

1

GIUSEPPE ALBERTO RESCIO ¹

L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali

Relazione al Convegno di Firenze, 16 novembre 2002

1. Introduzione

Da una prima lettura del progetto di riforma delle società di capitali elaborato dalla Commissione Vietti emerge subito un dato evidente: l'assemblea non si identifica più in un istituto unitario, dai contorni ben definiti e – salvo che su aspetti di dettaglio – con caratteri sostanzialmente identici in tutti i tipi e i sottotipi societari che la prevedono.

Come una bella donna un po' *agée*, che aggiorna il suo *look* e lo adegua agli esigenti e svariati ambienti che frequenta, i suoi lineamenti naturali tendono a divenire sfuggenti, nascosti e alterati, come sono, da un *make-up* sempre più raffinato e marcato.

Siamo qui, con gli strumenti del mestiere, a cercare di penetrare i volti con i quali ella si presenta nei salotti buoni e meno buoni delle s.p.a., nonché nelle salette, il cui arredo è rimesso interamente al gusto dei padroni di casa, delle s.r.l..

Il carattere principale, vorrei dire l'impronta o il profilo del volto, è dato dalle competenze affidate all'assemblea; e da ciò conviene partire e a sufficienza soffermarsi, per poi toccare i tratti del procedimento: costituzione, svolgimento, verbalizzazione, con i necessari riferimenti al tema della invalidità.

Una precisazione è opportuna. L'intento di questa relazione non è di stabilire se le nuove norme e i nuovi principi elaborati sul tema dell'assemblea, e il quadro complessivo che essi delineano, sono i migliori possibili in rapporto alla legge delega ed alle norme e ai principi vigenti in altri ordinamenti. L'obiettivo è ben più modesto: iniziare a comprendere la rilevanza delle decisioni dei soci e il funzionamento del meccanismo decisionale nel progetto di riforma, provando a ragionare sui nuovi dati sistematici fondamentali e sui primi problemi applicativi a cui l'attuazione della riforma in questi termini potrebbe dar luogo.

2. S.P.A.: le competenze dell'assemblea ordinaria

Le nuove norme di riferimento sono contenute negli artt. 2364 e 2364-*bis*, da leggersi in coordinamento con l'art. 2409-*terdecies*.

La prima novità consiste nella diversificazione delle competenze assembleari a seconda della struttura organizzativa scelta dai soci, e in particolare a seconda che manchi ovvero sia presente il consiglio di sorveglianza.

Nel primo caso (sistema tradizionale e sistema monistico) l'assemblea ordinaria approva il bilancio, nomina e revoca amministratori, sindaci e revisori, ne stabilisce il compenso, delibera sull'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci, autorizza operazioni di gestione quando lo statuto lo prevede, approva il regolamento assembleare, delibera sugli altri oggetti ad essa riservati dalla legge.

¹ *Professore associato di diritto commerciale presso l'Università di Trento*

2

Nel secondo caso (sistema dualistico) l'assemblea ordinaria nomina e revoca i componenti del consiglio di sorveglianza, ne stabilisce il compenso, delibera sull'azione di responsabilità nei loro confronti, delibera sulla distribuzione degli utili. Mentre sarà il consiglio di sorveglianza ad essere competente per l'approvazione del bilancio, per la nomina e la revoca dei componenti del consiglio di gestione, per l'azione di responsabilità nei loro confronti (ma al riguardo è da notare che l'art. 2409-*decies* riconosce la competenza concorrente dell'assemblea), nonché per la nomina del revisore (in base all'art. 2409-*quinqüesdecies*).

Il confronto tra le competenze espressamente attribuite dalle nuove norme all'assemblea ordinaria nelle due diverse situazioni segnalate e le competenze espressamente attribuite al consiglio di sorveglianza (ma che in base alla normativa attualmente vigente sono o sarebbero state riconosciute all'assemblea) fa sorgere i primi dubbi interpretativi.

3. Segue: *Qual è il criterio di ripartizione delle competenze tra assemblea e consiglio di sorveglianza?*

L'art. 2364-*bis* individua in modo piuttosto stringato le competenze tipiche attribuite all'assemblea nel sistema dualistico. Anche il consiglio di sorveglianza fa i conti con un elenco composto di voci ben definite nell'art. 2409-*terdecies*. Resta allora da capire come si distribuiscono tra i due organi le competenze non spettanti al consiglio di gestione e non espressamente rientranti nelle voci riscontrabili nelle due disposizioni sopra richiamate.

Il problema non è risolto con una previsione di carattere generale che affermi la competenza residuale di uno dei due organi in concorrenza. Certo, a volte potrà esservi una norma specifica sufficientemente chiara: così è per la eventuale nomina del revisore, al cui riguardo l'art. 2409-*quinquiesdecies* richiama l'art. 2409-*quater*, sostituendo esplicitamente all'assemblea il consiglio di sorveglianza come organo competente per la nomina.

Ma a volte manca una norma apposita che, in un tema che sarebbe di competenza assembleare nel sistema tradizionale (e monistico), nel sistema dualistico definisce in modo non equivoco chi, tra assemblea e consiglio di sorveglianza, abbia il relativo potere (per un esempio, v. *infra* § 4).

Si tratta di stabilire se dal sistema derivante dalla riforma, mancante di una norma espressa sul punto, sia possibile enucleare qualche principio generale che consenta di risolvere il nuovo problema di come ripartire le competenze tra assemblea e consiglio di sorveglianza quando la legge non contiene una disposizione specificamente attributiva di competenza nel modello dualistico.

Un primo principio può ricavarsi dalla grande rilevanza attribuita dalla legge delega e dal progetto di riforma all'autonomia statutaria: su questa premessa può affermarsi in via generale che, dove la legge non imputa una competenza ad un organo, potrà lo statuto attribuire liberamente la competenza alla figura organizzativa ritenuta come la più appropriata a quel concreto assetto di interessi.

Tale conclusione pare particolarmente sicura quando (ma non è strettamente limitata ai casi in cui) la legge demanda allo stesso statuto la possibilità di prevedere una competenza, senza predeterminare l'organo a cui essa spetta. Ad esempio, nessun dubbio può sorgere sul fatto che lo statuto potrà definire con assoluta libertà a quale organo compete concedere o negare il mero gradimento introdotto da una clausola statutaria ai sensi dell'art. 2355-*bis*, comma 2.

Ciononostante, lo statuto potrebbe non offrire soluzione al problema. E, allora, sulla base della lettura delle norme progettate e, in particolare, della stringatezza dell'art. 2364-*bis* (sui cui silenzi, in rapporto all'art. 2364, v. *infra*) può forse azzardarsi un secondo principio: nel sistema dualistico il consiglio di sorveglianza accentra su di sé tutti i poteri che nel sistema tradizionale spetterebbero all'assemblea ordinaria, ad eccezione di quelli ad essa espressamente attribuiti e che tendenzialmente coincidono con quelli necessari per costituire e mantenere efficiente il consiglio di sorveglianza stesso e per stabilire la destinazione dell'utile e la ripartizione del capitale (per quest'ultima precisazione si trae spunto dall'autorizzazione assembleare per l'acquisto di azioni proprie).

3

Dunque: le lacune, create nel sistema dualistico con lo smembramento dei poteri dell'assemblea ordinaria e la loro ripartizione tra assemblea e consiglio di sorveglianza, dovranno essere colmate con un sapiente ricorso all'autonomia statutaria e, in difetto, con il riconoscimento della competenza residuale del consiglio di sorveglianza (quando il potere da attribuire non attiene né alla costituzione o al mantenimento in efficienza del consiglio stesso né alla destinazione dell'utile).

Una conferma della correttezza di questa impostazione può vedersi nella mancata replica,

all'interno dell'art. 2364-*bis*, del riconoscimento – riportato nell'art. 2364, n. 5 – che “nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria...delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea”. L'affermazione non ha finalità puramente descrittive (se fosse una inutile norma di chiusura, sarebbe collocata in una diversa posizione, alla fine dell'elenco). Essa risponde ad una finalità di ripartizione – nei modelli tradizionale e monistico - delle competenze tra assemblea ordinaria e straordinaria, imponendo di affermare la competenza dell'assemblea ordinaria tutte le volte che la legge attribuisce un potere all'assemblea, senza qualificazioni (e senza che quel potere costituisca specificazione di una competenza già attribuita da una norma di legge all'assemblea straordinaria).

Ma, se questa è la finalità della disposizione, viene da chiedersi perché essa non si trova riprodotta anche “nelle società ove è previsto il consiglio di sorveglianza”: tanto più che, nel determinare le competenze dell'assemblea straordinaria, l'art. 2365 non distingue tra società fornite o sfornite di consiglio di sorveglianza, fissando nei due modelli una identica sfera di poteri dell'assemblea straordinaria.

L'impressione è che la mancata riaffermazione di competenza generale/residuale dell'assemblea ordinaria nel modello dualistico sia da porre in stretta connessione con il descritto smembramento dei poteri dell'assemblea ordinaria tra questa e il consiglio di sorveglianza, con conseguente impossibilità di mantenere in capo alla prima un ruolo ormai passato – in questo modello – al secondo.

4. Segue: *Chi è competente per la determinazione del compenso dei gestori?*

Le precedenti riflessioni aiutano a colmare la lacuna riscontrabile a proposito della determinazione del compenso dei gestori: alla quale non si accenna tra le competenze dell'assemblea di cui all'art. 2364-*bis*; ma nemmeno la si ritrova tra quelle del consiglio di sorveglianza specificate dall'art. 2409-*terdecies* (anche se la Relazione la imputa a quest'ultimo).

Se si va alla ricerca di una terza disposizione che risolva il problema, ci si imbatte nel richiamo, da parte dell'art. 2409-*undecies*, di una serie di articoli riguardanti gli amministratori e dichiarati applicabili, in quanto compatibili, al consiglio di gestione. Tra questi vi è l'art. 2389, nel cui primo comma si legge che i compensi degli amministratori “sono stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea”. Ma, se la norma richiamata viene applicata alla lettera nel modello dualistico, si avrebbero strani e incerti risultati. Se il compenso viene stabilito all'”atto della nomina” e purché si interpreti l'espressione riportata come riferibile non solo al momento della nomina bensì anche alla figura organizzativa competente per la stessa, se ne dovrebbe desumere che spetti al consiglio di sorveglianza determinare il compenso contestualmente alla nomina. Tuttavia il richiamato (senza adattamenti) art. 2389 indicherebbe una competenza concorrente dell'assemblea; competenza dell'assemblea che diverrebbe esclusiva ove il compenso dei gestori venisse determinato (non contestualmente ma) dopo la nomina.

Tale dubbio (negli esiti interpretativi) estensione dell'art. 2389, comma 1, al modello dualistico viene peraltro smentita dalla Relazione, che ascrive al solo consiglio di sorveglianza la competenza per la determinazione del compenso dei gestori. Ciò accresce la sensazione che l'art. 2389 venga richiamato dall'art. 2409-*undecies* per quanto prescrive in relazione alle modalità di determinazione del compenso più che per l'attribuzione della relativa competenza. Al riguardo vi è, dunque, spazio per affermare l'esistenza di una lacuna da colmare in via interpretativa.

D'acchito, viene spontaneo di sostenere la competenza del consiglio di sorveglianza perché ad esso spetta la nomina (e la revoca) del consiglio di gestione e perché il compenso va generalmente

4

in parallelo con la nomina: chi nomina stabilisce il compenso, anche al fine di completare gli elementi fondamentali dell'instaurando rapporto con chi ricoprirà la carica sociale.

