

Diritto di voto

# L'espressione del voto in assemblea da parte del socio legalmente incapace

di Angelo Busani e Alessandro Currao

Dopo aver richiamato le posizioni della dottrina e di qualche isolata pronuncia della giurisprudenza, si analizza, attraverso un'indagine casistica, il tema dell'autorizzazione all'esercizio del diritto di voto - da parte di soci legalmente incapaci - nelle assemblee delle società di capitali: si ritiene, infatti, che per affrontare questa materia occorre condurre un'analisi caso per caso per individuare, in primo luogo, quali sono gli effetti che una determinata deliberazione assembleare produce e per valutare, in secondo luogo, le conseguenze che si producono nel patrimonio del socio incapace in dipendenza di tali effetti.

Ogni qualvolta un soggetto legalmente incapace intenda acquisire la qualità di socio di una società (di persone o di capitali), ci si deve porre il tema dell'individuazione delle autorizzazioni giudiziali che è necessario ottenere da un lato, per l'acquisto di quote di partecipazione al capitale sociale (e, cioè, la conclusione del negozio da cui consegue l'assunzione della qualità di socio) e, d'altro lato, per la partecipazione alla vita della società (vale a dire per prender parte - attraverso la manifestazione della propria volontà o mediante l'espressione del diritto di voto in assemblea - alla formazione della volontà sociale). Al riguardo, si rende, anzitutto opportuno premettere la distinzione che sussiste tra la disciplina dettata, in materia, con riguardo alle società di persone e quella prevista con riguardo alle società di capitali, poiché:

- con riferimento alle società di persone (la cui disciplina non è oggetto della presente trattazione),

il legislatore ha previsto non soltanto il rilascio dell'autorizzazione per consentire all'incapace di acquistare le quote di partecipazione al capitale sociale (ad esempio, in forza di una compravendita, di una donazione o di un altro negozio che comporti l'acquisto di dette quote), ma anche la necessità di un'ulteriore autorizzazione affinché sia consentita all'incapace l'assunzione della qualifica di socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni contratte dalla società (vale a dire la c.d. autorizzazione alla "continuazione" dell'attività di impresa, di cui agli artt. 320, comma 5, 371, 397, 424 e 425 c.c., espressamente richiamati, in materia di società di persone, dall'art. 2294 c.c.) (1);

- con riferimento alle società di capitali, invece, non essendo dettata alcuna disciplina legislativa in materia di autorizzazione giudiziale all'esercizio dell'attività di impresa (2) (poiché, come noto, nelle società

(1) Con esclusione, quindi, dell'ipotesi in cui l'incapace acquisti la qualità di socio accomandante di una società in accomandita semplice, il quale, ai sensi dell'art. 2313 c.c., risponde delle obbligazioni contratte dalla società "limitatamente alla quota conferita". Nello stesso senso, cfr. Trib. Torino 29 luglio 1999, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Tutela e curatela*, n. 1, secondo cui: "È soggetto ad autorizzazione ex art. 375 c.c. e non ex art. 371 c.c. il conferimento di azienda, di cui sia titolare un interdicendo, in una società in accomandita semplice, nella quale l'interdicendo medesimo assumerebbe la qualità di socio accomandante; tale atto, infatti, non comporta per l'incapace l'assunzione della qualità di imprenditore, ma soltanto il compimento di un atto di straordinaria amministrazione".

(2) Con riferimento, poi, alla società in accomandita per azioni, è discusso se l'incapace possa assumere la qualifica di socio accomandatario (e quindi assumere responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali): secondo alcuni (cfr. A. Jannuzzi - P. Loreface, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, 416 ss.), ciò dovrebbe ritenersi ammissibile, come implicitamente confermato dall'art. 208, disp. att. c.c., il quale, riferendosi genericamente al "socio accomandatario di una società in accomandita" (senza distinguere, quindi, tra accomandita semplice e accomandita per azioni) prescrive che il medesimo "deve ottenere le autorizzazioni previste dagli artt. 320, 371, 297, 424 e 425"; secondo altri (cfr. R. Costi, *Della società in accomandita per azioni*, Artt. 2462-2471, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1973, 43; A. Auciello, *Incapaci e*

di capitali la responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali è limitata - fatta eccezione per gli accomandatari di società in accomandati per azioni - al solo conferimento effettuato da ciascuno di essi e, di conseguenza, non vi è alcun rischio che un socio incapace possa andare incontro al fallimento individuale), per l'assunzione della qualità di socio è sufficiente il solo rilascio dell'autorizzazione all'acquisto delle quote di partecipazione al capitale sociale (3). Con riguardo alle società di capitali si pone però il problema (oggetto di indagine nelle pagine che seguono) dell'esercizio del diritto di voto in assemblea da parte del socio incapace: la legge non detta alcuna norma al riguardo e, quindi, occorre comprendere se, al fine di esercitare validamente il diritto di voto, è sufficiente che l'incapace intervenga in assemblea debitamente rappresentato o assistito ai sensi di legge oppure se sia anche necessario il previo rilascio di un'autorizzazione giudiziale all'espressione del voto.

#### Le opinioni della dottrina e della giurisprudenza

Prima di indicare i criteri che appaiono occorrenti per individuare (se e) quando sia necessario ottenere, con riguardo al socio incapace di una società di capitali, il previo rilascio di un'autorizzazione giudiziale all'espressione del diritto di voto in assemblea, pare

opportuno richiamare le opinioni espresse, in materia, dagli Autori che hanno affrontato questa tematica nonché le conclusioni raggiunte in (alcune isolate pronunce della) giurisprudenza; al fine di constatare - lo si anticipa - che, con riguardo al tema in esame, si è avuta la formazione di tesi assai contrastanti.

#### **a) La tesi secondo cui è necessario distinguere tra ordinaria e straordinaria amministrazione**

Secondo una prima tesi, sostenuta da una parte della dottrina (4) e avallata, altresì, da talune pronunce della giurisprudenza di merito (5), al fine di valutare la necessità (o meno) dell'autorizzazione giudiziale all'esercizio del diritto di voto da parte di un socio legalmente incapace, bisognerebbe applicare, anche in ambito societario, il criterio che distingue tra atti di ordinaria amministrazione e atti di straordinaria amministrazione (6).

Secondo questa impostazione, dunque, qualora un socio incapace fosse chiamato a esprimere il proprio voto in relazione a una deliberazione ritenuta essere un atto di ordinaria amministrazione, sarebbe sufficiente il rispetto delle norme dettate in materia di rappresentanza (o assistenza), senza alcuna necessità di ottenere il previo rilascio di un'autorizzazione giudiziale al voto; diversamente (vale a dire nell'ipotesi in cui un socio incapace fosse chiamato a

*impresa*, Milano, 2009, 147-148), un soggetto incapace non potrebbe assumere la qualifica di socio accomandatario di una società in accomandita per azioni, tenuto conto del fatto che, ai sensi dell'art. 2455, comma 2, c.c., egli diverrebbe "di diritto amministratore", funzione che non potrebbe però essere assunta dal medesimo, come stabilito dall'art. 2382 c.c. (applicabile anche alle società in accomandita per azioni in forza del rinvio contenuto all'art. 2455, comma 2, c.c.).

(3) Si pensi, ad esempio, all'autorizzazione a stipulare un atto costitutivo di una società di capitali alla quale l'incapace intenda partecipare; o, ancora, all'autorizzazione alla sottoscrizione (e al relativo conferimento), da parte di un socio incapace, di un aumento di capitale precedentemente deliberato dalla società; oppure, infine, all'autorizzazione ad acquistare una partecipazione in una di tali società che risulti già precedentemente costituita.

(4) Cfr., G. Romano Pavoni, *Deliberazioni dell'assemblea delle società*, Milano, 1951, 192; U. Grisenti, *Note sull'art. 2377, ultimo comma cod. civ. e sulle delibere implicite nelle società di capitali*, in *Riv. Società*, 1968, 606.

