un lato, quello dei possessori di azioni speciali, i cui diritti non possono essere pregiudicati senza il loro consenso, e dall'altro quello della società, la cui capacità decisionale, anche in presenza di un possibile pregiudizio dei diritti di una o più categorie di azioni, non è subordinata al consenso di tutti gli azionisti di categoria, bensì della loro maggioranza nell'ambito della relativa adunanza collegiale. Ne consegue pertanto che la presenza e l'espressione del voto favorevole della *totalità* degli azionisti di categoria, anche se solo nell'ambito dell'assemblea generale, assorbe entrambe le istanze e raggiunge l'obiettivo di economizzare costi e tempi del procedimento, facendo altresì venir meno qualsiasi apprezzabile interesse a chiedere anche l'adunanza dell'assemblea speciale.

In presenza dei presupposti sopra indicati – presenza di tutti gli azionisti della o delle categorie che devono rendere l'approvazione ai sensi dell'art. 2376 c.c. e loro voto favorevole – non si ritiene pertanto necessario, ai fini della validità ed efficacia della deliberazione potenzialmente pregiudizievole dei diritti di categoria, alcuno degli elementi procedurali che connotano l'assemblea speciale, con particolare riguardo alla sua apposita *convocazione*, alla riunione degli azionisti di categoria in un *momento separato* rispetto all'assemblea generale, alla *discussione separata* della deliberazione oggetto di approvazione, alla sua *votazione* e proclamazione, nonché alla *verbalizzazione separata* dell'intero procedimento decisionale. Resta ferma, sul piano dell'esecuzione in buona fede del contratto sociale e dell'assolvimento dei compiti di informazione degli azionisti da parte degli organi di amministrazione e controllo, la valutazione, da compiere caso per caso, circa l'opportunità di far rilevare ai partecipanti che l'assemblea generale, in virtù della presenza di tutti gli appartenenti alla categoria interessata, è chiamata a deliberare anche per le finalità e con gli effetti di cui all'art. 2376 c.c., senza ricorrere a una successiva e separata assemblea speciale.

Il verbale dell'assemblea generale che delibera con il voto favorevole di tutti gli azionisti di categoria è un unico verbale, in quanto l'assemblea generale mantiene la propria natura, semmai “assorbendo” l'assemblea speciale prescritta dall'art. 2376 c.c., divenuta superflua in virtù della presenza e del consenso di tutti i relativi azionisti. Anche in tal caso, pur non essendo necessario ai fini di validità ed efficacia alcun elemento formale o alcuna formula di rito, non viene meno l'opportunità di dare atto analiticamente di eventuali precisazioni e chiarimenti effettuati in assemblea in merito alle categorie interessate da quanto all'ordine del giorno, al loro possibile pregiudizio, alla presenza di tutti gli azionisti portatori delle azioni di tali categorie, nonché alla valenza del voto anche ai sensi dell'art. 2376 c.c.

#### NOTA BIBLIOGRAFICA

1. – L'aspetto maggiormente indagato dalla dottrina risulta essere quello del rapporto esistente fra la deliberazione della assemblea generale e la deliberazione dell'assemblea speciale.

Al riguardo, si ravvisano sostanzialmente tre orientamenti. (i) Secondo una prima opinione, “l'approvazione dell'assemblea speciale costituisce condizione di efficacia della delibera dell'assemblea generale, sicché, in caso di mancata approvazione, si è in presenza di un'ipotesi di inefficacia relativa” (così L. RESTAINO, *Commento all'art. 2376*, in *La riforma delle società*,

a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 341, citando l'autorità di A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 298 ss.; G. GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, 408). (ii) Secondo un'altra opinione “la mancata approvazione dell'assemblea speciale, in quanto condizione di validità della deliberazione dell'assemblea generale, ne comporta l'annullabilità ex art. 2377 c.c.” (così C. FORMICA, *Commento all'art. 2376*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2011, 539, citando l'autorità di F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2004, 134; R. NOBILI - P. VITALE, *La riforma della società per azioni*, Milano, 1975, 487). (iii) Infine, secondo una terza opinione, “la delibera dell'assemblea generale, in assenza di approvazione da parte dell'assemblea speciale, non può essere eseguita perché è una fase di un procedimento complesso di formazione della volontà sociale” (così P. BOERO, *L'assemblea*, in *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di G. Schiano di Pepe, Assago, 1996, 278, citando l'autorità di C. COSTA, *Le assemblee speciali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 1993, 521 s.; E. CARATOZZOLO, *Commento all'art. 2376*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 365); peraltro, come specifica P. BOERO, *op. loc. ult. cit.*, “se si accoglie quest'ultima impostazione, le due delibere (dell'assemblea generale e di quella speciale) costituiscono, sotto il profilo procedimentale, un tutt'uno, per cui esse andranno sottoposte congiuntamente alle formalità di omologazione, iscrizione nel registro delle imprese [...]”, laddove, diversamente opinando, “la delibera dell'assemblea speciale, costituendo un requisito di efficacia ovvero di validità di quella dell'assemblea generale, va allegata alla richiesta di omologazione di quest'ultima, ma non è soggetta a controllo intrinseco da parte dell'autorità giudiziaria, né va sottoposta alle sopra richiamate formalità pubblicitarie”).