Ma questo argomento, da solo, non sembra sufficientemente forte. Vi si può ribattere che il compenso, negli artt. 2364 e 2364-*bis*, rappresenta un punto a sé stante (il n. 3 nel primo articolo e il

n. 2 nel secondo), separato dal punto in cui si tratta della nomina e della revoca delle cariche (rispettivamente i nn. 2 e 1). E che nulla vieta, *a priori*, che organi diversi abbiano competenza sulle diverse componenti del rapporto gestorio: spettando ad uno la scelta dei soggetti e ad altro la relativa remunerazione.

Ebbene, se l'analisi condotta nel paragrafo precedente risulta condivisibile, il problema va coerentemente risolto – sempre che l'attuale testo non venga modificato - con i due principi sopra enucleati: autonomia statutaria e competenza residuale del consiglio di sorveglianza, se il potere non attiene alla costituzione o al mantenimento in efficienza del consiglio stesso né alla distribuzione degli utili o alla ripartizione del capitale.

In definitiva:

- lo statuto può attribuire il potere di determinare il compenso dei gestori all'assemblea o al consiglio di sorveglianza;
- nel silenzio dello statuto la competenza sarà del consiglio di sorveglianza, purché il compenso non venga determinato, in tutto o in parte, mediante partecipazione agli utili o concessione del diritto di sottoscrivere a prezzo predeterminato azioni di futura emissione (cfr. art. 2389, comma 2);
- in questi ultimi casi (compenso determinato mediante partecipazione agli utili o concessione del diritto di sottoscrivere azioni di futura emissione) nel silenzio dello statuto la competenza spetta all'assemblea.

5. Segue: *E' ammissibile, nel modello dualistico, una clausola statutaria che riservi all'assemblea l'autorizzazione al compimento di determinati atti?*

Tale quesito, ancora una volta, deriva dal confronto tra l'art. 2364, dove si prevede (al n. 5) che l'assemblea sia chiamata dallo statuto ad autorizzare atti di gestione, ferma restando in ogni caso la responsabilità degli amministratori, e l'art. 2364-bis, che tace sul punto.

Tradurre un silenzio in un divieto non è corretto, anche perché il progetto in esame non configura la s.p.a. come tipo rigido che non tollera integrazioni o modifiche non espressamente autorizzate dalla legge. E, d'altra parte, identico silenzio si constata anche a proposito dell'assoggettamento di atti di gestione ad approvazione preventiva da parte del consiglio di sorveglianza, possibilità ampiamente prevista nei modelli di riferimento del sistema dualistico – primo fra tutti, lo Statuto della Società Europea – ai quali la Relazione al progetto di riforma dichiara esplicitamente di essersi ispirata.

A mio avviso, il silenzio sul punto si converte nell'ammissibilità di entrambe le previsioni statutarie sopra menzionate. Se l'attribuzione statutaria al consiglio di sorveglianza di un potere autorizzativo di singoli atti gestori trova significative corrispondenze nel modello comunitario di riferimento del sistema dualistico – che troverà piena applicazione in Italia nel 2004 - e, perciò, non può assolutamente mettersi in dubbio (al di là di ogni considerazione in termini di utilità della previsione), sarebbe davvero azzardato giudicare una clausola statutaria che attribuisca quel potere all'assemblea come nulla per incompatibilità con il (sotto)tipo prescelto (non si vedono altre possibili ragioni di invalidità).

Invero, la grande rilevanza attribuita all'autonomia statutaria è ragione sufficiente per sostenere la piena validità della clausola atipica descritta: non v'è motivo di escludere la meritevolezza di tutela di un assetto di interessi che porti ad innestare, sull'impianto dualistico di base, qualche forma di controllo diretto e preventivo dell'assemblea dei soci su singoli atti gestori.

5

6. Segue: *Può l'assemblea deliberare su atti di gestione per scelta degli amministratori o dei gestori?*

Il quesito deriva dall'abbandono dell'attuale norma, contenuta nell'art. 2364, n. 4, che prevede espressamente le delibere su oggetti attinenti alla gestione sottoposti dagli amministratori all'esame dell'assemblea.

L'omissione non da altro pare motivata, se non dalla affermazione, riportata dal progettato nuovo art. 2364, n. 5, che l'eventuale approvazione assembleare – quando richiesta dallo statuto – non elimina le eventuali responsabilità degli amministratori (anche verso la società) dipendenti dall'operazione approvata.

Cosicché è evidente che, quand'anche gli amministratori di loro iniziativa richiedessero e ricevessero il parere favorevole dell'assemblea, le loro responsabilità rimarrebbero invariate; donde il giudizio implicito di inutilità di una spontanea richiesta dell'approvazione assembleare.

Se così è, un'approvazione assembleare di atti gestori non confliggerebbe con alcuna norma imperativa. E non è detto che essa non sia sollecitata dagli amministratori: non certo per eludere responsabilità, ma - per esempio – per mantenere il rapporto di fiducia con la base sociale o in funzione di arbitraggio, per poter prendere una decisione strategica quando il consiglio è diviso al suo interno.

7. Segue: Può l'assemblea ordinaria, nel sistema dualistico, approvare un regolamento assembleare?

La domanda suona retorica. Perché no? Verrebbe da rispondere. In effetti, il dubbio non avrebbe modo di porsi se non fosse per il silenzio, sul punto, dell'art. 2364-*bis* a fronte della esplicita previsione contenuta nell'art. 2364.

E v'è da dire che sicuramente un regolamento assembleare gioverebbe molto all'assemblea di una s.p.a. di stampo dualistico. Questo modello - ammesso che trovi una qualche diffusione sul suolo italico - appare diretto principalmente alle s.p.a. con capitale assai diffuso, nelle quali più facilmente si attua la dissociazione tra proprietà dei soci e potere (di gestione e controllo) affidato a soggetti professionali. Viene allora spontaneo osservare che è soprattutto con riguardo alle assemblee a larga base sociale che si coglie l'utilità di una regolamentazione attenta e minuziosa della fase assembleare.

Se correttamente si pone l'esigenza alla base del regolamento assembleare in relazione non già con la quantità di poteri riservati all'assemblea ma con la quantità dei soggetti che vi partecipano e, quindi, con la misura della sua complessità organizzativa, non si potrà negare che, nonostante la mancanza di una autorizzazione esplicita, l'assemblea nel modello dualistico possa approvare un regolamento assembleare nell'esercizio del proprio potere di autoregolamentazione produttivo di c.d. norme interne.

8. S.P.A.: le competenze dell'assemblea straordinaria

Rimangono attribuite alla competenza dell'assemblea straordinaria le materie tipiche: modificazioni statutarie; nomina, sostituzione e poteri dei liquidatori; ogni altra espressamente attribuita dalla legge: per esempio, emissione di obbligazioni convertibili (art. 2420-*bis*); revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-*ter*); proposta di concordati o di amministrazione controllata (artt. 152, 161 e 187 l.fall.).

E' stata invece sottratta alla competenza dell'assemblea straordinaria l'emissione di obbligazioni non convertibili, che viene demandata agli amministratori. Lo statuto può peraltro riaffermare la competenza dell'assemblea (art. 2410).

6

La categoria delle modificazioni statutarie comprende ora anche la non emissione dei titoli azionari, poiché questa deve essere prevista con clausola statutaria, quando una legge speciale non costringa ad emettere i titoli (art. 2346, comma 1, che assorbe il dettato dell'art. 5, r.d. 239/1942). Pertanto occorre una delibera dell'assemblea straordinaria di modifica dello statuto sia per non emettere i titoli, là dove lo statuto taccia sul punto, sia per emetterli, quando lo statuto ne vieti l'emissione.

Viceversa la categoria delle modificazioni statutarie perde i trasferimenti di sede all'interno dello stesso comune, se ed in quanto non siano veri trasferimenti di sede, ma solo di indirizzo. Ciò dipende dall'essere sufficiente, per individuare la sede sociale, l'indicazione nell'atto costitutivo del

comune in cui la sede è posta (art. 2328, n. 2, per la s.p.a. e art. 2463, n. 2, per la s.r.l.), dovendosi indicare l'indirizzo nella richiesta di iscrizione nel registro delle imprese, nonché nelle successive modifiche a cura degli amministratori (art. 111-ter delle norme di attuazione e transitorie): in tal caso il cambio di indirizzo non modifica lo statuto. Però, se lo statuto determina la sede mediante indicazione di comune, via e numero civico, come accade per tutte le società esistenti, ogni modifica della via e/o del civico costituisce pur sempre modifica statutaria.

In sostanza, non sono modificazioni statutarie, e richiedono non una deliberazione dell'assemblea straordinaria bensì una decisione dell'organo amministrativo, quei cambi di indirizzo all'interno di un comune che saranno realizzati dalle società costituite dopo l'entrata in vigore della legge di riforma (che si avvarranno dell'opportunità di indicare, come sede, il solo comune in cui essa è posta) e dalle società già esistenti che avranno adeguato lo statuto alle nuove norme espungendovi l'indirizzo.

Questa conclusione non è dettata da osservazioni di natura esclusivamente formale, ma anche dallo scrupolo di tutelare l'interesse dei soci, specie dei soci di minoranza, al controllo dei cambi di sede all'interno del comune in cui è posta (giacché non sempre rappresenterebbe un sufficiente rimedio, al *vulnus* subito dal socio, la pubblicità assicurata dal registro delle imprese, sia perché essa è successiva, e non di poco, rispetto all'effettivo cambio di indirizzo e sia perché non si può pensare che i soci quotidianamente accedano alle risultanze del registro). Si consideri che l'eliminazione dell'indirizzo della sede dallo statuto, se agevola le successive modifiche e ne riduce i costi, finisce tuttavia per sottrarre il controllo ai soci, i quali – ciò non va dimenticato – presso la sede sociale, in genere, esercitano il proprio diritto all'informazione: basti pensare al deposito presso la sede di progetti, relazioni, bilanci e situazioni patrimoniali da approvare o da esaminare in ordine a varie deliberazioni assembleari, e al correlato diritto del socio di fruire dell'intero termine posto a sua tutela dalla legge per visionare e/o chiedere copia di quei documenti, senza elusioni perpetrate attraverso improvvisi e strumentali cambi di indirizzo all'interno del comune.

Ciò porta a ritenere che i soci, se lo desiderano, hanno il potere di conferire rilevanza statutaria all'indirizzo completo in cui è posta la sede sociale: il che, specie nelle società che fanno appello al capitale di rischio, sembra opzione da consigliare vivamente.

Infine merita di essere sottolineato che nel concetto di modifica statutaria rientra anche l'approvazione di un regolamento assembleare al quale la società voglia conferire valore pari allo statuto. Niente vieta all'assemblea straordinaria di varare una regolamentazione dettagliata della fase assembleare, da introdurre tra le regole statutarie di funzionamento dell'organizzazione societaria. E, allo stesso modo, niente vieta l'approvazione di un documento, denominato regolamento assembleare, destinato ad integrare, e dunque a modificare, lo statuto (secondo prassi già ampiamente seguita) nonché ad essere pubblicizzato, unitamente allo statuto, di cui costituisce parte sostanziale, nel registro delle imprese.

Certamente, l'essere stata prevista in modo espresso una competenza dell'assemblea ordinaria non comporta che l'approvazione del regolamento non possa più avvenire in assemblea straordinaria e con attribuzione di un ben diverso valore giuridico al documento realizzato. Il punto è che non si avverte alcun bisogno di confermare la competenza dell'assemblea straordinaria in merito, poiché la materia pacificamente può essere ricondotta alle modificazioni statutarie; mentre, invece, la previsione esplicita della competenza (aggiuntiva e dotata di più modesto effetto, ma anche di non

7
disprezzabili risultati pratici) dell'assemblea ordinaria, benché in dottrina fosse già stata riconosciuta e dogmaticamente fondata, è assai utile per sgombrare il campo da eventuali equivoci e dissensi.

