

SOCIETÀ
E FALLIMENTO

Teoria e pratica del diritto

ENRICO CIVERRA

**L'assemblea dei soci
nelle società di capitali**

Delibere e invalidità



GIUFFRÈ EDITORE

I MECCANISMI DI FORMAZIONE DELLA VOLONTÀ NELLA S.R.L.

La struttura organizzativa della s.r.l. prevede due distinti schemi di formazione della volontà sociale: l'assemblea, in una conformazione fortemente alleggerita di molte formalità che, poi, ritornano nel modello della società azionaria e meccanismi di consultazione completamente deformalizzati o destrutturati, del tutto indipendenti ed affrancati dalla tradizionale struttura collegiale.

Sommario:

1. L'assemblea di s.r.l. Considerazioni introduttive.
2. Le decisioni non assembleari.
3. Il procedimento decisionale de-formalizzato.

1 L'ASSEMBLEA DI S.R.L. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il primo dato da cui partiamo nell'esaminare la disciplina dell'assemblea di s.r.l. è puramente empirico. Si tratta della constatazione del **ridotto numero di articoli che il legislatore**, che pure ha inteso dettare una normativa programmaticamente autonoma al tipo, **dedica all'assemblea**. Sono gli artt. 2479, 2479-bis e 2479-ter c.c.. È evidente il rischio che la normativa non sia esaustiva, anche con riferimento a quella previgente nella quale, sia pure col metodo del rinvio, si giungeva al risultato di una regolamentazione adeguata al fenomeno di uno dei momenti centrali della vita del tipo di società di capitali più diffuso in Italia.

Consideriamo, ora, la Rubrica della Sezione: Decisioni dei soci. Messa a confronto con quella dell'analogo momento delle società azionarie — la Sezione Sesta Dell'assemblea — essa marca già la pretesa distanza tipologica che il legislatore ha inteso costruire tra s.p.a. e s.r.l.. La terminologia utilizzata sembra voler già dar conto che tra i meccanismi di formazione della volontà sociale non vi è solo l'assemblea che — operando in forma collegiale — si esprime attraverso quei particolari atti che vengono comunemente chiamati delibere, ma anche attraverso forme e modalità differenti, ma non collegiali e quindi insuscettibili di essere catalogati come delibere. L'espressione vale, in altri termini, sia ad identificare in termini generici il prodotto dell'attività volitiva dei soci, sia a marcare la differenza che le diverse tecniche di formazione di tale volontà propongono rispetto al momento assembleare. Come noto, nella s.r.l. la possibilità che lo statuto

prescelga, accanto all'assemblea forme di assunzione delle decisioni in termini non collegiali, anche per materie fondamentali — si pensi all'approvazione del bilancio di esercizio — trova la sua espressione nel termine "decisioni" col quale ci si deve misurare. Infatti, occorrerà discutere se il nome che si dà all'esito dell'atto di manifestazione della volontà dei soci assecondi una diversa natura giuridica ed esprima una vera e propria rottura concettuale rispetto alla delibera assembleare ovvero se la sua funzione sia altra. Il disegno di s.r.l. che emerge dalla riforma appare, alla prova dei fatti, molto meno dirompente del modello proposto nel codice del 1942; il legislatore ha inteso unicamente sottolineare l'esigenza di emancipare la s.r.l. dal rapporto ancillare con la s.p.a. per adeguare l'apparato normativo ed interpretativo all'esigenza di fornire al mercato una struttura societaria adatta all'esercizio di imprese medio-piccole in regime di responsabilità limitata. In questo sforzo di emancipazione, il dato terminologico e l'immagine di una società di capitali a struttura personalistico ha funzionato come potente motore di sviluppo pubblicitario del tipo; la stessa facilità di transito da esperienze associative di tipo personalistico verso modelli più strutturati dimostra l'intento del legislatore di rendere più appetibile la fruizione di modelli capitalistici, anche in ragione della loro minore opacità. È apprezzabile l'osservazione di chi scrive che « la riforma abbia inteso trasmettere un messaggio di discontinuità non tanto e non solo sul piano della disciplina legale, quanto piuttosto (e prima ancora) su quello dell'approccio intellettuale al modello e alla disciplina legale (e quindi anche statutaria) »⁽¹⁾. A voler proseguire in questo spunto, si potrebbe giungere ad una totale svalutazione della terminologia "decisioni" ed alla sua fungibilità con quella propria dello schema collegiale e ritenere, in tal modo, che qualsiasi decisione abbia, in definitiva, la natura di delibera.

La s.r.l., come abbiamo osservato, anche nelle sue declinazioni più marcatamente personalistiche, mantiene una conformazione capitalistica. Il che rende inevitabile confrontarsi con la caratteristica dell'organizzazione corporativa dell'ente. Discorrendo di assemblea o, meglio, di processi decisionali dei soci, occorre por mente alla questione se ogni decisione sia di per sé inquadrabile come delibera anche se assunta in forme non collegiali. La risposta non è oziosa perché condurrebbe, fuor di metafora, a combinare la natura flessibile di modalità decisionali non collegiali con la natura assembleare dell'organo che l'ha emessa.

⁽¹⁾ P. BENAZZO, *La "nuova" s.r.l. tra rivoluzione e continuità: il ruolo degli interpreti*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. BENAZZO e S. PATRIARCA, Torino, 2006, 9.

Esaminiamo, quindi, fin da subito, la fattispecie delle decisioni non assembleari.

2 LE DECISIONI NON ASSEMBLEARI

Il terzo comma dell'art. 2479 c.c. ha il seguente tenore: « L'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto ». Questa prima proposizione offre già due elementi che *prima facie* servono ad identificare il modello: il primo è un dato di organizzazione della struttura della società. Infatti, occorre un'espressa previsione statutaria perché la modalità alternativa in discussione possa essere applicata effettivamente; in secondo luogo, si pone un embrione di disciplina positiva. Facciamo riferimento al requisito della scrittura: il procedimento che si chiuderà con la decisione è caratterizzato da un insieme di dichiarazioni formulate per iscritto. Tale formalità, se appare anche funzionale rispetto all'attività di documentazione con la quale si chiude questo iter procedimentale, appare anche utile ad altri scopi. Beninteso, tutti i commentatori segnalano l'indispensabilità, ancora prima dell'opportunità, che la redazione dello statuto che contenga l'autorizzazione a valersi del procedimento di consultazione sia esaustiva sul punto della disciplina di tutte le fasi, termini e modalità del procedimento. Tuttavia, molte volte capita di assistere a statuti che si limitano a riprodurre il disposto normativo, senza nulla aggiungere in punto di regolamentazione di dettaglio. In tali casi, soccorrerà, a colmare la lacuna, l'interpretazione che, però, per essere efficace, presuppone la preventiva comprensione del fenomeno.

In effetti, la presenza dell'autorizzazione statutaria, comporta che tutte le decisioni che i soci sono chiamati ad assumere, fatta salva la riserva di cui all'art. 2479, quarto comma, c.c., vengano proposte nella forma semplificata in esame. Riflettiamo sul punto, essenziale, sebbene non trattato *expressis verbis* dai commentatori della materia. La dizione normativa è imperativa: **lo statuto può prevedere che le decisioni siano adottate**. Di fronte a tale norma — sicuramente precettiva — gli amministratori — esamineremo tra breve la competenza alla sollecitazione della consultazione — devono procedere nelle forme semplificate in esame; riteniamo, cioè, che gli amministratori non possano dar corso ad un'assemblea con all'ordine del giorno l'approvazione del bilancio di esercizio, ma debbano utilizzare le procedure semplificate previste dallo statuto. Ce ne dà conferma il successivo quarto comma dell'art. 2479 c.c. laddove precisa ulte-

riormente che « qualora nell'atto costitutivo non vi sia la previsione di cui al terzo comma ... le decisioni devono essere adottate mediante deliberazione assembleare ». La norma parrebbe voler limitare la potestà decisionale degli amministratori sul punto nei casi in cui lo statuto abbia espressamente indicato l'opzione per le tecniche semplificate di decisione dei soci. Sembrerebbe, così, che quando i soci abbiano convenuto di servirsi di tale sistema di assunzione delle decisioni, i margini operativi lasciati agli amministratori siano minimi. Ribaltando l'espressione della norma del quarto comma sopra citato, potremmo leggere che se la previsione di cui al terzo comma sia stata contemplata dallo statuto, le decisioni non possono essere adottate con deliberazione assembleare. È ben vero, come noto, che la scelta apicale dei soci, contenuta nello statuto, di approfittare della tecnica semplificata, tollera alcune **rilevanti eccezioni**:

- le modificazioni dell'atto costitutivo (art. 2479, comma secondo, n. 4)
- la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci (art. 2479, comma secondo, n. 5);
- riduzione del capitale per perdite (art. 2482-bis, comma quarto, c.c.)
- richiesta di uno o più amministratori o di tanti soci che rappresentino un terzo del capitale sociale (art. 2479, comma quarto, c.c.).

L'esame di queste norme — che condurremo anche per delineare i rapporti tra le due tecniche decisionali utilizzabili — ci conferma implicitamente che gli amministratori sono tenuti ad utilizzare le procedure del terzo comma dell'art. 2479 c.c. quando così sia stato indicato nello statuto. Altrimenti non si spiegherebbe per quale ragione il dissenso di un amministratore vale a riportare la tecnica decisionale nel tradizionale alveo assembleare. In presenza della posizione statutaria che, secondo la nostra interpretazione, fa obbligo agli amministratori di utilizzare la tecnica in esame, l'amministratore che, convocando l'assemblea, implicitamente dimostri di non volersene avvalere, avrà l'onere di palesare questa sua scelta, pur senza doverne dare motivazione. Quanto a tale ultima conclusione, in assenza di una espressa indicazione normativa, ci pare che l'amministratore non sia tenuto a spiegare le ragioni per le quali ritenga di non procedere; in una particolare situazione, all'appello de-formalizzato dei soci; resta, peraltro, aperta la possibilità che tale obbligo sia espressamente previsto dallo statuto. In ultima analisi, occorre tenere in conto che il legislatore fa di

questa modalità di assunzione delle decisioni un elemento primario della politica legislativa di semplificazione della nuova s.r.l. pur senza forzare in questa direzione, come risulta evidente dal fatto che la disciplina di *default* è quella tradizionale (sia pure, per certi aspetti, anch'essa semplificata); è, però, chiaro che quando i soci vogliano cogliere questa opportunità di semplificazione, la stessa dovrà essere utilizzata primariamente dagli amministratori. Non avrebbe, altrimenti, senso considerare che la disciplina di *default* ha un carattere meramente sussidiario, ossia destinata a sparire quando i soci abbiano negoziato l'uso di altre tecniche che, proprio in quanto volute espressamente e non trovate dovranno avere la prevalenza rispetto alla tecnica assembleare. Questa inversione dei rapporti tra tecniche decisionali spiega, quindi, per quale ragione gli amministratori dovranno usare prudenza nel derogare alla tecnica semplificata voluta dai soci. La facoltà concessa ad ogni amministratore si spiega con il ruolo loro assegnato di interpreti delle funzioni organizzative della società e che li pone nella condizione privilegiata di valutare se una particolare situazione meriti quell'approfondimento comune dei soci che il metodo collegiale, almeno tendenzialmente, assicura. Si vuole dire che il legislatore ha mostrato, nel concedere forme alternative di decisione, di ritenere che il metodo assembleare assicuri maggiore ponderatezza decisionale e che pertanto ad esso occorra ricorrere quando la materia in discussione sia di particolare importanza (si vedano, per esempio, i nn. 4 e 5 del secondo comma dell'art. 2479 c.c., che assumono *ex se* rilevanza peculiare); al di fuori delle materie espressamente indicate dal legislatore come riservate alla discussione assembleare, i custodi della funzione organizzativa della società, ossia gli amministratori, hanno la facoltà, in occasione di ciascuna tornata decisionale, di derogare *una tantum* allo strumento decisionale semplificato voluto dai soci. Ma, come detto, la scelta derogatoria degli amministratori dovrà essere esplicitata e tale richiesta non dovrà divenire una sorta di clausola di stile portante ad una deroga permanente delle modalità opzionali richieste dai soci. Per esempio, la materia dell'approvazione del bilancio — fondamentale decisione che i soci annualmente devono assumere — può essere deliberata fuori da contesto assembleare quando vi sia a monte l'autorizzazione statutaria *ex art.* 2479, terzo comma, c.c. Può capitare che il bilancio di un esercizio richieda, per peculiarità sue, particolare attenzione in capo ai soci, motivazioni ed illustrazioni approfondite degli amministratori e presupponga quel dibattito e quella ponderatezza decisionale che solo il metodo collegiale può assicurare. In tal caso, sarà onere degli amministratori — previa scelta espressa di deroga del

metodo semplificato — convocare l'assemblea. Questa scelta, valevole per un determinato e particolare esercizio, non dovrà, tuttavia, ripetersi per ogni approvazione del bilancio di esercizio, al di fuori delle peculiari esigenze evidenziate dagli amministratori.

3 IL PROCEDIMENTO DECISIONALE DE-FORMALIZZATO

L'analisi del metodo decisionale opzionale introdotto dai soci nello statuto di s.r.l. in conformità al modello previsto dall'art. 2479, terzo comma c.c., permette un ulteriore momento di riflessione sulla natura personalistica della società. In effetti, la tecnica decisionale, apparentemente lontana dal sistema collegiale tipico dell'assemblea, pare allontanare la società che se ne serve dal modello capitalistico, per avvicinarla a quello personalistico. Tale considerazione appare, ad una lettura più meditata, errata, come si è cercato di dimostrare in precedenza, sia pure con un approccio maggiormente impostato su un dato di ricostruzione sistematica. Sebbene il legislatore abbia posto il sistema semplificato come espressione di una maggiore vicinanza del sistema organizzativo alle persone dei soci, nella direzione, appunto, di una personalizzazione della struttura, è possibile ravvisare una differenza fondamentale. Nelle società di persone « la volontà si può formare liberamente, o in una riunione apposita dei soci, o attraverso una loro consultazione individuale per determinarla vi possono essere decisioni contestuali o procedure di raccolta, in momenti successivi, delle preferenze scritte od orali dei partecipanti. Essa non è necessariamente frutto di un procedimento collegiale: ciò che la caratterizza è il confluire di una pluralità di singole dichiarazioni di volontà, anche di segno diverso, su uno stesso oggetto, non importando se ciò avvenga per iscritto o verbalmente o per corrispondenza o per telefono o per e-mail »⁽²⁾. La vicinanza col modello che la clausola *opt-in* ha introdotto nello statuto della s.r.l. è evidente. Nelle società di persone, però, emerge con tutta evidenza un profilo contrattuale forte che nelle s.r.l., pur presente, viene bilanciato dall'elemento organizzativo. Basti riflettere sul dato normativo: l'art. 2252 c.c. richiede che la modifica del contratto sociale sia approvata da tutti i soci. Scrive, infatti, la dottrina che « l'art. 2252 c.c. in nulla innova la disciplina generale dei contratti »⁽³⁾; la modificazione della società passa

⁽²⁾ G. COTTINO-R. WEIGMANN, *Le decisioni sociali*, in G. COTTINO, M. SARALE, R. WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, Padova, 2004, 154.