(5) Cfr. Trib. Terni, decr. 5 aprile 1962, in *Casi e materiali di diritto commerciale. Società per azioni*, II, Milano, 1974, 1152 ss., secondo cui, poiché "qualunque mutamento dello Statuto, direttamente o indirettamente, impegna la vita sociale, mutando le basi sulle quali è stato fondato l'ente e variando, anche solo in parte le clausole di un atto omologato dalla competente autorità giudiziaria", se ne dovrebbe allora ricavare che "se la modifica di uno Statuto sociale è atto che eccede i limiti dell'ordinaria amministrazione, il curatore speciale ex art. 346 c.c. di soci minori di età, è tenuto, prima dell'assemblea, a richiedere il parere del giudice tutelare". Più di recente, sembra aver aderito a questa impostazione - seppur con una più solida motivazione - anche App. Torino

15 ottobre 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2795 ss. con nota di F. Tassinari, *Esercizio della potestà, diritto di voto nelle società di capitali e attività di disturbo in assemblea*, secondo cui: "L'esercizio del voto nell'assemblea di una società cooperativa convocata per deliberare l'incorporazione di una terza società ed un consistente aumento a pagamento del capitale sociale, costituisce, per il socio minore di età soggetto a potestà dei genitori, un atto di straordinaria amministrazione, trattandosi di deliberazioni che immutano assetti giuridici e consistenze patrimoniali della società, ed incidono quindi, indirettamente, sul patrimonio del minore".

(6) Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina in materia di rappresentanza e amministrazione del minore soggetto a responsabilità genitoriale, di cui all'art. 320 c.c., la quale, al comma 1, stabilisce che gli "atti di ordinaria amministrazione [...] possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore" mentre, al comma 3, stabilisce che gli "altri atti eccedenti la ordinaria amministrazione" non possono essere compiuti "se non poter necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare". Sul punto, vale la pena di ricordare che la distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione rappresenta uno dei problemi più discussi in tema di volontaria giurisdizione e, a conferma di ciò, in dottrina sono state avanzate ben cinque diverse teorie: la teoria economica; la teoria della funzione dell'atto; la teoria del rischio o del pericolo; la teoria della contrapposizione tra reddito e capitale; e, infine, la teoria normativa. Per un più ampio approfondimento della questione, si rinvia a L. Genghini, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 2010, 113-119; A. Auciello, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2015, 91 ss.

esprimere il proprio voto in relazione a una deliberazione qualificabile come atto di straordinaria amministrazione), occorrerebbe il preventivo rilascio, da parte dell'autorità giudiziaria competente, di una specifica autorizzazione all'esercizio del diritto di voto.

Queste conclusioni, però, sono state fermamente criticate da altra parte della dottrina (7), nonché da una pronuncia della giurisprudenza di legittimità (8), le quali hanno negato che la distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione possa trovare applicazione in relazione alle operazioni societarie: si è rilevato, infatti, che, tutt'al più, potrebbe tracciarsi una distinzione tra atti pertinenti e non pertinenti rispetto all'oggetto sociale delle società (distinzione che però non pare avere alcuna rilevanza in ordine al problema della legittima espressione del voto da parte di un soggetto legalmente incapace).

Infine, si può osservare che non sarebbe nemmeno possibile distinguere tra ordinaria e straordinaria amministrazione in relazione al tipo di assemblea da svolgere, poiché, com'è noto, a seguito della riforma del diritto societario attuata in forza del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il legislatore ha mantenuto questa distinzione nelle sole società azionarie mentre l'ha abolita nell'ambito della disciplina della sola società a responsabilità limitata.

#### **b) La tesi secondo cui l'autorizzazione giudiziale al voto non è mai necessaria**

Secondo un'altra teoria (9) - la cui argomentazione principale si fonda proprio sull'assenza di una disciplina normativa al riguardo - dovrebbe concludersi

nel senso che il socio incapace di una società di capitali potrebbe esprimere liberamente il proprio voto in assemblea, senza che vi sia mai la necessità di ottenere il preventivo rilascio di una autorizzazione giudiziale. La legittima espressione del diritto di voto spettante al socio incapace, infatti, sarebbe garantita dal fatto che l'incapace intervenga in assemblea debitamente rappresentato dai genitori (nel caso del socio minorenni soggetto a responsabilità genitoriale) o dal tutore (nel caso del socio minorenni soggetto a tutela oppure del socio interdetto) oppure debitamente assistito dal suo curatore (in caso di socio inabilitato) o dal suo amministratore di sostegno (nel caso del socio beneficiario di amministrazione di sostegno con funzioni di assistenza).

Oltre che dall'assenza di una disciplina di riferimento, i sostenitori di questa teoria giungono alle predette conclusioni anche in base alla considerazione che, a ben vedere, il socio incapace avrebbe già ottenuto una implicita autorizzazione al voto quando è stato autorizzato a stipulare il negozio in forza del quale l'incapace stesso ha acquistato la qualità di socio (10); in sostanza, rilasciando l'autorizzazione ad acquisire una quota di partecipazione al capitale sociale, l'autorità giudiziaria avrebbe anche implicitamente consentito all'incapace l'esercizio di tutti i diritti e gli obblighi che da essa derivano (ivi compreso, dunque, l'esercizio del diritto di voto in assemblea).

Una simile impostazione, però, omette di considerare che, in primo luogo, in ambito societario vi sono una molteplicità di deliberazioni per la cui approvazione è richiesto il consenso unanime dei soci, e che, in tali casi, è un principio pacifico quello secondo il quale detto consenso assume un carattere "negoziale" (11);

(7) Cfr. E. Cudia, *Il voto dell'incapace nelle assemblee delle società di capitali*, in *Vita not.*, 1988, 6, 1327, secondo il quale si tratterebbe "di una distinzione non applicabile, se trasportata da altri settori della normativa, soprattutto non commercialistici"; nello stesso senso, anche U. Natoli, *In tema di limitazioni dei poteri di amministratori di società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, 357; A. Graziani, *Inderogabilità dell'art. 2369 comma 3° cod. civ., nullità delle singole clausole del contratto costitutivo; atti di ordinaria e straordinaria amministrazione*, in *Studi di diritto commerciale e marittimo*, Napoli, 1963, 125 e 128; A. Lo Jacono, *Voce Amministrazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 155 ss.; G. Auletta, *Capacità nel contratto di società semplice*, in *D&G*, 1945, 75; R. Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a., Profili procedurali*, in G. E. Colombo - G. B. Portale (a cura di), *Trattato delle Società per Azioni*, 9, Torino, 1990, 63; G. W. Romagno, *L'esercizio dei diritti di intervento in assemblea e di voto del socio erede beneficiario*, in *Riv. not.*, 2002, 1519 ss.

(8) Cfr. Cass. 18 giugno 1987, n. 5353, in *Riv. not.*, 1989, II, 253, secondo cui: "La distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione prevista dal codice civile agli artt. 320, 374 e 394 a proposito dei beni degli incapaci, non è applicabile nella stessa precisa portata al fine di determinare la sfera dei poteri attribuiti dalla legge agli amministratori delle società in genere e della

società per azioni in particolare, i quali vanno stabiliti con riferimento agli atti che rientrano nell'oggetto sociale, pur se eccedono i limiti della cosiddetta ordinaria amministrazione, con la conseguenza che, salve le limitazioni previste nello statuto della società, devono ritenersi rientranti nella competenza degli amministratori tutti gli atti che ineriscono alla gestione della società, ed eccedenti i loro poteri (e quindi riservati alla assemblea) quelli di disposizione e di alienazione di beni strumentali o suscettibili di modificare la struttura della società".