9. Segue: *L'incidenza dello statuto sulle competenze dell'assemblea straordinaria e il problema dell'adeguamento degli statuti alla nuova normativa*

L'art. 2365 dà ampio spazio all'autonomia statutaria, nel consentire l'attribuzione di alcune

competenze tipiche dell'assemblea straordinaria all'organo amministrativo o al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione: ciò, in particolare, concerne la delibera di fusione semplificata (art. 2505-*bis*), l'istituzione e la soppressione di sedi secondarie, l'indicazione degli amministratori con poteri di rappresentanza, la riduzione del capitale conseguente al recesso di un socio, gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative e il trasferimento della sede nel territorio nazionale.

A queste nuove ipotesi vanno aggiunte quelle, più tradizionali, della attribuzione agli amministratori del potere di emettere obbligazioni convertibili (art. 2420-*ter*) e di aumentare il capitale (art. 2443).

L'aspetto più delicato di queste competenze trasferibili ad altri organi riguarda gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative, tra le quali rientrano le stesse nuove norme sulla riforma societaria, come conferma l'art. 223-*bis* delle norme di attuazione e transitorie. La delicatezza deriva dal fatto che quest'ultima norma precisa che l'assemblea straordinaria può, a maggioranza semplice, introdurre gli adeguamenti ovvero modificare lo statuto per attribuirne il potere all'organo amministrativo o al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione. E deriva ulteriormente dal fatto che tutto ciò vale per l'"adeguamento dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni, anche non inderogabili".

Diventa, a questo punto, fondamentale, a tutela dei soci di minoranza, individuare il concetto di adeguamento a norme nuove, anche non inderogabili, per evitare che la maggioranza (semplice) o l'organo che essa esprime introducano modificazioni statutarie non consentite se non in assemblea straordinaria e con le normali maggioranze a ciò necessarie.

E' scontata la presenza di un "adeguamento" quando si modifica lo statuto attuale per rimediare ad un conflitto con la nuova normativa inderogabile: e ciò quando anche le possibilità per eliminare il conflitto siano molteplici e l'assemblea straordinaria (a maggioranza semplice) o l'organo delegato si siano orientati verso una delle possibili varianti, in ipotesi non la più conveniente per la minoranza.

Il vero problema consiste nella ricostruzione del significato di adeguamento a norme non inderogabili, e porta a chiedersi se esso comprenda:

i) la (sola) introduzione di patti/elementi prima non consentiti ed ora consentiti, benché non imposti (es. strumenti finanziari di cui all'art. 2346, ultimo comma; voto per corrispondenza: art. 2370 c.c.), nonché la eliminazione/modifica di patti/elementi prima imposti ed ora semplicemente consentiti (es. la già accennata indicazione della via e del civico in cui è sita la sede sociale);

ii) ovvero anche l'introduzione/modifica di patti/elementi già prima consentiti, ma non espressamente previsti e/o regolati dalla legge, a fronte di una esplicita previsione e/o di una diversa regolamentazione offerta dalla nuova normativa (es. clausola di gradimento: art. 2355-*bis*, comma 2; videoconferenza: art. 2370 c.c.).

Il pericolo connesso alla tesi (ii) è quello di una sostanziale riscrittura dello statuto ad opera del socio o del gruppo di controllo (di fatto) senza l'osservanza dei (normalmente) più elevati *quorum* previsti per le modifiche statutarie o, addirittura, senza ricorrere all'assemblea straordinaria (ove la competenza sia stata attribuita ad altro organo): una eventualità, quest'ultima, assai probabile nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio.

8

Invero, una norma, quale quella in oggetto, approntata "al fine di rendere più agevole il funzionamento della società" (sono parole della Relazione), non può tramutarsi in pretesto per imporre alle minoranze ciò che prima non poteva a loro essere imposto.

Si rende allora preferibile optare per la più restrittiva tesi (i).

Va comunque sottolineato che, qualunque tesi si accolga (ma particolarmente se si accoglie la seconda), l'operato dei soci di maggioranza e degli organi delegati dallo statuto all'adeguamento

giammai potrà sottrarsi a valutazione alla stregua della clausola di buona fede e correttezza, con ogni relativa conseguenza.

In definitiva, occorre distinguere tra il potere di adeguamento dello statuto e l'uso che di quel potere si fa. Il concetto di adeguamento, come sopra ricostruito, serve a circoscrivere la spettanza del potere in relazione alla maggioranza (semplice) sufficiente in assemblea straordinaria o in relazione alla sua imputazione statutaria ad organo diverso dall'assemblea. L'esorbitare dai limiti concettuali dell'adeguamento potrebbe condurre o a delibere dell'assemblea straordinaria non sorrette dalla richiesta maggioranza (con conseguente loro annullabilità ai sensi dell'art. 2377) o a delibere di organi (diversi dell'assemblea) incompetenti (con conseguente loro inefficacia assoluta). Il rimanere all'interno dei limiti concettuali dell'adeguamento non toglie che la deliberazione, adottata dall'organo volta a volta competente, debba fare i conti con il principio di buona fede e possa risultare impugnabile se volta a pregiudicare ingiustificatamente gli interessi della minoranza nell'esercizio abusivo di un potere attribuito alla maggioranza assembleare semplice o da questa delegato ad altro organo.

10. Segue: *Il risultato dell'esercizio dell'autonomia statutaria: competenze esclusive o concorrenti?*

La citata autonomia statutaria, adoperata per la imputazione delle competenze di cui all'art. 2365 a beneficio di organi diversi dall'assemblea straordinaria, provoca il sorgere di un ulteriore problema: se l'attribuzione statutaria di una competenza tipicamente assembleare ad altro organo determini una proporzionale perdita di competenze dell'assemblea ovvero se comporti una competenza concorrente dell'assemblea e di altro organo.

Dalla lettura dell'art. 2365 non si evince alcuna preferenza normativa. L'espressione ivi utilizzata – “lo statuto può attribuire alla competenza dell'organo...” – è neutra e compatibile con entrambe le prospettate conclusioni.

La motivazione assunta dalla Relazione a fondamento della norma, cioè il riferito fine di rendere più agevole il funzionamento della società, depone a favore del riconoscimento di una competenza concorrente: per realizzare quel fine, infatti, non occorre privare l'assemblea del potere di cui è tipologicamente fornita; è sufficiente attribuire quel potere anche ad un organo più snello, che possa supplire con la propria rapidità decisionale e semplicità organizzativa alle eventuali carenze dell'assemblea.

Alla tesi della competenza concorrente potrebbe, però, obiettarsi che in tal modo si rischiano – in teoria, ché in pratica il rischio dovrebbe essere piuttosto remoto - deliberazioni contraddittorie. Per esempio, un progetto di fusione per incorporazione di società posseduta interamente o al novanta per cento, approvato dal consiglio di amministrazione della incorporante al quale lo statuto attribuisca il relativo potere, potrebbe essere respinto dall'assemblea straordinaria della incorporante stessa, ove anche quest'ultima possa pronunciarsi ed effettivamente si pronunci in merito (ammesso che l'assemblea riesca a superare il problema della sua convocazione, anche alla luce dell'art. 2367, comma 3). Alla fine una sola delle due delibere potrebbe avere effetto: ma resta incerto, per la società e per i terzi, quale delle due abbia effetto e, dunque, se la fusione sia stata o no deliberata.

Per il vero non manca un'ipotesi legale di competenza concorrente tra assemblea (ordinaria) e consiglio di sorveglianza, ipotesi in cui gli artefici della riforma non si sono preoccupati del pericolo di deliberazioni contrastanti. Si tratta dell'azione sociale di responsabilità nei confronti dei gestori, al cui proposito l'art. 2409-*decies* prefigura la possibilità che il consiglio di sorveglianza

9
deliberi l'esercizio dell'azione, mentre l'assemblea in contrario deliberi di non esercitarla (o viceversa).

E' comunque forte il desiderio di rimettere la soluzione del problema in esame a quell'autonomia statutaria in onore della quale si è progettato il nuovo testo dell'art. 2365. Ma ciò implica che la clausola statutaria si faccia carico del problema sopra descritto e chiaramente prenda posizione in

tema alla natura esclusiva o concorrente della competenza attribuita all'organo amministrativo (o di gestione o di sorveglianza), nonché – là dove la scelta sia per il concorso di poteri – preveda criteri di soluzione di eventuali conflitti tra le delibere degli organi, là dove un conflitto potrebbe sorgere (per esempio, si può prevedere che in tali casi abbia effetto solo la prima delibera adottata in ordine di tempo).

In presenza di una generica attribuzione di competenza ad organo diverso dall'assemblea senza definizione di criteri statutari per la sicura soluzione dei conflitti tra organi, la competenza dovrebbe preferibilmente intendersi trasferita in via esclusiva all'organo a cui è demandata, fino a che l'assemblea straordinaria, modificando lo statuto, non si (ri)appropri del potere.

11. *Il procedimento: convocazione*

Sia lecito, ora, passare ad affrontare con più speditezza l'esame delle novità, con le connesse opportune riflessioni, in ordine al procedimento assembleare. Anticipo, inoltre, che è qui possibile e conveniente mettere subito a confronto le regole procedurali dettate per s.p.a. e per s.r.l., anche per meglio apprezzare alcuni spiacevoli difetti di coordinamento probabilmente dovuti alla fretta di assemblare il prodotto finale.

Con riguardo alla convocazione, l'art. 2366 registra alcune novità che rendono la convocazione meno costosa per le società che non fanno ricorso al capitale di rischio e più efficace – di quanto oggi avviene – per i soci: lo statuto potrà prevedere la convocazione con avviso spedito per raccomandata dariceversi dai soci almeno otto giorni prima dell'assemblea.

Invece, l'art. 2479-*bis* – che per la s.r.l. demanda allo statuto la determinazione dei modi di convocazione nel rispetto del diritto di ogni socio ad una tempestiva informazione sugli argomenti da trattare – si accontenta di un avviso spedito ai soci almeno otto giorni prima. Non si sarebbe detto che il diritto alla tempestiva informazione dovesse intendersi diversamente per i soci di s.p.a. (senza ricorso al capitale di rischio) e di s.r.l..

Utile è anche la nuova definizione di assemblea totalitaria, contenuta nell'art. 2366, per integrare la quale basta la presenza della maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo, risultandone agevolata la riunione efficace tra tutti i soci.

Anche qui, però, sorprende negativamente, per scarsa accuratezza, la corrispondente norma in tema di s.r.l.. In primo luogo l'art. 2479-*bis* richiede che tutti gli amministratori e i sindaci siano presenti o informati: condizione, quest'ultima, non richiesta per gli amministratori e i controllori assenti nella s.p.a. (e non si capisce perché ci debbano essere due nozioni di assemblea totalitaria) e non sempre di facile riscontro ad opera dei soci riuniti in assemblea o di chi la presiede.

L'irrelevanza dell'informazione a vantaggio dell'amministratore o del sindaco assente, nella s.p.a., induce, comunque, a non essere eccessivamente rigorosi nella interpretazione di questo presupposto dell'assemblea totalitaria nella s.r.l.: basterà probabilmente che quei soggetti siano stati preventivamente informati della riunione assembleare, non anche degli argomenti di discussione.

In secondo luogo la citata disposizione, alla lettera, sembrerebbe contemplare la partecipazione dell'intero capitale, unitamente alla condizione sopra ricordata, quale presupposto non già di un'assemblea totalitaria, bensì dell'adozione della delibera (“la deliberazione s'intende adottata quando ad essa partecipa l'intero capitale... e nessuno si oppone alla trattazione dell'argomento”).