⁽³⁾ F. DI SABATO, *Società in generale, società di*

persone, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, 124, che soggiunge che « il valore normativo dell'art. 2252 non sta tanto nell'affermazione del principio di modificabilità quanto

attraverso forme di consenso analoghe a quelle, indiscutibilmente negoziali, che hanno presieduto alla formazione del contratto. L'art. 2479-bis c.c. consente che le modifiche dell'atto costitutivo siano decise dal voto favorevole di tanti soci che formino almeno la metà del capitale sociale. « Sulle esigenze di protezione dell'autonomia dei soci prevalgono, nelle società di capitali, altre esigenze: è favorita la possibilità di un costante adeguamento del contratto sociale al mutare delle esterne condizioni del mercato o delle interne situazioni dell'impresa sociale; si deroga, nel nome delle esigenze di funzionamento dell'organismo produttivo, ai principi sull'autonomia contrattuale »⁽⁴⁾. Nell'una prevale, come detto, la natura contrattuale della società, palesata dal legislatore nello stesso *incipit* della norma; nella seconda, la circostanza che la modifica interessi lo statuto, ossia un documento di natura regolamentare ed organizzativa, evidenzia la recessività dell'elemento contrattuale. Ebbene, mentre nelle società di persone, prive di sostrato organizzativo a livello decisionale, ogni dichiarazione dei soci ha valenza negoziale combinandosi reciprocamente l'una con l'altra in un rinnovato patto contrattuale, nella s.r.l., ma, in genere, in tutte le società di capitali, la dichiarazione del socio acquista la valenza di "voto", ossia di dichiarazione il cui valore dipende da un mero dato quantitativo, ossia dall'essere o meno maggioranza. Ciò che differenzia l'una situazione dall'altra è il meccanismo di imputabilità che, nelle società di persone non muta rispetto a quanto previsto in tema di contratto, mentre nelle società di capitali la struttura organizzativa comporta che la decisione viene imputata non ai singoli soggetti ma direttamente alla società; la delibera consiste di « un atto unilaterale e non di un atto dei singoli azionisti costituenti maggioranza »⁽⁵⁾. È proprio il procedimento collegiale che fa da innesco a questo meccanismo di imputazione e che consente che quanto stabilito dalla maggioranza assuma valore vincolante per tutti i soci e questo proprio perché volontà della stessa società. E, ancora più nel particolare, occorre ricordare che « mentre la fattispecie "negozio" è realizzata dall'incontro di dichiarazioni di identico contenuto, cioè "esprime un nesso di relazione, qualitativa (conformità) tra comportamenti elementari (dichiarazioni)", la fattispecie "deliberazione assembleare" consiste in un procedimento che si

nell'espressa ammissione della possibilità che la modifica avvenga a maggioranza ».

⁽⁴⁾ F. GALGANO, *Società in genere. Società di persone*, Milano, 1982, 185.

⁽⁵⁾ G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1993, 46.

conclude con la constatazione quantitativa che su una determinata proposta si è raggiunta una maggioranza di voti »⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Ancora, con la consueta chiarezza, G. MARRASÀ, *Modifiche del contratto*, cit., 47.

CAPITOLO 3

IL PROCEDIMENTO ASSEMBLEARE "TRADIZIONALE"

L'assemblea di s.r.l., benché caratterizzata da forme e strutture agili, leggere e flessibili rispetto a quelle della s.p.a. mantiene i caratteri dell'atto collegiale; essa conserva e presenta una scansione in distinte fasi che riprendono gli analoghi momenti dell'organizzazione assembleare delle società azionarie. La semplificazione normativa e l'accumularsi di distinti possibili modelli organizzativi pongono numerosi problemi interpretativi, alla cui soluzione si presentano tesi dottrinali contrapposte. Ad una prima impostazione che ricollega il modello di riferimento alle società azionarie, stante la comune natura di società di capitali, se ne oppone una che predilige un'impostazione eclettica e, quindi, si propone di cogliere spunti dalle normative di *default* delle società di capitali o di quelle di persone in dipendenza del modello, poi, effettivamente scelto dai soci e risultante dallo statuto.

Di fronte a tali impostazioni, prendendo atto dell'autonomia del modello, è possibile indicare una "terza via" che offra la soluzione dei problemi presentati da una regolamentazione estremamente sintetica; tale interpretazione riflette sulla complessità della società a responsabilità limitata e individua all'interno della sua struttura organizzativa quegli elementi che, nel loro insieme, compongono un quadro esaustivo, coerente e del tutto autosufficiente del modello assembleare.

Sommario:

1. L'assemblea. 2. Il sistema delle competenze dell'assemblea. 3. Quali sono allora le competenze gestionali dei soci? 4. Il procedimento assembleare. 5. Le fasi procedimento assembleare. 6. L'informazione dei soci. 7. L'intervento in assemblea. 8. Intervento in assemblea e circolazione della partecipazione. 9. La rappresentanza assembleare. 10. L'awiso di convocazione. 11. Il presidente.

1 L'ASSEMBLEA

Le caratteristiche che il legislatore ha assegnato alla s.r.l. si riflettono anche sul metodo di formazione della volontà sociale tradizionale; ossia quello fondato sull'assemblea. Anche qui, pur ritrovando le classiche fasi che ricorrono anche nei procedimenti maggiormente strutturati, quelli della s.p.a., vediamo **maggiori spazi lasciati all'autonomia statutaria** e, più in generale, un sistema improntato ad una flessibilità che può spiegarsi

solo riflettendo sul genotipo che il legislatore ha tenuto presente nel disegnare la s.r.l.

Il reticolo normativo dedicato alla fattispecie è rappresentato dagli artt. 2479 e 2479-bis c.c.. La prima norma ci propone il tema della competenza assembleare: ossia la categoria delle materie e che sono riservate alla cognizione dei soci. Confrontiamola con il corrispondente riferimento normativo delle s.p.a.: l'art. 2364 c.c. individua, nel sistema tradizionale, tre gruppi di materie. Da un lato quelle latamente gestionali, ossia l'approvazione del bilancio, la nomina e la revoca degli amministratori e dei sindaci, l'azione di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali; dall'altro materie strettamente gestionali, limitate dalla preesistenza di una autorizzazione della legge o dello statuto; infine, quelle di tipo organizzativo: modifiche statutarie, operazioni straordinarie, scioglimento e liquidazione della società. Di fronte all'art. 2364 c.c., l'art. 2379 c.c. presenta una grande ampiezza di contenuti. Sono confermate le materie che, tradizionalmente, spettano alla cognizione dei soci, quelle, cioè, che già l'art. 2364 c.c. riserva alla deliberazione assembleare. Accanto a queste, però, l'apertura del legislatore, giustificata proprio dai caratteri peculiari del tipo sociale in questione, troviamo l'approvazione di decisioni che, pur non modificando formalmente lo statuto, comportano una variazione di fatto dell'oggetto sociale per via di particolari operazioni realizzate dagli amministratori; a ciò si aggiunga, a significare ancora di più l'importanza del socio nella s.r.l., che l'assemblea dovrà deliberare anche sulle operazioni che comportino una rilevante modifica dei diritti dei soci; soprattutto, il primo comma dell'art. 2479 c.c. amplia enormemente il campo di azione dell'assemblea aprendolo a ogni argomento che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale ritengono di sottoporre all'approvazione dell'assemblea.

2 IL SISTEMA DELLE COMPETENZE DELL'ASSEMBLEA

Quello sinteticamente rilevato è il sistema delle competenze dell'assemblea. Questo deve combinarsi con i due distinti metodi decisionali applicabili alle s.r.l., nel senso che in presenza di una clausola statutaria che introduca — anche in via di mero *opt-in* — il sistema di decisione non assembleare, quest'ultimo potrà essere preferito al primo, quello assembleare in senso stretto, per tutte le materie elencate nei primi due commi dell'art. 2479 c.c., fatta eccezione per le decisioni che comportino una modifica formale o sostanziale dello statuto sociale o dei diritti dei soci.

Anche in presenza di una clausola di *opt-in* l'attuazione del rito assembleare può verificarsi:

— per la scelta degli amministratori che, anche per materie non riservate all'assemblea, ritengono opportuna una decisione secondo un procedimento collegiale;

— per richiesta di uno o più amministratori che, constatato l'avvio del procedimento de-formalizzato, ritengono opportuno inalveare la decisione nel sistema assembleare;

— per richiesta di tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale;

— in dipendenza delle materie oggetto di trattazione che impongono che la decisione venga presa in un contesto assembleare.

Di qui molta parte della dottrina ha ricavato un argomento per rimarcare che anche nella s.r.l., pure in presenza della possibilità di ricorrere a sistemi decisionali alternativi a quello assembleare, resta prevalente, sul piano del significato e del ruolo giuridico, quello tradizionale fondato sull'assemblea. Abbiamo sottoposto a critica questo orientamento, valutando che non si tratta di compiere una scala di valori ma di considerare l'unitarietà dei sistemi decisionali nella s.r.l.. La presenza di due meccanismi di formazione della volontà sociale variamente combinati fra loro — essi sono, infatti, contemporaneamente, alternativi e consecutivi, potendo susseguirsi fasi dell'uno a fasi dell'altro — dà vita ad un sistema complesso nel quale non solo l'assemblea perde la sua funzione, ma viene degradata a metodo ⁽¹⁾ all'interno della più ampia categoria delle determinazioni sociali. La stessa scelta di rubricare la sezione codicistica come "Decisioni dei soci" esprime la convinzione di fare della s.r.l. un laboratorio nel quale sia possibile rompere definitivamente il dogma della compenetrazione del modello assembleare con la struttura capitalistica della società.

Notata la mancanza di una norma paragonabile all'art. 2380-bis, c.c. — che interpreta la nettezza della distinzione di competenze tra amministratori e soci nell'affidare ai primi la gestione esclusiva dell'impresa — assume rilevanza l'assetto dell'art. 2479 primo comma c.c. che introduce un'organizzazione nella quale, quanto meno potenzialmente, i confini della competenza gestoria sono mobili. Questo è, almeno, quanto si ricava dall'applicazione della disposizione che consente a soci e/o amministratori un

⁽¹⁾ Questa la condivisibile opinione di P. RAINELLI, *Delle decisioni dei soci*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2006, 402.

potere di sottoposizione di argomenti alla cognizione dell'assemblea (o, comunque, alla decisione dei soci, essendo possibile che la procedura sia quella della consultazione scritta o del consenso espresso per iscritto). Si tratta, in effetti, di competenze, queste ultime, non normalmente attribuite alla competenza dei soci e, quindi, come tali, esse avranno ad oggetto decisioni di natura gestoria⁽²⁾. Se ne ricava l'impressione che l'art. 2479, primo comma, c.c. propone un riparto di competenze tra soci ed amministratori fondato, in primo luogo, sulla chiara evidenza che, anche nella s.r.l., si debba prevedere una distinzione dei compiti per uffici. Si pensi all'art. 2375, ultimo comma, che affida « in ogni caso » all'organo amministrativo — che deciderà con metodo collegiale — le materie della redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione e di scissione nonché l'aumento di capitale delegato. La struttura organica della società, allora, continua ad essere un elemento tipico e costante delle società capitalistiche anche quando queste vestano strutture gestionali e, in genere, organizzative apparentemente prossime a quelle delle società di persone. All'interno di questa organizzazione capitalistica ai soci sono affidate funzioni inderogabili, come risulta dall'elenco delle materie presentato dall'art. 2479, secondo comma, c.c. e da altre discipline sparse; i soci possono, poi, essere destinatari di competenze stabili in quanto affidate alla loro cognizione da apposite disposizioni statutarie; infine, i soci hanno sempre la possibilità di assumere decisioni di tipo gestionale quando lo richiedano gli amministratori o gli stessi soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale.

In prima analisi, allora, si pongono le competenze legali, tendenzialmente assegnate alla decisione dei soci; l'avverbio usato va spiegato con la possibilità che talune materie, quali, ad esempio, l'aumento di capitale sociale, venga delegato agli amministratori.

La dottrina ha proposto numerose schematizzazioni di tali materie, offrendo panoramiche estremamente articolate e dettagliate. In particolare, distinguiamo⁽³⁾:

1) Competenze *ex art. 2479*, secondo comma, c.c.: Approvazione del bilancio e distribuzione degli utili; Nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori; Nomina dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del revisore; Modificazioni dell'atto costitutivo; Decisione di

⁽²⁾ R. VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, in *Trattato Abbadessa-Portale*, Torino, 2008, 472.

⁽³⁾ Per tale ricognizione ci rifacciamo alle indi-

cazioni che si ricavano dall'ottimo lavoro di M. DE PAOLI, *Decisioni dei soci*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2009, 902.

compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

2) Competenze ulteriori ricavate da materiali normativi sparsi; Autorizzazione all'acquisto di beni da soci fondatori, amministratori e soci nei due anni dalla costituzione della società, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo (art. 2465, secondo comma, c.c.); Emissione di titoli di debito, se rimessi alla decisione dei soci (art. 2483 c.c.); Scioglimento della società e nomina dei liquidatori (art. 2484 e art. 2487 c.c.); Revoca dello scioglimento (art. 2487-ter c.c.); Trasformazione (artt. 2500-*sexies* e *septies*, c.c.); Fusione e scissione (artt. 2502 e 2506-ter c.c.); Modificazione di particolari diritti dei soci (art. 2468, quarto comma, c.c.); Rinuncia o transazione all'azione sociale di responsabilità (art. 2475, quinto comma, c.c.); Decisione sull'opposizione di un amministratore ad un atto compiuto da altro amministratore in caso di amministrazione pluripersonale digiuntiva (art. 2475, terzo comma c.c. e art. 2257, terzo comma, c.c.); Revoca dei sindaci e azione di responsabilità nei loro confronti (artt. 2477, ultimo comma e 2400, 2407 c.c.).