(9) Cfr. A. Jannuzzi - P. Lorefice, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, 416 ss.; L. Ferri, *Le società*, in F. Vassalli (fondato da), *Trattato di diritto civile italiano*, 1971, 473.

(10) Come è stato già precedentemente chiarito, ci si riferisce alla stipulazione dell'atto costitutivo di una società per azioni stipulato da un soggetto incapace; alla sottoscrizione (e al relativo conferimento), da parte di un socio incapace, di un aumento di capitale precedentemente deliberato dalla società; oppure, infine, all'autorizzazione ad acquistare una partecipazione in una di tali società che risulti già precedentemente costituita. Si rinvia, sul punto, al primo paragrafo del presente contributo.

(11) Cfr., sul punto: M. Maltoni, *La disciplina della scissione "asimmetrica": ambito applicativo e funzione del consenso individuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 4-6, 787, il quale, con riferimento a

in secondo luogo, omette altresì di considerare che - anche qualora non fosse richiesto il consenso unanime dei soci per l'approvazione di una data deliberazione - bisognerebbe comunque tener conto di tutte quelle operazioni societarie i cui effetti sono destinati a incidere sulla sfera individuale dei singoli soci, con riferimento alle quali, quindi, appare imprescindibile che il voto espresso dal socio incapace necessiti di una previa valutazione da parte dell'autorità giudiziaria competente.

**c) La tesi intermedia: l'autorizzazione giudiziale al voto è necessaria solo se la deliberazione possa avere un riflesso sulla sfera individuale dell'incapace**

L'insoddisfazione che deriva dall'analisi delle tesi fin qui osservate ha condotto altra parte della dottrina (12) a collocarsi in una posizione "intermedia": questa è, più precisamente, l'impostazione secondo cui l'espressione del diritto di voto in assemblea da parte di un socio incapace non necessiterebbe mai di alcuna autorizzazione, a meno che si tratti di votare proposte di deliberazione i cui effetti siano destinati a incidere sulla sfera individuale dell'incapace stesso. Corollario di questa tesi è il principio secondo cui la regola della maggioranza (che, come noto, governa la formazione della volontà sociale nelle società di capitali) trova il proprio limite in tutti quei casi in cui vengono in rilievo le posizioni individuali del singolo socio, il cui sacrificio, dunque, si giustificerebbe solamente mediante il riconoscimento di un adeguato correttivo in suo favore (e, cioè, ritenendo necessaria un'espressa manifestazione del suo consenso avente carattere negoziale; oppure, mediante il riconoscimento - in capo ai soci assenti, astenuti o dissenzienti - del diritto di recesso dalla società). Seppur, tra le impostazioni sopra richiamate, quest'ultima risulti essere quella maggiormente condivisibile,

è da rilevare, però, che anch'essa non appare del tutto immune da critiche: se è vero, infatti, che a essa va riconosciuto il pregio di riuscire a coniugare le regole di formazione della volontà sociale con le esigenze di tutela dei soci (ivi compreso, quindi, il socio incapace), allo stesso tempo, però, non si comprende come essa possa essere tradotta in un valido criterio distintivo che consenta di pre-individuare quali siano le deliberazioni assembleari i cui effetti incidono sui diritti individuali del socio incapace (e che, quindi, per quel che interessa in questa sede, necessitano del previo rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria competente).

**Un nuovo criterio: l'individuazione delle deliberazioni "patrimonialmente rilevanti" per il socio incapace**

L'insoddisfazione che deriva dall'analisi delle tesi in precedenza esposte sollecita al rinvenimento di un diverso modo di affrontare e risolvere la tematica in esame.

Al riguardo, appare plausibile seguire un metodo che, partendo dall'osservazione, nel suo complesso, della normativa dettata in tema di attività con rilevanza giuridica da compiersi da parte di un soggetto incapace, faccia derivare da tale normativa soluzioni applicabili al particolare caso in cui tale soggetto sia chiamato a esprimere il proprio voto in un'assemblea societaria.

Ebbene, dall'analisi di detta normativa sembra potersi derivare che l'autorizzazione giudiziale viene prescritta dalla legge ogni qualvolta si tratti di porre in essere, da parte dell'incapace, un'attività giuridica che comporti (o possa comportare) un'alterazione, in senso migliorativo o peggiorativo, della sua sfera patrimoniale. Allora, ponendo al centro della scena il patrimonio dell'incapace, la conclusione potrebbe essere quella secondo cui l'autorizzazione

un'ipotesi di scissione asimmetrica, afferma che: "per opinione dominante la manifestazione del consenso individuale [...] presenta una rilevanza distinta ed ulteriore rispetto al voto, e quindi alla partecipazione al processo decisionale collettivo, e pertanto si ritiene che possa essere prestata separatamente e non di necessità nel corso dell'adunanza assembleare, sebbene assurga talora (art. 2500 *sexies*) a coelemento di efficacia e talora (artt. 2506 *ter*-2504 *octies* *previgente*) a condizione di validità della delibera"; e F. Guerrero, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in C. Ibbà e G. Marasà (diretto da), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, IV, Padova, 2009, 246, il quale, con riferimento al consenso unanime richiesto per la modifica dei diritti particolari dei soci, *ex art.* 2468, comma 4, c.c., afferma che: "là dove pure operi la regola unanimistica, il consenso dei soci alla modificazione riveste valore diverso, secondo che provenga da tutti gli altri soci ovvero dal socio titolari dei diritti pregiudicati; soltanto 'sociale' per i primi, anche 'individuale' per il secondo. Rispetto ad esso, quand'anche la decisione si formi unitariamente nell'assemblea, il voto sulla proposta di deliberazione e il consenso alla modifica

dei suoi 'diritti particolari' sono espressione di due distinte volontà, la seconda delle quali ha carattere propriamente 'negoziale'. Ne deriva la possibilità che siffatte volontà siano manifestate contestualmente e si formino indipendentemente l'una dall'altra". Nello stesso senso, si vedano: con riferimento alla trasformazione regressiva, F. Guerrero, *La trasformazione omogenea in società di persone*, in *Quaderni della fondazione italiana per il Notariato, Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, 2007, 165-166; con riferimento alla rinuncia ai documenti o ai termini previsti per legge nel procedimento di fusione e scissione, F. Magliulo, *La fusione*, Milano, 2005, 126; C. Clerici, *sub. art. 2501 septies*, in L.A. Bianchi (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, 2006, 633; E. Civera, *Le operazioni di fusione e di scissione*, Milano, 2004, 68.

(12) Cfr., E. Cudia, *Il voto dell'incapace nelle assemblee delle società di capitali*, in *Vita not.*, 1988, 1335; A. Auciello, *Incapaci e impresa*, Milano, 2009, 155.

giudiziale al voto si renderebbe necessaria tutte le volte in cui, considerate le conseguenze derivanti dall'approvazione di una determinata deliberazione, il patrimonio dell'incapace stesso ne risulti, in qualche misura, modificato (13).

Partendo da questa premessa, dunque, sarebbe possibile effettuare, nel seguito, alcune considerazioni "generali", valevoli per la generalità delle deliberazioni assembleari che un socio legalmente incapace può trovarsi a votare; salvo poi approfondire il discorso con particolare riguardo a talune specifiche deliberazioni, al fine di osservare le particolarità che esse presentano, con l'intento di derivarne le occorrenti considerazioni in ordine all'espressione del voto.

**a) Le deliberazioni che costituiscono causa di recesso**

Una prima riflessione generale che si ritiene di poter proporre è quella inerente alla distinzione tra le deliberazioni assembleari dalla cui approvazione deriva - in capo ai soci assenti, astenuti o dissenzienti - il riconoscimento del diritto di recesso, e le deliberazioni assembleari dalle quali, invece, non deriva il riconoscimento di questo diritto (14).

