

Civile Ord. Sez. 1 Num. 20888 Anno 2019

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: NAZZICONE LOREDANA

Data pubblicazione: 05/08/2019

sul ricorso 18066/2015 proposto da:

Potito Laura, elettivamente domiciliata in Roma, Via Lima n. 20, presso lo studio dell'avvocato Iacovino Vincenzo, che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

nonché contro

Potito Gennaro, Fratelli Potito & Figli S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliati in Roma, Via Buozzi n. 32, presso lo studio dell'avvocato Lioi Michele,

Ord  
781  
2019



rappresentati e difesi dall'avvocato Ruta Giuseppe, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrenti e ricorrenti incidentali -  
contro

Potito Laura, elettivamente domiciliata in Roma, Via Lima n. 20, presso lo studio dell'avvocato Iacovino Vincenzo, che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del controricorso al ricorso incidentale;

-controricorrente al ricorso incidentale-  
contro

Potito Alfredo, Potito Filomena, Potito Luigi, Potito S.p.a.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 83/2015 della CORTE D'APPELLO di CAMPOBASSO, depositata il 07/04/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 19/03/2019 dal cons. NAZZICONE LOREDANA.

### **FATTI DI CAUSA**

Con atto di citazione del 10 giugno 2005, Laura Potito chiese la nullità o l'annullamento, ai sensi dell'art. 1394 c.c., di tre atti, conclusi il 14 febbraio 2005, aventi ad oggetto il trasferimento di quote sociali, di cui essa era titolare, effettuati in forza di procura generale dal padre Gennaro ai fratelli Alfredo e Luigi, rispettivamente con riguardo alla quota rappresentativa del 15% della Fratelli Potito & Figli s.r.l., del 25% della Potito Carburanti s.r.l. e del 25% della Potito s.r.l.; con la conseguente dichiarazione della titolarità delle quote in capo all'attrice e la condanna dei convenuti al risarcimento del danno.

Con successivo atto di citazione del 6 giugno 2006, essa chiese altresì la nullità o l'annullamento delle deliberazioni assunte in data 8

marzo 2006 dalla Fratelli Potito & Figli s.r.l. e dalla Potito s.r.l., con le quali esse erano state trasformate in s.p.a., in una con l'aumento del capitale sociale e la nomina degli organi sociali.

Il Tribunale di Campobasso, con una prima sentenza del 27 gennaio 2010, ha:

- dichiarato validamente pervenute a Laura Potito, per donazione dal padre Gennaro, le quote della Fratelli Potito & Figli s.r.l. e della Potito Carburanti s.n.c., annullando i contratti conclusi dal padre il 14 febbraio 2005 ed aventi ad oggetto la cessione delle partecipazioni in queste due società;

- respinto, invece, l'azione di caducazione del terzo contratto, avente ad oggetto la quota rappresentativa del 25% del capitale della Potito s.r.l.;

- respinto l'impugnativa della delibera di trasformazione della Potito s.r.l. e dichiarato Laura legittimata ad impugnare la deliberazione societaria della Fratelli Potito & Figli s.r.l.

Con la sentenza depositata il 14 giugno 2012, il Tribunale ha, poi, accolto la domanda di annullamento della deliberazione assunta dall'assemblea straordinaria in data 8 marzo 2006, avente ad oggetto l'aumento del capitale della Fratelli Potito & Figli s.r.l., relativo alla trasformazione, rideterminandolo nella misura iniziale di € 99.000 e la quota di Laura Potito nella misura del 15% del medesimo.

La Corte d'appello di Campobasso con sentenza del 7 aprile 2015, a parziale riforma delle decisioni di primo grado di cui ai due giudizi riuniti, confermate per il resto, per quanto ancora qui rileva, ha dichiarato la nullità della donazione in data 30 novembre 1988, da Gennaro a Laura Potito, dissimulata sotto l'apparente compravendita della partecipazione rappresentativa del 25% del capitale sociale della Potito Carburanti s.r.l.; ha respinto la domanda di annullamento

dell'aumento da € 99.000 a € 540.000 del capitale sociale della F.lli Potito & Figli s.r.l., deliberato in occasione della trasformazione in società per azioni, assunta dall'assemblea dell'8 marzo 2006.