Altra dottrina pone in diversa evidenza la congerie di competenze assegnate (o assegnabili ai soci); essa utilizza una chiave di lettura rappresentata dalla qualità dell'intervento dei soci in relazione alla competenza concorrente degli amministratori. In tal modo è possibile distinguere tra decisioni inderogabilmente di competenza dei soci, ossia tali da non poter essere affidate ad altri (si tratta di quelle « in ogni caso riservate » di cui al secondo comma dell'art. 2479 c.c.); decisioni per le quali si pone una concorrenza tra amministratori e soci (il riferimento va alle decisioni gestorie affidate alla competenza dei soci dallo statuto o volta per volta); decisioni per le quali si pone una competenza naturale dei soci, ma statutariamente riassegnabili diversamente (è il caso dell'aumento di capitale, dell'emissione di titolo di debito, della decisione su fusioni e scissioni di società interamente possedute)⁽⁴⁾.

Riflettendo sulla **competenza c.d. concorrente tra soci ed amministratori** e, in particolare, sullo spostamento che per effetto di clausola statutaria può aversi in via definitiva tra amministratori e soci, a beneficio di questi ultimi, è legittimo chiedersi quale possa essere l'ambito di applica-

⁽⁴⁾ Su questo punto l'analisi si deve a M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, Padova, 2009, 10 il quale si chiede, al contempo, se l'ampiezza

dei poteri di intervento dell'autonomia statutaria possa spingersi fino a « scelte radicali di cancellazione dell'organo gestorio e di integrale affidamento dell'amministrazione al gruppo dei soci ».

zione di una clausola statutaria di segno inverso. Ossia, l'attribuzione di una competenza gestoria stabile per talune materie è sicuramente consentito (lo afferma chiaramente l'art. 2479 c.c. laddove non solo fa riferimento a materie riservate dallo statuto, ma indica l'attività dei soci come approvazione) ed è conforme ad un modello societario centrato sulla figura del socio; tuttavia, la struttura capitalistica della società potrebbe indurre i soci a irrigidire l'organizzazione, riproducendo un modello più prossimo a quello di una s.p.a., nella quale si introduce una clausola statutaria di esclusiva competenza gestoria degli amministratori e nella quale si interdice, nei termini dell'approvazione, ogni intervento gestorio dei soci, degravato ad una mera autorizzazione preventiva, sul modello dell'art. 2364, n. 5), c.c.. Si tratterebbe, in altri termini, di una sostanziale alterazione del criterio legale previsto dall'art. 2479 c.c.. Questa tesi trova consenso in parte della dottrina che ricava proprio dall'autonomia statutaria che connota la s.r.l. l'argomento che rende possibile « separare nettamente la sfera di competenze degli amministratori da quella dei soci »⁽⁵⁾; altri, invece, considerano che la s.r.l. sia un tipo a forte connotazione personalistica e tale forma risulta, per implicita scelta normativa inderogabile⁽⁶⁾. Abbiamo più volte espresso la nostra preferenza verso l'impostazione che vede nella s.r.l. una società di capitali, anche quando il modello concretamente adottato utilizzi strutture di governance simili a quelle delle società di persone. Il ricorso, per esempio, agli schemi amministrativi degli artt. 2257 ss. c.c. non muta la natura della società, che è e resta assolutamente capitalistica. Per tale ragione, ci pare implicito che, nella esplicazione dei considerevoli margini di autonomia che il legislatore ha inteso assegnare alla s.r.l., i soci possano non solo valersi di modelli personalistici, ma anche di quello affine della s.p.a.. L'autonomia dei soci incontra un limite solo verso modelli diversi dalla struttura organizzativa della società: così, per esempio, non sarà consentita l'eliminazione dell'organo assembleare. Tale limite non opera, invece, verso l'alto, ossia verso il modello offerto dalla s.p.a.; fatta eccezione per disposizioni assolutamente incompatibili con le caratteristi-

⁽⁵⁾ G. GUERRIERI, *Artt. 2479-2479-ter. In // nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, 1026, il quale sostiene che i soci possano spostare il baricentro dei poteri decisionali, anziché verso di loro, verso altri organi, ad esempio devolvendo agli amministratori anche alcune competenze che, nelle società di capitali, sono generalmente attribuite all'assemblea».

⁽⁶⁾ Si tratta della posizione di M. CIAN, *Le competenze*, cit. 11, il quale ha cura di precisare che tale inderogabilità deve intendersi quale « immodificabilità verso i modelli azionari, dove a qualunque azionista rimane preclusa ogni ingerenza nell'amministrazione ».

che inderogabili della s.r.l.: non potrà essere previsto un modello statutario che, in qualche modo, presupponga una sorta di libera negoziabilità delle quote o spersonalizzi la partecipazione sociale fondandola non tanto sulla persona del socio, ma sull'unità rappresentativa della quota sociale. Potremo, allora, trovare s.r.l. nelle quali il riparto di competenze tra gli organi sia rigidamente compartimentato e, addirittura, che adottino forme di *governance* alternative, quali il sistema dualistico, come vedremo in altra sede.

3 QUALI SONO ALLORA LE COMPETENZE GESTIONALI DEI SOCI?

Dal punto di vista delle decisioni di tipo gestionale, in conclusione, possiamo distinguere tre situazioni distinte:

- a) le competenze gestorie istituzionali, stabilite nel n. 5) del secondo comma dell'art. 2479 c.c.;
- b) le competenze gestorie statutarie;
- c) le competenze gestorie eventuali.

Così delineato il campo di intervento destinato ai soci, essendosi in tal modo precisata la più ampia categoria "decisioni dei soci" è possibile restringere il campo alla fattispecie più propriamente deliberativa. In altri termini, fermo restando che l'unitaria struttura impedisce che i meccanismi decisionali, pur derivanti da distinti processi formativi, possano essere considerati fra loro ontologicamente diversi, è noto che gli schemi procedurali sono diversi a seconda che la decisione debba o meno essere interpretata seguendo il tradizionale rito assembleare.

Il legislatore propone questa scansione:

— evidenza che in mancanza di pattuizioni statutarie — ossia la clausola *opt-in* di cui abbiamo ampiamente dato conto nel precedente capitolo — i meccanismi formativi della volontà sociale sono demandati unicamente al procedimento deliberativo assembleare;

— consente che — su apposita previsione dello statuto — le decisioni sociali possano essere adottate con strumenti semplificati che non presuppongono la contestuale riunione dei soci in un medesimo contesto spazio-temporale;

— impone che determinate materie siano sempre e comunque oggetto di deliberazione nelle più strutturate forme dell'assemblea.

Circa quest'ultimo punto è d'uopo ricordare che è lo stesso legislatore che individua, nell'art. 2479, quarto comma, c.c. le materie che non pos-

sono essere assegnate a meccanismi decisionali non assembleari. Si tratta delle decisioni modificative dell'atto costitutivo ovvero di quelle che, pur non determinandone una formale variazione, agiscono sull'oggetto sociale o sui diritti dei soci, al punto da crearne una sostanziale modifica. All'interno della categoria rientrano, pertanto, tutte le decisioni che, per esempio, nel sistema della s.p.a. sarebbero soggette a decisione da parte dell'assemblea straordinaria ivi comprese quelle relative allo scioglimento della società e correlativa nomina dei liquidatori e all'eventuale successiva revoca di tale stato. È chiaro, peraltro, che i soci potrebbero aver delegato talune di queste materie alla cognizione dei soci: in tal caso, non potrà parlarsi di deroga al principio in esame, ma di modifica della regola di competenza, in quanto, qualora per qualsiasi ragione si intenda deliberare senza utilizzare la delega amministrativa, i soci decideranno in forma collegiale. Peraltro, il principio introdotto dall'art. 2479 c.c. — quello, cioè, che la decisione modificativa dello statuto deve essere deliberata dall'assemblea — vale quale principio generale anche nell'ipotesi di delega: infatti, se l'atto costitutivo abbia delegato all'organo amministrativo la competenza all'aumento del capitale sociale, la relativa decisione dovrà essere assunta in forma collegiale anche quando sia consentito di decidere secondo forme semplificate (non collegiali) in similitudine rispetto al modello di decisione extrassembleare che l'art. 2479 c.c. consente che sia introdotto per i soci.

4 IL PROCEDIMENTO ASSEMBLEARE

Le regole di formazione della volontà sociale per mezzo del procedimento c.d. assembleare sono contenute nel solo art. 2479-bis c.c.. Il confronto con la normativa in tema di s.p.a. ci consente di evidenziare una maggiore precisione ed analiticità nella disciplina delle società azionarie. Il procedimento viene scansionato in ben undici articoli, a fronte dell'unico previsto per le s.r.l. Questa frammentazione del meccanismo in più norme corrisponde anche ad una dettagliata regolamentazione delle singole fasi. Infatti, consideriamo in estrema sintesi il percorso normativo della s.p.a.: art. 2363 — luogo di svolgimento dell'assemblea; art. 2364, secondo comma — termine di convocazione dell'assemblea annuale; art. 2366 — formalità per la convocazione: contenuto dell'avviso di convocazione, modalità di pubblicazione, assemblea totalitaria; art. 2367 — convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci; art. 2368 — *quorum* costitutivo e *quorum* deliberativo delle assemblee di prima convocazione; modalità di computo dei *quorum*; art. 2369 — disciplina della seconda convocazione:

modalità e termini di convocazione; *quorum* costitutivo e deliberativo; art. 2370 — intervento e diritto di voto; svolgimento dell'assemblea con mezzi di telecomunicazione; intervento per corrispondenza; art. 2371 — presidenza dell'assemblea; art. 2372 — rappresentanza nell'assemblea; art. 2374 — rinvio dell'assemblea; art. 2375 — verbale dell'assemblea.

Nell'art. 2479-bis, con molta maggiore sintesi, troviamo: primo comma — l'enunciazione del principio della tempestiva informazione dei soci circa l'argomento oggetto di trattazione in assemblea, senza specificare oltre le forme e le modalità dell'invio; l'indicazione di una modalità di *default* per l'invio dell'avviso di convocazione ed il relativo termine dilatorio minimo; secondo comma — l'indicazione della legittimità del meccanismo di rappresentanza in assemblea, senza alcuna indicazione di dettaglio o limitazione; terzo comma — la disciplina del luogo ove deve svolgersi l'assemblea e le regole della costituzione ed il relativo *quorum* deliberativo; quarto comma — le regole sulla presidenza dell'assemblea, gli accertamenti demandati al presidente e la redazione del verbale; quinto comma — le regole in tema di assemblea totalitaria.

È possibile rendersi conto *icto oculi* che l'intervento del legislatore della riforma ha interpretato in misura chirurgica l'opzione di semplificazione propria del tipo-s.r.l., unitamente alla spinta ad un più consistente intervento dell'autonomia privata ad innervare le prescrizioni minimali dettate dal legislatore. Ne esce una disciplina che, rispetto a quella previgente, in massima parte risultante dal rinvio alla s.p.a., assume di essere autosufficiente nella disciplina dell'assemblea; ovviamente, il legislatore ha considerato la possibilità che i soci possano, nel definire lo statuto, rinviare — implicitamente o espressamente — all'art. 2479-bis; in tal caso, la norma dovrebbe essere sufficiente a fornire una disciplina adeguata a regolare il fenomeno in tutti i suoi elementi. Vedremo che, in alcuni casi, proprio l'estrema sintesi del legislatore ha lasciato delle lacune che rendono assolutamente consigliabile, al fine di evitare liti, ricorrere all'integrazione statutaria.

5 LE FASI DEL PROCEDIMENTO ASSEMBLEARE

Consideriamo ora i vari segmenti normativi, cui corrispondono altrettante fasi o momenti del procedimento assembleare. Questo, ovviamente, si apre con la **decisione di convocare l'assemblea**. Come si vedrà tale compito viene demandato nella s.p.a. all'organo amministrativo: « l'assemblea è convocata dagli amministratori o dal consiglio di gestione » (art.

2366, primo comma, c.c.). L'assenza di una analoga regola di competenza nella s.r.l. pone il problema di individuare il soggetto — o l'organo — competente alla convocazione nel caso di assenza di una previsione statutaria *ad hoc*. In tal ultimo caso, in effetti, i soci possono definire statutariamente la regola di competenza in questione e, ci pare, che in questo senso l'autonomia abbia amplissimi margini di esplicazione, non essendo limitata né dalla norma, né, riteniamo, da alcun principio generale desumibile dal sistema. Sotto quest'ultimo profilo, l'unico principio è quello che sia assicurato l'interesse alla convocazione dell'assemblea annuale di bilancio e che, al contempo, sia assicurata quella funzionalità degli organi sociali che è indispensabile per il corretto svolgersi della vita della società. Se leggiamo l'art. 2484, primo comma, c.c. troviamo che un corretto ed equilibrato uso del potere di convocazione dell'assemblea consente di reagire, per esempio, alla causa di scioglimento rappresentata dalla sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale; analogamente, in caso di perdite rilevanti del capitale sociale, solo l'assemblea, opportunamente e tempestivamente convocata, può adottare i provvedimenti necessari ad evitare lo scioglimento della società; l'impossibilità di funzionamento e l'inattività dell'assemblea rappresentano, poi, autonome cause di scioglimento della società, favorite da una regola di competenza alla convocazione di matrice statutaria incerta e farraginosa. Gli elementi della corretta costruzione di una regola statutaria efficace in materia devono tenere ben presente il canone che sembra postulato dai principi generali surriferiti, ossia che qualunque indicazione in merito al soggetto competente deve condurre ad una facile e certa convocazione dell'assemblea. Che poi, come si accennava, l'autonomia statutaria possa svilupparsi in materia ad ampio raggio, questo è il portato sicuro dell'art. 2479-bis c.c.: la norma non è costruita come spesso capita con l'individuazione di una regola legale e con la previsione della sua derogabilità ad opera dell'autonomia statutaria. Al contrario essa afferma prioritariamente che i modi di convocazione dell'assemblea — e tra questi il soggetto che ne indice la convocazione — vengono determinati dallo statuto, fermo restando, poi, che il legislatore si preoccupa di eventuali carenze dell'autonomia privata e propone una sua regola sussidiaria.