In giurisprudenza, per la tesi della inefficacia si vedano: Trib. Milano, 22 marzo 1984, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 187, con nota di M. CERA; Trib. Genova, 3 luglio 1958, in *Giur. it.*, 1959, I, 586, con nota di A. MIGNOLI; mentre per la tesi della invalidità si vedano: Cass. 20 aprile 1961, n. 883, in *Foro it.*, 1961, I, 1712; App. Genova, 5 dicembre 1959, in *Giur. it.*, 1960, I, 81.

2. – La dottrina si è ulteriormente domandata se la deliberazione dell'assemblea speciale debba necessariamente precedere o seguire la deliberazione della assemblea generale.

Al riguardo, secondo l'orientamento prevalente, “nulla impedisce che la deliberazione di questa preceda o segua la deliberazione dell'assemblea generale (salva, beninteso, diversa disposizione dell'atto costitutivo) purché sia esaudito il voto della legge, che richiede il consenso della categoria degli azionisti interessati. Quello che conta, in altre parole, non è la successione temporale in cui le due deliberazioni sono prese, quanto la coincidenza del loro contenuto” (così A. MIGNOLI, *op. cit.*, 291); nello stesso senso: R. NOBILI - P. VITALE, *op. cit.*, 462; C. COSTA, *op. cit.*, 561; C.A. BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. Picozza - E. Gabrielli, Padova, 2008, 116;.

Isolatamente contrari, si vedano: G. FRÈ - G. SBISÀ, *Commento all'art. 2376*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, 719 s., secondo i quali “l'assemblea speciale, come risulta dalla formulazione della norma di cui si tratta, deve deliberare dopo l'assemblea generale. Essa deve infatti respingere o approvare le deliberazioni di questa”, pur con la precisazione che “nulla vieta, s'intende, che l'assemblea speciale sia convocata per lo stesso giorno in cui deve riunirsi l'assemblea generale e anche con lo stesso avviso di convocazione e sarà anzi questa la pratica che verrà più generalmente seguita”; P. GROSSO, *Categorie di azioni ed assemblee speciali*, Milano, 1999, 295 s., la quale adduce i seguenti argomenti: “[...] in primo luogo c'è il testo della legge [...]”; “[...] potrebbe farsi luogo ad un'assemblea speciale inutilmente se non si sa ancora che quella deliberazione sarà poi presa dall'assemblea straordinaria”; “[...] se prima si è avuta la deliberazione dell'assemblea generale, l'assemblea speciale potrà esaminare la stessa nella sua integralità, oppure potrà prendere visione delle dichiarazioni a verbale che hanno preceduto la deliberazione da approvare e che ne possono

utilmente spiegare le ragioni”; “[...] un’eventuale delibera dell’assemblea speciale che precedesse quella dell’assemblea generale non potrebbe avere altro valore che quello di una proposta con la ulteriore conseguenza che se l’assemblea generale, quand’anche deliberasse nello stesso senso, ma vi apportasse qualche modifica, determinerebbe il ricorso ad una nuova convocazione dell’assemblea speciale per la necessaria approvazione”.

3. – Venendo quindi allo specifico aspetto riguardante la possibilità che la votazione in seno alla assemblea generale sostituisca la deliberazione dell’assemblea speciale, non si ravvisa in dottrina uniformità di vedute.