Avverso questa sentenza propone ricorso principale Laura Potito, affidato a quattro motivi.

Resistono con controricorso Gennaro Potito e la Fratelli Potito & Figli s.p.a., proponendo ricorso incidentale per quattro motivi, cui resiste la controparte.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

#### *1. – I motivi del ricorso principale.*

I motivi del ricorso principale possono essere come segue riassunti:

1) violazione degli artt. 782 e 809 c.c., per avere la corte d'appello ritenuto che la compravendita della partecipazione rappresentativa del 25% del capitale sociale della Potito Carburanti s.r.l., posta in essere in data 30 novembre 1988 tra Gennaro Potito e la figlia Laura Potito, dissimula una donazione diretta della quota, invalida in assenza della forma prevista dalla norma indicata;

2) violazione degli artt. 1417 e 2725 c.c., per aver fondato la dimostrazione della simulazione relativa della cessione di quota della Potito s.p.a. e della Potito Carburanti s.n.c. sulla prova testimoniale, in assenza della controdiagnosi scritta, invece necessaria, essendo state le quote trasferite con atti scritti;

3) violazione dell'art. 112 c.p.c., per avere rilevato d'ufficio la simulazione relativa degli atti di compravendita delle quote sociali, avendo, invece, le controparti chiesto solo la simulazione assoluta, domanda avente *petitum* e *causa petendi* diverse;

4) violazione degli artt. 2327, 2447 e 2500 c.c., oltre ad omessa pronuncia, avendo la corte d'appello errato nel ritenere la delibera di



aumento del capitale sociale della Fratelli Potito & C. s.r.l. da € 99.000 ad € 540.000 un presupposto della delibera di trasformazione, mentre ne era una conseguenza; inoltre, essa ha omesso di pronunciarsi sulle domande repute assorbite dal tribunale, ovvero di invalidità parziale della deliberazione e di determinazione del capitale in € 120.000, di risarcimento del danno derivatone, di accertamento del diritto di opzione della ricorrente e di denuncia di incostituzionalità dell'art. 2500-*bis* c.c. per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., in questa sede reiterata, posto che soltanto nella fusione e nella scissione l'atto può essere stipulato, col suo effetto sanante, solo dopo sessanta giorni dall'ultima iscrizione delle deliberazioni nel registro delle imprese.

2. - *I motivi del ricorso incidentale.*

I motivi del ricorso incidentale denunciano:

1') violazione e falsa applicazione degli artt. 2721, 2722 e 2725 c.c., oltre ad omesso esame di fatto decisivo, in quanto le tre cessioni delle partecipazioni sociali da Gennaro a Laura Potito costituirono meri negozi fiduciari, come risulta dai documenti in atti e dalle stesse ammissioni della controparte;

2') in subordine, violazione e falsa applicazione degli artt. 782, 1414, comma 2, 2346, comma 4, 2464, comma 1, e 2699 c.c., 47 l. n. 89 del 1913, perché anche la donazione operata da Gennaro a Laura Potito in occasione della costituzione della Fratelli Potito & C. s.r.l. era diretta, e dunque invalida, come dimostra la mancanza di proporzionalità tra il conferimento operato dal padre (L. 9.500.000.000) e la quota al medesimo attribuita (40% del capitale), laddove i figli avevano versato una somma assai inferiore, peraltro fornita loro dal genitore (L. 108.000.000) ed erano divenuti titolari del capitale residuo (60%): posto che solo con la riforma societaria



del 2003 sono stati ammessi i conferimenti non proporzionali nella s.r.l. e che non rileva la destinazione a riserva del maggior importo versato da Gennaro Potito nelle casse sociali; dunque, la quota attribuita a Laura Potito derivava da una donazione diretta, nulla per mancanza di forma;

3') violazione e falsa applicazione degli artt. 2193 e 2471 c.c., in quanto Laura Potito non era legittimata all'impugnazione della deliberazione assembleare della Fratelli Potito & Figli s.r.l., essendo stato iscritto il sequestro di quota e la nomina a custode nel registro delle imprese solo dopo l'assunzione della deliberazione assembleare di trasformazione dell'8 marzo 2006;

4') violazione e falsa applicazione degli artt. 2352 e 2471-*bis* c.c., oltre ad omesso esame di fatto decisivo, per non avere ritenuto Laura Potito carente di legittimazione attiva, essendo i suoi poteri di custode limitati al voto ed all'informazione, con esclusione quindi di un atto eccedente l'ordinaria amministrazione, come la citazione giudiziale per l'accertamento della propria titolarità sulla quota, né essendone stata autorizzata dal giudice, eccezione non esaminata dalla corte d'appello.