Al riguardo, pare opportuno richiamare le considerazioni che sono state formulate dal Consiglio Nazionale del Notariato, in risposta a un quesito proposto con riguardo a una deliberazione di scissione di una società di capitali (nella cui compagine sociale era presente un socio minore di età): in tale documento è stato sostenuto, in via generale, che è necessario il rilascio di un'autorizzazione al voto spettante al socio incapace tutte le volte in cui "la materia sulla quale sia richiesto di deliberare rientri o meno tra quelle per le quali sia previsto, a favore del socio che non concorre all'assunzione della deliberazione, il diritto di recesso" (15). Secondo questa impostazione, dunque, l'indice da tenere in considerazione per reputare necessario (o meno) il rilascio di un'autorizzazione al voto espresso dal socio incapace, sarebbe quello di valutare se, nel caso concreto, l'approvazione di una

data deliberazione comporti (o meno), in capo ai soci assenti, astenuti o dissenzienti, il riconoscimento del diritto di recesso dalla società.

Infatti, da un lato, è indubbio che le deliberazioni per le quali il legislatore abbia previsto il riconoscimento del diritto di recesso, sono destinate a incidere su diritti individuali dei soci. D'altro canto, tutte le volte in cui l'approvazione di una determinata deliberazione comporti il riconoscimento - in capo ai soci assenti, astenuti o dissenzienti - del diritto di recesso, l'espressione del voto favorevole alla deliberazione da parte del socio incapace realizza, quale implicito effetto, la rinuncia all'esercizio del diritto (di recesso) stesso.

Se si considera, infatti, anche questa ulteriore conseguenza (e cioè, si ripete, l'implicita rinuncia all'esercizio del diritto di recesso che deriva dall'espressione del voto favorevole), è indubbio che gli effetti derivanti dall'approvazione delle deliberazioni societarie in esame costituiscano una conseguenza "patrimonialmente rilevante" con riguardo al socio incapace. Ne dovrebbe allora derivare che il valido esercizio del diritto di voto da parte dell'incapace necessita non soltanto del rispetto delle norme in materia di rappresentanza o assistenza, ma, altresì, del previo rilascio dell'autorizzazione giudiziale: l'espressione di un voto favorevole o contrario alla deliberazione deve essere il frutto di una scelta compiuta consapevolmente dall'incapace, poiché, come si è detto, egli è chiamato a decidere se riconsiderare la propria partecipazione in società (votando in senso negativo alla deliberazione ed esercitando, di conseguenza, il diritto di recesso) oppure se continuare a farne parte.

**b) Le deliberazioni per la cui approvazione è richiesto il consenso unanime dei soci**

Un'ulteriore considerazione di ordine "generale" che può formularsi nella materia in esame è l'effettuazione di una distinzione tra le deliberazioni assembleari per la cui approvazione è richiesto un dato quorum e le deliberazioni assembleari che, invece, non possono essere approvate se non con il consenso unanime dei soci.

(13) Nello stesso senso, in dottrina, cfr. F. Tassinari, *Esercizio della potestà, diritto di voto nelle società di capitali e attività di disturbo in assemblea*, in *Giur. it.*, 1993, I, sez. II, 801, secondo il quale: "Ogni tentativo di individuare in astratto dei criteri 'decisivi', corre il rischio di essere riduttivo, in quanto non può escludersi l'emersione, con riferimento al singolo caso concreto di dati ulteriori rispetto a quelli considerati nell'elaborazione dei criteri stessi"; e R. Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a.*, *Profili procedurali*, in G. E. Colombo - G. B. Portale (a cura di), *Trattato delle Società per Azioni*, 9, Torino, 1990, 59, il quale, con riferimento alle delibere di modifica dell'atto costitutivo di una società di capitali, afferma che "non si può escludere a priori che vi siano delle

deliberazioni di modificazione dell'atto costitutivo, di competenza dell'assemblea straordinaria, le quali risultino di minore gravità, per il patrimonio del socio incapace, di alcune deliberazioni di competenza dell'assemblea ordinaria" e che, pertanto, "la valutazione del carattere ordinario o straordinario dell'atto di esercizio del diritto di voto rispetto all'attività di gestione del patrimonio del socio non può essere effettuata, se non [...] caso per caso".

(14) Sul punto, si vedano gli artt. 2437 c.c. (con riferimento alle S.p.a.) e 2473 c.c. (con riferimento alle S.r.l.).

(15) Così, Quesito di impresa n. 755-2013/I, *Delibera di scissione e voto del socio minore di età*, a firma di C. Caccavale - A. Ruotolo.

Come noto, seppur l'assemblea delle società di capitali sia un organo collegiale che, in linea di principio, decide secondo il principio maggioritario, vi sono alcune deliberazioni per la cui approvazione è richiesto il voto favorevole della totalità dei soci: si pensi, ad esempio, all'introduzione nello statuto sociale di una società a responsabilità limitata di diritti particolari in favore di singoli soci (art. 2468, comma 4, c.c. (16)); all'introduzione nello statuto di S.p.a. e di S.r.l. di quelle particolari clausole di limitazione alla circolazione delle quote di partecipazione al capitale sociale note con la denominazione di "drag along" (17) e "bring along" (18); oppure, all'introduzione nello statuto della S.p.a. di una clausola che preveda la conversione forzata di azioni ordinarie in azioni "riscattabili" (art. 2437 *sexies* c.c.) (19).

Ebbene, relativamente a tali deliberazioni, non pare esservi dubbio circa il fatto che il voto espresso dal socio incapace necessiti del previo rilascio di un'autorizzazione giudiziale, poiché, in tali casi, il voto assume la natura (non più di partecipazione all'assunzione di una decisione collegiale, ove il dissenso della minoranza

viene assorbito nel consenso della maggioranza, ma) di un "vero e proprio" consenso negoziale (20) (il quale non si forma se non interviene un accordo tra tutti coloro che debbono partecipare all'assunzione della decisione), con la conseguenza che, per effetto dell'espressione di tale consenso, discendono effetti patrimonialmente rilevanti nella sfera giuridica individuale dell'incapace (il quale, attraverso l'espressione della sua volontà, dimostra appunto di tollerare la compressione di un proprio individuale diritto).

#### **c) Le deliberazioni in cui il voto espresso dell'incapace risulta "determinante"**

Vi sono poi ipotesi in cui, nonostante non sia richiesto il consenso unanime dei soci per l'adozione di una data decisione, il voto espresso dal socio incapace può comunque risultare "determinante" per l'approvazione della deliberazione.

Anzitutto, questa situazione può verificarsi nel caso in cui lo statuto sociale preveda, in favore del socio incapace, l'attribuzione di un diritto di veto circa l'adozione di una determinata deliberazione: ad esempio, potrebbe darsi il caso che il socio incapace

(16) Ai sensi del quale, infatti: "Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo e salvo in ogni caso quanto previsto dal primo comma dell'art. 2473, i diritti previsti dal precedente comma possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci".