Con la conseguenza – sempre sul piano strettamente letterale - che, se qualcuno dei soci presenti non “partecipasse alla delibera”, in quanto si fosse astenuto o avesse dissentito, la “delibera non sarebbe adottata”: come dire che l'assemblea non regolarmente convocata ma totalitaria o sfocia in una deliberazione unanime oppure non è in grado di validamente deliberare.

10

Non è certo questo il senso che si intendeva dare alla disposizione; altrimenti non si sarebbe previsto il diritto del socio di opporsi alla trattazione: non ha bisogno di opporsi alla trattazione chi, votando contro o astenendosi, è in grado di paralizzare l'attività deliberativa dell'assemblea. Si tratta, perciò, soltanto di una norma mal formulata, che sollecita l'interpretazione antiletterale per

cui, in assenza di regolare convocazione, tutti i soci riuniti in assemblea potranno deliberare con i *quorum* necessari in base all'oggetto della deliberazione, purché tutti i soggetti che ricoprono cariche sociali, se assenti, siano stati informati e purché nessuno si opponga alla trattazione dell'argomento.

12. Segue: *Le maggioranze per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea*

La prima novità introdotta dall'art. 2368, comma 2, è l'abbassamento dei *quorum* dell'assemblea straordinaria nelle s.p.a. che fanno ricorso al capitale di rischio: essa, in prima convocazione, si costituisce validamente con la presenza di più della metà del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato. Lo statuto può soltanto aumentare tali *quorum*, non anche diminuirli.

Per il vero, la disposizione è esplicita nel consentire il solo aumento del *quorum* costitutivo (e del *quorum* deliberativo delle s.p.a. che non fanno ricorso al capitale di rischio, rimasto immutato): nulla viene espressamente detto, invece, per l'eventuale alterazione statutaria del *quorum* deliberativo, al di sopra o al di sotto della frazione indicata (due terzi dei presenti). Ma vi sarebbe da chiedersi quale logica avrebbe, dopo aver negato una diminuzione della maggioranza necessaria per deliberare nelle società che non fanno ricorso al capitale di rischio, il consentire quella diminuzione nelle società che vi fanno ricorso, nelle quali alle minoranze dovrebbe spettare maggiore tutela nelle (e partecipazione alle) decisioni di carattere strutturale, tipiche dell'assemblea straordinaria.

In seconda convocazione (e nelle ulteriori che lo statuto prevedesse: art. 2369, comma 6), l'assemblea straordinaria necessita della presenza di almeno un terzo del capitale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi dei presenti, salvo che lo statuto preveda maggioranze più elevate (art. 2369, comma 3 e 4, qui esplicito nel non consentire mai una diminuzione dei *quorum*). Rimangono alcune deliberazioni che richiedono per legge una maggioranza più alta (almeno un terzo del capitale: anche qui un abbassamento della soglia), ma soltanto per le società che non fanno ricorso al capitale di rischio: per quelle che vi fanno ricorso il *quorum* legale rafforzato è stato eliminato. L'elenco delle materie che per le prime società esigono un *quorum* deliberativo rafforzato si è arricchito, rispetto a quello vigente, della proroga della società e della revoca dello stato di liquidazione, tema relativamente al quale l'art. 2369, comma 5, meritoriamente risolve in senso positivo l'annoso problema della sufficienza della delibera maggioritaria. Inoltre si ricordi che l'art. 34, comma 6, dello schema relativo alla definizione dei procedimenti in materia di diritto societario richiede la maggioranza dei due terzi del capitale per la introduzione, soppressione e modifica di clausole compromissorie statutarie.

Per quanto concerne l'assemblea ordinaria, va sottolineata l'importanza dell'affermazione contenuta nel quarto comma dell'art. 2369: tutte le deliberazioni - ad eccezione di quella relativa all'approvazione del bilancio che deve poter essere adottata a maggioranza dei presenti in seconda convocazione - possono richiedere, anche in seconda convocazione (o nelle ulteriori che lo statuto potrebbe prevedere), una maggioranza qualificata per scelta statutaria.

Approvazione del bilancio a parte, cade, dunque, il principio della inderogabilità della regola della maggioranza dei presenti nelle assemblee ordinarie di seconda convocazione: e ciò al fine di consentire ai soci la realizzazione degli equilibri interni desiderati, anche quando potrebbe così comprometersi la funzionalità dell'organo e l'adottabilità delle deliberazioni fondamentali.

L'interesse interno dei soci (di minoranza), che può talora condurre a situazioni di stallo decisionale e alla non prosecuzione dell'attività, prevale sull'interesse esterno, contrario al primo, a mantenere in vita una società a scapito degli equilibri originariamente trovati e non più realizzabili.

11

Nel complesso le novità introdotte nei *quorum* della s.p.a. e qui sommariamente illustrate possono sintetizzarsi nello slogan "meno legge e più contratto": infatti, diminuisce la tutela legale delle minoranze, ma aumenta decisamente la possibilità di tutela contrattuale/statutaria delle stesse.

Per l'art. 2479-*bis*, comma 3, totale deve, poi, ritenersi la rimessione agli accordi tra soci nella

s.r.l., il cui atto costitutivo è chiamato a darsi i *quorum* che meglio rispecchiano gli interessi della base sociale. Una semplice regola (che preferisco valutare come) suppletiva (ancorché formulata come dispositiva), applicabile in mancanza di una clausola statutaria in proposito, prescrive che l'assemblea della s.r.l. – non più per legge divisa in ordinaria e straordinaria – si costituisce validamente con la presenza della metà del capitale e delibera con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti, che, nel caso di modifiche dell'atto costitutivo e di autorizzazione al compimento di operazioni che comportino sostanziale modifica dell'oggetto sociale o rilevante modifica dei diritti dei soci, deve raggiungere la metà del capitale.

13. Segue: *L'intervento, il voto e l'essenza del fenomeno assembleare*

L'attuale art. 2370, come è noto, attribuisce il diritto di intervento agli azionisti iscritti nel libro dei soci o depositanti i titoli almeno cinque giorni prima di quello fissato per l'assemblea. Il nuovo art. 2370, per un verso, riconosce il diritto di intervento non agli "azionisti" come tali, bensì solo a quelli "cui spetta il diritto di voto" (comma 1); e, per altro verso, elimina ogni altro presupposto del diritto di intervento, pur lasciando allo statuto la facoltà di reintrodurre il deposito dei titoli (o i relativi surrogati in caso di dematerializzazione) nel termine ivi fissato, non superiore a due giorni se trattasi di società che fanno ricorso al capitale di rischio (nelle s.p.a. che non vi fanno ricorso si dovranno evitare termini troppo estesi, in rapporto al termine stabilito per la convocazione dell'assemblea, che potrebbero nei fatti eccessivamente ostacolare l'intervento).

Soggetto "cui spetta il diritto di voto" è il soggetto titolare di quel diritto. E', per esempio e salvo patto contrario, l'usufruttuario, il creditore pignoratorio o il custode sequestratario (art. 2352) e non il socio proprietario delle azioni: i primi, e non l'ultimo, avranno perciò diritto di intervenire (se nell'usufrutto o nel pegno di azioni si stipula il patto contrario, la conclusione va capovolta). E' ancora il caso dell'azionista e del titolare di strumenti finanziari a voto limitato, ma nelle sole assemblee o per le sole delibere per cui spetta loro il diritto di voto (art. 2351).

Soggetto "cui spetta il diritto di voto", e il conseguente potere di intervento, deve anche ritenersi il soggetto titolare di quel diritto che, tuttavia, non lo possa esercitare per essersi integrata una causa di divieto o sospensione temporanea dal voto: per esempio, nel caso di mancata dichiarazione in assemblea dell'esistenza di patti parasociali (art. 2341-ter) o loro mancata pubblicità, se relativi a società quotate o loro controllanti, ai sensi dell'art. 122 t.u.f.; o ancora nel caso di controllata divenuta azionista della controllante (art. 2359-bis) o di violazione degli obblighi di comunicazione di partecipazioni rilevanti e di quelli di comunicazione e di alienazione in ipotesi di partecipazioni reciproche ai sensi degli artt. 120 e 121 t.u.f.; o ancora l'amministratore socio nelle delibere sulla sua responsabilità o il gestore nelle delibere di nomina, revoca e responsabilità dei sorveglianti (art. 2373, comma 2).

Conferma della correttezza della inclusione, tra i soggetti titolari del diritto di intervento, di coloro che non possono esercitare il diritto di voto di cui sono fornite le azioni di loro spettanza, proviene dalla utile precisazione contenuta nell'art. 2368, comma 3, secondo cui – salva diversa disposizione di legge – le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono da computarsi nel calcolo del *quorum* costitutivo (mentre non sono da conteggiarsi ai fini del *quorum* deliberativo). La conteggiabilità di tali azioni nel *quorum* costitutivo conferma il riconoscimento del diritto di intervento al loro titolare, perché il *quorum* costitutivo esprime il rapporto minimo (o lo scarto massimo) tra chi ha diritto di intervenire in assemblea e chi effettivamente vi interviene.

Naturalmente, e a maggior ragione, diritto di intervento - e conteggiabilità nel *quorum* costitutivo, riaffermata dall'art. 2368, comma 3 - spetta al socio in conflitto di interessi, che pure decida di astenersi dal votare, ma che non ha più, se mai l'ha avuto, un obbligo giuridico di non votare. In

12

proposito, infatti, il nuovo art. 2373 si limita a dichiarare annullabile la delibera adottata con il voto determinante del socio in conflitto, ove ne possa derivare danno alla società.

In definitiva, il diritto di intervento e di voto sono diritti paralleli nella titolarità ma non

nell'esercizio: nel senso che non ha la titolarità del diritto di intervento chi non ha la titolarità del diritto di voto, e però chi esercita il diritto di intervento non necessariamente esercita o può esercitare il diritto di voto. In un caso è addirittura possibile il contrario: si esercita il diritto di voto senza esercitare il diritto di intervento: ciò avviene nel voto per corrispondenza, dove solo in forza di una finzione giuridica (ai fini della integrazione del *quorum* costitutivo) il votante "si considera intervenuto in assemblea", come espressamente dispone l'art. 2370, ultimo comma.

Per la medesima disposizione l'intervento potrà avvenire anche mediante mezzi di telecomunicazione, se lo statuto lo consente. La norma, da un lato, supera ogni residua voce contraria alla videoconferenza, già oggi peraltro largamente riconosciuta come ammissibile, e, senza scendere in dettagli, accetta ogni mezzo di telecomunicazione che permetta in concreto di realizzare l'intervento: ivi inclusa, a questo punto, la teleconferenza se nel caso specifico (pochi intervenuti reciprocamente ben noti ed altresì ben noti al verbalizzante) essa basta a garantire la piena partecipazione ai lavori e l'accertamento, senza dubbi e possibilità di equivoci, degli avvenimenti assembleari. Dall'altro lato, la norma richiede sempre e inderogabilmente – come a proposito del voto per corrispondenza, ormai ammesso in via generale – una clausola statutaria autorizzativa.

Ma rimane una fondamentale differenza tra le due fattispecie autorizzate.

L'intervento con mezzi di telecomunicazione è una forma di partecipazione all'assemblea rispettosa del metodo collegiale, la quale - per essere ammissibile - tale deve restare in astratto (cioè nella clausola che la disciplina) e in concreto (cioè nella sua specifica realizzazione), con il pieno rispetto dei principi di buona fede e di parità di trattamento tra gli aventi diritto all'intervento.

Al contrario, il voto per corrispondenza - al quale si può assimilare il voto via internet, quindi per posta elettronica, purché effettuato con mezzi tecnici che assicurino l'imputazione del voto al legittimato – è un istituto irriguardoso del metodo collegiale, poiché chi vota non lo fa simultaneamente con gli altri dopo aver partecipato, anche silenziosamente, alla fase di discussione: tant'è che la disposizione commentata, come ho già osservato, finge che il votante sia intervenuto soltanto per evitare che egli, presente nel *quorum* deliberativo, sia da conteggiare come assente nel *quorum* costitutivo.

