

BREVI CONSIDERAZIONI SUI PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA DISCIPLINA DI CUI ALL'ART. 2379-TER, COMMA 2, C.C., IN RELAZIONE ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI SOCI CHE ABBIANO RICHIESTO UNA VALUTAZIONE, AI SENSI DELL'ART. 2440, COMMA 6, C.C., DEI BENI O DEI CREDITI CONFERITI

di *Manuela Salvago*

(Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali
Docente di Diritto costituzionale presso l'Università LUMSA di Palermo)

In corso di pubblicazione nel volume "La costituzione della società per azioni. Il capitale e le sue vicende", Dike, 2019.

1. Premessa.

Con il presente scritto si intende richiamare l'attenzione sul tema dei *limiti* che attualmente soffre la tutela giurisdizionale apprestata dall'art. 2379-ter, comma 2, c.c., nei confronti dei soci che, a seguito dell'aumento del capitale sociale in forza di un conferimento di beni in natura o in crediti, avvenuto *senza relazione di stima*, abbiano fatto richiesta di una valutazione *ex art. 2440, comma 6, c.c.*

Si tratta di una questione in merito alla quale sta maturando un orientamento giurisprudenziale secondo cui, in relazione alla fattispecie descritta, al socio o ai soci dissenzienti, che si vedano rigettare la richiesta di procedere alla valutazione dei beni (o crediti) conferiti ai sensi dell'art. 2440, comma 6, c.c., è preclusa l'impugnazione della relativa delibera del consiglio di amministrazione qualora, a norma dell'art. 2444 c.c., sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento del capitale sia stato anche parzialmente eseguito¹. Da tale iscrizione, infatti, deriverebbe «*che le deliberazioni del c.d.a. afferenti a tali tematiche, intervenute prima dell'iscrizione delle suddette dichiarazioni, in quanto atti endoprocedimentali volti ad integrare la deliberazione di aumento di capitale in ordine al rapporto tra valore dei beni conferiti e capitale nominale, divengono anch'esse insuscettibili di impugnazione*»².

A ben vedere, si tratta di una lettura delle disposizioni codicistiche che lascia il socio "dissenziente" (rispetto alla procedura di stima semplificata di cui all'art. 2343-ter c.c.) privo di adeguati strumenti di tutela giurisdizionale avverso le deliberazioni del consiglio di amministrazione che non gli consentano di procedere alla valutazione dei beni o crediti conferiti. Tale tutela, per stessa ammissione della giurisprudenza in materia, rimarrebbe affidata «*a vari provvedimenti [...], tutti da ottenere prima che le iscrizioni*

¹ Cfr., tra le più recenti, Trib. Milano, Sez. Impr. B, ord. 8 febbraio 2018 (B. e C. contro K.R. Energy s.p.a.).

² Così Trib. Milano, Sez. Impr. B, ord. 8 febbraio 2018 (B. e C. contro K.R. Energy s.p.a.).

intervengano»: l'effettività di tali strumenti di tutela giurisdizionale, dunque, si troverebbe subordinata, ancora una volta, all'iniziativa degli amministratori in merito all'iscrizione dell'esecuzione (anche parziale) dell'aumento del capitale.

Alla luce di quanto detto, nei paragrafi successivi si cercherà di individuare brevemente quali siano gli eventuali profili di illegittimità costituzionale della disciplina relativa alla tutela giurisdizionale del socio "dissenziente" che chieda di procedere ad una valutazione *ex art. 2440*, comma 6, c.c., e se sia possibile – in alternativa – una lettura costituzionalmente orientata della disciplina *de qua*, che consenta di "salvarla" dai vizi di incostituzionalità profilati.

2. *Il quadro normativo.*

Prima, però, di procedere all'analisi dei profili di illegittimità costituzionale che la disciplina in esame presenta, si ritiene utile tracciare il quadro normativo all'interno del quale essa si colloca.