### 3. - *La sentenza impugnata.*

Nella sua motivazione, la sentenza impugnata, per quanto ancora rileva, ha ritenuto che:

- la procura generale ed *in rem propriam*, allegata come conferita da Laura Potito al padre, non comprova, come neanche le altre prove offerte, l'intestazione meramente fiduciaria delle partecipazioni sociali;

- Gennaro Potito ha formulato domanda di simulazione relativa e non assoluta, nonostante la denominazione usata, non avendo chiesto negarsi - quanto alla Fratelli Potito & Figli s.r.l. - la

costituzione della nuova società, ma unicamente di accertare che Laura Potito non conferì alcunché; ma tale simulazione non comporta l'invalidità della donazione, come concluso correttamente dal Tribunale, in quanto la partecipazione nella neocostituita società fu intestata a Laura, pur avendo il primo trasferito alla società la propria azienda individuale destinando a riserva la parte eccedente il conferimento, e tale operazione integra una mera donazione indiretta della quota, che non esigeva requisiti formali; resta fermo il sequestro giudiziario sulla detta quota disposto in favore di Laura Potito;

- è invalida la deliberazione di trasformazione, assunta dalla società predetta in data 8 marzo 2006, per non esservi stata convocata Laura Potito, nella qualità di custode della quota sottoposta a sequestro giudiziario, in quanto il decreto di sequestro concesso *inaudita altera parte* era stato notificato alla società il 6 maggio 2005, restando irrilevante che l'ordinanza di conferma fu notificata solo dopo l'assemblea; al riguardo, Laura Potito è legittimata attiva, come esattamente ritenuto dal Tribunale, in quanto il custode aveva, ai sensi dell'art. 2471-*bis* c.c., i diritti amministrativi connessi al diritto di voto, tra cui il diritto di impugnare la deliberazione assembleare; ai sensi dell'art. 2500-*bis* c.c., l'invalidità della deliberazione non può essere pronunciata dopo l'iscrizione di essa nel registro delle imprese, avvenuta il 15 marzo 2006, e tale preclusione attiene anche alla connessa deliberazione di aumento del capitale sociale, atteso lo stretto legame funzionale con la prima;

- la cessione della quota della Potito Carburanti s.n.c. da Gennaro a Laura dissimula una donazione della partecipazione sociale, nulla per difetto di forma, trattandosi di simulazione relativa, come è dimostrato dalla insussistenza di un pagamento e dagli altri elementi



probatori emersi, quali l'intento del disponente di suddividere il patrimonio tra i propri figli, fra i quali Laura, priva di risorse proprie per la giovane età; ha, dunque, dichiarato l'inefficacia del sequestro giudiziario sulla quota disposto dal Tribunale nel maggio 2005.

4. - *La qualificazione dei negozi inter partes e delle domande proposte.*

Iniziando, per ragioni di priorità logico-giuridica, dai motivi terzo del ricorso principale e primo del ricorso incidentale, essi - da trattare congiuntamente per l'evidente connessione, mirando entrambi a confutare la qualificazione negoziale di cui alla sentenza impugnata - sono inammissibili o infondati.

Quanto al primo motivo del ricorso incidentale, con il quale si pretende di insistere sulla natura di meri negozi fiduciari delle tre cessioni di partecipazioni sociali da Gennaro a Laura Potito, esso è inammissibile, perché, pur sotto l'egida del vizio di violazione di legge o di omesso esame di fatto decisivo, in realtà mira a confutare l'accertamento in fatto compiuto dalla corte del merito: la quale ha ritenuto, con valutazione discrezionale ed insindacabile in questa sede, che la procura generale ed *in rem propriam*, allegata come conferita da Laura al padre, non comprovasse, come neanche le altre prove offerte, l'intestazione meramente fiduciaria delle partecipazioni sociali.