In questa prospettiva è degno di nota rilevare come un'assemblea di (pochi) soci, in cui tutti abbiano votato per corrispondenza, si risolva in una rilevazione formale di voti precostituiti (rispetto alla "riunione fantasma") che – fatta eccezione per l'osservanza delle regole procedurali inderogabili – in nulla sembra distinguersi dal riscontro delle decisioni dei soci per consultazione scritta, che pure è configurata dall'art. 2479 come ipotesi alternativa all'assemblea nelle s.r.l..

In realtà, ciò che distingue nella sostanza la prima ipotesi (assemblea con voti solo per corrispondenza) dalla seconda (consultazione scritta) consiste nel fatto che soltanto nella prima i soci, se vogliono, possono (intervenire veramente e così) dar luogo a una riunione.

L'essenza, il nucleo insopprimibile, del fenomeno assembleare è, dunque, ormai ridotta alla semplice potenzialità di un'adunanza.

14. Segue: *La rappresentanza in assemblea*

Molte novità contiene anche il progettato testo dell'art. 2372, comma 2, 4 e 6.

Si attenua il principio del rilascio consapevole delle deleghe assembleari: in modo incisivo per le società che non fanno ricorso al capitale di rischio, per le quali semplicemente non si richiede più che il potere di rappresentanza sia attribuito per singole assemblee; in modo meno accentuato per le s.p.a. che vi fanno ricorso, nelle quali il limite è rimasto, ma si ammettono espressamente anche le procure generali e quelle rilasciate dagli enti ai propri dipendenti in corrispondenza delle mansioni da questi svolte all'interno della propria organizzazione.

13

Inoltre la delega ad un ente consente la sub-delega ad un dipendente "o collaboratore". Viene da chiedersi a quale nozione di collaboratore occorra fare riferimento nel silenzio della norma (e della

Relazione) e perché tale figura compaia soltanto nel comma 4, ai fini della sub-delega, e non affianchi il dipendente anche nel comma 2 (procure non per singole assemblee rilasciate ad ausiliari dipendenti) e nel comma 5 (riproposizione del divieto di rilascio della delega a favore, tra gli altri, dei dipendenti della società o di sue controllate).

Alla seconda domanda – poiché non ha rilevanza pratica – mi permetto di non rispondere, semplicemente constatando l'incoerenza sistematica. Alla prima – concetto di collaboratore – azzarderei, come risposta, che dovrebbe trattarsi di un collaboratore non occasionale né esterno (es. consulente), ma anch'esso inserito nell'organizzazione dell'ente con caratteri di relativa stabilità (collaborazione coordinata e continuativa).

Certo, non si può fare a meno di notare che gli inevitabili problemi giuridico-pratici di accertamento della validità della delega, indotti da questa disposizione, sono di rilevante gravità perché non si esauriscono nella responsabilità dell'ente sub-delegante verso il socio rappresentato, ma si traducono in incertezze sulla stessa stabilità delle delibere.

Registrato, infine, nel comma 6, l'aumento del numero dei soci rappresentabili in assemblea da un unico delegante, si può concludere al riguardo rilevando che il nuovo art. 2372 nel complesso persegue il chiaro fine di agevolare l'uso delle deleghe, sino al punto da accettare un significativo aumento sia del rischio di scarsa consapevolezza del delegante circa il rilascio della procura e l'utilizzo del potere delegato, sia del rischio di accumulo di potere assembleare dissociato dal rischio d'impresa (cioè non bilanciato dall'investimento in capitale).

La s.r.l. appare, sul punto, totalmente deregolamentata e rimessa alle determinazioni dell'atto costitutivo, con la sola prescrizione dell'obbligo di conservare la documentazione relativa alla delega.

15. Segue: *Il presidente dell'assemblea*

Nel progettato art. 2371 si legge che il presidente dell'assemblea, in mancanza di diverse indicazioni statutarie, viene "eletto con il voto della maggioranza dei presenti". La dizione adoperata si differenzia da quella presente nel vigente art. 2371, dove è scritto che l'assemblea è presieduta "dalla persona...designata dagli intervenuti".

In una prospettiva di continuità con la norma attuale si potrebbe sostenere che rimane tutto invariato e che la nuova disposizione semplicemente si preoccupa di precisare che non occorre il consenso unanime degli intervenuti, bastando la volontà della maggioranza.

Ma, a rigore, la norma non si limita a questo: essa sembra esigere una vera deliberazione collegiale, in nulla dissimile da quelle per le quali l'assemblea è stata convocata; e ciò fa nascere una serie di problemi.

In primo luogo, esigendosi ora una votazione e un riscontro (almeno) del *quorum* deliberativo, sembra impossibile mantenere l'utile massima, più volte ribadita in giurisprudenza, per la quale la designazione del presidente può anche avvenire tacitamente, per mancata opposizione all'assunzione del ruolo da parte di un intervenuto.

In secondo luogo, viene da chiedersi chi, prima della elezione del presidente, presiede la riunione dei presenti, ne accerta l'identità e la legittimazione, ne regola la discussione e la votazione, constata e proclama i risultati: il nominando, nella previsione che sarà nominato? Nessuno, perché l'assemblea – in stile anni '70 – si "autogestisce"?

Una più efficace risposta potrebbe essere che in realtà la norma qui non richiede una deliberazione collegiale, bensì innesta all'interno del procedimento assembleare un sistema di voto referendario, insomma una consultazione dei soci dalla quale emerga una maggioranza semplice di voti in favore dell'eletto: consultazione del cui svolgimento e del cui risultato finale si dovrà dare conto nel verbale assembleare.

14

Altre novità introdotte nell'art. 2371 sono la elencazione dei poteri/doveri del presidente (identificati nella verifica della regolarità della costituzione dell'assemblea, nell'accertamento della

identità e della legittimazione dei presenti, nella regolazione dello svolgimento dei lavori, nell'accertamento dei risultati del voto) e la precisazione che dell'attività del presidente, come specificata, deve darsi conto nel verbale.

In verità tutto ciò non fa che esplicitare quelle che già oggi si ritengono essere le funzioni tipiche del presidente dell'assemblea, i cui poteri/doveri – è bene sottolineare – possono essere ulteriormente estesi, integrati o precisati nel dettaglio dallo statuto e/o dal regolamento assembleare. L'utilità del secondo comma dell'art. 2371, allora, si coglie non sul piano della individuazione di quei poteri/doveri, ma soprattutto sul piano della loro, sinora discussa, origine: si tratta – il punto adesso diviene evidente – di poteri tipici dell'ufficio e non già derivati o delegati dall'assemblea. L'art. 2371 è interamente replicato dall'art. 2479-bis, comma 4, a proposito delle s.r.l.

16. Segue: *La verbalizzazione*

Numerose novità vengono introdotte dal progettato nuovo art. 2375.

a) *Sottoscrizione*.

Tra queste – sia detto subito - non vi è nulla che consenta di risolvere il risalente problema della essenzialità o no della sottoscrizione del verbale notarile da parte del presidente dell'assemblea. Si ripete, infatti, la formula attuale (“verbale sottoscritto dal presidente e dal segretario o dal notaio”), la quale, come è noto, può leggersi nel senso della alternatività della sottoscrizione del notaio tanto rispetto a quelle di presidente e segretario quanto rispetto a quella del solo segretario.

Per essere più precisi, la legge chiarisce che la sottoscrizione del presidente dell'assemblea non è essenziale, in quanto l'art. 2379, comma 3, esclude che possa integrare la “mancanza del verbale”, causa di nullità della deliberazione, la mancata sottoscrizione del presidente dell'assemblea, se essa viene sostituita dalla sottoscrizione del presidente del consiglio di amministrazione (non anche – chissà perché? – dell'amministratore unico) o del consiglio di sorveglianza. La affermata surrogabilità – da intendersi, v'è da supporre, quale surrogabilità ad ogni effetto: non mi pare, cioè, che si possa in tali casi scartare la nullità ed ipotizzare ad altri vizi (del verbale e/o della delibera) – semplicemente ripropone il problema tradizionale, e le sue diverse soluzioni, con una piccola variante: la necessità o meno della firma del presidente dell'assemblea o del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza, accanto alla firma del notaio.

A qualcuno potrebbe sembrare singolare che si pongano sullo stesso piano le firme di un soggetto presente alla riunione, qual è il presidente dell'assemblea, e di soggetti assenti alla stessa: dico assenti, perché pressoché tutti gli statuti attribuiscono o attribuiranno il ruolo di presidente dell'assemblea, *in primis*, al presidente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza; e perciò, a meno che questi ultimi siano assenti, sarà lo stesso soggetto ad esercitare entrambi i ruoli di presidente del consiglio di amministrazione (o di sorveglianza) e di presidente dell'assemblea.

Chi riveste tali cariche sociali, se ed in quanto assente all'adunanza, certo non può con la sua sottoscrizione confermare la veridicità del verbale; eppure la legge non ne richiede la presenza in assemblea, perché la relativa sottoscrizione del verbale sia giuridicamente rilevante: si accontenta, per così dire, della sola autorevolezza della carica, per indicare una via di fuga, un rimedio alla sopravvenuta impossibilità o al rifiuto di sottoscrizione del verbale da parte del presidente dell'assemblea.

Viene da chiedersi, a questo punto, a che cosa serva e perché venga prescritta la sottoscrizione del verbale, con pari efficacia, da un soggetto presente e da un soggetto (probabilmente) assente all'assemblea; ed ancora si è spinti a riflettere se ciò, riducendo il valore della sottoscrizione del

15
presidente dell'assemblea, non finisca per portare ulteriori argomenti alla tesi della sufficienza della sottoscrizione notarile del verbale.

b) *Contenuto del verbale*

Nel secondo periodo del primo comma dell'art. 2375 vengono offerte indicazioni di contenuto del

verbale, che completano quelle, sopra ricordate, desumibili dall'art. 2371 circa il resoconto dell'attività del presidente.

Dal verbale deve innanzitutto risultare la data dell'assemblea: precisazione solo apparentemente banale, ma che in realtà conferma, in collegamento con il disposto dell'ultimo comma, che la data dell'assemblea può essere diversa dalla data del verbale, elemento – quest'ultimo – richiesto per il verbale notarile dall'art. 51, n. 1, l.not..

Dal verbale o da suoi allegati deve risultare l'identità dei partecipanti e il capitale rappresentato da ciascuno, quali accertati dal presidente. Là dove l'intervento si realizzi per mezzo della rappresentanza, sebbene non sia espressamente detto, ciò dovrebbe implicare la rilevazione dell'identità sia del rappresentante sia del rappresentato. Ci si può chiedere se sia sufficiente, a dar conto della identità, la indicazione del nome e del cognome o della denominazione dell'ente, come oggi abitualmente avviene. In linea di principio, per rilevare l'identità occorre assumere e riportare quegli ulteriori dati che consentono di escludere le omonimie. Tuttavia, non sembra indispensabile riportare nel verbale o nella c.d. lista di presenza quei dati identificativi (luogo e data di nascita, sede sociale, ecc.) che sono già in possesso della società ovvero sono dalla stessa rilevabili dalla documentazione depositata o dalle comunicazioni effettuate in vista dell'intervento in assemblea. Ancora devono risultare dal verbale le modalità di votazione e il risultato della stessa, complete di indicazioni (anche in allegato) della direzione del voto o della astensione di ogni avente diritto al voto: ciò esclude, in via definitiva, l'ammissibilità del voto segreto, che non consentirebbe tale rilevazione.