(17) E cioè la clausola per la quale, nel caso in cui uno dei soci (di solito, di maggioranza) intenda alienare le proprie partecipazioni, gli altri soci (di solito, di minoranza) possono essere obbligati dal socio cedente ad alienare le proprie partecipazioni, purché sia garantita un'equa valorizzazione (pari almeno a quella spettante in caso di recesso) della partecipazione oggetto dell'obbligo di cessione. Si ritiene, sul punto, che l'introduzione in statuto di questa clausola sia illegittima qualora avvenga senza il consenso del/dei soci che possono subire l'alienazione coattiva (cfr., in tal senso, Trib. Milano 24 marzo 2011, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, 59, secondo cui: "l'attribuzione al socio (o ai soci) di maggioranza di un potere di vendita forzata delle partecipazioni di minoranza [può] essere introdotta nello statuto solo con il consenso di tutti i soci (e, dunque, in particolare con il consenso del socio 'forzabile'), altrimenti venendosi in definitiva a rimettere nelle mani solo di alcuni membri della compagine sociale - senza il preventivo consenso degli altri e in assenza di specifica previsione normativa - la radicale alterazione della stessa struttura del rapporto sociale, comportante la pluralità di apporti per l'esercizio in comune dell'impresa"; *contra* Consiglio Notarile di Roma, *Massima* n. 8, *Clausole di co-vendita e di trascinarsi: possibilità di introduzione a maggioranza*, luglio 2013, in A. Busani, *Massimario delle operazioni societarie, Orientamenti professionali e giurisprudenza*, Milano, 2019, 733, nota 9) salvo il solo caso in cui, anziché essere strutturata come un'opzione *call* verso le azioni dei soci che subiscono il *drag* (o trascinarsi), sia strutturata come il diritto del socio di maggioranza, titolare del *drag*, di (decidere lo scioglimento anticipato della società e, cioè, di) porre termine all'investimento, nel capitale sociale della società, da parte di tutti i soggetti che siano soci nel momento in cui il diritto di *drag* viene esercitato (cfr., in tal senso, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima* n. H.I.19, *Limiti di validità delle clausole statutarie che obbligano determinati soci a cedere le proprie azioni nel caso in cui altri soci decidano di alienare*

*le loro*, 1° pubbl. 9/06 - modif. 9/17 - motivato 9/17, in A. Busani, *Massimario*, cit., 740, nota 9).

(18) E cioè la clausola per la quale, nel caso in cui uno dei soci (di solito, di maggioranza) intenda alienare le proprie partecipazioni, gli altri soci (di solito, di minoranza) sono a loro volta obbligati ad alienare le proprie partecipazioni qualora lo pretenda il terzo potenziale acquirente, a prescindere da una volontà in tal senso dell'altro socio. Anche in tal caso si ritiene che l'introduzione in statuto di questa clausola sia illegittima qualora non avvenga con il consenso unanime dei soci (cfr., in questo senso, P. Divizia, *Clausole statutarie di covendita e trascinarsi*, in *Notariato*, 2, 2009, 169-171; *contra*, Consiglio Notarile di Roma, *Massima* n. 8, *Clausole di co-vendita e di trascinarsi: possibilità di introduzione a maggioranza*, luglio 2013, in A. Busani, *Massimario*, cit., 733, nota 9).

(19) Si ritiene, infatti, che le azioni riscattabili possano essere introdotte con delibera assembleare adottata con le maggioranze normalmente richieste per le modificazioni dello statuto solamente qualora, alternativamente: a) sia consentito (e non imposto) ai soci di trasformare le loro azioni in azioni riscattabili; b) si tratti di aumento di capitale a pagamento con emissione di nuove azioni riscattabili; c) la riscattabilità sia prevista quale condizione in cui qualsiasi azione può incorrere al verificarsi di particolari situazioni e - al momento dell'inserimento - nessuno degli azionisti si trovi in tali situazioni (ad esempio, qualora sia previsto che il riscatto possa operare in caso di superamento di una determinata soglia di possesso azionaria e nessuno degli azionisti sia titolare, al momento dell'inserimento, di tale quota). Negli altri casi, la clausola di riscattabilità dovrà essere introdotta nello statuto quantomeno con il consenso dei soci che si trovino in condizione di subire il riscatto (cfr., sul punto, Consiglio Notarile di Milano, *Massima* n. 99, *Azioni riscattabili e introduzione della clausola di riscatto* (art. 2437 *sexies* c.c.), 18 maggio 2007, in A. Busani, *Massimario*, cit., 657, nota 3; e Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima* n. H.I.29, *Legittimità della clausola di riscattabilità delle azioni del socio inattivo o irreperibile*, 1° pubbl. 9/19 - motivato 9/19, in A. Busani, *Massimario*, cit., 657, nota 2).

(20) Circa la natura del consenso espresso dal socio, si rinvia alla precedente nota 11.

di una S.p.a. risulti essere titolare di azioni “di categoria” le quali attribuiscono un voto “determinante” per l’approvazione di una certa decisione (21) (identificamente, potrebbe darsi il caso che un socio incapace di una S.r.l. risulti titolare di un diritto particolare consistente nell’espressione di un voto “determinante” per l’approvazione di certa deliberazione (22)).

Devono essere prese in considerazione, inoltre, quelle ipotesi in cui il socio incapace risulta essere titolare di una quota di partecipazione che gli attribuisce un forte “peso” nell’ambito dell’assemblea dei soci: in tali fattispecie, infatti, la consistenza della quota di partecipazione di titolarità dell’incapace pare essere un elemento che non può non essere tenuto in considerazione per valutare la necessità (o meno) di un’autorizzazione giudiziale all’esercizio del diritto di voto da parte del medesimo, quanto meno nelle ipotesi in cui l’approvazione di una determinata deliberazione risulti sostanzialmente rimessa alla sua volontà (23).

### **L’indagine specifica di alcune deliberazioni assembleari**

Dopo aver, dunque, individuato i predetti criteri “generali”, può esser dato corso, a questo punto, a un’indagine specifica con riguardo ad alcune tra le più rilevanti deliberazioni assembleari, al fine di individuare, in primo luogo, quali siano gli effetti che discendono da ciascuna di esse e, in secondo luogo, al fine di valutarne l’impatto sul patrimonio del socio incapace (e, quindi, la necessità di ottenere una previa autorizzazione giudiziale all’espressione del suo voto).

#### **a) L’aumento del capitale sociale a pagamento**

Per aumentare il capitale sociale a pagamento non è necessario il consenso unanime dei soci, ma è sufficiente una deliberazione adottata dall’assemblea con

le ordinarie maggioranze richieste per la modifica dello statuto sociale: ciascun socio, infatti, è tutelato dal riconoscimento del diritto di opzione (e cioè del diritto di sottoscrivere l’aumento di capitale in proporzione all’entità della sua quota di partecipazione) o, nei casi in cui detto diritto è limitato o non spettante, mediante specifiche altre tutele (e, cioè, quelle indicate all’art. 2441, comma 6, per le S.p.a.; e all’art. 2481 *bis*, comma 1, c.c., per le S.r.l.). Vi è da osservare, inoltre, che l’incremento del capitale sociale si verifica per effetto di una combinazione di una pluralità di negozi: dapprima, la predetta deliberazione assembleare e, poi, il contratto di sottoscrizione che viene stipulato tra il socio che esercita l’opzione e la società emittente.

Osservando, dunque, questa concatenazione di eventi dal lato visuale del socio incapace, pare potersi concludere che l’autorizzazione giudiziale si renda necessaria non tanto per l’esercizio del diritto di voto in assemblea (il quale, di per sé, non avrebbe effetti direttamente rilevanti per il patrimonio del socio incapace), quanto per la successiva (ed eventuale) stipulazione del negozio di sottoscrizione dell’aumento di capitale (e per l’effettuazione del relativo conferimento).

A diverse conclusioni, tuttavia, pare doversi giungere con riferimento alla deliberazione di aumento di capitale a pagamento che sia adottata da una società a responsabilità limitata con la previsione che l’aumento di capitale “possa essere attuato mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi” (oppure liberato mediante conferimenti diversi dal denaro): in tal caso, infatti, ai sensi dell’art. 2481 *bis*, comma 1, c.c., “spetta ai soci che non hanno consentito alla decisione il diritto di recesso a norma dell’articolo 2473”, con la conseguenza che, allora, il voto dell’incapace dovrebbe essere autorizzato per le considerazioni che sono state sopra formulate, in via generale, con riguardo a tutte quelle deliberazioni

(21) E cioè quella clausola statutaria che conferisce a una determinata categoria di azioni il diritto di subordinare l’approvazione di una data deliberazione assembleare al voto favorevole di tale categoria di azioni; per un’approfondita disamina delle varie modalità di voto “determinante” si rinvia a A. Busani, *Massimario*, cit., 965 ss.