Con riguardo al terzo motivo del ricorso principale, nessuna ultrapetizione con violazione dell'art. 112 c.p.c. sussiste, laddove la corte d'appello ha qualificato come di simulazione relativa la domanda (subordinata) avente ad oggetto le intestazioni delle quote sociali delle tre società in capo a Laura Potito.

Invero, al riguardo la corte del merito ha correttamente rilevato come Gennaro Potito abbia formulato domanda di simulazione



relativa e non assoluta, nonostante la denominazione usata, non avendo chiesto negarsi, in particolare quanto alla Fratelli Potito & Figli s.r.l., la costituzione della nuova società, ma unicamente di accertare che Laura Potito non conferì alcunché, e che, dunque, semmai si trattava di accertare l'esistenza di una donazione.

Al riguardo, il motivo difetta anzitutto di specificità, che è un requisito del ricorso per cassazione desumibile dall'art. 366 c.p.c., nn. 4 e 6, a pena di inammissibilità, non riportando l'esatto contenuto delle domande proposte.

Infine, a ciò si aggiunga che non si dà la simulazione assoluta di una società di capitali iscritta nel registro delle imprese, in ragione della natura stessa del contratto sociale, che non è solo regolatore degli interessi dei soci, ma si atteggia come norma programmatica dell'agire sociale, destinata ad interferire con gli interessi dei terzi, donde l'irrilevanza, dopo l'iscrizione della società nel registro delle imprese e la nascita del nuovo soggetto giuridico, della reale volontà dei contraenti manifestata nella fase negoziale; tale fondamento, espressione del valore organizzativo dell'ente, è sotteso all'art. 2332 c.c., imponendosi dunque una lettura restrittiva dei casi di nullità della società da esso previsti, in nessuno dei quali è, quindi, riconducibile la simulazione (Cass. 4 novembre 2015, n. 22560; Cass. 29 dicembre 2011, n. 30020; ed altre).

5. - *La donazione delle partecipazioni sociali nella Potito s.p.a. e nella Potito Carburanti s.r.l.*

I motivi primo e secondo del ricorso principale intendono censurare la sentenza impugnata, laddove essa ha dichiarato la nullità della donazione diretta della quota della Potito Carburanti s.r.l. da Gennaro a Laura Potito in data 30 novembre 1988, nonché (confermando la sentenza di primo grado) delle azioni della Potito

s.p.a. in data 10 ottobre 1988, in quanto dissimulate sotto gli apparenti negozi di compravendita, e carenti della forma prevista dall'art. 782 c.c. e della presenza di due testimoni.

La corte del merito ha ritenuto, in particolare, che la cessione della quota della Potito Carburanti s.r.l. da Gennaro a Laura Potito dissimuli una donazione diretta della stessa, nulla per difetto di forma, trattandosi di simulazione relativa della causa, come è dimostrato dalla insussistenza del pagamento del prezzo e dagli altri elementi probatori emersi, quali l'intento del disponente di suddividere il patrimonio tra i propri figli, fra cui Laura, priva di risorse proprie per la giovane età.

In sostanza, la Corte ha ritenuto che, pur sotto l'apparenza di una compravendita, le cessioni della quota e delle azioni siano avvenute a titolo gratuito, qualificandole perciò come donazione diretta delle partecipazioni sociali stesse.

Ciò posto, quanto al primo motivo, è anzitutto non pertinente il richiamo, operato dalla ricorrente, a quei precedenti (Cass. 23 maggio 2014, n. 11491; Cass. 5 giugno 2013, n. 14197) che attengono, invece, al contratto traslativo posto in essere tra altri soggetti con versamento del prezzo ad opera di un terzo, vicenda differente da quella all'esame.

Con riguardo al secondo motivo, esso difetta di specificità.

Questa Corte ha chiarito che i limiti all'ammissibilità della prova per testi sono sottratti al rilievo d'ufficio da parte del giudice, non potendo quindi l'inammissibilità della prova per testimoni della simulazione essere rilevata dal giudice, in assenza di un'espressa eccezione di parte, la quale soggiace al limite della prima istanza o difesa successiva all'assunzione della prova, atteso che la violazione dell'art. 1417 c.c., al pari di quella delle disposizioni di cui agli art.