Gli articoli 2343, 2343-*bis*, 2343-*ter* e 2343-*quater*, c.c., si occupano di regolamentare la valutazione del conferimento in natura (o in crediti) del capitale sociale. In particolare, ai fini che qui interessano, l'art. 2343 c.c. prevede che «*Chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società, contenente la descrizione dei beni o dei crediti conferiti, l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo e i criteri di valutazione seguiti. La relazione deve essere allegata all'atto costitutivo*» (comma 1): tale regola, tuttavia, a norma dell'art. 2343-*ter* c.c., può essere derogata «*nel caso di conferimento di valori mobiliari ovvero di strumenti del mercato [...], se il valore ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo è pari o inferiore al prezzo medio ponderato al quale sono stati negoziati su uno o più mercati regolamentati nei sei mesi precedenti il conferimento*» (primo comma), ovvero, «*fuori dai casi in cui è applicabile il primo comma, [...], qualora il valore attribuito, ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo, ai beni in natura o crediti conferiti sia pari o inferiore:*

a) al fair value iscritto nel bilancio dell'esercizio precedente quello nel quale è effettuato il conferimento a condizione che il bilancio sia sottoposto a revisione legale e la relazione del revisore non esprima rilievi in ordine alla valutazione dei beni oggetto del conferimento, ovvero;

b) al valore risultante da una valutazione riferita ad una data precedente di non oltre sei mesi il conferimento e conforme ai principi e criteri generalmente riconosciuti per la valutazione dei beni oggetto del conferimento, a condizione che essa provenga da un

esperto indipendente da chi effettua il conferimento, dalla società e dai soci che esercitano individualmente o congiuntamente il controllo sul soggetto conferente o sulla società medesima, dotato di adeguata e comprovata professionalità» (secondo comma). In questi casi, a norma dell'art. 2440, comma 6, c.c., entro trenta giorni dall'esecuzione del conferimento ovvero, se successiva, dalla data di iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di aumento del capitale, «uno o più soci che rappresentino, e che rappresentavano alla data della delibera di aumento del capitale, almeno il ventesimo del capitale sociale, nell'ammontare precedente l'aumento medesimo, possono richiedere che si proceda, su iniziativa degli amministratori, ad una nuova valutazione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2343».

Qualora tale richiesta venga rigettata, la relativa delibera può essere impugnata dal socio che vi abbia interesse³.

Tuttavia, l'art. 2379-ter, comma 2, c.c., prevede che «*Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'invalidità della deliberazione di aumento del capitale non può essere pronunciata dopo che a norma dell'articolo 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito*»: in altri termini, se in linea teorica è possibile una pronuncia sull'invalidità della delibera di rigetto della richiesta di cui all'art. 2440, comma 6, c.c., anche dopo l'iscrizione dell'esecuzione della delibera di aumento del capitale, tale pronuncia si riverserebbe, in ultima analisi, sulla stessa delibera di aumento del capitale, la cui invalidità, però, non può più essere pronunciata a seguito della suddetta iscrizione. Con la conseguenza ultima che neppure la prima pronuncia, ovvero quella sulla delibera di rigetto di cui sopra, sembrerebbe poter avere luogo.

Tale dato normativo, d'altronde, è corroborato dall'orientamento giurisprudenziale brevemente illustrato nel paragrafo precedente: da ciò deriva che il combinato disposto degli artt. 2440, comma 6, e 2379-ter, comma 2, c.c., come si cercherà di argomentare a breve, comprime in modo irragionevole il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva del socio "dissenziente" che abbia subito il rigetto dell'istanza ex art. 2440, comma 6, così ponendosi in contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione.

3. L'illegittimità costituzionale dell'art. 2379-ter, secondo comma, c.c., alla luce dell'art. 3 Cost.: la duplice violazione del principio di ragionevolezza.

Un primo profilo di illegittimità costituzionale della norma risultante dal combinato disposto degli artt. 2440, comma 6, e 2379-ter, comma 2, c.c., è ravvisabile nella violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione in quanto tratta

³ Dal momento che quest'ultimo vanta, ex art. 2440, comma 6, c.c., un diritto di natura organizzativa e procedimentale: cfr. Trib. Milano, sez. Impr., ord. 8 febbraio 2018, B. e C. c. K.R. Energy S.p.a.

situazioni differenti in modo uguale, non distinguendo, ai fini dell'applicazione del regime di inoppugnabilità della delibera di aumento del capitale che sia stata anche parzialmente eseguita, i vizi che danno vita alla nullità di tale atto da quelli che ne determinano l'annullabilità.