(22) Si ritiene infatti legittima l’attribuzione al socio, ai sensi dell’art. 2468, comma 3, c.c., del “particolare diritto” di porre il veto sul compimento di determinate operazioni: cfr., sul punto Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima* n. l.l.12, *Esempi di diritti particolari attribuibili ai soci*, 1° pubbl. 9/04, in A. Busani, *Massimario*, cit., 1540, nota 40, secondo cui: “Tra i diritti particolari attribuibili a singoli soci ai sensi dell’art. 2468, terzo comma, c.c., rientrano: [...] il diritto di veto su determinate decisioni riguardanti l’amministrazione della società”; e Consiglio Notarile di Firenze, Orientamento n. 56/2015, *S.r.l.* e

*riconoscimento del diritto di veto in capo ad uno o più amministratori*, in A. Busani, *Massimario*, cit., 1540, nota 40, secondo cui: “[...] Tale aspettativa può essere certamente soddisfatta attribuendo allo stesso socio un diritto particolare di veto al compimento di determinati atti, come ormai tradizionalmente ammesso [...]”.

(23) Nello stesso senso, cfr. F. Tassinari, *Esercizio della potestà, diritto di voto nelle società di capitali e attività di disturbo in assemblea*, in *Giur. it.*, 1993, I, sez. II, 798, il quale, muovendo un’aspra critica alle conclusioni raggiunte da App. Torino 15 ottobre, 1992, afferma che “non si fa cenno alla consistenza della partecipazione detenuta dall’incapace, con ciò mostrando una non condivisibile propensione per una risoluzione del quesito sulla base di una valutazione rigida ed astratta, anziché relativa e concreta”.

assembleari dalla cui approvazione deriva, in capo ai soci assenti, astenuti o dissenzienti, il riconoscimento del diritto di recesso.

#### **b) L'aumento gratuito del capitale sociale**

L'aumento gratuito del capitale sociale si ottiene per effetto di una deliberazione assembleare c.d. *self executing*, dalla cui approvazione, cioè, consegue l'immediata modifica (in aumento) del capitale sociale: si tratta, infatti, di una conseguenza che deriva da un'operazione meramente contabile di riorganizzazione di alcune delle voci del patrimonio netto (e, in particolare, dall'imputazione a capitale sociale delle c.d. riserve "disponibili").

Pertanto, non essendovi, in tal caso, un successivo negozio di sottoscrizione (come, invece, accade nel caso dell'aumento del capitale sociale a pagamento), si ritiene che il voto dell'incapace (esercitato nell'assemblea convocata per approvare una deliberazione di aumento gratuito del capitale) non necessiti di alcuna autorizzazione giudiziale: invero, nessun effetto "patrimonialmente rilevante" si verifica nella sfera dell'incapace stesso, non essendo egli tenuto a sostenere alcun esborso patrimoniale; l'unico effetto che si verifica, infatti, è l'incremento del valore nominale della sua quota di partecipazione al capitale sociale, rimanendo immutato, invece, il valore reale della quota stessa.

#### **c) La riduzione reale del capitale sociale**

La deliberazione di riduzione reale del capitale sociale provoca, oltre che una riduzione del valore nominale del capitale sociale, anche una contestuale riduzione del patrimonio della società, dato che la società, a fronte della deliberazione di riduzione reale del suo capitale sociale, deve effettuare, in favore dei suoi soci, il conseguente rimborso in denaro o la liberazione dall'obbligo dei versamenti che da essi siano ancora dovuti.

L'esercizio del diritto di voto in assemblea da parte del socio incapace non dovrebbe necessitare, in questo caso, di alcuna autorizzazione giudiziale: per effetto della riduzione "reale" del capitale, infatti, nella sfera individuale del singolo socio si produce unicamente

la conseguenza derivante da detto rimborso (o dalla liberazione dall'obbligo di effettuare il versamento ancora dovuto). Pertanto, in questa situazione, appare quindi essere occorrente (non tanto, appunto, l'autorizzazione all'espressione del voto, quanto) l'autorizzazione alla riscossione del capitale dovuto dalla società al socio incapace.

Alla medesima conclusione pare doversi giungere anche con riguardo alla cosiddetta operazione di riduzione reale del capitale sociale "con riservizzazione" (24), e cioè a quella particolare operazione di riduzione reale del capitale sociale che prevede non il rimborso del capitale ai soci (o la loro liberazione dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti), ma l'appostazione dell'importo oggetto di riduzione in una specifica riserva nel patrimonio netto: anche in questo caso, infatti, gli effetti derivanti dalla deliberazione assembleare in capo al socio incapace devono considerarsi come "patrimonialmente irrilevanti" in quanto egli vede diminuire solo il valore nominale della propria quota di partecipazione al capitale sociale, senza subire una effettiva riduzione del suo valore. Di conseguenza, anche in quest'ultimo caso non dovrebbe essere occorrente il preventivo rilascio di un'autorizzazione giudiziale all'espressione del diritto di voto da parte del socio incapace.

#### **d) La riduzione per perdite del capitale sociale**

Qualora si verificano perdite il cui ammontare superi di almeno un terzo il valore nominale del capitale sociale, gli amministratori hanno l'obbligo di convocare l'assemblea affinché siano adottati "opportuni provvedimenti", tra i quali può annoverarsi anche l'adozione di una deliberazione di riduzione del capitale sociale per un importo pari alle perdite registrate.

Con riguardo, dunque, all'espressione del voto in questa assemblea da parte del socio legalmente incapace (e al tema se sia necessario il previo rilascio di un'autorizzazione giudiziale) pare doversi distinguere tra l'ipotesi in cui non si proceda anche ad ulteriori deliberazioni, quale una contestuale ricapitalizzazione della società (e, cioè, il caso in cui "l'opportuno provvedimento" consista nella sola deliberazione di

(24) Cfr., sul punto, Trib. Ravenna 23 agosto 2013, in questa *Rivista*, 2014, 848, secondo cui: "Nella srl, in caso di riduzione del capitale mediante accantonamento in riserve disponibili, le riserve disponibili iscritte in luogo del capitale possono essere distribuite ai soci senza alcun controllo da parte dei creditori, con la conseguenza che la riduzione del capitale è fonte di pregiudizio - sia pure solo potenziale - per essi, i quali sono pertanto legittimati a opporsi alla delibera di riduzione a norma dell'art. 2482 c.c."; Trib. Milano 26 febbraio 2015, in questa *Rivista*, 2015, 1105, con nota di

Bonavera, *Questioni processuali e sostanziali in tema di opposizione del creditore alla riduzione del capitale sociale*, secondo cui: "La riduzione del capitale sociale che preveda, anziché il rimborso ai soci delle quote pagate, la costituzione di riserva per importo corrispondente a quello del capitale ridotto, e come tale disponibile e distribuibile ai soci sulla base di successive delibere assembleari, comporta anch'essa un pericolo di pregiudizio per i creditori".

riduzione del capitale sociale per un ammontare pari alle perdite registrate); e l'ipotesi in cui, invece, l'assemblea sia stata convocata per deliberare non soltanto la riduzione del capitale (azzerato dalle perdite o diminuito sotto il minimo legale), ma anche "il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al [minimo legale]" (25) oppure, in alternativa, la liquidazione della società.

Nel primo caso, non dovrebbe essere necessaria alcuna autorizzazione giudiziale per il voto del socio incapace, trattandosi di una deliberazione "imposta" dalla legge per adeguare il valore nominale del capitale sociale alle perdite che già hanno intaccato il patrimonio della società. Nel secondo caso, invece, occorre verificare quali siano gli effetti, rilevanti per il patrimonio dell'incapace, che derivino dalle ulteriori deliberazioni (rispetto alla riduzione del capitale sociale) che l'assemblea assuma: ad esempio, se si trattasse di una decisione di ricapitalizzazione, occorrerebbe qui ripetere quel che sopra si è argomentato in ordine alle delibere assembleari di aumento del capitale sociale.