2721 e 2722 c.c., dà luogo ad una nullità relativa, soggetta al regime di cui all'art. 157, comma 2, c.p.c. (Cass. 8 giugno 2017, n. 14274; Cass. 17 luglio 2014, n. 16377; Cass. 21 maggio 2007, n. 11771).

Era dunque onere della ricorrente, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., indicare il luogo ed il tempo della tempestiva deduzione, ai sensi dell'art. 157 c.p.c., della nullità della prova assunta in violazione delle norme invocate.

6. – *La donazione in sede di costituzione della Fratelli Potito & C. s.r.l.*

I ricorrenti incidentali, con il secondo motivo del proprio ricorso, insistono nella qualificazione come donazione diretta anche con riguardo all'intestazione della quota di partecipazione nella Fratelli Potito & C. s.r.l., attuata in sede di costituzione della società.

La Corte d'appello, confermando sul punto la decisione del Tribunale, ha ritenuto che tale operazione non abbia comportato l'invalidità della donazione per difetto di forma, pur essendo stata la partecipazione nella neocostituita società intestata a Laura ed avendo Gennaro Potito trasferito alla società la propria azienda individuale, destinandosi a riserva la parte eccedente il conferimento: ciò, in quanto l'operazione integra una mera donazione indiretta della quota, che non esige requisiti formali.

Ha, pertanto, tenuto fermo il sequestro giudiziario sulla detta quota, disposto in favore di Laura Potito dal Tribunale.

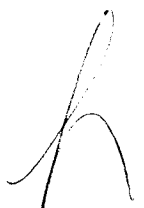
In tal modo, la corte territoriale ha fatto corretta applicazione del principio, secondo cui nella donazione indiretta la liberalità si opera, anziché attraverso il negozio tipico di donazione, mediante il compimento di un atto che, conservando la forma e la causa ad esso propria, realizza in via mediata l'effetto dell'arricchimento del destinatario, sicché l'intenzione di donare emerge, non già in via

diretta dall'atto utilizzato, ma in via indiretta dall'esame delle circostanze del caso concreto (Cass. 28 febbraio 2018, n. 4682; Cass. 2 settembre 2014, n. 18541; Cass. 23 maggio 2014, n. 11491; Cass. 20 maggio 2014, n. 11035; Cass. 24 febbraio 2004, n. 3642; Cass. 29 maggio 1998, n. 5310; Cass. 5 agosto 1992, n. 9282), che è compito esclusivo del giudice del merito accertare.

Infatti, come già affermato (Cass. 30 maggio 2017, n. 13619) nell'ipotesi di acquisto di un bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il primo intenda in tal modo beneficiare, la compravendita costituisce strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario e, quindi, integra donazione indiretta del bene stesso e non del denaro.

Le donazioni di denaro finalizzate all'acquisto di partecipazioni societarie, pertanto, costituiscono donazione indiretta di quel bene, poiché, in presenza di collegamento tra la messa a disposizione del denaro e il fine specifico dell'acquisto del bene, la compravendita costituisce lo strumento del trasferimento del bene, oggetto dell'arricchimento del patrimonio del destinatario (Cass. 23 maggio 2014, n. 11491).

Ciò, perché va tenuta distinta la donazione diretta del denaro o di altro bene, successivamente impiegato dal beneficiario, con propria autonoma determinazione, in un'acquisizione – ipotesi in cui oggetto della donazione rimane comunque il denaro – dalla dazione del denaro quale mezzo per l'unico e specifico fine dell'acquisto di quel bene, situazione che integra, invece, una donazione indiretta del bene stesso: necessaria e sufficiente al riguardo essendo la prova del collegamento tra elargizione ed acquisto, restando poi indifferente se la prestazione dovuta venga effettuata direttamente dal disponente



ovvero dallo stesso beneficiario, dopo aver ricevuto quanto necessario dal disponente, o, ancora, da parte di un terzo, mandatario a ciò meramente incaricato.

A ciò si aggiunga – trattandosi, nella specie, della costituzione di una società, con la conseguente attribuzione delle quote di capitale e dei conferimenti dei soci – quanto sopra esposto circa la non configurabilità di una simulazione della società nella fase della sua costituzione.