A ben vedere, invece, la circostanza che ci si trovi dinanzi ad un vizio di nullità o ad un vizio di annullabilità della delibera è rilevante: nel primo caso, infatti, i vizi che comportano la nullità della delibera colpiscono tale atto prima ed indipendentemente dalla sua esecuzione e, pertanto, *possono essere fatti valere dall'interessato in seguito all'iscrizione della delibera stessa nel registro delle imprese*, ossia prima e indipendentemente dall'eventuale iscrizione della dichiarazione degli amministratori di cui all'art. 2343-*quater*, c.c., e della dichiarazione di cui all'art. 2444 c.c.; nel secondo caso, i vizi di annullabilità della delibera possono essere fatti valere entro «*novanta giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall'iscrizione*», laddove tale iscrizione deve intendersi riferita alla dichiarazione di esecuzione dell'aumento del capitale, poiché è con essa che la delibera di aumento del capitale diviene efficace e matura l'interesse ad una sua impugnazione. Tuttavia, come detto sopra, una volta intervenuta tale iscrizione, in forza dell'art. 2379-*ter*, comma 2, c.c., la delibera non potrà più essere annullata.

Pertanto, mentre nel caso dei vizi di nullità della delibera *de qua* il regime di inoppugnabilità della medesima non incide negativamente sulla tutela giurisdizionale azionabile dal socio che vi abbia interesse, nel caso dei vizi di annullabilità della medesima delibera, la norma da ultimo citata comprime, fino quasi ad annullarlo, il diritto del socio alla tutela giurisdizionale avverso tali vizi, tra i quali quello discendente da un illegittimo rigetto dell'istanza *ex art.* 2440, comma 6, c.c.

Un secondo profilo di irragionevolezza della norma risultante dal combinato disposto degli artt. 2440, comma 6, e 2379-*ter*, comma 2, c.c., discende dal fatto che l'art. 2379-*ter*, comma 2, prevede che «*dopo che a norma dell'articolo 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito*», la deliberazione di aumento del capitale «*non può essere pronunciata*». In questo modo, infatti, l'inoppugnabilità della deliberazione di aumento del capitale non è ancorata alla tempestiva impugnazione della medesima da parte del socio che ne chieda l'annullamento a causa di un illegittimo rigetto della sua istanza *ex art.* 2440, comma 6, c.c., ma dipende dai tempi entro i quali concretamente intervenga la pronuncia richiesta al giudice: tempi sui quali il socio che abbia interesse a tale pronuncia non può in alcun modo incidere. In definitiva, la norma *de qua* è affetta da irragionevolezza – e pertanto si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. – nella misura in cui comporta che l'invalidità della deliberazione di riduzione del capitale ai sensi dell'articolo 2445 c.c. o della deliberazione di emissione

delle obbligazioni non possa essere «*pronunciata*» dopo che a norma dell'articolo 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito, piuttosto che prevedere che l'invalidità di tale delibera non possa essere fatta valere dall'interessato dopo tale iscrizione.

4. L'illegittima compressione del diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 Cost.

Quanto detto nel paragrafo precedente, ovvero che l'inoppugnabilità della deliberazione di aumento del capitale non è ancorata alla tempestiva impugnazione della medesima da parte del socio "dissenziante" che voglia farne valere i vizi, bensì dai tempi entro i quali concretamente intervenga la pronuncia richiesta al giudice, mette in luce il *vulnus* che la norma risultante dal combinato disposto degli artt. 2440, comma 6, e 2379-ter, comma 2, c.c., arreca, *ictu oculi*, al diritto del socio - il quale abbia formulato la richiesta di cui all'art. 2440, comma 6, c.c. - ad una tutela giurisdizionale effettiva avverso la delibera di rigetto della predetta richiesta, poiché una pronuncia che accerti l'invalidità di quest'ultima comporterebbe, come conseguenza, l'invalidità della delibera di aumento del capitale: sulla quale, tuttavia, il giudice non può pronunciarsi «*dopo che a norma dell'articolo 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito*». In definitiva, il combinato disposto degli artt. 2440, comma 6, e 2379-ter, comma 2, c.c., si pone in contrasto con l'art. 24 Cost.