È il caso di insistere su questa scelta "stilistica" del nostro legislatore, perché essa palesa con evidenza non solo l'intento prioritario di dare risalto all'autonomia statutaria — anche per la ragione che tale intento permea l'intera disciplina della s.r.l., in gran parte costruito sulla base di regole suppletive derogabili dai privati — ma contiene un'ulteriore indicazione

per l'interprete. Leggiamo, per esempio, i commi secondo e terzo dell'art. 2479-bis c.c.: essi iniziano, rispettivamente, con l'espressione consueta « se l'atto costitutivo non dispone diversamente ... » e « salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo ... ». Per chi ha dimestichezza con il linguaggio del legislatore è facile trovare nella sintassi la dimostrazione dello scopo del legislatore di dettare una regola, facendo salva una diversa scelta dell'autonomia. Ma, all'interno di questa costruzione, appare prioritaria l'indicazione normativa della disciplina legale: il socio può farsi rappresentare in assemblea — regola; l'assemblea si riunisce presso la sede sociale — regola; è regolarmente costituita ... — regola; eccetera. Troviamo un legislatore che si occupa subito di indicare il percorso normativo che, in assenza di ogni contraria o diversa previsione, regola la fattispecie. Un percorso sul quale lo statuto può intervenire, come vedremo analiticamente, a più livelli, integrando, modificando o sostituendo — laddove consentito — la regola codicistica. Ripetiamo, tuttavia, che la clausola di salvezza di altra normativa statutaria che si sovrappone a quella legale interviene su un tessuto disciplinare già costruito e fin da subito leggibile. Nel nostro caso, invece, la scelta stilistica del legislatore è stata di segno contrario: si fa immediato appello all'autonomia privata scrivendo che è « l'atto costitutivo » che « determina i modi di convocazione dell'assemblea »; non c'è una disciplina legale che può essere modificata dalle parti, ma c'è subito l'immediato appello allo statuto perché in esso si raccolga la disciplina dei modi di convocazione. Solo « in mancanza » è il legislatore che interviene dando indicazioni su modi e tempi della convocazione, ma lo fa, si perdoni l'espressione, quasi contro voglia, per l'inevitabile considerazione che sarebbe una lacuna eccessiva quella che riguardasse la convocazione dell'assemblea. E lo sarebbe soprattutto nel comma iniziale dell'unico articolo che prescrive quel metodo assembleare che, a detta di molti interpreti, si presenta come quello preferito dal legislatore rispetto a quello alternativo del terzo comma dell'art. 2479 c.c.. Lo stile del legislatore ci pare tanto singolare che richiede una interpretazione stringente per dargli senso compiuto. In primo luogo, ci pare di poter sostenere che l'impulso alla deformalizzazione include non solo la possibilità di concepire meccanismi di formazione della volontà sociale in via extrassembleare, ma quello di lasciare amplissimi margini di intervento all'autonomia privata anche quando si debba fare appello ai più strutturati e formalizzati schemi dell'assemblea. In secondo luogo e facendo un passo ulteriore, ci parrebbe di poter ricavare un altro indizio a favore dell'idea di concepire i modi di costruzione della volontà sociale come un unico procedimento che, a

seconda delle materie o delle circostanze, può svolgersi con forme diverse, più o meno strutturate. In terzo luogo, potremmo sostenere che, nella realtà dei fatti, la norma se apparentemente chiara e semplice, si presenta di grande complessità quando la si voglia ritenere — come pensiamo noi — non lacunosa, ma del tutto esaustiva della fattispecie. In ultimo luogo, con questo *modus procedendi* il legislatore sembra aver conferito una sorta di mandato ad ampio raggio all'autonomia privata quasi a voler assegnare una patente di legittimità ad ogni previsione statutaria che sia dettata in materia. Sembra, in altri termini, che il legislatore non abbia in mente nessuna norma che, in via imperativa, possa sovrapporsi alle scelte private quando queste siano rispettose dell'unico precetto della « tempestiva informazione sugli argomenti da trattare ». Lo statuto può declinare con grande libertà la regola della tempestiva informazione.

Vedremo, ora, il contenuto di questa regola e seguiremo il dibattito che, a causa della sua estrema laconicità, si è aperto in dottrina e giurisprudenza.

Come notato, la norma, dopo aver fatto un prioritario appello all'autonomia privata perché questa si occupi direttamente di modi, forme e termini della convocazione, presenta una minimale disciplina di *default* che dovrebbe soccorrere quelle società per le quali il detto appello sia rimasto inascoltato. Concentriamo la nostra attenzione sulla seconda parte della norma, quella che contiene la disciplina che sussidiariamente è destinata ad entrare in gioco per il caso di mancata o incompleta previsione statutaria. L'analisi deve essere effettuata in parallelo con la mancata inclusione nella norma di ogni riferimento ad un'eventuale facoltà dei soci di sollecitare la convocazione a carico di chi ne abbia il dovere o all'intervento sussidiario dell'autorità giudiziaria quando chi deve convocare l'assemblea sia inerte. Il punto dolente è proprio, come abbiamo già notato, nell'assenza di ogni riferimento ad un soggetto cui spetti l'incarico di convocare l'assemblea. È evidente che la regola statutaria potrebbe (anzi, per evitare ogni discussione, dovrebbe) subito indicare chi sia incaricato di procedere alla convocazione dell'assemblea. Tuttavia, il silenzio della norma privata e — in caso di carenza o mancanza di questa — della norma pubblica su tale fondamentale aspetto ha portato alla formazione di nuclei di opinione ben distinti.

Una prima tesi che trova il consenso della maggioranza della dottrina ricava dall'art. 2479, primo comma, c.c. l'elemento utile a colmare la lacuna regolamentare. Infatti, tale norma consente ad ogni amministratore o a tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale di sottoporre alla decisione comune determinati argomenti gestori non istituzionalmente

o statutariamente dedicati alla cognizione dell'assemblea⁽⁷⁾. La regola dell'art. 2479, primo comma, c.c., in realtà, riguarda non tanto la convocazione della riunione, ma la competenza. Essa, cioè, introduce un'ulteriore, possibile ed eventuale competenza dei soci a deliberare su materie di carattere gestionale. Tuttavia, « con un'operazione di traslazione logica, infatti, tale potere (anche al fine di consentirne una concreta attuazione) può ben essere inteso nel senso che il legislatore abbia finito con l'attribuire ai detti soggetti anche il potere di convocare direttamente l'assemblea »⁽⁸⁾. In effetti, la tesi risponde ad una logica di economia dei mezzi: sarebbe del tutto diseconomico stabilire una regola di competenza senza prevedere, al contempo, il soggetto tenuto a darvi attuazione. Ne segue che il soggetto cui viene assegnato il potere di ampliare la competenza decisionale dei soci avrà anche l'onere di provocarne la riunione o, comunque, di innescare il procedimento decisionale, pena, altrimenti, la scarsa efficienza della norma. La reazione alla carenza di qualsiasi indicazione normativa circa il soggetto tenuto alla convocazione dell'assemblea si spiega — e trova causa — nella situazione descritta dal primo comma dell'art. 2479 c.c.: il carattere non istituzionale dell'argomento in oggetto e, soprattutto, il suo salire dal basso senza essere necessitato da alcunché che non sia la volontà del singolo amministratore o della minoranza qualificata dei soci, portano a costruire in vitro la regola di convocazione che consenta di dare attuazione al precetto. Ancora una volta tale interpretazione trova conforto nella lettera della legge che esprime il potere di innescare il meccanismo decisionale con il verbo sottoporre. La minoranza qualificata, per poter sottoporre alla cognizione dei soci un certo argomento di natura gestoria deve, contestualmente, convocare l'assemblea o, se previsto, indire la consultazione dei soci. Questo potere di sottoposizione, di appello diretto alla competenza dei soci, trova spiegazione proprio nel carattere del tutto episodico della vicenda. Ci troviamo di fronte ad una competenza decisionale normalmente estranea ai poteri dei soci e che vi rientra occasionalmente solo perché, in virtù della norma al vaglio, i soci stessi intendono sottoporla alla delibera sociale. Quando, invece, la materia oggetto di trattazione rientra tra quelle istituzionalmente destinate alla competenza

⁽⁷⁾ Con molta efficacia: « appunto "sottoporre" dice la norma, e non presentare una richiesta. In tal senso », F. COCCU, *Note in tema di attivazione del procedimento assembleare nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2009, II, 114.

⁽⁸⁾ S. SANZO, *Le decisioni dei soci*, in *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, 383.

dei soci — approvazione del bilancio, modifiche dell'atto costitutivo, nomina o revoca delle cariche sociali, ecc. — non troviamo più quell'istanza di sottoposizione che si giustifica per il peculiare oggetto dell'argomento da trattare. La dottrina si è correttamente posta la questione del peculiare carattere della norma *de qua* ⁽⁹⁾ e, infatti, come abbiamo notato essa ne propone una traslazione che, ci pare, è quanto dire un'applicazione analogica, la cui legittimità sembrerebbe confortata dalla personalizzazione che contraddistingue il tipo sociale in esame. Anche la giurisprudenza si è mostrata sensibile alla questione; per esempio, in una pronuncia leggiamo, a proposito dell'art. 2479, primo comma, c.c. che « tale disposizione normativa debba interpretarsi nel senso che, qualora come nel caso di specie, manchi il soggetto legittimato alla convocazione dell'assemblea, i soggetti che hanno il potere di sottoporre ai soci determinate questioni da deliberare abbiano anche il potere di convocare la relativa assemblea, ovvero di determinare la volontà dei soci sull'argomento posto in discussione negli altri previsti modi » ⁽¹⁰⁾. Alcuni analizzano il rapporto tra l'art. 2379 c.c. — che stabilisce la nullità della delibera in caso di mancata convocazione dell'assemblea — e l'art. 2479-ter c.c. — che non ricollega alcuna patologia della delibera ai vizi della convocazione — per notare che l'articolato normativo in esame non contiene alcuna regolamentazione del momento relativo alla fase della convocazione. Lo stesso art. 2479-bis c.c. può essere visto in parallelo con l'art. 2366, commi secondo e terzo, c.c. in tema di s.p.a., al punto che l'eventuale unico riferimento normativo potrebbe essere riscontrato proprio nell'art. 2479 c.c., da interpretarsi come la norma che abilita i soggetti indicati nel primo comma all'attività di diretta convocazione dell'assemblea; l'analogia della funzione svolta dall'art. 2479, primo comma, c.c. nel meccanismo introduttivo del procedimento assembleare rende evidente l'assenza di quella lacuna normativa che è il presupposto di

⁽⁹⁾ Tanto è vero che lo stesso S. SANZO, *Le decisioni*, cit., 383, sostiene che « l'attribuzione ad essi — cioè ai soggetti indicati dalla norma — di un potere generalizzato di convocazione potrebbe risolversi in un'applicazione *ultra vires* della portata innovativa delle norme di recente introduzione ».

⁽¹⁰⁾ Trib. Milano, 13 gennaio 2005, in *Giur. It.*, 2005, 523; conf. Trib. Milano, 12 marzo 2007, in *Le società*, 2008, 1149 che, in massima (redazionale) recita « nel caso in cui manchi il soggetto legittimato alla convocazione dell'assemblea, i soggetti che hanno il potere di sottoporre ai soci determinate questioni da

deliberare hanno anche il potere di convocare la relativa assemblea ». Notiamo che con l'espressione *relativa assemblea* si potrebbe essere indotti a ritenere che tale competenza sia circoscritta alla convocazione dell'assemblea chiamata a decidere sugli argomenti epistodici sollecitati dalla minoranza qualificata e che, proprio per essere tale competenza relativa a tali materie, non possa poi estendersi e diventare competenza generalizzata ad ogni assemblea che si debba svolgere o che, perlomeno, tale estensione richieda un passo interpretativo più azzardato di quello apparentemente proposto.

ogni attività di interpretazione analogica ⁽¹¹⁾. In questo quadro, nel quale si rivendica un'autonomia normativa alla s.r.l. — soprattutto sul piano « dell'approccio intellettuale al modello ed alla disciplina legale, al fine di liberare il tipo s.r.l. dalle gabbie interpretative create da dottrina e giurisprudenza » ⁽¹²⁾ — si riscontra uno iato tra le istanze di tutela della minoranza — cui è sensibile, nonostante la modifica della rubrica, l'art. 2367 c.c. — nei due modelli normativi; mentre, nell'art. 2367 c.c. l'appello agli amministratori per la convocazione dell'assemblea è legittimato da tanti soci che rappresentino almeno un decimo del capitale sociale, nella s.r.l. la soglia di capitale richiesta "sale" ad un terzo. Sembra, in tal modo, che proprio nel modello più ad alto rilievo della posizione del socio, questa decada rispetto al modello ad alta rilevanza corporativa della s.p.a. ⁽¹³⁾. Questa considerazione apre lo spazio per una sorta di interpretazione osmotica: non si tratta di applicare analogicamente la disciplina dell'art. 2367 c.c., trapiantandola nel corpo della s.r.l.; al contrario, si considera la possibilità di lasciar permeare il tessuto regolamentare della s.r.l. da istanze provenienti dall'esperienza della s.p.a. e che trovano nella necessità di assicurare tutela alle minoranze quella *eadem ratio* che ne consente l'applicazione. Riflettendo sui principi desumibili dagli artt. 2367 e 2479 c.c. con la lentezza della tutela delle minoranze, si giunge a considerare che « solo la loro coesistenza consente di raggiungere una equilibrata graduazione degli strumenti a tutela delle minoranze, in ossequio all'ineliminabile principio di tutela delle stesse e in applicazione di quello che deve essere ritenuto un "principio generale in tema di ordinato funzionamento dell'organo assembleare" » ⁽¹⁴⁾.

In realtà, la proposta normativa, per quanto interessante, suggerisce, se la si è ben intesa, che nella s.r.l. la legittimazione spetti direttamente al singolo amministratore o ai soci, i quali possono, appunto, procedere alla convocazione senza richiedere l'intermediazione dell'organo amministrativo (art. 2479, primo comma, c.c.); per quanto riguarda i soci, poi, la legittimazione non spetta a ciascuno di loro *uti singulus*, ma solo in quanto raggiunga una certa aliquota di capitale che non è quella richiesta specificamente dalla norma per ampliare le competenze dei soci ad atti gestori,

⁽¹¹⁾ F. COCCU, *Note in tema di attivazione del procedimento assembleare nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2009, II, 109.

⁽¹²⁾ F. COCCU, *Note in tema*, cit., 126.

⁽¹³⁾ Osserva, ancora, F. COCCU, *Note in tema*, cit., 128 che « ciò appare in contrasto con i principi

della riforma ed in special modo con quelli che fanno pemo sulla rilevanza centrale del socio, rappresentando soluzione alquanto eccentrica considerato il differente trattamento riservato alle società azionarie ».