Infine, non rileva l'assunto dei controricorrenti, volto a confutare la qualificazione resa, secondo cui solo con la riforma societaria del 2003 sono stati ammessi i conferimenti non proporzionali nella s.r.l. ex art. 2464 c.c.

Per la parte eccedente il conferimento, invero, si trattò, secondo la ricostruzione in fatto operata dal giudice del merito, di un versamento a fondo perduto appostato a riserva nel patrimonio sociale: richiedendo il legislatore solo il valore dei conferimenti non sia inferiore all'ammontare globale del capitale sociale, come emergeva dal precedente testo dell'art. 2346 c.c., applicabile all'epoca anche alle s.r.l.

*7. – La deliberazione di trasformazione societaria.*

7.1. – I motivi quarto del ricorso principale, nonché terzo e quarto del ricorso incidentale vertono sulla delibera di trasformazione assunta dall'assemblea della Fratelli Potito & C. s.r.l. in data 8 marzo 2006, con la quale la società fu trasformata in società per azioni ed il capitale contestualmente aumentato da € 99.000 ad € 540.000.

La corte d'appello, in parziale riforma della decisione sul punto assunta dal tribunale, ha deciso che: a) Laura Potito è legittimata attiva all'azione, come esattamente ritenuto dal Tribunale, in quanto il custode aveva, ai sensi dell'art. 2471-bis c.c., i diritti amministrativi

connessi al diritto di voto, fra cui quello di impugnare la deliberazione assembleare; b) la deliberazione di trasformazione assunta dalla società predetta in data 8 marzo 2006 è annullabile, per non esservi stata convocata Laura Potito, nella qualità di custode della quota sottoposta a sequestro giudiziario, in quanto il decreto di sequestro concesso *inaudita altera parte* era stato anteriormente notificato alla società il 6 maggio 2005, restando irrilevante che l'ordinanza di conferma sia stata notificata solo dopo l'assemblea; c) ai sensi dell'art. 2500-*bis* c.c., l'invalidità della deliberazione non può tuttavia essere pronunciata, essendone ormai avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese il 15 marzo 2006, e tale preclusione attiene anche alla connessa deliberazione di aumento del capitale sociale, atteso lo stretto legame funzionale con la prima.

Con assunti contrapposti, ricorrente e controricorrenti censurano la decisione, da un lato negando la stretta funzionalità del deliberato aumento sino ad € 540.000 con la trasformazione societaria, dall'altro lato escludendo la legittimazione ad impugnare della custode Laura Potito, in mancanza della notifica alla società dell'ordinanza di sequestro, e per essere i poteri della custode limitati all'esercizio del voto e del diritto di informazione sugli affari sociali.

7.2. – I motivi del ricorso incidentale sono manifestamente infondati: il provvedimento giudiziale di sequestro della quota ha effetto sin dalla sua assunzione e gli organi societari, non appena ne abbiano in qualsiasi modo contezza, sono tenuti ad osservarlo, senza attendere neppure l'iscrizione del sequestro nel registro delle imprese (art. 1175, 1375 c.c.).

Nella specie, oltretutto, la corte del merito ha accertato che il decreto *inaudita altera parte* era stato già notificato alla società, pur



se l'ordinanza lo fu solo in seguito; onde il motivo è manifestamente infondato già per tale ragione.

Né ha pregio l'assunto circa la carenza dei poteri di impugnazione in capo al custode: l'art. 2352 c.c., cui rinvia per le s.r.l. l'art. 2471-*bis* c.c., ha chiarito che al custode, che sia stato nominato in caso di sequestro delle partecipazioni, spetta *ex lege*, senza apposito conferimento giudiziale, anche l'esercizio degli altri diritti amministrativi, come la legittimazione ex artt. 2377 e 2409 c.c.

Invero, come il diritto di intervento e di voto nelle assemblee spetta al custode designato, quale effetto della funzione tipica della misura cautelare, così anche la legittimazione ad impugnare le deliberazioni assembleari al fine di ottenerne l'annullamento ai sensi dell'art. 2377 c.c. al medesimo custode compete, stante la strumentalità del diritto di impugnazione rispetto a quello di voto; accanto alla legittimazione a reagire direttamente contro le deliberazioni societarie nulle, come tali impugnabili da qualunque interessato ove lesive di un proprio interesse.