5. È possibile un'interpretazione costituzionalmente conforme del combinato disposto degli artt. 2440, comma 6, e 2379-ter, comma 2, c.c.?

Alla luce di quanto esposto nei paragrafi precedenti la disciplina di cui agli artt. 2440, comma 6, e 2379-ter, comma 2, c.c., presenta rilevanti profili di illegittimità costituzionale. Ma è possibile offrire un'interpretazione della normativa *de qua* che non arrechi irragionevolmente pregiudizio al diritto alla tutela giurisdizionale di cui si è detto poc'anzi?

L'art. 2379-ter, comma 2, c.c., prevede che «*Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'invalidità della deliberazione di aumento del capitale non può essere pronunciata dopo che a norma dell'articolo 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito*»: il punto è cosa debba intendersi per "invalidità" della deliberazione di aumento del capitale. L'"invalidità" di un atto, come è noto, ricomprende tanto le ipotesi di nullità quanto quelle di annullabilità del medesimo⁴. Tuttavia, nel caso di specie, ai fini dell'enucleazione di

⁴ Si veda, per tutti, R. TOMMASINI, voce "Invalidità (*dir. priv.*)", in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 575 ss.

un'interpretazione del combinato disposto di cui agli artt. 2440, comma 6, e 2379-ter, comma 2, c.c., che la renda immune da vizi di illegittimità costituzionale, occorrerebbe circoscrivere il termine "invalidità" alle sole ipotesi di "nullità" della delibera di aumento del capitale⁵, così da escludere che la norma *de qua* riguardi anche i vizi di annullabilità della medesima, tra i quali la violazione dell'art. 2440, comma 6, c.c. Infatti, come si è detto più sopra, a differenza dei vizi che determinano l'annullabilità della delibera di aumento del capitale, quelli che ne comportano la nullità colpiscono tale *atto prima ed indipendentemente* dalla sua esecuzione e, pertanto, possono essere fatti valere dall'interessato anche in seguito all'iscrizione della delibera stessa nel registro delle imprese, ossia *prima e indipendentemente dall'eventuale iscrizione della dichiarazione degli amministratori* di cui all'art. 2343-*quater*, c.c., e della dichiarazione di cui all'art. 2444 c.c.

Tuttavia è bene precisare che tale limitazione del campo semantico del termine "invalidità", seppure consente di rendere immune da vizi di incostituzionalità il combinato disposto di cui agli artt. 2440, comma 6, e 2379-ter, comma 2, c.c., non sarebbe sufficiente a "salvare" la seconda delle disposizioni citate – ove presa in considerazione in sé e per sé – dai sopra esposti vizi di incostituzionalità: permarrrebbe, a ben vedere, l'illegittima compressione della tutela del socio "dissenziante" nei casi in cui la delibera di aumento del capitale sociale sia affetta da vizi idonei a determinarne la nullità, in quanto la tutela giurisdizionale del socio si troverebbe subordinata a circostanze che esulano dalla disponibilità di quest'ultimo. La nullità della delibera, infatti, non potrebbe essere accertata (*rectius* "pronunciata", secondo la *littera legis*) una volta intervenuta l'iscrizione dell'esecuzione, anche parziale, dell'aumento del capitale: in definitiva, l'effettività della tutela del socio, in questi casi, dipenderebbe, da una parte, dalla celerità dei tempi della giustizia, e dall'altra, dalla tempestività dell'iscrizione *ex art. 2444 c.c.* da parte degli amministratori.

⁵ D'altronde l'applicabilità della norma in questione al di fuori delle ipotesi di nullità non è affatto pacifica in dottrina: sul punto cfr. C. CINCOTTI, *Il Commento*, nota a margine dell'ordinanza 8 febbraio 2018 (B. e C. c. K.R. Energy S.p.a.) del del Trib. Milano, sez. Impr., in *Dir. soc.*, n. 10/2018, 1142, nonché la dottrina ivi citata (cfr. nt. 18).