Infine si ribadisce che “nel verbale devono essere riassunte, su richiesta dei soci, le loro dichiarazioni pertinenti all'ordine del giorno”.

Qui l'attenzione va posta, in primo luogo, sul termine “riassunte”, già presente nel vigente art. 2375: non si tratta di scrivere sotto dettatura o trascrivere letteralmente e integralmente le dichiarazioni (come invece prescrive in un caso particolare, di cui *infra*, l'art. 2341-ter) e tantomeno di copiare o allegare documenti preconfezionati; si tratta di riportare una sintesi delle dichiarazioni, con fedeltà assoluta al “senso” delle medesime.

In secondo luogo, come accade per l'attuale art. 2375, occorre con una interpretazione estensiva correggere la lettera della norma là dove si riferisce con una sineddoche ai soci (la parte), anzi che agli intervenuti (il tutto), in quanto pare evidente che il diritto di vedere verbalizzate le proprie dichiarazioni è un correlato del diritto di intervento di soci e di non soci.

Infine, e soprattutto, va rimarcato ciò che viene aggiunto rispetto a quanto attualmente vigente: la importante precisazione che il diritto di ottenere la verbalizzazione delle proprie dichiarazioni spetta nella misura in cui le stesse sono pertinenti all'ordine del giorno. In tal modo si offre al presidente dell'assemblea, con l'aiuto del verbalizzante, un utile mezzo per combattere l'ostruzionismo assembleare e la strumentalizzazione dell'intervento in assemblea per finalità estranee ai relativi lavori.

Nel complesso si deve ritenere che il nuovo art. 2375, in coordinamento con il nuovo art. 2371, offra un apprezzabile livello minimo di analiticità del verbale, senza distinzioni tra s.p.a. che fanno ricorso al capitale di rischio (quotate a parte) e s.p.a. che non vi fanno ricorso. La distinzione da ultimo riportata viene recuperata soltanto per fare in modo che il verbale possa veicolare, in caso di ricorso al capitale di rischio, informazioni aggiuntive rispetto a quelle minime sopra menzionate: come nel caso della dichiarazione di esistenza di patti parasociali, da effettuarsi in apertura di assemblea e da “trascriversi” (e non semplicemente riassumersi) nel verbale (soggetto a deposito

16 nel registro delle imprese) in ottemperanza alla insoddisfacente e poco chiara norma dell'art. 2341-ter.

Per la verità, il giudizio complessivo non può prescindere dalle conseguenze della redazione di un verbale non rispettoso del contenuto minimo richiesto dalla legge.

Al riguardo, secondo l'art. 2379 la delibera è nulla per "mancanza del verbale" (comma 1); e tale mancanza si verifica non soltanto quando il verbale non è stato mai redatto, ma anche quando manchi in esso la data della deliberazione (*rectius*, dell'assemblea: art. 2375) o il "dispositivo deliberato", cioè il c.d. testo di delibera approvato dall'assemblea (oltre che per mancanza della sottoscrizione dei soggetti indicati dalla legge, come sopra ricordato).

Mentre, secondo l'art. 2377, comma 4, n. 3, non comporta invalidità della deliberazione né la incompletezza del verbale, cioè il non aver dato conto di tutte le indicazioni richieste dalla legge o dallo statuto (diverse dalla data dell'assemblea e dal dispositivo deliberato), né la inesattezza del verbale, cioè la sua infedeltà o imprecisione rispetto al concreto fatto assembleare, se ricorre una condizione: che non sia impedito "l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione" (deve intendersi: della effettiva deliberazione adottata, e non di una qualsiasi ipotetica deliberazione).

In sostanza, le violazioni sul contenuto del verbale (data dell'assemblea e presenza del dispositivo deliberato a parte) rendono annullabile la delibera solo quando:

- i) nel verbale il testo della delibera non manca, ma è oscuro, sino al punto da non consentire la ricostruzione della delibera;
- ii) nel verbale il dispositivo è riportato con chiarezza, ma descrive una deliberazione totalmente o parzialmente diversa da quella adottata;
- iii) il verbale incompleto o inesatto non permette il controllo sulla validità della delibera.

L'ultimo punto – dai riflessi pratici più sensibili - recepisce il principio, sinora da alcuni sostenuto ma da altri osteggiato, della c.d. autosufficienza del verbale: il quale, nella sua natura di strumento di prova, informazione e controllo del fatto assembleare, diventa così importante, da compromettere deliberazioni in sé irreprensibili quando la loro conformità alla legge e allo statuto non sia verificabile in base alla documentazione approntata (verbale e relativi allegati).

Tre deduzioni possono ancora esprimersi, tutte piuttosto ovvie.

Il rispetto del contenuto minimo previsto dalla legge, se del caso integrato dallo statuto, esclude che possa ravvisarsi incompletezza del verbale quale fonte di annullabilità della delibera.

La eventuale carenza informativa del verbale circa il contenuto minimo, ancorché abbia causato l'annullabilità della delibera, potrà essere rimediata (sino ad annullamento avvenuto) da un atto integrativo e/o rettificativo del verbale stesso ad opera del suo autore, al fine di dare le informazioni aggiuntive ed eliminare quelle incertezze o inesattezze che causerebbero la impugnabilità della delibera. Ciò pare pienamente in linea con la *ratio* sottesa alla intera impostazione, nella riforma, della invalidità delle delibere assembleari, e ben si coordina con il dettato dell'ultimo comma dell'art. 2377 (sostituzione della delibera annullabile): sarebbe davvero eccessivo pretendere di dover rifare l'assemblea perché venga riadottata una delibera in sé valida.

Ogni violazione di legge o di statuto nella redazione del verbale, quand'anche non causi l'annullabilità della delibera, espone l'autore del verbale al risarcimento dei danni causati a titolo di responsabilità, secondo i casi, contrattuale (verso la società) o extracontrattuale (verso i singoli intervenuti e i soci assenti, nonché verso i terzi che hanno fatto affidamento sul verbale o sulla delibera divenuta invalida per carenze del verbale).

Non sembra che nella s.r.l. valgano, nella sostanza, regole diverse da quelle sopra esposte. L'art. 2479-*bis*, infatti, richiede espressamente la indicazione a verbale degli accertamenti e dell'attività svolta dal presidente nei medesimi termini; e, pur non essendoci la riproduzione o il richiamo né dell'art. 2375 né del concetto di mancanza del verbale di cui all'art. 2379, l'art. 2479-*ter* dichiara applicabile l'art. 2377, comma 4, che comprende gli effetti sulla delibera dell'incompletezza e dell'inesattezza del verbale.

17

Le norme richiamate presuppongono in larga misura le norme non richiamate; ed inoltre va considerato che, essendo il tipo s.r.l. più semplice e meno formale del tipo s.p.a., certamente per il

primo non possono valere norme più rigorose di quelle applicabili alla s.p.a..

Ne deriva che, in difetto di diverse indicazioni statutarie, nella s.r.l. valgono le stesse regole dettate per lo svolgimento e la verbalizzazione dell'assemblea nella s.p.a., ove non diversamente disposto dalla legge.

c) *La tempestività del verbale e il verbale tardivo*

Con l'ultimo comma dell'art. 2375 finalmente si risolve il problema del momento in cui va redatto il verbale assembleare, con definitivo abbandono della, già da tempo in crisi, tesi della contestualità necessaria, per la quale il verbale andrebbe perfezionato al termine dell'assemblea e senza soluzione di continuità.

Con norma chiarificatrice si afferma ora che il verbale va redatto "senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o pubblicazione": dunque, si opta per la prescrizione della "tempestività" del verbale, avuto riguardo ai successivi adempimenti che la legge pone in capo alla società, ai suoi organi o allo stesso verbalizzante.

Poiché con ogni evidenza la disposizione si dirige a tutti i verbali, ed anzi sono principalmente quelli notarili a richiedere gli adempimenti pubblicitari a cui si fa riferimento, non potrebbe desumersi dalla legge notarile alcun argomento contrario, teso ad affermare un diverso principio per i soli verbali in forma di atto notarile: ammesso e non concesso che nella legge notarile vi sia una norma contraria, quest'ultima risulterebbe superata, per il punto che interessa, dall'art. 2375, ultimo comma.

Piuttosto occorre notare che, mentre per i verbali oggetto di pubblicità un termine finale è dato dai trenta giorni solitamente fissati per adempiere a detti obblighi, nessun termine fisso di scadenza, neanche indirettamente ricavabile, si ha per i verbali non oggetto di deposito. Ma ciò solo apparentemente rappresenta un problema.

Infatti, per un verso, tutti i verbali devono essere redatti nel termine che è ragionevole e giustificato impiegare in relazione alla complessità dell'evento assembleare e alla preparazione della relativa documentazione, sicché un ritardo sotto questo profilo ingiustificato – se pur non determina conseguenze in termini di invalidità della delibera e del verbale stesso in forza di quanto disposto dall'art. 2375, ultimo comma, e di quanto si dirà circa l'art. 2379-bis – espone pur sempre il verbalizzante alla responsabilità per i danni cagionati alla società e ai terzi.

Inoltre, bisogna tenere conto che, se è vero che la mancanza del verbale per l'art. 2379 provoca la nullità della delibera, tale nullità "può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva" (art. 2379-bis): donde si vede come un verbale redatto anche molto tempo dopo, purché prima dell'assemblea successiva, non sia invalido e sia ritenuto idoneo a rendere valida anche la deliberazione assembleare (salva la responsabilità per i danni causati con il ritardo ingiustificato).

In altre parole, dal coordinamento dell'art. 2379, comma 1, con l'art. 2379-bis, comma 2, si evince che:

- la decorrenza del termine (solitamente di trenta giorni, in caso di successivi adempimenti pubblicitari; in difetto, termine variabile da ritenersi congruo in rapporto alle circostanze del caso specifico) per la redazione di un verbale non tardivo ai sensi dell'art. 2375, ultimo comma, senza che il verbale sia stato redatto, produce la nullità della deliberazione;

- il verbale tardivo, che venga però redatto prima dell'assemblea successiva alla scadenza del termine, è un atto in sé perfettamente valido poiché previsto dalla legge come atto idoneo a sanare la nullità della delibera (restando tuttavia salvi i diritti dei terzi).

Anche a proposito della tempestività del verbale non sembra che nella s.r.l. valga una regola diversa: il che sarebbe difficilmente giustificabile alla luce di quanto già osservato a proposito dello svolgimento e della verbalizzazione delle assemblee nella s.r.l., la maggiore semplicità della quale

non può tendenzialmente portare a regole diverse e più rigorose rispetto a quelle valesi per la

s.p.a.

Può soltanto ricordarsi che per l'art. 2481 – aumento di capitale delegato agli amministratori – la decisione (sia o no essa vera e propria delibera) deve risultare da verbale redatto “senza indugio” da notaio, con successivo controllo, deposito e richiesta di iscrizione entro trenta giorni.

Tale norma, da un lato, conferma che anche nella s.r.l. vige il principio di “tempestività”, e non già di “contestualità”, del verbale; dall'altro, richiede di essere interpretata sistematicamente, in collegamento con quanto disposto in tema di s.p.a. e in vista del principio di fondo per cui, in mancanza di ragioni specifiche, nella s.r.l. non si giustificano regole improntate a un rigore formale maggiore rispetto alla s.p.a..

Dunque, l'espressione “senza indugio”, pur estesa alla verbalizzazione di ogni deliberazione dei soci, equivale all'espressione “senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione”.