7.3. - Con riguardo al quarto motivo del ricorso principale, la ricorrente censura, altresì, l'omessa pronuncia sulle domande repute assorbite dal tribunale - che aveva annullato anche la deliberazione di aumento del capitale sociale - volte alla invalidità solo parziale della deliberazione di aumento del capitale con determinazione del capitale medesimo in € 120.000, al risarcimento del danno, all'accertamento del diritto di opzione proporzionale in capo a Laura.

Denuncia, inoltre, di incostituzionalità l'art. 2500-*bis* c.c. per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., posto che solo nella fusione e nella scissione, ma non nella trasformazione, l'atto può essere stipulato, col suo effetto sanante, solo dopo sessanta giorni dall'ultima

iscrizione delle deliberazioni nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2503 c.c.

7.4. - Giova subito sgombrare il campo da tale ultima questione, che si palesa manifestamente infondata.

Sono numerose le ipotesi di negazione dell'azione caducatoria ad opera del socio, disposte dal legislatore, potendosi fra di esse ricordare almeno la mancanza della titolarità di azioni sufficiente ad impugnare (art. 2377, comma 3, c.c. e 2378, comma 2, c.c.), le nullità sanate (art. 2379-*bis*), le ipotesi di impugnazione contro le deliberazioni di aumento del capitale, di riduzione reale del capitale e di emissione di obbligazioni, dopo che sia trascorso il tempo dato dalla iscrizione della delibera nel registro delle imprese (art. 2379-*ter*, comma 1, c.c.), l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo (art. 2434-*bis* c.c.); ed, appunto, le deliberazioni di trasformazione, fusione e scissione, allorché l'atto sia stato stipulato ed iscritto nel registro delle imprese, ai sensi rispettivamente degli artt. 2500-*bis*, 2504-*quater*, 2506-*ter* c.c.

Orbene, ancorché l'art. 2500-*bis* c.c. non preveda un termine dilatorio di sessanta giorni, entro cui i creditori possano proporre opposizione alla trasformazione, ciò non contrasta con nessuna disposizione della Carta costituzionale.

Si noti che l'art. 2500-*nonies* c.c. detta, solo per il caso di trasformazione eterogenea, analoga prescrizione, secondo cui essa ha effetto dopo sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 2500 c.c., salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, termine entro il quale i creditori possono, quindi, proporre opposizione.

Si tratta, dunque, di una situazione in cui sussiste la perdita della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali in capo ai



partecipanti all'ente prima della trasformazione, in quanto si opera la c.d. trasformazione progressiva.

Niente di simile nell'ambito della trasformazione – come nella specie – da s.r.l. a s.p.a., entrambe società di capitali, che offrono garanzie simili ai terzi ed ai creditori; i quali, in ipotesi di trasformazione dalla prima alla seconda, vengono anzi a fruire di un più diffuso sistema di controlli societari e di più rigide prescrizioni.

D'altro canto, l'art. 2500-*bis* c.c. si collega alla tutela del pubblico affidamento ed alla irraggiungibilità degli effetti organizzativi prodotti, in funzione del buon andamento dell'impresa collettiva.

È, del resto, opinione diffusa che non solo i soci di maggioranza beneficino di una maggiore stabilità dell'agire sociale, che giova al mercato nel suo complesso, dovendosi riconoscere la sussistenza dei requisiti di ragionevolezza e proporzionalità della disciplina.

7.5. – Quanto al quarto motivo del ricorso principale, la censura di violazione degli artt. 2327, 2447 e 2500 c.c. per avere la corte d'appello errato nel ritenere la delibera di aumento del capitale sociale della Fratelli Potito & C. s.r.l. da € 99.000 ad € 540.000 un presupposto della delibera di trasformazione, mentre ne era una conseguenza, è inammissibile, trattandosi di una valutazione di fatto, spettante al giudice di merito.