In senso negativo, si vedano: A. MIGNOLI, *op. cit.*, 313 ss., ad avviso del quale “l’assemblea speciale prende indubbiamente più tempo ed è più costosa della votazione separata: ma, in compenso, offre maggiori garanzie. La votazione separata viene infatti presa nel corso dell’assemblea generale e alla presenza di tutti gli azionisti; il che comporta [...] che non vi è una discussione separata, riservata ai membri della categoria che deve concedere o rifiutare la sua approvazione, ma una discussione cui partecipano tutti i soci [...]. In assemblea speciale gli azionisti del gruppo, uniti dalla comunità d’interessi, possono meglio discutere sulla deliberazione da prendere e vagliare più liberamente le diverse proposte che vengono loro sottoposte, evitando il rischio che certe questioni, per loro importanti, siano trattate sommariamente o critiche, anche fondate, siano lasciate cadere senza un’adeguata presa di posizione dei componenti la categoria”; A.M. LEOZAPPA, *Diritti di categoria e assemblee speciali*, Milano, 2008, 114 ss., secondo il quale “[...] nel momento in cui si afferma [...] la inderogabilità della norma sulle assemblee speciali si riconosce, con ciò stesso, che ad essere sottratto al potere dell’autonomia statutaria è il comando ivi contenuto, sia con riferimento all’atto finale che al procedimento a seguito del quale quello si perfeziona: procedimento la cui osservanza non può che essere ritenuta condizione per attribuire all’atto finale valore giuridico ai sensi dell’art. 2376 c.c.” (119 s.); “[e] che una tale opzione meriti di essere attentamente apprezzata appare evidente se si tiene presente che la stessa non era obbligata in quanto sia la scelta della votazione separata che quella dell’assemblea sono state ritenute rispettose dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario che [...] subordina l’operazione alla “votazione separata” delle categorie interessate. A ciò si aggiunga che la opzione del procedimento assembleare è stata non solo confermata dalla riforma, ma elevata al rango di decisione di sistema: con il d.lgs. n. 6/2003 le regole assembleari sono chiamate ad ordinare la formazione della volontà di categoria non solo per quanto riguarda l’approvazione del pregiudizio, ma anche l’assunzione delle deliberazioni di tutela dell’interesse comune [...]” (120 s.); “[è] la necessità di soddisfare, attraverso la discussione e il confronto delle opinioni, l’interesse precipuo a una più ponderata realizzazione dell’ordine giuridico che dà ragione dell’imposizione del procedimento assembleare per la formazione ed espressione del consenso da parte delle categorie. [...] A ciò si aggiunga che la valenza del metodo collegiale non dovrebbe essere apprezzata con riferimento alla dichiarazione di voto, ma piuttosto guardando alle ragioni che lo hanno orientato: il confronto nell’unità spazio-temporale crea le condizioni che consentono l’emersione di tali ragioni e, per loro tramite, la consapevolezza dei diversi interessi in gioco, interessi che potrebbero portare ad una riconsiderazione delle posizioni personali che, in difetto, avrebbero motivato la decisione di voto”; P. GROSSO, *op. cit.*, 243 ss., la quale, puntualizzato come “[i]n Italia la soluzione di una vera e propria assemblea diversa si fonda su dati testuali inequivocabili (l’art. 2376 e le altre norme che vi fanno riferimento): norme che hanno natura precettiva e inderogabili” (243 s.), sottolinea: “[...] il modello della votazione separata non ci sembra che comporti lo stesso livello di tutela che può derivare dal modello dell’assemblea speciale: si pensi infatti alle possibili costrizioni psicologiche, alla minore libertà di manifestare il proprio voto, di una votazione separata degli azionisti di una categoria, all’interno e nell’atmosfera di un’assemblea generale ove la maggioranza degli azionisti delle restanti categorie abbia deliberato in pregiudizio dei diritti della prima” (246 s.), tanto che “[...] il modulo organizzativo del modo di espressione della volontà degli azionisti della categoria pregiudicata [...] non consente di prescindere dalle regole procedurali dell’assemblea speciale neppure nel caso di decisione all’unanimità dell’intero capitale sociale” (291 s.); C. COSTA, *op. cit.*, 510 ss., il quale dà atto che “tra i due “modelli” in astratto

configurabili come mezzo di approvazione da parte delle categorie di azioni di alcune delibere dell'assemblea generale della società, quello della votazione "separata" nell'ambito della stessa assemblea generale e quello della votazione in assemblea speciale (modelli adottati da alcuni stati, come la Germania o la Spagna, in via alternativa, e rispetto alla scelta dei quali la disciplina comunitaria si mantiene neutrale), il legislatore italiano ha optato, nell'art. 2376 c.c. [...], per quello dell'approvazione in assemblea speciale" (510), pur riconoscendo che "qualora sia necessaria l'approvazione dell'assemblea speciale degli azionisti ordinari, si ritiene che, onde evitare inutili duplicazioni di delibere, se l'assemblea generale è composta solo da azionisti ordinari, essa funge anche da assemblea speciale" (568); con riferimento a tale ultima eventualità, si veda già P. MARCHETTI, *Problemi in tema di aumento di capitale*, in AA.VV., *Aumenti e riduzioni di capitale*, 1984, 89: "ove [...] la dilatazione riguardi le azioni di risparmio di unica categoria in presenza solo di azioni ordinarie, l'assemblea speciale di quest'ultima categoria sarà ovviamente assorbita da quella generale".