Quanto alla trascrizione dei verbali e delle decisioni dei soci di s.r.l. nel relativo libro, da effettuarsi “senza indugio” ai sensi dell'art. 2478, n. 2 (dizione peraltro assente nella s.p.a., il cui art. 2421, n. 3, prescrive la trascrizione senza indicazioni di ordine temporale), essa non incide su quanto detto poc'anzi, poiché la norma si rivolge non a chi è demandata la confezione del verbale bensì ai soggetti che, a confezione avvenuta, ne dovranno - da quel momento senza indugio – curare la trascrizione sul libro (libro che viene ritenuto la principale fonte di informazione per i soci, tant'è che da quel momento decorrono i termini per l'impugnazione delle decisioni).

17. *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*

Il tema ha molto attirato l'attenzione della commissione Vietti, che con il nuovo art. 2377 e seguenti ha non poco modificato la vigente disciplina, perseguendo lo scopo generale di favorire la certezza dei rapporti giuridici. Ciò viene realizzato attraverso la riconduzione, nell'ambito delle invalidità regolate, delle discusse ipotesi di inesistenza delle deliberazioni assembleari (al di là delle ipotesi di assemblee mai tenute o di votazioni mai effettuate) e attraverso la limitazione delle fattispecie di invalidità e della loro concreta rilevabilità. La tutela degli aventi diritto, quando non possa più ottenersi attraverso la eliminazione della delibera, viene trasferita sul piano obbligatorio della responsabilità per danni a carico dei soggetti responsabili della violazione delle regole di legge e di statuto.

In particolare, la eliminazione della teoria della inesistenza – che, è bene ricordarlo, con la sua diffusione giurisprudenziale e i suoi dubbi applicativi mette in grande imbarazzo sia i soci sia, e soprattutto, il notaio verbalizzante di assemblee straordinarie chiamato a compiere, sotto la propria responsabilità, il controllo di sussistenza delle condizioni indispensabili per l'iscrizione della delibera – viene ottenuta mediante esplicito riconoscimento che le ipotesi classiche di inesistenza sono da qualificarsi quali ipotesi di annullabilità o di nullità della delibera: così è per la delibera votata nonostante la mancanza del *quorum* costitutivo (ricondotta all'annullabilità); per la delibera che sia stata proclamata come adottata, mentre in realtà il *quorum* deliberativo non è raggiunto (ricondotta all'annullabilità); e per la delibera presa da un'assemblea non totalitaria in mancanza di convocazione (ricondotta alla nullità, ma insuscettibile di essere fatta valere dall'assente che abbia prestato assenso allo svolgimento, anche successivamente all'assemblea: art. 2379-*bis*).

Analogamente nella s.r.l., che non conosce più la distinzione tra delibere annullabili e nulle (del resto rimasta quasi solo per tradizione nella s.p.a.), sono invalide, ed impugnabili entro tre mesi dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci, le delibere adottate a seguito di “irregolare, indebito o erroneo computo della maggioranza”: così, nel comma 2, l'art. 2479-*ter*, che poi nel comma 6, richiama l'art. 2379-*bis*.

Merita precisare che, dato il palese obiettivo perseguito e manifestato nella Relazione, non sarebbe corretto interpretare restrittivamente le ipotesi contemplate, che del resto sono quelle di maggiore gravità, per andare alla ricerca di sopravvissute fattispecie di inesistenza giuridica, non

completamente riconducibili a quelle descritte dalla legge, da sanzionare con l'assoluta e irrimediabile inefficacia su richiesta di chiunque ne abbia interesse.

L'unica inesistenza residua è quella reale e materiale: la delibera di un'assemblea mai tenutasi, risultante da un verbale falso o che falsamente la attesta; la delibera mai portata a votazione in un'assemblea reale, risultante da un verbale che falsamente la attesta.

Pur rimanendo fermo il principio di fondo della invalidità delle delibere non conformi alla legge e allo statuto, le fattispecie di invalidità in realtà diminuiscono, anche se si arricchiscono dei casi di "inesistenza giuridica". Diminuiscono sia perché alcune non conformità alla legge o allo statuto vengono espressamente giudicate insufficienti a condurre all'invalidità (ad esempio: la presenza in assemblea e il voto di non legittimati, se il *quorum* costitutivo e deliberativo sono raggiunti al netto dei non legittimati; ovvero l'incompletezza e l'inesattezza del verbale che non pregiudichino l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della delibera), sia perché aumentano le possibilità di eliminazione successiva dei vizi o della loro rilevabilità (vedi la c.d. sanatoria della nullità per mancata convocazione e per mancanza del verbale nell'art. 2379-*bis*; vedi, per la s.r.l., l'assegnazione di un termine infrasemestrale alla società, da parte del giudice adito per l'impugnativa, per l'adozione di una decisione idonea ad eliminare la causa di invalidità ai sensi dell'art. 2479-*ter*, comma 2).

Ma soprattutto diminuiscono le *chances* di far valere l'invalidità della delibera per la introduzione di restrizioni soggettive e temporali.

Sotto il primo profilo il diritto di impugnazione da diritto individuale del socio – quale resta nella s.r.l. – diventa nella s.p.a. diritto della minoranza (che raggiunga l'uno per mille o il cinque per cento del capitale, a seconda che si verta in tema di s.p.a. che ricorrono o no al capitale di rischio); soltanto l'azione di nullità continua a spettare a chiunque vi abbia interesse.

Sotto il secondo profilo, fermo restando il periodo trimestrale a disposizione per impugnare le delibere annullabili, viene posto un limite all'azione di nullità, salvo il caso – in cui permane l'imprescrittibilità - di delibera nulla per aver modificato l'oggetto sociale prevedendo un'attività illecita o impossibile. Il termine ora è normalmente triennale. Ma si riduce a sei mesi per la nullità delle delibere indicate nell'art. 2379-*ter*: aumento di capitale, sua riduzione non per perdite, emissione di obbligazioni (quando è rimessa alla assemblea); e comunque, se la nullità delle delibere è dovuta a mancata convocazione, l'azione va esercitata entro tre mesi dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale le qui citate delibere sono state, anche in parte, eseguite (termine, quest'ultimo, che – se non interpreto male la norma e la sua finalità limitativa della rimozione di queste delicate delibere - può solo ulteriormente ridurre e non anche allungare il primo termine di sei mesi dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese). Ancora va ricordato che per l'art. 2434-*bis* le azioni di annullamento o di nullità della delibera di approvazione del bilancio non possono essere proposte dopo che è stato approvato il bilancio dell'esercizio successivo.

La limitazione diventa, poi, massima nel caso di aumento di capitale, riduzione non per perdite ed emissione di obbligazioni, dove la nullità è "impronunciabile" (e l'azione, se già esercitata, diventa improcedibile), nelle s.p.a. che fanno appello al capitale di rischio, una volta che sia stata attestata nel registro delle imprese l'esecuzione dell'aumento o che sia iniziata la esecuzione delle delibere di riduzione del capitale o di emissione di obbligazioni.

Per le s.r.l. l'art. 2479-*ter* riproduce il medesimo sistema, pur evitando di riproporre la distinzione (ormai) nominalistica tra annullabilità e nullità e pur variando il *dies a quo* per l'impugnabilità delle decisioni, fissato sempre nel giorno della trascrizione della decisione nell'apposito libro: con l'intuitivo duplice problema della dimostrazione della data in cui tale trascrizione è avvenuta e della (almeno apparentemente) perenne possibilità di impugnare decisioni non trascritte.

I territori lasciati liberi dal ritiro del battaglione delle invalidità vengono immediatamente occupati dalla grande armata delle responsabilità (art. 2379-*ter*, ultimo comma).

18. *Le decisioni dei soci e l'assemblea nella s.r.l.*

20

Con il nuovo art. 2479 scompare l'assemblea come luogo esclusivo o privilegiato imposto dalla legge per la composizione dei conflitti di interessi tra soci e per la formazione di decisioni ponderate degli stessi, sulla scorta di un procedimento documentato e articolato in convocazione, riunione, discussione e votazione simultanea.

Al suo posto restano le "decisioni dei soci", il cui procedimento di formazione ha una limitata rilevanza tipologica.

Infatti la norma rinuncia per lo più a dettare regole in merito e rinvia alla volontà dei soci espressa nell'atto costitutivo sia per la delimitazione della sfera decisionale del socio sia per le modalità di formazione delle decisioni.

Tuttavia non mancano alcune necessità tipologiche.

Sul piano delle competenze decisionali, spettano e non possono essere sottratte ai soci:

l'approvazione del bilancio e la destinazione dell'utile, la nomina degli amministratori e – occorrendovi – dei sindaci (con indicazione del presidente) e dei revisori, le modificazioni dell'atto costitutivo, l'approvazione di operazioni che comportano "una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci".

Per la identificazione di quest'ultima categoria - intendo quella delle operazioni che comportano rilevante modifica dei diritti dei soci - né l'art. 2479 né la Relazione prestano aiuto, e perciò essa rimane piuttosto misteriosa. Infatti, mentre ben si comprende come il compimento di operazioni della società con terzi (per esempio, l'acquisizione di una importante partecipazione in altra società) possa comportare una modica sostanziale del programma di attività descritto nell'oggetto sociale, non è facile capire come e quando un'operazione compiuta dalla società con terzi possa incidere sui diritti dei soci interni al rapporto sociale. Non può esservi alcun riferimento a fusione e scissione, poiché esse espressamente rientrano nelle, o sono assimilate alle, modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto (art. 2502, richiamato dall'art. 2506-ter). L'unico caso che, in questa fase di prima riflessione, potrebbe forse ricondursi alla categoria in discorso, è dato dalle operazioni che possono determinare dipendenza economica da altra impresa, sì da sottomettere la società all'influenza dominante (controllo contrattuale) e all'attività di direzione e coordinamento di altra società: ciò determinerebbe una rilevante modifica dei diritti dei soci, perché l'art. 2497-*quater* prevede diverse nuove situazioni in cui al socio, nella ipotesi considerata, si accorda il diritto di recesso dalla società.

Inoltre, alle competenze decisionali di base fissate dalla legge possono aggiungere ulteriori competenze sia i soci stessi, opportunamente conformando l'atto costitutivo con previsioni di carattere generale ovvero mediante richiesta di decisione presentata nel caso specifico da tanti soci che rappresentano un terzo del capitale sociale, sia i singoli amministratori, sottoponendo ai soci l'approvazione di date operazioni gestionali (è a tal proposito opportuno ricordare che sono ora solidalmente responsabili con gli amministratori i soci che decidono o approvano il compimento di atti dannosi per la società, i soci o terzi: art. 2476, comma 8).

Sul piano delle modalità decisionali, il procedimento assembleare andrà necessariamente seguito soltanto in caso di modificazioni dell'atto costitutivo (artt. 2479, comma 4, e 2480), di approvazione di operazioni che comportano sostanziale modifica dell'oggetto sociale o rilevante modifica dei diritti dei soci (art. 2479, comma 4), di perdite che incidono sul capitale per oltre un terzo (art. 2482-*bis*), di nomina e revoca dei liquidatori e determinazione dei criteri di liquidazione (2487), di revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-*ter*). A ciò si aggiungano le disposizioni di leggi speciali che espressamente prevedono la decisione in forma assembleare, come nel caso della approvazione della proposta di concordato preventivo o fallimentare o della richiesta di ammissione ad amministrazione controllata (artt. 152, 161 e 187 l.fall.).