7.6. – Il quarto motivo del ricorso principale è <sup>for</sup> infondato, laddove la ricorrente censura l'omessa pronuncia sulla domanda di invalidità solo parziale della deliberazione di aumento del capitale con determinazione del capitale medesimo in € 120.000.

Invero, la corte del merito ha radicalmente affermato la salvezza *ex lege* della intera deliberazione, in tutti i suoi contenuti, a fini di stabilità e certezza dei rapporti giuridici, come voluto dal legislatore.

In tale statuizione è ricompresa, come il più comprende il meno, la delibazione della stessa domanda di salvezza parziale dell'aumento di capitale deliberato.

7.7. – Esso è altresì infondato, laddove lamenta l'omessa pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno derivante dalla operazione di trasformazione, avendo la sentenza impugnata, al contrario, esposto la *ratio decidendi* al riguardo, concernente la contumacia in appello della Potito, con la mancata impugnazione innanzi a sé circa il rigetto della domanda risarcitoria proposta in primo grado, ai sensi dell'art. 2500-*bis*, comma 2, c.c.

Tale specifica affermazione non è stata in nessun modo attaccata dal motivo; dovendosi pure ricordare il principio di recente enunciato dalle Sezioni unite (Cass., sez. un., 25 maggio 2018, n. 13195), secondo cui la parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, pur non avendo l'onere di proporre appello incidentale per richiamare in discussione le proprie domande o eccezioni non accolte nella pronuncia, da intendersi come quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite, è tuttavia tenuta a riproporle espressamente nel giudizio di appello, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo.

In sostanza, una soccombenza soltanto teorica in primo grado – che ha luogo quando la parte, pur vittoriosa, abbia però visto respingere taluna delle sue tesi od eccezioni, ovvero accogliere le sue conclusioni per ragioni diverse da quelle prospettate – non fa sorgere l'interesse della stessa ad appellare, ma le impone unicamente l'onere di manifestare in maniera esplicita e precisa la propria volontà di riproporre le domande ed eccezioni respinte o dichiarate assorbite nel giudizio di primo grado, onde superare la presunzione di rinuncia e,

quindi, la decadenza di cui all'art. 346 c.p.c. (Cass. 28 agosto 2017, n. 20451).

7.8. – Infine, il motivo è infondato pur dove lamenta l'omessa pronuncia sulla domanda di accertamento del diritto di opzione proporzionale in capo a Laura Potito.

Ed invero, la mancata costituzione in appello per resistere alla avversa domanda nel giudizio R.G. n. 1037/06 di Tribunale, già rilevata dalla sentenza impugnata con riguardo alla domanda risarcitoria, ha prodotto i medesimi effetti, ora ricordati nel punto che precede, con riguardo alle domande non riproposte, sulle quali pertanto il giudice di appello non aveva il potere-dovere di provvedere, con conseguente insussistenza del vizio di denunciato.

L'art. 346 c.p.c., in forza del quale si intendono rinunciate e non più riesaminabili le domande ed eccezioni non accolte dalla sentenza di primo grado che non siano state espressamente riproposte in appello, è operante anche nei riguardi dell'appellato rimasto contumace in sede di gravame, in coerenza con il carattere devolutivo dell'appello, così ponendo appellato e appellante su un piano di parità – senza attribuire alla parte, rimasta inattiva ed estranea alla fase di appello, una posizione sostanzialmente di maggior favore – sì da far gravare su entrambi, e non solo sull'appellante, l'onere di prospettare al giudice del gravame le questioni (domande ed eccezioni) risolte in senso ad essi sfavorevole (Cass. 17 gennaio 2017, n. 925).

Con la conseguenza che l'odierna ricorrente era tenuta a reiterare in appello la domanda non esaminata dal primo giudice, mentre la mancata riproposizione della domanda stessa è da intendersi come rinunciata, ai sensi dell'art. 346 c.p.c. e, dunque, non più esaminabile dalla Corte territoriale, la quale, omettendo di statuire su di essa, non

ha pertanto violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c.

8. - Le spese di lite vengono interamente compensate, per la soccombenza reciproca.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso principale e quello incidentale e compensa per intero fra le parti le spese di lite.

Dichiara che, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115 del 2002, sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente e dei controricorrenti, dei ricorsi incidentali dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 19 marzo