In senso affermativo, ancorché risalenti, si vedano le *Osservazioni e proposte sull'ordinamento delle società commerciali del IV Congresso del Notariato Italiano (Venezia, 1953)*, Milano, 1953, 23, riportate in A. MIGNOLI, *op. cit.*, 313, nt. 1: "è opportuno venga chiarito (!) che per le assemblee speciali di categoria non occorre venga indetta una separata riunione, ma è sufficiente, quando vi siano le maggioranze prescritte, che si proceda anche a votazione separata da parte dei soci delle varie categorie interessate".

Si noti peraltro che la dottrina sopra citata affronta il quesito circa la possibilità di sostituire la deliberazione (a maggioranza) dell'assemblea speciale con una votazione (sempre a maggioranza) nell'ambito dell'assemblea generale o addirittura del conteggio dei voti espressi dagli azionisti di categoria in assemblea generale. Non viene invece in considerazione la più circoscritta questione esaminata nella massima, relativa al rilievo del consenso *unanime* degli azionisti di categoria, espresso nell'ambito della medesima votazione dell'assemblea generale. A tal proposito, si veda invece quanto sostenevano F. FERRARA jr. - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 506, ove l'affermazione per cui "conviene rendersi conto della portata dell'art. 2376. Quando una delibera assembleare rechi pregiudizio ai diritti spettanti ad un gruppo di azioni, secondo i principi la deliberazione dovrebbe riportare il consenso degli azionisti danneggiati. Nessuno può essere spogliato dei diritti spettantigli contro la sua volontà. La norma dell'art. 2376 è destinata a regolare l'ipotesi *in cui manchi questa volontà*. Dunque non si applica nel caso in cui la deliberazione sia stata presa all'unanimità dall'intero capitale sociale (compresi i soci danneggiati), né nell'ipotesi in cui risulti comunque il consenso unanime dei medesimi (anche se non espresso in assemblea)".

In giurisprudenza, si veda Trib. Genova, 15 gennaio 1994, riportato in A.M. LEOZAPPA, *op. cit.*, 116: "[s]econdo i giudici, gli azionisti di categoria, partecipando all'assemblea che ha deliberato il pregiudizio, "si sono comunque potuti esprimere su un ordine del giorno dal quale risultavano i caratteri (in ipotesi dannosi) dell'operazione deliberanda e posto che la convocazione di un'assemblea ai sensi dell'art. 2376 c.c., se di fatto rende di per sé manifesta la possibilità di un pregiudizio insita in una delibera, non richiede però un ordine del giorno che ciò ponga in evidenza particolare e diversa da quella dell'ordine del giorno dell'assemblea straordinaria".

4. – Va infine ricordato che la deliberazione dell'assemblea speciale può ricollegarsi a quella della assemblea generale anche in quanto si tratti di esercitare un diritto attribuito alla categoria di azioni in ordine a materie di competenza dell'assemblea generale, o comunque in concorso con essa. In tal caso, è stato sostenuto che, nell'ambito del procedimento decisionale dell'assemblea, il voto di categoria può essere legittimamente espresso sia in separata riunione, sia nella medesima riunione dell'assemblea generale. Così, in particolare: la massima n. 73 di questa Commissione; si veda inoltre OSSERVATORIO SUL DIRITTO SOCIETARIO DEL CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Massima n. 15. Categorie di azioni e nomina degli amministratori*, ove si osserva che "l'assemblea speciale non costituisce peraltro lo strumento "necessario" per l'esercizio del diritto di nomina degli amministratori (o dei

componenti degli organi di controllo) da parte di una categoria, ben potendosi prevedere – a differenza degli strumenti finanziari partecipativi – meccanismi elettorali che contemplino delle “votazioni separate” nell’ambito dell’assemblea ordinaria o una votazione per liste che ciascuna categoria avrà diritto di presentare”. [Nota bibliografica a cura di MARCO BORIO]