#### e) La trasformazione

Tanto con riguardo alla disciplina delle S.p.a., quanto con riguardo alla disciplina delle S.r.l., la trasformazione costituisce una causa di recesso legale e inderogabile in favore dei soci assenti, astenuti o dissenzienti: ne deriva, pertanto, che il voto in assemblea esercitato dal rappresentante del socio incapace necessita del previo rilascio dell'autorizzazione giudiziale in ragione delle considerazioni che sono state in precedenza formulate con riguardo a tutte le deliberazioni che, in generale, costituiscono causa di recesso.

È opportuno inoltre rammentare che, nell'ipotesi in cui sia proposta in approvazione una deliberazione di trasformazione di una società di capitali in una società di persone (il che comporta, in capo al socio incapace, l'assunzione della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali), si rende necessario, come si è in precedenza accennato, che costui ottenga anche la c.d. autorizzazione alla "continuazione" dell'attività di impresa, di cui agli artt. 320, comma 5, 371, 397, 424 e 425 c.c. (espressamente richiamati, in materia di società di persone, dall'art. 2294 c.c.) (26).

(25) Art. 2447 c.c. (dettato con riguardo alla disciplina delle S.p.a.) e, nello stesso senso, si veda anche l'art. 2481 *bis* c.c. (dettato con riguardo alla disciplina delle S.r.l.).

(26) Con esclusione, quindi, dell'ipotesi in cui l'incapace acquisti la qualità di socio accomandante di una società in accomandita semplice, il quale, ai sensi dell'art. 2313 c.c., risponde delle obbligazioni contratte dalla società "limitatamente alla quota

#### f) La fusione

A differenza della trasformazione, le operazioni straordinarie di fusione e di scissione costituiscono causa di recesso legale e inderogabile solamente se effettuate dalle società a responsabilità limitata, ma non anche se effettuate dalle società per azioni.

Con riguardo alla fusione, pertanto, pare doversi concludere che:

- ove l'incapace sia socio di una società a responsabilità limitata, il voto espresso da parte di quest'ultimo nell'assemblea chiamata ad approvare un progetto di fusione, necessita del rilascio di un'apposita autorizzazione giudiziale (e ciò, ancora una volta, per i motivi che sono stati sopra esposti, in via generale, con riferimento a tutte le deliberazioni assembleari che costituiscono causa di recesso);

- ove, invece, l'incapace sia socio di una società per azioni, e sul presupposto che non si tratti una fusione "trasformativa" (poiché, altrimenti, varrebbero le considerazioni espresse nel paragrafo precedente), si ritiene che l'autorizzazione giudiziale al voto si renda necessaria solo qualora si intenda rinunciare ai termini (vale a dire quelli di cui all'art. 2501 *ter*, comma 4, e 2501 *septies*, c.c.) o alla redazione di alcuno dei documenti prescritti dalla legge come di occorrente predisposizioni nell'ambito del procedimento di fusione (e, cioè, la situazione patrimoniale delle società partecipanti all'operazione, la relazione dell'organo amministrativo e la relazione degli esperti) oppure ove ai soci sia richiesto di prestare il proprio consenso affinché possa essere apportata una modifica al progetto di fusione tale da intaccare diritti individuali dei soci (art. 2502, comma 2, c.c.): in questi ultimi casi, infatti, il socio incapace è chiamato a esprimere un vero e proprio consenso negoziale, la cui prestazione implica la necessità di una valutazione che il rappresentante legale dell'incapace deve rimettere al giudizio dell'autorità giudiziaria competente.

#### g) La scissione

Mentre con riguardo alla scissione c.d. "proporzionale" (27) possono essere richiamate le considerazioni sopra espresse con riferimento all'operazione di

*conferita*". Nello stesso senso, cfr. Trib. Torino 29 luglio 1999, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Tutela e curatela*, n. 1.

(27) Nella scissione "proporzionale" (o tipica) le azioni o quote delle società risultanti da tale operazione (scissa e beneficiarie) sono attribuite ai soci in misura proporzionale alla loro partecipazione originaria (si rinvia, sul punto, ad A. Busani, *Massimario delle operazioni societarie, Orientamenti professionali e giurisprudenza*, Milano, 2019, 3435 ss.).

fusione, con riferimento, invece, alla scissione c.d. “asimmetrica” (28) e alla scissione c.d. “non proporzionale” (29) è necessario altresì considerare che:

- con riguardo alla scissione “asimmetrica”, l’art. 2506, comma 2, c.c., richiede il consenso unanime dei soci: quest’ipotesi, pertanto, deve essere trattata alla stessa stregua di tutte quelle situazioni (di cui sopra si è trattato) nelle quali si ha a che fare non tanto con un “voto” quanto con una manifestazione di volontà negoziale, con la conseguenza che, affinché il socio incapace possa validamente esprimere il proprio voto nell’assemblea convocata a tal riguardo, è necessario ottenere il preventivo rilascio dell’autorizzazione giudiziale;

- alle stesse conclusioni (e, cioè, la necessità del previo rilascio di un’autorizzazione al voto esercitato dal socio incapace), inoltre, pare doversi approdare con riguardo alla scissione “non proporzionale”, poiché, ai sensi dell’art. 2505 bis, comma 4, c.c., il progetto di scissione deve in tal caso prevedere, in favore dei soci che non approvino il progetto di scissione, il diritto “di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso”: ne deriva, allora, che il voto del socio incapace deve essere espresso in conseguenza di una scelta debitamente autorizzata dall’autorità giudiziaria competente, poiché, ove il socio incapace decidesse di votare favorevolmente

all’approvazione del progetto di scissione, ne deriverebbe un’implicita rinuncia al diritto di vendita al medesimo riconosciuto dalla legge.

#### **L’autorità competente per il rilascio dell’autorizzazione al voto**

In ordine, infine, al tema dell’individuazione dell’autorità competente al rilascio dell’autorizzazione al voto esercitato dal socio incapace, dall’applicazione del criterio di individuazione sopra enunciato (e, cioè, si ripete, quello secondo cui l’autorizzazione al voto è necessaria tutte le volte in cui, dopo aver valutato gli effetti derivanti da una determinata deliberazione, essi risultino “patrimonialmente rilevanti” nella sfera giuridica del socio incapace), ne consegue che:

- nell’ipotesi di un socio minorenni soggetto alla responsabilità genitoriale, il relativo ricorso deve essere presentato presso l’ufficio del giudice tutelare del luogo di domicilio del minore (30): in assemblea, pertanto, devono intervenire entrambi i genitori del minore, muniti della relativa autorizzazione rilasciata dal giudice tutelare;

- nel caso di un socio minorenni sotto tutela oppure di un socio interdetto (31), il relativo ricorso deve essere presentato, a seconda dei casi, presso l’ufficio del giudice tutelare (32) o del tribunale ordinario (33), del luogo di domicilio dell’incapace: in assemblea,

(28) Nella scissione asimmetrica (che è realizzabile solo con il consenso unanime di tutti i soci: art. 2506, comma 2, c.c.), a uno o più soci della società scissa non vengono assegnate le partecipazioni della società beneficiaria ma viene loro attribuita una maggior partecipazione nella società scissa; più in generale, è possibile, con il consenso unanime dei soci, che ad alcuni di essi non siano assegnate partecipazioni di una o più società risultanti dalla scissione (siano esse la società scissa o le società beneficiarie), compensando tale mancata assegnazione con maggiori partecipazioni in altra o altre società risultanti dalla scissione. Cfr., sul punto, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.E.2, *Scissione non proporzionale e scissione asimmetrica*, 1° pubbl. 9/08, in A. Busani, *Massimario delle operazioni societarie, Orientamenti professionali e giurisprudenza*, Milano, 2019, 3560.