⁽¹⁴⁾ F. COCCU, *Note in tema*, cit., 129.

ma quella che l'art. 2367 c.c. prescrive per la richiesta di convocazione dell'assemblea da inoltrare all'organo amministrativo. La spiegazione delle differenti percentuali di capitale sociale che porta la dottrina a postulare un'interpretazione eclettica del combinato disposto degli artt. 2367 e 2479 c.c., può essere data proprio leggendo le due norme avendo a riferimento i due rispettivi modelli tipologici: nella s.p.a. ci troviamo di fronte ad una società — anche nella sua declinazione chiusa — con alta diffusione e parcellizzazione del capitale e con soci tendenzialmente distratti e non partecipi all'attività sociale; questo spiega l'abbassamento della soglia, ritenendo il decimo del capitale sociale un equilibrato compromesso tra le istanze di tutela delle minoranze e esigenze di limitazione dell'appello, magari strumentale, all'assemblea; nella s.r.l. i soci sono, tendenzialmente, meno numerosi (spesso capita che sia un solo socio a detenere l'aliquota di capitale richiesto) e generalmente partecipano alla vita della società in modo assiduo ed informato. A tale osservazione, frutto della analisi dei modelli normativi astratti, si deve introdurre anche la differenza operativa tra il modello dell'art. 2367 c.c. nel quale la richiesta dei soci trova il filtro dell'organo amministrativo che valuta circa l'ammissibilità della proposta di ordine del giorno e quello della s.r.l. nel quale i soci paiono — secondo questa interpretazione — autorizzati a convocare direttamente l'assemblea. L'assenza di ogni filtro di ammissione alla convocazione che promana direttamente dall'iniziativa degli amministratori impone che lo sbarramento a convocazioni pretestuose, magari emulative sia rappresentato da una equilibrata soglia di capitale sociale. È evidente che il legislatore ritiene che un'iniziativa che non riesca a coagulare sulla proposta almeno un terzo del capitale sociale, in una società a partecipazione tipicamente non parcellizzata, deve essere valutata negativamente.

Altri, invece, ritengono che la disciplina di riferimento per il caso di lacune disciplinari, resta quella della s.p.a. e, pertanto, occorrerebbe applicare l'art. 2367 c.c. che stabilisce, come detto, un'inderogabile competenza in capo all'organo amministrativo⁽¹⁵⁾. Anticipando, ora, un breve segmento dell'analisi di questa norma, è noto che l'art. 2367 c.c. non solo individua nell'organo amministrativo il soggetto competente ad effettuare la convo-

⁽¹⁵⁾ F. DI GIROLAMO, *Brevi osservazioni sull'applicabilità dell'art. 2367 c.c. alle società a responsabilità limitata*, in *Glur. Comm.*, 2006, 338 che scrive che « Il silenzio dell'atto costitutivo in argomento (...) andrebbe preferibilmente ovviato attingendo alla rego-

lazione dettata a proposito dell'assemblea di s.p.a. con il che se ne deduce, come logico corollario, che il potere-dovere di convocare l'assemblea dei soci compete agli amministratori ».

cazione dell'assemblea, ma — in caso di organo pluripersonale — ne demanda il compito a chi rivesta la legale rappresentanza della società in conformità ad una decisione collegiale. Nulla di tutto questo sembra sostenibile per la s.r.l.: la possibile configurazione non collegiale che può assumere, a tenore dell'art. 2475 c.c., l'organo amministrativo pluripersonale rende evidente che solo una forzatura inammissibile potrebbe imporre la forma deliberativa per l'autorizzazione alla convocazione dell'assemblea. Si tratterebbe, allora, di espungere dal contesto normativo ed interpretativo di riferimento dovuto alla necessaria natura collegiale dell'organo nella s.p.a. per leggere il rinvio contenuto nell'art. 2367 c.c. agli amministratori indipendentemente dalla natura strettamente organica (*rectius* collegiale) del sistema adottato in concreto; non solo, ci pare che anche qualora la s.r.l. abbia utilizzato lo schema tradizionale del consiglio di amministrazione, la legittimazione alla convocazione dell'assemblea non debba essere rigidamente preceduta da una delibera autorizzativa del collegio, ma possa essere considerato quale prerogativa che ciascun amministratore, disgiuntamente dagli altri, può esercitare legittimamente.

Detto questo, l'elemento normativo che l'interpretazione analogica consente di applicare alla s.r.l. è quello che demanda sempre all'organo amministrativo il potere di convocazione degradando il ruolo dei soci a quello di richiedenti. E qui occorre fare una distinzione, in quanto, nella numerosa messe di posizioni che si sono accumulate in materia, è necessario distinguere tra chi utilizza l'intero disposto dell'art. 2367 c.c. ivi compresa la percentuale di soci autorizzati a richiedere la convocazione dell'assemblea e chi, invece, suppone che tale percentuale vada ricondotta al disposto dell'art. 2479, primo comma, c.c. e che il rinvio all'art. 2367 c.c. valga a correggere quel verbo sottoporre che avrebbe indotto taluno a ritenervi implicito il potere di convocazione diretta, interpretazione correttiva del verbo sottoporre che troverebbe riscontro testuale nel quarto comma dell'art. 2479 c.c. che utilizza invece il più chiaro termine di richiedere per alludere allo spostamento all'assemblea della consultazione in forma destrutturata⁽¹⁶⁾. Al di là di tale questione, ciò che traspare sullo sfondo è la non autosufficienza della regolamentazione di *default* della s.r.l. a venire in questione ed a richiedere, ancora una volta nonostante la riforma, l'intervento della normativa in tema di s.p.a.. Ecco, allora, che

⁽¹⁶⁾ Riteniamo, al contrario, che il verbo richiedere abbia senso proprio in quanto non si tratta di convocare l'assemblea ma di opporsi alla prosecu-

zione della consultazione in forma extrassembleare per inavvearia in quella tradizionale.

« alla società a responsabilità limitata è applicabile in via analogica l'art. 2367 c.c. »⁽¹⁷⁾. Punto nodale è la dimostrazione dell'esistenza di una lacuna nel tessuto normativo della s.r.l. e di una *eadem ratio* con il disposto dell'art. 2367 c.c.. Come abbiamo notato, a rigore, il primo comma dell'art. 2479 c.c. esprime una regola di competenza dell'assemblea, ampliandola, oltre le materie indicate nel secondo comma, ad ogni argomento che riguarda la vita della società. Sebbene la dottrina ricavi una implicita norma procedimentale — « la generalizzazione attuata dal lessico normativo con il riferimento ad ogni "argomento" consente di ritenere che la regola di diritto, che sul piano funzionale amplia la competenza dei soci a decidere, sul piano procedimentale consenta una sollecitazione estesa ad ogni materia »⁽¹⁸⁾ — a tale risultato si giunge solo attraverso un ragionamento che taluno critica decisamente. Per esempio, parte della dottrina ritiene che l'art. 2479, primo comma, c.c. rappresenti una declinazione dell'art. 2367 c.c.: nella s.r.l., come nella s.p.a., la convocazione dell'assemblea sarebbe compito esclusivo degli amministratori⁽¹⁹⁾ e, di conseguenza, ai soci non resterebbe altro da fare che richiedere a questi ultimi l'attivazione del procedimento, sia nelle materie istituzionalmente di loro spettanza (secondo comma, art. 2479) sia in quelle relative alla ampliata competenza gestoria (primo comma, art. 2479). L'art. 2487 c.c. ce ne può dare conferma: il singolo amministratore, di fronte all'inerzia dell'organo, non può far altro che sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria; ma se al singolo amministratore è impedito di convocare l'assemblea, ad analoga conclusione deve giungersi per quanto riguarda la facoltà concessa ai soci⁽²⁰⁾. Il

⁽¹⁷⁾ App. Napoli, 20 maggio 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 646.

⁽¹⁸⁾ N. ABRIANI-M. MALTONI, *Elasticità organizzativa e riparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *RDS*, 2007, 26.

⁽¹⁹⁾ Ne è convinto, fra molti, F. DI GIROLAMO, *Brevi osservazioni sull'applicabilità dell'art. 2367 c.c. alle società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 339 secondo cui « nella s.r.l. novellata, pur potendoci trovare di fronte ad un'organizzazione societaria in cui i soci, per così dire, la fanno da padrone, non appare possibile né opportuno sopprimere in toto il generale potere decisionale e gestorio degli amministratori. Questo potere — stando a quanto dispone l'art. 2479, primo comma, prima parte, c.c. — Infatti, parrebbe solo poter essere limitato da appositi patti sociali, talché anche nella s.r.l. è possibile intra-

vedere una distribuzione interorganica delle competenze concernenti il ciclo produttivo dell'azione imprenditoriale ».

⁽²⁰⁾ Su tale punto si veda l'analisi di C. PECCARARO, *Richiesta di convocazione dell'assemblea e tutela dei soci di s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 647, il quale postula « l'interesse del socio a richiedere la convocazione dell'assemblea ancorato in via esclusiva all'applicazione analogica dell'art. 2367 cc... Il ricorso alla tecnica del procedimento analogico è pienamente giustificato dal rinvenimento di caratteristiche (tipologiche) ed esigenze trasversali alle società di capitali come riprova il diffuso convincimento secondo cui l'art. 2367 c.c. rappresenterebbe una norma che il legislatore ha avuto presente nel disciplinare una modalità di convocazione dell'organo assembleare comune a vari tipi sociali ».

meccanismo, allora, consiste nella legittimazione esclusiva dell'organo amministrativo, cui spetta, nell'ambito delle proprie prerogative organizzativo-gestionali, procedere anche alla convocazione dell'assemblea nei casi in cui questa, per obbligo di legge o di statuto o per mera opportunità, debba svolgersi; preso atto che il sistema appare compiuto, l'unico margine di operatività di un richiamo alla disciplina dell'art. 2367 c.c. parrebbe limitato al secondo comma e, quindi, al ricorso all'autorità giudiziaria in caso di inerzia degli amministratori di fronte a legittime istanze dei soci, la cui esistenza è confermata non solo dal primo comma dell'art. 2479 c.c., ma anche, per esempio, dall'art. 2476, secondo comma, in merito di esplicazione dei poteri di controllo. In giurisprudenza, tale opinione trova, per esempio, conforto in un'ordinanza che ritiene « applicabile in via analogica l'art. 2367, secondo comma, c.c., di modo che, qualora gli amministratori non procedano a convocare l'assemblea, i soci possano chiedere al tribunale, ai sensi degli artt. 30 ss. del d.lgs. n. 5 del 2003 di procedere alla relativa convocazione »⁽²¹⁾.

A nostro avviso, pare necessario constatare l'inesistenza di una vera e propria lacuna in quanto la regola di competenza posta nel primo comma dell'art. 2479 c.c. è capace di tradursi in una regola procedimentale: lo strumento con cui i soci fanno valere il diritto di sottoposizione in esame è proprio la diretta convocazione dell'assemblea. Fermo questo principio, occorre riflettere se sia necessario avvalersi della medesima regola operativa — la convocazione viene effettuata da ciascun amministratore o da soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale — per le convocazioni afferenti le materie di cui al secondo comma della norma. Infatti, il carattere eccezionale e meramente episodico della competenza di cui al primo comma⁽²²⁾, trascina con sé anche la formazione della regola procedurale che viene appiattita su quella sostanziale, seguendone pianamente la legittimazione. Le altre ipotesi di convocazione dell'assemblea sembrano ritagliate su situazioni di pertinenza degli amministratori ai quali spetterà la relativa competenza, ma non singolarmente — perché non sembra ce ne sia una ragione plausibile — ma secondo le regole proprie di funzionamento

⁽²¹⁾ App. Brescia, 8 marzo 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 328, cui *adde* Trib. Napoli, 10 febbraio 2005 secondo cui « se l'amministratore di una s.r.l. rifiuta ingiustificatamente di convocare l'assemblea, i soci possono ottenerne la convocazione con decreto del tribunale, ai sensi del novellato art. 2367 cc., applicabile per analogia ».

⁽²²⁾ Ci ricorda che si tratta « di una norma con campo di applicazione assai limitato », G. SANDRELLI, *Assemblea dei soci*, in *Società a responsabilità limitata* a cura di LA. Bianchi, Milano, 2008, 974.

dell'organo. Se questo sia composto secondo lo schema collegiale del consiglio di amministrazione, alla stregua di tali regole dovrà essere regolata la competenza alla convocazione; se invece l'organo di amministrazione funzioni seguendo regole non collegiali, sarà a tali regole che si dovrà fare riferimento nel definire a chi spetti convocare l'assemblea. E, in tale contesto, è evidente che anche di fronte ad un organo pluripersonale non collegiale, dovrà farsi riferimento agli schemi procedurali più propriamente collegiali per individuare la competenza alla convocazione dell'assemblea nelle materie di cui all'ultimo comma dell'art. 2475 c.c.. Nella materia nelle quali la competenza dei soci non è prevista — si ripete: si tratta solo dei casi di cui al secondo comma dell'art. 2479 c.c. — si può porre la questione dell'eventuale esistenza di una lacuna nel tessuto normativo della s.r.l. Di fronte a tale situazione, una proposta interpretativa è, come abbiamo visto, quella che consiste in una dilatazione della facoltà concessa dal primo comma dell'art. 2479 c.c. e ci pare che questa sia la regola operativa da seguire. Essa si spiega in quanto *pendant* di un potere organizzativo concesso direttamente ai soci e, in un certo senso, una regola di tutela della minoranza; la possibilità di procedere direttamente alla convocazione si spiega perché la materia in questione si muove in uno spazio non strutturato, del tutto aregolamentato. Se ci muoviamo, invece, all'interno di uno spazio fortemente regolamentato quale quello del secondo comma (in combinato disposto con l'art. 2475 c.c.), allora occorre considerare che ai soci non può spettare un potere diretto di convocazione. Questo si spiega — come pure può spiegarsi l'analogo potere in capo al singolo amministratore — per la peculiare e transitoria materia oggetto di discussione; quello, l'assenza di un potere diretto dei soci si spiega perché si opera dentro un percorso segnato dalla presenza di regole ben definite di competenza, regole che gli stessi soci devono rispettare quando, per qualsiasi ragioni, ritengano necessario l'appello alla decisione dei soci. In questo caso, come si evince anche dal quarto comma dell'art. 2479 c.c. — dove ci si esprime in termini di richiesta — occorrerà che i soci che ritengano necessaria una decisione assembleare — sia quando il procedimento sia partito in forma extrassembleare, sia quanto occorra innescare un procedimento assembleare — facciano istanza agli amministratori, i soci cui spetta il potere diretto di convocazione. La chiave per decrittare il sistema è proprio nella facoltà dei soci (o di ciascun amministratore) di deviare il procedimento dalle forme extrassembleari a quelle assembleari: il contesto è, in un certo senso il medesimo: affidare la decisione su un certo argomento alla sede del dibattito collegiale. L'appello alla decisione collegiale opera a mezzo di una

richiesta, che trova come destinatario l'organo collegiale. Quale sia l'aliquota di capitale occorrente per tale richiesta ce lo dice lo stesso art. 2479 c.c. che riproduce in fotocopia la stessa percentuale di capitale sia per innescare direttamente il procedimento decisionale mediante convocazione diretta, sia per tradurre quello già iniziato in via di consultazione nelle forme assembleari. Si tratta di quel terzo del capitale sociale che — a fronte della tesi che lo giudica eccessivamente penalizzante proprio per una società a forte impatto personalistico come la s.r.l. — è invece costruito in funzione proprio di tale carattere della s.r.l., come sopra si è già ampiamente dimostrato. È chiaro che nel tendenziale modello avuto a mente dal legislatore — ben diverso da quello della s.p.a. — nel focalizzare la questione in sede di riforma, l'intento di evitare una molteplicità di assemblee convocate anche a fini di disturbo o con il risultato di moltiplicare inutilmente le occasioni di incontro dei soci, depotenziando l'istituto, ha trovato in un'aliquota più consistente rispetto alle spa la sua migliore traduzione operativa. Quindi, in ultima analisi, riteniamo che il sistema non presenti alcuna lacuna normativa ma trovi proprio in sé la relativa regola di componimento: « così delineata, la competenza della minoranza (e dei singoli amministratori) a sollecitare la convocazione dell'assemblea si mostrerebbe in apparenza simile a quanto previsto in materia di s.p.a. (art. 2367) ⁽²³⁾, nonché conforme allo schema fatto proprio dai principali ordinamenti europei per le rispettive *private companies* » ⁽²⁴⁾.