Per il resto, tutto dipenderà dalla volontà dei soci e degli amministratori, la legge limitandosi a

prevedere quanto segue:

a) le alternative all'assemblea sono la "consultazione scritta" dei soci e il "consenso espresso per iscritto" dai soci: entrambe richiedono, quale unico onere formale, la manifestazione

21

della volontà in documenti sottoscritti dai soci dai quali emerga con chiarezza l'argomento oggetto della decisione e il consenso alla stessa (art. 2479, comma 3);

b) la percorribilità di tali alternative presuppone una scelta compiuta nell'atto costitutivo, il cui silenzio sul punto, pertanto, lascia spazio al solo metodo assembleare (art. 2479, comma 4);

c) in ogni caso, quand'anche l'atto costitutivo preveda la consultazione o il consenso scritto per tutte o per alcune delle materie in cui non esiste una competenza inderogabile dell'assemblea, a questa bisogna necessariamente fare ritorno se lo richiedono tanti soci che rappresentino un terzo del capitale o almeno un amministratore (singolare questa intrusione vincolante dell'amministratore, specie quando non sia socio, nella scelta delle modalità di formazione ed espressione delle decisioni dei soci).

19. Segue: *Consultazione scritta e consenso espresso per iscritto, diritti del socio e maggioranze*

Qualche considerazione meritano le stringate proposizioni contenute nel terzo comma dell'art.

2479, nelle quali non si spiega che cosa si debba intendere per "consultazione scritta" e in che cosa essa si differenzi rispetto al "consenso espresso per iscritto".

Sembrerebbe corretto il ricondurre la consultazione scritta al modello referendario, con il quale si chiede ad ogni votante/socio di esprimere la propria posizione favorevole o contraria rispetto ad una proposta di decisione predefinita ed immutabile dal singolo consultato (salvo che egli si faccia promotore di un'altra consultazione su di un testo parzialmente diverso). Al socio, naturalmente, sarà consentito di non esprimere alcuna posizione favorevole o contraria, astenendosi dal partecipare alla consultazione o dichiarando, anche per iscritto, la propria neutralità.

Le differenze della precedente fattispecie rispetto al "consenso espresso per iscritto", allora, dovrebbero così riassumersi:

i) il "consenso espresso per iscritto" indica qualsiasi ipotesi di volontà decisionale extraassembleare non manifestata in seguito ad una previa consultazione dei soci e in adesione ad una predefinita proposta di decisione;

ii) mentre in una consultazione sono possibili tre posizioni - voto favorevole, voto contrario ed astensione - fuori da una consultazione sono concepibili due sole posizioni: il consenso può essere dato o non dato, e non si dà una terza possibilità (salvo approfondire le cause del consenso non dato: e v. *infra* sul consenso non richiesto);

iii) il "consenso espresso per iscritto" può essere contenuto sia in un unico documento, sottoscritto da tutti i consenzienti, sia in più documenti dello stesso contenuto provenienti dai vari consenzienti, mentre la "consultazione scritta" dovrebbe dar luogo a tanti documenti quanti sono i consultati (il documento unico potrebbe immaginarsi nel caso di socio unico che aderisca ad una consultazione promossa dagli amministratori).

In comune queste due modalità hanno l'onere formale della espressione del consenso in un documento sottoscritto dal socio: ciò si riferisce sia all'adesione alla proposta oggetto di consultazione sia al consenso espresso in assenza di una consultazione. Essendo l'onere formale dalla norma limitato al consenso dato, in linea di principio non ha alcuna rilevanza giuridica in che modo venga manifestato il dissenso o l'astensione (nella consultazione) ovvero in che modo non venga dato il consenso (fuori dalla consultazione).

A questo punto, però, si rendono necessarie alcune osservazioni.

Innanzitutto va detto che ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni (art. 2479, comma 5): il che implica un autonomo e preventivo diritto all'informazione sulle decisioni da prendere. Il sistema non può preoccuparsi del diritto all'informazione soltanto quando si segue il metodo assembleare (v., per un riscontro, l'art. 2479-*bis*). Ed infatti non se ne disinteressa, perché nell'art.

2479-ter, comma 4, si legge che le decisioni prese in assenza assoluta di informazione sono invalide, ed in particolare impugnabili da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni.

22

In secondo luogo va ricordato che, in mancanza di diversa disposizione dell'atto costitutivo, "le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole della maggioranza dei votanti che rappresentano almeno la metà del capitale sociale": ciò si legge nell'art. 2479, ultimo comma. Il riferimento al "votante", accettabile nella consultazione scritta, invero non sarebbe appropriato nel "consenso espresso per iscritto"; ma non c'è dubbio che la disposizione intenderebbe coprire anche quest'ultima ipotesi.

Ma qualcosa non quadra. L'eventualità prefigurata dalla norma come soglia minima di consenso alla decisione - una maggioranza di votanti pari alla metà del capitale - presuppone l'esistenza di almeno una astensione: altrimenti la metà del capitale favorevole sarebbe bilanciata dalla metà contraria o comunque non consenziente, e la decisione non sarebbe sorretta da alcuna maggioranza. Non riterrei, invece, accettabile una diversa interpretazione volta a dar rilievo, in una norma di *default*, ad una maggioranza per teste, in cui ad ogni socio spetti un voto indipendentemente dall'ammontare della rispettiva quota di partecipazione, purché alla fine la decisione risulti sorretta dalla metà del capitale. Una simile lettura non troverebbe alcun sostegno nella Relazione, esplicita sulle innovazioni relative alle modalità di formazione delle decisioni dei soci, ma silente su un punto che sarebbe di così forte rottura con il tradizionale "peso" dei soci proporzionato alla partecipazione al capitale. Né essa potrebbe giustificarsi in una visione del tipo s.r.l. che lo avvicini ai tipi personali: anche rispetto a questi, infatti, rimane estraneo il calcolo, tipico delle cooperative, della maggioranza per teste, l'unica eccezione trovandosi in tema di esclusione del socio. Di più: l'interpretazione qui rifiutata si porrebbe in insanabile contrasto con l'art. 2468, comma 2, per il quale "i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta", con la sola eccezione degli eventuali diritti, attribuiti ai sensi dell'art. 2468, comma 4, dall'atto costitutivo a singoli soci e modificabili solo con il consenso di tutti i soci, concernenti l'amministrazione o la distribuzione degli utili. Sicché parrebbe di dubbia validità anche una clausola statutaria che per tutte o alcune decisioni dei soci intendesse introdurre il voto per teste. In definitiva sembra logico ritenere che l'art. 2479, ultimo comma, così come fa l'art. 2479-bis, comma 3, circa il *quorum* deliberativo assembleare, ribadisce il principio di maggioranza in funzione della partecipazione dei soci al capitale e, pensando alle ipotesi di assenza e di astensione di singoli soci, richiede - salva diversa clausola nell'atto costitutivo - che la maggioranza dei voti espressi in favore della decisione giunga da soci, conteggiabili in base al loro diverso peso specifico, che complessivamente raggiungono almeno la metà del capitale sociale.

Tuttavia, se l'assenza è concepibile solo con riguardo ad una riunione assembleare, l'astensione del socio è concepibile, come già detto, soltanto in caso di (assemblea o di) consultazione. Ciò significa che nel caso di "consenso espresso per iscritto" il *quorum* minimo per sorreggere la decisione non può essere quello introdotto dalla norma, perché esso non sarebbe neanche astrattamente configurabile. Nel consenso espresso fuori da una consultazione l'unica maggioranza concepibile, anche tenuto conto del diritto di ogni socio di partecipare alle decisioni, è quella che supera la metà del capitale.

Altre difficoltà provengono, ancora, dall'ipotesi di astensione nella consultazione scritta. Si ipotizzi che in una consultazione scritta la maggioranza dei votanti sia pari alla metà del capitale grazie alle astensioni di alcuni soci: di queste bisogna essere certi, poiché da esse dipende l'esistenza, per la società e i terzi, di una decisione valida e vincolante per tutti. Eppure soltanto per i consensi (voti favorevoli) si richiede un documento di chiaro contenuto, sottoscritto dal socio; per le astensioni nessun onere formale si esige (almeno espressamente). Viene allora da chiedersi quando l'atteggiamento del socio sia qualificabile come astensione e come se ne possa dare la

prova. *Nulla quaestio* se il socio ha dichiarato per iscritto di astenersi; ma se invece egli omette di pronunciarsi, come si dimostra che egli, debitamente informato, ha mostrato con il proprio comportamento di volersi astenere?

Il punto è delicato per la necessità di contemperare l'interesse dei soci favorevoli e della società alla pronta esecuzione di una decisione correttamente adottata, con l'interesse della minoranza dissenziente e degli amministratori a che non venga data esecuzione ad una decisione invalida per

23
“irregolare, indebito o erroneo computo della maggioranza” (art. 2479-ter). Il punto è altresì connesso alla valutazione giuridica del silenzio, da apprezzarsi, secondo i principi generali, quale non-dichiarazione, che soltanto in casi particolari si tramuta in dichiarazione di volontà (ad esempio, alla presenza dei presupposti fissati in una precedente previsione contrattuale).

Ciò porta a ritenere che lo statuto che introduca la consultazione scritta o esige sempre il consenso della maggioranza del capitale oppure deve preoccuparsi di fissare le condizioni alla cui presenza il silenzio del socio sia apprezzabile come astensione: ad esempio, prevedendosi che valga astensione il silenzio protratto per x giorni dopo il ricevimento della proposta di decisione. In difetto, il soggetto o l'organo incaricato dallo statuto di verificare il raggiungimento della maggioranza e di documentarne il risultato (almeno) sul libro delle decisioni dei soci, che nel far ciò impegna la propria responsabilità, avrà grande imbarazzo nel valutare in modo appropriato comportamenti omissivi e nel conteggiare astensioni bensì espresse, ma non effettuate per iscritto e quindi di difficile prova. E lo stesso vale per tutti coloro che sono chiamati per legge o per contratto a verificare la validità di quelle decisioni.

20. Segue: *L'assemblea su misura nella s.r.l.: il ritorno dopo l'esilio?*

Se si eccettuano le poche, sopra ricordate, decisioni non sottraibili all'assemblea, le quali sostanzialmente si riducono alle modificazioni dell'atto costitutivo, essendo le altre di ricorrenza davvero eccezionale, l'autonomia statutaria potrebbe mandare in esilio quell'organo che un tempo si diceva sovrano. V'è da ritenere che molte società coglieranno questa opportunità di prescindere da formali convocazioni, stucchevoli riunioni, noiose verbalizzazioni.

D'altra parte, però, non è detto che non si possa assistere ad un rilancio del metodo assembleare, magari dopo aver sperimentato le vie alternative ed aver saggiato tanto la rapidità decisionale che esse offrono, quanto i rischi a cui espongono in termini di incomprensioni tra soci, di scarsa ponderazione delle decisioni, di insufficiente informazione (nonostante i formali presidi giuridici) e discussione sull'attività sociale e sui relativi problemi.

Quel rilancio, se avverrà, sarà favorito dall'ampia possibilità, concessa all'autonomia statutaria dall'art. 2479-bis in piena coerenza con una visione pienamente contrattualistica del tipo, di conformare il procedimento assembleare su misura per le esigenze dei propri soci: dalla convocazione, per la quale vale qualsiasi modalità purché in grado di assicurare la tempestiva informazione, alla rappresentanza in assemblea, per la quale non vi è alcun limite che non sia disposto dallo statuto, ed ancora dai *quorum* costitutivo e deliberativo, per i quali non esiste alcun limite minimo o massimo a prescindere dall'oggetto delle delibere (anzi, non vi è neanche più la distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria, se l'atto costitutivo non la reintroduce), allo svolgimento delle fasi di intervento, discussione e votazione, totalmente rimesse all'autoregolamentazione: con la sola necessità di garantire il diritto del socio di partecipare alle decisioni, di affidare la verifica e la garanzia della regolarità della riunione ad un presidente dell'assemblea e a documentare il procedimento mediante il verbale assembleare.

Insomma, si mandi pure in esilio il sovrano; ma non ci si sorprenda nel vederlo tornare, con la corona in mano, a bussare alla nostra porta.