(29) La scissione non proporzionale (art. 2506 bis, comma 4, secondo periodo, c.c.) è attuata assegnando ai soci delle società partecipanti all’operazione, in modo non proporzionale, le quote o azioni di dette società, senza compensare con conguagli in denaro tale sproporzione, con la precisazione che tutti i soci devono partecipare, anche in minima parte, all’assegnazione delle azioni o quote di tutte le società partecipanti all’operazione. Cfr., sul punto, Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.E.2, *Scissione non proporzionale e scissione asimmetrica*, 1° pubbl. 9/08, in A. Busani, *Massimario delle operazioni societarie, Orientamenti professionali e giurisprudenza*, Milano, 2019, 3571.

(30) Tutte le volte in cui, infatti, si verifichino degli effetti patrimonialmente rilevanti nella sfera del socio incapace, la

disciplina di riferimento per individuare l’autorità competente al rilascio della relativa autorizzazione giudiziale sarà, in ogni caso, quella contenuta all’art. 320, comma 3, c.c.: ad esempio, tanto l’implicita rinuncia all’esercizio del diritto di recesso, quanto l’eventuale prestazione di un consenso negoziale, non vi è dubbio che debbano essere fatti rientrare nel novero degli “altri atti eccedenti la ordinaria amministrazione” (art. 320, comma 3, c.c.).

(31) Stante il rinvio effettuato dall’art. 424, comma 1, c.c. secondo cui: “Le disposizioni sulla tutela dei minori e quelle sulla curatela dei minori emancipati si applicano rispettivamente alla tutela degli interdetto e alla curatela degli inabilitati”.

(32) Ad esempio, si ritiene che rientrino nel novero della disciplina di cui all’art. 374 c.c., i casi in cui sia necessario ottenere un’autorizzazione giudiziale per la sottoscrizione di un aumento di capitale a pagamento da parte del socio incapace, oppure per la riscossione di denaro derivante dall’esecuzione di una delibera di riduzione reale.

(33) Ai sensi dell’art. 38, comma 2, disp. att. c.c., “Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. [...]”. Inoltre, si ricordi che secondo l’interpretazione prevalente l’elencazione degli atti contenuta all’art. 375 c.c. avrebbe carattere esemplificativo e non tassativo e, pertanto, suscettibile di estensione mediante l’impiego dell’interpretazione analogica (cfr., sul punto, A. De Cupis, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, in G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi (a cura di), Padova, 1992, 484 ss.).

pertanto, interviene solamente il tutore munito della relativa autorizzazione;

- nel caso di un socio minorenni emancipato (34) oppure inabilitato (35), il relativo ricorso deve essere presentato presso l'ufficio del giudice tutelare o del tribunale ordinario del luogo di domicilio dell'incapace, con la sola eccezione relativa al caso in cui sia stato nominato, quale curatore del minore emancipato, uno dei suoi genitori: in tale ultima ipotesi, infatti, trova applicazione l'art. 394, comma 3, c.c., il quale prevede espressamente che "[p]er gli atti indicati dall'art. 375 l'autorizzazione, se curatore non è il genitore, deve essere data dal tribunale su parere del giudice tutelare" (36). Il socio minorenni emancipato oppure inabilitato, dunque, interviene in assemblea assistito dal suo curatore e munito della relativa autorizzazione giudiziale;

- nel caso di un socio beneficiario di amministrazione di sostegno, è necessario, in primo luogo, analizzare il relativo decreto di nomina e, una volta valutata la

necessità del rilascio di un'autorizzazione giudiziale, il relativo ricorso deve essere presentato, ai sensi dell'art. 411, comma 1, c.c., all'ufficio del giudice tutelare del luogo di domicilio dell'incapace (37): anche in tal caso, dunque, il socio beneficiario di amministrazione di sostegno interviene in assemblea assistito dal suo amministratore di sostegno (salva l'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 405, comma 5, n. 3, c.c., si tratti di un atto che "l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario stesso").

Infine, ove si tratti di partecipazioni sociali aventi provenienza ereditaria, occorre ricordare che, ai sensi degli artt. 471 e 472 c.c., i minori, gli interdetti, i minori emancipati e gli inabilitati non possono accettare l'eredità se non col beneficio d'inventario e, pertanto, ove si ritenga di dover ottenere un'autorizzazione giudiziale all'esercizio del diritto di voto, essa dovrà essere richiesta al tribunale ordinario del luogo di apertura della successione (art. 747 c.p.c.) (38).

(34) Ad eccezione del solo caso in cui si tratti di un minore emancipato che sia stato autorizzato all'esercizio dell'impresa commerciale (art. 397, comma 1, c.c.): in tal caso, infatti, egli "può compiere da solo gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa" (art. 397 c.c.), e dunque non sarà mai necessario il rilascio di alcuna autorizzazione giudiziale all'esercizio del diritto di voto in assemblea.

(35) Anche in tal caso, infatti, si applica il disposto dell'art. 424 c.c., sopra richiamato.

(36) Si tratta, infatti, di un c.d. "atto complesso diseguale", poiché, mentre l'eventuale carenza del consenso dell'incapace comporterebbe la nullità dell'atto posto in essere con il solo consenso del curatore, ove sia carente, invece, il consenso di quest'ultimo, l'atto eventualmente posto in essere dal solo incapace dell'atto sarebbe non nullo ma solamente annullabile. Per la nozione di atto "complesso" (e la sua distinzione dall'atto "collegiale", si rinvia a A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano 2019, 209).

(37) Ai sensi dell'art. 411, comma 1, c.c., infatti: "Si applicano all'amministratore di sostegno, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 349 a 353 e da 374 a 388. I provvedimenti di cui agli articoli 375 e 376 sono emessi dal giudice tutelare".

(38) Si ritiene che la competenza del giudice delle successioni (e, cioè, il tribunale ordinario del luogo di apertura della successione, prevalga, in ogni caso, su quella del giudice degli incapaci (e cioè, come si è detto, il giudice tutelare o il tribunale ordinario del luogo di domicilio dell'incapace stesso). Ne consegue,

pertanto, la necessità del rilascio di un'unica autorizzazione al voto (cfr., per tutti, A. Auciello, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2015, 27; e, in giurisprudenza, Cass., SS.UU., 18 marzo 1991, n. 1593, in *Riv. not.*, 1981, II, 143; in *Vita not.*, 1981, 556; in *Arch. civ.*, 1981, 645; in *Giust. civ.*, 1981, I, 2277; in *Foro it.*, 1982, 2, 496, secondo cui: "Anche dopo la riforma del diritto di famiglia, la competenza ad autorizzare la vendita di beni immobili ereditari del minore soggetto alla potestà dei genitori appartiene al giudice tutelare del luogo di residenza del minore, a norma del terzo comma dell'art. 320 cod. civ., unicamente per i beni che, provenendo da una successione ereditaria, si possano considerare acquisiti definitivamente al patrimonio del minore; l'autorizzazione spetta invece - sentito il giudice tutelare - al tribunale del luogo dell'apertura della successione, in virtù del primo comma dell'art. 747 cod. proc. civ., tutte le volte in cui il procedimento dell'acquisto iure hereditario non si sia ancora esaurito, come quando sia pendente la procedura di accettazione con il beneficio dell'inventario, e ciò sia perché in tal caso l'indagine del giudice non è limitata alla tutela del minore, alla quale soltanto è circoscritta dall'art. 320 citato, ma si estende a quella degli altri soggetti interessati alla liquidazione dell'eredità, sia perché altrimenti si determinerebbe una disparità di trattamento tra minori *in potestate* e minori sotto tutela, sotto il profilo della diversa competenza a provvedere in detta ipotesi per i primi (giudice tutelare, ai sensi dell'art. 320 cod. civ.) e per i secondi (tribunale quale giudice delle successioni, in base all'art. 747 cod. proc. civ.)".