Il sistema in tal modo delineato si presenta in questi termini:

— per la trattazione degli argomenti di cui al secondo comma dell'art. 2479 c.c., la competenza alla convocazione dell'assemblea spetta all'organo di amministrazione secondo le regole proprie del suo funzionamento. Per le materie indicate dall'ultimo comma dell'art. 2475 c.c., in caso di organo pluripersonale, la decisione dovrà essere sempre assunta in forma collegiale. Una conferma recente del sistema proviene da una pronuncia secondo cui salvo diversa previsione dello statuto, il singolo amministratore non è competente a convocare l'assemblea di una società a responsabilità

⁽²³⁾ Ma senza che si richieda un'applicazione analogica di tale norma: il sistema s.r.l. è sul punto del tutto autosufficiente, salvo quanto diremo in materia di mancato adempimento alla richiesta di convocazione da parte degli amministratori.

⁽²⁴⁾ G. SANDRELLI, *Assemblea*, cit., 974, che, peraltro, si mostra decisamente contrario all'applicazione analogica dell'art. 2367 commentando che « quand'anche si presumesse l'esistenza di un'effet-

tiva lacuna, l'art. 2367 c.c. sarebbe assai poco adatto per un "trapianto" analogico. (...) Si tratta di una norma concepita nel contesto di un sistema connotato da rigida struttura corporativa e da processi decisionali rigorosamente formali, nel quale si manifestano istanze di tutela di minoranze azionarie con caratteristiche ben diverse rispetto a quelle dei soci di minoranza di una s.r.l. ».

limitata »⁽²⁵⁾, col che confermando che il sistema alternativo fondato sulla diretta applicazione della previsione del primo comma dell'art. 2479 c.c. non pare accoglibile;

— per la trattazione degli argomenti gestionali cui fa cenno il primo comma dell'art. 2479 c.c. il potere di sottoposizione all'assemblea viene realizzato attribuendo a ciascun amministratore ovvero ai soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale il potere diretto di convocazione;

— per l'assegnazione all'assemblea della cognizione di argomenti per i quali il procedimento decisione avviene o può avvenire in forma extra assembleare la richiesta di ciascun singolo amministratore o di tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale deve essere inoltrata all'organo amministrativo;

— la convocazione dell'assemblea, anche per le materie di cui all'art. 2479, secondo comma, c.c., può essere effettuata dietro richiesta rivolta all'organo amministrativo da tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale.

La normale derogabilità di ciascuna regola procedurale non deve far dimenticare che è inderogabile il disposto dell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. e che, quindi, la decisione di convocare l'assemblea deve avvenire secondo le regole collegiali in tutti i casi in cui l'organo amministrativo sia a composizione pluripersonale. Ogni altra regola della scansione procedurale di *default* sopra indicata è suscettibile di diversa previsione ad opera dello statuto.

Sullo sfondo resta un problema aperto. Abbiamo giustificato l'inutilità del rinvio all'art. 2367 c.c. per disciplinare la competenza alla convocazione dell'assemblea sulla base dell'argomento che l'art. 2479 c.c. contiene un regolamento di per sé del tutto autosufficiente. Parimenti, ci è parso ragionevole e non contrario al sistema giuridico della s.r.l. la percentuale di almeno un terzo del capitale sociale necessaria per attivare il procedimento decisionale, ben superiore rispetto a quella fissata per le s.p.a.

Nella disciplina residuale e suppletiva in tema di convocazione, l'ultimo problema da affrontare, così, riguarda le regole da seguire qualora gli amministratori non ottemperino alla richiesta dei soci di convocare l'assemblea. Se nel microcosmo giuridico della s.r.l. non si rinvenga alcun elemento utile a tal fine, occorrerà interrogarsi sull'eventuale applicabilità

dell'art. 2367, secondo comma, c.c. ovvero sulla possibilità di esperire la strada della procedura cautelare di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.. Effettivamente, l'interesse del socio allo svolgimento dell'assemblea riceve soddisfazione nel caso del primo comma — ma, lo ribadiamo, limitatamente alle materie ivi indicate — grazie alla forma di convocazione diretta che è insita nel diritto di sottoposizione previsto dalla norma. Negli altri casi, come nella s.p.a., il diritto del socio passa attraverso la mediazione degli amministratori che, quindi, devono attivarsi, quanto meno motivando le ragioni per le quali non convocano la riunione. La tutela di questo diritto del socio — o, per meglio dire, della minoranza qualificata dei soci — in caso di inadempimento degli amministratori propone inevitabilmente la questione del ricorso all'autorità giudiziaria. Taluni, spiegano la necessità di attribuire ai soci la facoltà di convocazione diretta proprio perché ritengono espunta dal sistema della s.r.l. ogni possibile ingerenza dell'autorità giudiziaria come risulta chiaramente dal mancato richiamo della fattispecie dell'art. 2409 c.c.. La tesi che, al contrario, sottopone l'istanza del socio al vaglio dell'organo amministrativo presuppone una forma di reazione di fronte all'inadempimento immotivato degli amministratori. Nel quadro giuridico di riferimento per la s.r.l. il ricorso all'analogia non pare eccessivo. Infatti, fermo restando che la fattispecie della convocazione riceve da un punto di vista normativo — e, quindi, fatto salvo un autonomo intervento dello statuto — una configurazione adeguata ed autosufficiente, la evidente lacuna che si riscontra quando si debbano individuare gli strumenti di tutela della richiesta del socio consente che si ricorra alla disciplina della fattispecie simile e contigua offerta dal secondo comma dell'art. 2367 c.c..

Vediamo la giurisprudenza che, nonostante la recente vita del sistema, è, sul punto in esame, consistente. Infatti, un primo orientamento nega il ricorso all'autorità giudiziaria: « è inammissibile il ricorso con cui il socio chiede al tribunale di ordinare la convocazione dell'assemblea dei soci (...) in quanto le società a responsabilità limitata sono state integralmente sottratte al controllo giudiziario esterno »⁽²⁶⁾; altra posizione viene sostenuta da chi nega *in toto* il problema dell'applicabilità anche del solo segmento dell'art. 2367 c.c. qui in esame « perché i soggetti che ai sensi dell'art. 2479, comma 1, c.c. possono sottoporre ai soci determinate questioni, sono anche legittimati alla convocazione dell'assemblea o comunque di stimo-

²⁵ Trib. Milano, 30 marzo 2009, in *Giur. it.*, 2009, I, 2719.

²⁶ Trib. Bologna, 21 ottobre 2004, in *Le Società*, 2005, 357, *cul adde*, App. Lecce, 23 giugno 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1549, trib. Agrigento, 29

dicembre 2005, in *Riv. Not.*, 2006, 315, e Trib. Milano, 18 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, I, 1694 e Trib. Milano, 12 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2008, I, 378.

lare una decisione dei soci negli altri modi previsti dalla legge »⁽²⁷⁾; oppure, terza tesi, « qualora gli amministratori di una s.r.l. non procedano a convocare l'assemblea, i soci possono chiederne la convocazione al tribunale ai sensi dell'art. 2367 c.c. »⁽²⁸⁾; resta, infine, la posizione di chi sostiene che il socio « può chiedere con un ricorso ex art. 700 c.p.c. la convocazione dell'assemblea e la nomina del suo presidente »⁽²⁹⁾.

Noi propendiamo per l'applicabilità — in questo solo e specifico caso — del segmento normativo del secondo comma dell'art. 2367 c.c., ossia quello che, per il caso dell'ingiustificata omissione della convocazione da parte dell'organo amministrativo, consente il ricorso all'autorità giudiziaria e la relativa convocazione con decreto. La circostanza che la s.r.l. sarebbe, a mente del legislatore della riforma, un modello insensibile al controllo giudiziario rappresenta un elemento di fatto cui occorre prestare attenzione. È vero, difatti, che il sistema di controllo imperniato sull'art. 2476 c.c. è tale da escludere — anche per il rilievo sistematico dell'autonomia del modello di s.r.l. rispetto a quello di s.p.a. — quella lacuna normativa che potrebbe consentire l'applicazione dell'art. 2409 c.c.⁽³⁰⁾; è, parimenti, vero che qui non si tratterebbe di un'ingerenza dell'autorità giudiziaria nella vita della società, di un esautoramento delle prerogative dei soci tali da denegare quel principio di rilevanza dei rapporti contrattuali del socio che si pone a base dell'art. 2476 c.c. e che, quindi, viene a giustificare la negazione di ogni margine di applicazione dell'art. 2409 c.c.; nel caso di specie, invece, non è in questione l'ingerenza nell'attività sociale — compensata dalle facoltà attribuite dall'art. 2476 c.c. al socio — ma si tratta di reagire ad un comportamento inerte degli amministratori e, proprio per tale ragione, il rimedio in esame si presta efficiente proprio rispetto all'esigenza di sottolineare e valutare al pieno i legami ed i rapporti dei soci e tra questi e la società. Quale conflittualità potrebbe nascere da un comportamento negligente degli amministratori che non convocano, senza alcuna giustificazione, un'assemblea legittimamente richiesta dai soci? Né si può pensare che a tale comportamento degli amministratori i soci possano reagire unicamente con gli strumenti dell'azione di responsabilità di cui al terzo comma dell'art. 2476 c.c.. Prima di giungere alla misura — sotto qualche

⁽²⁷⁾ Trib. Milano, 14 gennaio 2005. In *Giur. it.*, 2005, 523.

⁽²⁸⁾ Trib. Napoli, 10 febbraio 2005. In *Giur. Comm.*, 2007, II, 459, cui *adde* Trib. Brescia, 8 marzo 2005, in *Le Società*, 2005, 1254, App. Napoli, 20 maggio 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 646.

⁽²⁹⁾ Trib. Milano, 23 maggio 2005, in www.associazionepreite.it.

⁽³⁰⁾ Si veda C.Cost., 14 dicembre 2005, n. 481, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 798.

aspetto eccessiva rispetto ai fini e, per tale ragione, devastante rispetto ad una certa dialettica interna — dell'azione di responsabilità pare corretto, allora, consentire che l'assemblea abbia luogo, nonostante l'inattività dell'organo amministrativo e questo può accadere solo con la collaborazione del tribunale. L'esistenza di una lacuna — che rappresenta il presupposto giuridico per l'applicazione analogica del segmento normativo dell'art. 2367 c.c. — pare evidente per la considerazione che manca uno strumento di reazione rispetto all'ingiustificata inerzia dell'organo di amministrazione, non essendo rinvenibile nel tessuto regolamentare della s.r.l. strumenti alternativi di tutela della minoranza, tale non essendo — per le ragioni viste, consistenti nell'eccessività del rimedio rispetto alla scopo — l'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori⁽³¹⁾.

La questione, in effetti, deve considerare che nel meccanismo di convocazione dell'assemblea quello svolto dagli amministratori è un rilevantissimo ruolo di filtro rispetto a richieste prive di valida giustificazione; ne segue che il postulato dell'applicazione dell'art. 2367, secondo comma, c.c. lungi dal depotenziarlo, eleva notevolmente tale funzione amministrativa, tanto è vero che la stessa norma che si vuole richiamare presuppone, quale elemento per l'intervento sostitutivo del tribunale, che il rifiuto degli amministratori per la convocazione dell'assemblea sia ingiustificato. Non pare dubbio, poi, che anche nella società che riproduca il modello più prossimo a quello di una società di persone, esiste una composizione organica che nella s.n.c., per esempio, non si verifica: almeno una volta all'anno, gli amministratori, anche quando funzionino ex artt. 2257 ss. c.c. devono riunirsi in veste collegiale; almeno una volta all'anno si deve tenere l'assemblea e questa resta tale anche se procede nelle forme della consultazione scritta, restando, altresì, aperta la possibilità che venga condotta in forme tradizionali. Questa dialettica interorganica comporta che le funzioni di convocazione dell'assemblea, normalmente allocate presso l'organo amministrativo — fatta salva l'eccezione rappresentata dalle materie straordinarie del primo comma dell'art. 2479 c.c. — debbano tenere conto e produrre

⁽³¹⁾ Invece, per il Tribunale di Bologna, 21 ottobre 2004. *cit.*, « qualunque sia il mezzo ipotizzabile all'uopo — potere "diretto" di convocazione (in surrogata dei legittimati inerti), azione di responsabilità (ex art. 2476, comma 3, c.c.) così giustificata verso chi non ha adempiuto ai doveri imposti dalla legge od altro meccanismo — esso non può coincidere con un surrettizio ripristino dell'art. 2486, comma 2, c.c., il

quale finisce per "obliterarne" l'avvenuta abrogazione: ad avviso del Collegio una scelta siffatta — che non risulterebbe fondata su alcun convincente fondamento ermeneutico — non è da accogliere, implicando senz'altro l'inammissibilità dell'istanza in esame, da dichiarare preliminarmente quale motivo decisivo ed assorbente ».

gli anticorpi dell'eventuale inadempimento — tale essendo considerata l'inerzia — della funzione di convocazione nei casi in cui questa sia obbligatoria. A tale proposito, la lettura del disposto dell'art. 2367 c.c. in parallelo col sistema dell'assemblea quale emerge nella considerazione della centralità del socio nella s.r.l., impone di considerare tra i casi di obbligatorietà della convocazione dell'assemblea — sanzionati dall'art. 2631 c.c. — anche quelli in esame, fatta eccezione per i casi specificati nell'art. 2367 ultimo comma, c.c. e per quelli il cui rifiuto appaia giustificato e debitamente motivato con provvedimento di rigetto.

6 L'INFORMAZIONE DEI SOCI

Il lungo esame della questione soggetto competente alla convocazione dell'assemblea, porta, a questo punto, a riflettere sulle modalità della convocazione. L'art. 2379-bis, primo comma, affida alle scelte statutarie la disciplina di dettaglio, occupandosi di due aspetti:

(1) la posizione di un principio cardine che deve ispirare le varie impostazioni che l'autonomia può scegliere di approntare;

(2) una regolamentazione suppletiva per il caso in cui lo statuto nulla dica sul punto.

Quanto al primo aspetto, il principio a cui va dato adempimento nell'individuazione della regola statutaria in tema di modi di convocazione dell'assemblea è quello che — qualunque sia la tecnica della convocazione — occorre che sia assicurata la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare. Sul piano sanzionatorio, la regola statutaria deve rispettare il principio della tempestiva informazione sotto pena di invalidità della deliberazione, come si ricava dall'art. 2479-ter c.c.. I problemi posti dalla apertura normativa all'autonomia privata — ricordiamo che la tecnica suppletiva prevede l'invio di una raccomandata spedita ai soci almeno otto giorni prima della riunione nel domicilio del socio quale risulta dal registro delle imprese — concernono (i) il mezzo della comunicazione; (ii) il destinatario della stessa; (iii) i termini dilatori concessi al socio; (iv) il contenuto dell'avviso di convocazione.

Circa il punto sub (i) parte della dottrina ha recuperato il principio ricavabile dall'art. 2366, terzo comma, c.c. in tema di modalità di convocazione di assemblea di s.p.a. nel punto il cui individua il criterio della prova dell'avvenuto ricevimento. In altri termini, qualsiasi mezzo di convocazione che garantisca in chi promuove la riunione che il destinatario l'abbia ricevuta, sarà funzionale rispetto allo scopo della tempestiva infor-

mazione e, come tale, accettabile e insuscettibile di pregiudicare la validità del deliberato. La dottrina precisa, a questo proposito, che il requisito della tempestività si deve « ritenere soddisfatto quando sia assicurata agli aventi diritto la ragionevole possibilità di partecipare ai lavori e di raccogliere preventivamente notizie in vista di un consapevole esercizio del diritto di voto »⁽³²⁾. Tra i mezzi di comunicazione che astrattamente paiono rispondere affermativamente all'esigenza di assicurare la tempestiva informazione ai soci vi sono la posta elettronica ed il fax; dubbio si pone per quanto riguarda il messaggio via telefono, il c.d. sms. Infatti, dobbiamo ritornare ancora una volta ad esaminare il rapporto tra s.r.l. e s.p.a. per verificare nel caso di specie se l'affrancamento del modello della s.r.l. rispetto alla società azionaria sia talmente radicale da escludere ogni riferimento all'art. 2366 c.c. ovvero se, riscontrate esigenze analoghe ed una disciplina lacunosa, detta ultima norma possa avere margini di utilizzabilità per definire modalità di convocazione idonee a rispondere al precetto della tempestiva informazione attraverso l'elemento della prova dell'avvenuto ricevimento. Effettivamente, la dottrina⁽³³⁾ prudenzialmente consiglia di avvalersi — indipendentemente dall'applicabilità dell'art. 2366, terzo comma, c.c. — del canone in questione, negando validità alla clausola statutaria che individui mezzi di comunicazione molto personali, ma come tali inadeguati a certificare la ricezione dal destinatario. Pensiamo, per esempio, proprio al messaggio via telefono cellulare, dato che, in assenza di una ricezione di conferma, non può essere data alcuna prova che l'invio sia giunto al socio. Questo sistema di comunicazione potrebbe garantire la tempestiva informazione del socio, ma non consentire in capo a chi abbia effettuato la convocazione la possibilità di dimostrare, in caso di contenzioso, che la comunicazione — proprio perché rimasta priva di riscontro — sia giunta tempestivamente nella sfera di conoscibilità del socio. Si può obiettare che la consultazione dei tabulati del gestore telefonico potrebbe consentire di ricavare, in assenza di conferma da parte del destinatario — per esempio,

⁽³²⁾ M. CIAN, *Le decisioni assembleari*, in *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, Padova, 2009, 64.

⁽³³⁾ Si veda, per esempio, G. GUERRIERI, *Artt. 2479-2479-ter*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 2039, che, appunto, scrive che « stanti i dubbi sull'applicabilità, all'assemblea di s.r.l., dei principi dettati per l'assemblea di s.p.a., può comunque essere opportuno prevedere "mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento"

ex art. 2366, comma terzo, c.c. »; in effetti, lo stesso Guerrieri, in altro scritto, sostiene esplicitamente che « pare da escludere che alle s.r.l., salvo diversa disposizione statutaria, si applichi per analogia il principio espresso dall'art. 2366, 3° comma », ribadendo poi, che il canone della prova dell'avvenuto ricevimento appare assolutamente consigliabile, G. GUERRIERI, *Trasformazione di società, modificabilità dello statuto e disciplina dell'invalidità*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 347.

un sms di risposta — la prova che il messaggio è stato spedito al corretto numero telefonico notificato alla società; allo stesso modo, anche la posta elettronica, se non certificata e, soprattutto, se non si sia attivata la modalità della “conferma di risposta” ovvero se il destinatario l’abbia rifiutata, propone gli stessi problemi. La possibilità di recuperare nei sistemi informatici del server la prova della spedizione e della ricezione della mail potrebbe essere sufficiente a garantire l’efficienza del mezzo rispetto allo scopo. Effettivamente, se il mezzo di comunicazione è previsto dallo statuto ed ogni socio ha notificato la società il numero di telefono cellulare o l’indirizzo mail cui inviare l’avviso di convocazione, non dovrebbero esservi problemi. Eppure, parte della dottrina, rileva che « riesce difficile apprezzare, sul piano pratico, quale differenza corra tra la previsione da ultimo riportata — quella riprodotta nel terzo comma dell’art. 2366 c.c. — e quella dell’art. 2479-bis comma 1. Invero, assicurare (in via necessariamente preventiva-astratta, trattandosi di previsione statutaria) la tempestiva informazione del socio presuppone comunque la scelta di un metodo di comunicazione in grado di fornire in ogni caso la prova dell’avvenuto ricevimento, non diversamente da quanto richiesto in tema di s.p.a. »⁽³⁴⁾. Questa indicazione ripropone una simmetria tra tempestiva informazione e garanzia del ricevimento della convocazione che ci pare criticabile. Infatti, essa confronta due elementi disomogenei: il socio può ben essere informato anche con mezzi diversi da quelli che garantiscano la prova del ricevimento. La presenza alla riunione di un socio avvisato dell’assemblea con mezzi orali (per esempio, una telefonata) potrebbe essere conferma dell’adempimento dell’obbligo di informazione dell’ordine del giorno; analogamente, l’utilizzo di una raccomandata, spedita nei termini previsti per *default* al socio, benché astrattamente idonea al risultato dell’informazione, potrebbe fallire nella realtà al suo scopo quando il socio non sia stato materialmente in grado di ritirare la lettera o quando la raccomandata sia stata spedita ad un indirizzo errato ovvero, benché spedita nei termini, sia giunta con grave ritardo dovuto ad un disservizio postale⁽³⁵⁾; per parte della dottrina anche il telefono, se dotato di registrazione, rappresenta una

⁽³⁴⁾ G. SANDRELLI, *Assemblea dei soci*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. BIANCHI, Milano, 2008, 969.

⁽³⁵⁾ Per esempio, « lo stesso sistema supplemento legale di convocazione può essere ritenuto in talune ipotesi idoneo ad assicurare il conseguimento del suo scopo, qualora, seppure conforme al

dettato normativo, non sia in grado in concreto di garantire il diritto del socio convocato a partecipare con apporto cosciente e costruttivo al dibattito assembleare », C. A. BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, Padova, 2008, 386.

valido mezzo di comunicazione dell’avviso di convocazione⁽³⁶⁾. Va anche detto che ciò che conta è sempre l’astratta idoneità del mezzo scelto; non la reale conoscenza dell’ordine del giorno dell’assemblea, ma la teorica conoscibilità. Detto questo, è opportuno che il ragionamento non venga condotto sull’aprioristica valutazione della fungibilità di informazione tempestiva, da un lato, e di prova dell’avvenuto ricevimento, dall’altro. Tale indicazione, a nostro avviso, confondendo due termini che nel disposto normativo non sembrano paragonabili, finirebbe per appiattare la s.r.l. sulla s.p.a., mortificando quel *quid* di flessibilità e di innovazione che la disciplina, estremamente sintetica dell’art. 2479-bis c.c. pare voler forzare nei soci. Questo *enforcement* di fantasia creativa nella costruzione di testi statutari che esaltino il dato della flessibilità del modello verrebbe amputata dalla necessità di leggere il requisito della informazione col criterio della giustificazione del ricevimento della comunicazione. Non c’è dubbio che la posta elettronica certificata oggi acquista quel grado di sicurezza — pari alla raccomandata — che ne consente un sicuro utilizzo quale mezzo per comunicare la riunione dei soci; la stessa posta elettronica non certificata presenta, tuttavia, un accettabile grado di certezza dell’invio del messaggio⁽³⁷⁾. Ma così ragionando, ritorniamo ad un avvicinamento della s.r.l. alla s.p.a. che, al di là delle intenzioni del legislatore delegante, non pare accettabile alla luce del disposto dell’art. 2479-bis c.c. che non si occupa di chiedere altro che la comunicazione avvenga in termini rapidi e che la stessa sia costruita in modo tale da informare adeguatamente i soci. Sono i soci che valutano *ex ante* se la tecnica di comunicazione da loro medesimi scelta è adeguata a fornire quella tempestiva informazione che è, in definitiva, l’unico elemento richiesto dal socio. Il socio, di fronte ad una certa delibera assemblea, potrà dolersi, nell’impugnarla, di non essere stato informato in modo tempestivo degli argomenti all’ordine del giorno, per poi rilevare che il mezzo di comunicazione statutariamente scelto non gli ha permesso una partecipazione informata all’assemblea. Quello che conta è che la clausola in sé non può essere giudicata illegittima per la sua carenza a fornire prova dell’avvenuto ricevimento della comunicazione dell’avviso di convocazione; la clausola in sé considerata non può essere giudicata

⁽³⁶⁾ D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 227.

⁽³⁷⁾ E come tale è stata giudicata idonea, per esempio, da Trib. Sassari, 19 maggio 2000, in *Le Società*, 2001, 209: « È omologabile l’atto costitutivo di una società a responsabilità limitata che preveda la

possibilità di convocare l’assemblea dei soci mediante posta elettronica... e il presidente dell’assemblea verificherà, mediante elenco fornitogli dal fornitore di accessi Internet (*provider*) che tutti i soci abbiano ricevuto l’avviso ».

illegittima e come tale impugnata; sarà solo l'applicazione concreta della tecnica di informazione ad essere valutata nel caso specifico come carente e tale quindi da generare un vizio a carico del procedimento assembleare. La differenza, come si capisce, è di non poco conto.

In conclusione, la nostra preferenza va alla massima estensione possibile delle modalità di convocazione dell'assemblea, quali possono essere, per esempio, tra tutti soci lavoratori in azienda, la comunicazione *de visu*, oppure l'affissione in una bacheca nello stabilimento produttivo o in un ufficio periodicamente visitato da tutti i soci; la stessa comunicazione data nel sito della società potrebbe essere utilizzata come sistema di informazione degli argomenti da trattare e avviso di convocazione. Si tratta allora di compiere una valutazione su due piani: da un lato, occorrerà individuare se la tecnica di comunicazione fissata nello statuto rappresenti *ex ante* una idonea forma di informazione; dall'altro, sarà in sede contenziosa che si potrà giudicare se l'applicazione della regola statutaria, benché corretta, abbia pregiudicato il diritto del socio ad una consapevole partecipazione al dibattito assembleare. L'indagine, quindi, deve essere condotta su un piano di grande flessibilità: « Si pensi al caso di una raccomandata, pur inviata nel rispetto dei termini di legge, ma che sia stata recapitata al socio, residente all'estero, lo stesso giorno fissato per la riunione »⁽³⁸⁾ e si consideri che, nel caso di specie, anche l'applicazione della regola legale, di per sé ovviamente non censurabile, può condurre ad un vizio procedimentale. Occorre, tuttavia, notare che la dottrina pressoché unanime finisce per sommare all'elemento dell'adeguata informazione quello della prova dell'avvenuto ricevimento di cui al terzo comma dell'art. 2366 c.c.; parte della dottrina, mostra di accogliere una impostazione più sfumata, parendo accedere all'impostazione più liberale, laddove, per esempio, leggiamo che « il legislatore, nel prevedere genericamente, la "tempestiva informazione del socio" senza imporre alla società rigidi formalismi legali di convocazione, sembra invertire la rotta rispetto al passato. Sembra abbandonare il principio di convocazione tanto strettamente collegata al rispetto delle forme per essa previste, da invalidare la decisione dei soci anche quando questi siano *aliunde* informati della convocazione, in difetto dell'espletamento di tali imprescindibili formalità »⁽³⁹⁾, ma, allo stesso tempo, ponendo dei limiti quando, a proposito dell'affissione dell'avviso presso la sede sociale, nota che « tale

⁽³⁸⁾ C.A. BUSI, *Assemblea e decisioni*, cit., 386.

⁽³⁹⁾ Ancora C.A. BUSI, *Assemblea e decisioni*, cit., 386.

forma non sembra costituire idonea forma di conoscenza della riunione assembleare, né potendosi pensare che spetti al socio l'onere di recarsi costantemente presso la sede della società per rendersi esso stesso artefice della propria tempestiva informazione »⁽⁴⁰⁾.

L'INTERVENTO IN ASSEMBLEA

Più semplice pare la trattazione del secondo elemento della fase introduttiva del procedimento assembleare. Ci si riferisce, naturalmente, al destinatario della convocazione e lo sviluppo di questo argomento presuppone l'analisi del tema della **legittimazione all'intervento in assemblea**. Manca una norma paragonabile all'art. 2370 c.c. che impone uno stretto legame tra partecipazione all'assemblea ed esercizio, in tale sede, del diritto di voto con la possibilità, per esempio, di inferirne un completo sganciamento dell'uno dall'altra. Sarebbe, se così fosse, possibile l'intervento in assemblea, contemporaneamente, dell'usufruttuario con diritto di voto e del nudo proprietario della partecipazione. In effetti, la partecipazione del nudo proprietario sembra presentare particolare utilità proprio in relazione alla personalità della partecipazione ed alla centralità della figura del socio nella società. In senso contrario, tuttavia, si potrebbe leggere il disposto dell'art. 2468, ultimo comma, c.c. che, per il caso della comproprietà, impone la nomina di un rappresentante comune per l'esercizio dei diritti sociali, quasi a voler indicare l'inammissibilità dell'« intervento simultaneo di più soggetti per la stessa partecipazione »⁽⁴¹⁾. Soffermando brevemente l'attenzione su quest'ultima nota critica, occorre considerare, in senso contrario, che l'art. 2468 c.c. non pare contenere limiti all'intervento, ma solo all'esercizio dei diritti sociali; la lettura della norma lascerebbe impregiudicato, cioè, l'intervento in assemblea che è cosa ben diversa dall'esercizio del voto⁽⁴²⁾. Ne consegue che dalla lettera della norma non pare sia possibile ricavare indizi circa una possibile limitazione del diritto di intervento a chi sia anche legittimato a votare. Benché possa sembrare eccessivo ricordarlo, è bene tenere a mente che l'esercizio dei diritti sociali comprende la parte-

⁽⁴⁰⁾ Sempre C.A. BUSI, *Assemblea e decisioni*, cit., 387.

⁽⁴¹⁾ G. SANDRELLI, *Assemblea dei soci*, cit., 984.

⁽⁴²⁾ Conferma tuttavia l'assunto della strumentalità della partecipazione all'assemblea rispetto all'esercizio del diritto di voto la Massima I.B.11 degli *Orientamenti del Comitato Notarile del Triveneto* secondo cui « il diritto di intervento all'assemblea non

può essere riconosciuto sia al socio che al creditore pignoratizio e all'usufruttuario ai sensi dell'art. 2352, ultimo comma, c.c., ma esclusivamente al creditore pignoratizio e all'usufruttuario in quanto investiti del diritto di voto (ovvero al socio nel caso in cui si sia riservato il diritto di voto in forza della convenzione contraria di cui all'art. 2352 primo comma c.c.) », in www.trivenetogiur.it.

cipazione all'assemblea e, all'interno di questa, il diritto di voto. Ma l'una — l'intervento all'assemblea — è cosa diversa dall'altra — il diritto di voto. Si pensi, per esempio, che nel sistema di voto per corrispondenza i due elementi in esame sono disgiunti fra loro; si pensi ancora che nel sistema della s.p.a. il legislatore nell'art. 2370 c.c. ha inteso tenere rigidamente ed intimamente collegati voto e intervento all'assemblea, limitando quest'ultimo diritto solo a chi sia titolare del primo. Nel silenzio normativo, occorre chiedersi, prima ancora di interrogarsi se sia possibile l'applicazione analogica dell'art. 2370 c.c., quale sia il significato della partecipazione all'assemblea. Se esso, come nella s.p.a. vada inteso in modo restrittivo oppure se sia non solo legittimo, ma cogente nella struttura organizzativa di questa società comprendere una versione molto ampia dell'intervento in assemblea, affidandole una funzione che la emancipi dal mero voto. Pensiamo al sistema di formazione della volontà sociale allargato a tecniche decisionali extrassembleari. Quando il procedimento decisionale sia stato iniziato nella forma della consultazione scritta, i soci possono richiedere che il procedimento sia invalso nella forma più propriamente assembleare. Questo può significare che l'interesse tutelato è di consentire l'utilizzo di un sistema nel quale la decisione sorge anche per effetto del convincimento che viene a formarsi dentro l'assemblea e durante il dibattito. Non c'è dubbio che questa valutazione appartiene anche al sistema della s.p.a.. Altrettanto vero è, ci pare, che la necessità di passare da un sistema di mero voto ad un sistema dibattimentale nella s.r.l. esprime un *quid* di preferenza per la libera ponderazione che si nutre dal dibattito assembleare che, forse, manca nella s.p.a.. A ciò deve aggiungersi, perché il quadro sia completo, che, a differenza della s.p.a. — società posseduta da molti soci investitori e, come tali, tendenzialmente disinteressati alle decisioni imprenditoriali e organizzative — la s.r.l. è un tipo di società nella quale l'imprenditorialità di ciascun socio si esalta e si manifesta nella diretta partecipazione ad ogni vicenda sensibile della società. Troviamo conforto in due norme essenziali: il più volte citato primo comma dell'art. 2479 c.c. che amplia potenzialmente la capacità deliberativa dei soci espandendola ad ogni materia di carattere gestionale ed amministrativo, se così vogliono i soci; il settimo comma dell'art. 2476 c.c. che innesta una responsabilità solidale dei soci per gli atti dannosi per la società, i soci o i terzi. Proprio questa sovrapposizione potenziale di ingerenze e di competenze rende chiara l'idea che ogni socio è, tendenzialmente, imprenditore e come tale può intervenire nel processo decisionale e lì spendere il proprio patrimonio di competenze, di cognizioni, di capacità al fine di orientare la scelta e la volontà dei soci nel modo

più consono all'interesse sociale; che, poi, quel socio possa votare è altra questione. Intanto, intervenendo all'assemblea ha collaborato a quel dibattito e a quella ponderazione delle opinioni che, da sempre, rappresenta la peculiarità e l'essenzialità del meccanismo decisionale, allo stesso tempo, assembleare e collegiale. La dottrina che ha studiato i sistemi assembleari ci ricorda che l'interesse che il sistema collegiale vuole presidiare è proprio quello della c.d. funzione ponderatoria, il che permette di scinderlo completamente dal principio maggioritario; in altri termini, la circostanza che il sistema collegiale venga in evidenza anche nei casi in cui teoricamente la decisione debba essere presa all'unanimità rende plastico il concetto di essenzialità, nel meccanismo assembleare, della teorica possibilità di sentire la voce di tutti nella riunione ⁽⁴³⁾. E, allora, nella s.r.l. i tutti da sentire sono i soci, indipendentemente dalla titolarità del diritto di voto perché, come è stato scritto, la ragione prima della collegialità è « l'integrazione ed influenza reciproca delle tendenze e volontà individuali » ⁽⁴⁴⁾. Naturalmente, quando si promuove un diritto di intervento esteso a tutti i soci, occorre distinguere: l'art. 2466, quarto comma, c.c. vieta la partecipazione alle decisioni del socio in mora con i conferimenti. L'ampia dizione della norma — partecipare alle decisioni significa partecipare all'intero procedimento decisionale — si spiega con il carattere di sanzione che riveste l'inibizione dei diritti sociali in capo a chi si sia reso inadempiente della principale obbligazione di completare il versamento della quota di capitale sottoscritta. Infatti, « sul piano letterale, il riferimento alla partecipazione postula un impedimento più rigoroso rispetto alla sola privazione del voto, comprensivo anche del divieto di intervento in assemblea » ⁽⁴⁵⁾.

B INTERVENTO IN ASSEMBLEA E CIRCOLAZIONE DELLA PARTECIPAZIONE

Altra questione, sempre collegata intimamente, all'intervento in assemblea riguarda l'acquisto della qualità di socio. Infatti, l'art. 2470 c.c. stabilisce che « il trasferimento delle partecipazioni ha effetto di fronte alla società dal momento del deposito dell'atto di trasferimento presso il regi-

⁽⁴³⁾ « Se la ponderazione e l'influenza reciproca individuano l'essenza della collegialità, a sua volta sottratta alla manipolazione statutaria, l'entità della frazione deliberativa resta, rispetto alla prima, irrilevante; anzi, si dovrebbe aggiungere che, al crescere del quoziente sino all'unanimità, aumente-

rebbe proporzionalmente anche l'importanza, e dunque, l'imprescindibilità, del momento collegiale », P. BENAZZO, *Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Padova, 1999, 170.

⁽⁴⁴⁾ VENDITTI.

⁽⁴⁵⁾ G. SANDRELLI, *Assemblea*, cit. 985.

stro delle imprese ». Questo iato tra il momento dell'acquisto della quota sociale e quello nel quale il neosocio può spendere tale qualità crea, come fanno gli operatori del diritto, grande sconcerto: non si capisce perché nell'istante successivo all'acquisto, il cessionario non possa intervenire in assemblea ed occorra, invece, attendere il deposito dell'atto nel registro delle imprese. L'art. 2470 c.c. è stato recentemente modificato nell'intento di semplificazione che intende garantire l'innescio di nuovi meccanismi economici con la soppressione del libro dei soci, la iscrizione nel quale, prima, condizionava la spendita della qualità di socio. La novella — si tratta del d.lgs. 51/2007 — ha suscitato ampio dibattito in dottrina con i primi riflessi giurisprudenziali. È stato, per esempio, osservato che « ne risulta, sul piano degli interessi in gioco, un sacrificio dell'interesse della società alla conoscenza dei mutamenti della compagine sociale. Infatti, poiché la riforma non prevede un obbligo delle parti di comunicare il trasferimento alla società, tocca a quest'ultima attraverso i suoi amministratori, verificare periodicamente con la consultazione del registro delle imprese chi siano i soci attuali, in ogni circostanza della vita sociale in cui ciò si renda necessario: per esempio, quando si debba convocare un'assemblea o quando qualcuno pretenda di esercitare diritti derivanti dallo status di socio »⁽⁴⁶⁾. Dal punto di vista che ci occupa, ovviamente, si tratta di discutere quali siano le incidenze del nuovo meccanismo di legittimazione all'intervento in assemblea dei soci cessionari di partecipazioni sociali. Nel sistema anteriore alla novella, la legittimazione all'intervento in assemblea era condizionato da un duplice adempimento: deposito dell'atto di trasferimento nel registro delle imprese e successiva iscrizione, a cura degli amministratori, nel libro dei soci. I sostenitori dell'importanza del libro dei soci hanno ritenuto che questo adempimento avrebbe la funzione di filtrare dall'intervento in assemblea coloro che, in sede di acquisto, non avessero rispettato i limiti al trasferimento della quota previsti dallo statuto e che, di converso, la riforma avrebbe eccessivamente alleggerito il ruolo dei controlli preventivi. La funzione dell'iscrizione nel libro soci aveva, nel sistema previgente, un ruolo essenziale come è testimoniato, per esempio, da una massima di merito secondo cui « l'iscrizione nel libro dei soci di s.r.l. ha valore costitutivo e si configura come limite invalicabile di ogni accertamento dei reali rapporti intervenuti fra il socio cedente ed i terzi acquirenti »⁽⁴⁷⁾. La

⁽⁴⁶⁾ G. MARASÀ, *Soppressione del libro dei soci nella s.r.l. e sue conseguenze*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 657.

⁽⁴⁷⁾ Trib. Bologna, 5 febbraio 1992, in *Giur. Comm.*, 1993, II, 147.

dottrina più attenta ha rilevato che « è mancata ... un'adeguata riflessione con riguardo all'idoneità del deposito nel registro delle imprese ai sensi del nuovo art. 2470, comma 1 c.c. ai fini dell'insorgenza in capo al soggetto iscritto di una vera e propria legittimazione, autonoma rispetto alla titolarità, e sufficiente, in linea di principio, per l'esercizio dei diritti sociali (c.d. legittimazione attiva) e per la ricezione di convocazioni ed altre comunicazioni da parte della società o degli altri soci (c.d. legittimazione passiva) »⁽⁴⁸⁾.

Poniamo il caso del cessionario il cui atto di acquisto sia stato regolarmente depositato nel registro delle imprese. A norma del primo comma dell'art. 2470 c.c. tale soggetto avrebbe titolo per far valere la propria posizione di socio verso la società ed esercitare i connessi diritti amministrativi e patrimoniali; tuttavia, l'atto di acquisto è stato stipulato in violazione di un patto limitativo della circolazione; ipotizziamo, in particolare, che non sia stata attivata la procedura prevista per l'ottenimento del gradimento da parte degli organi sociali al proposto acquirente della quota. In questo caso, nonostante il perfezionamento della vicenda acquisitiva della partecipazione, la società potrà eccepirne l'inefficacia e rifiutare legittimamente quel soggetto alla partecipazione all'assemblea. « Non si può ritenere, infatti, che la nuova disciplina dell'art. 2470, comma 1, abbia inciso anche su quella dell'art. 2469 determinando, per così dire, la "sterilizzazione" degli effetti delle clausole limitative della partecipazione »⁽⁴⁹⁾. Va, così, corretta l'interpretazione corrente che sia sufficiente la formalità del deposito nel registro delle imprese per legittimare l'acquirente della partecipazione all'esercizio dei diritti sociali; come pure, in presenza del libro dei soci, l'iscrizione in quest'ultimo non sarebbe potuto valere come condizione di legittimazione se fosse stata, anche in quel caso, trasgredita una clausola statutaria di gradimento.

Un'altra considerazione: il sistema introdotto nell'art. 2470, primo comma, c.c. fa discendere gli effetti dell'atto di cessione verso la società dal mero deposito presso il registro delle imprese. Poniamo che, in virtù di tale adempimento, il cessionario, acquistata la qualità di socio, partecipi ad un'assemblea e che il suo voto sia determinante per l'approvazione (o il rigetto) di una certa proposta. Ipotizziamo, poi, che il registro delle imprese, verificata l'esistenza di vizi nell'atto di trasferimento, neghi l'iscr-

⁽⁴⁸⁾ F. TASSINARI, *Nuovo libro dei soci pubblico on-line e sistema dei controlli preventivi*, in *Le Società*, 2009, 1369.

⁽⁴⁹⁾ G. MARASÀ, *Soppressione del libro dei soci*, cit., 659.

zione dell'atto stesso e che, per tale ragione, venga rigettato il deposito e con esso caducata l'assunzione dello *status* di socio. Quale interferenza deve ravvisarsi tra questa (mancata) vicenda acquisitiva e la delibera, nel frattempo assunta (o respinta)? E, più in generale, in ogni caso nel quale risulti dubbio il rispetto dei limiti posti dallo statuto al trasferimento della quota, ma, ciononostante, l'atto sia stato depositato presso il registro delle imprese, chi — tra cedente e cessionario — è legittimato a partecipare all'assemblea? In particolare, come scrive la dottrina, è possibile che vi sia una sorta di quiescenza dei diritti sociali espressi da una certa quota, quando, diversamente dai certificati camerali, non risulti completata esattamente la procedura di controllo della legittimazione dell'acquirente ad opera degli amministratori? E, ancora, se possa dirsi comprensibile nel nostro sistema giuridico una scissione tra la titolarità formale della partecipazione sociale in capo ad un soggetto e la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali in essa contenuti per essere ancora non del tutto completata la fattispecie acquisitiva, perché, ad esempio, non sia certo il rispetto della clausola di prelazione? ⁽⁵⁰⁾ In particolare, se sia ammissibile questa ipotizzata quiescenza, occorrerà chiedersi se, nelle more, non sia possibile convocare una riunione assembleare ovvero, più semplicemente, procedere ad una consultazione dei soci a norma dell'art. 2479, terzo comma, c.c. o se, come crediamo, finché non sia accertabile la legittimazione del cessionario all'esercizio dei diritti sociali, questi spetteranno ancora al cedente, che, magari, li eserciterà in conformità ad istruzioni a lui impartite dal cessionario (che, in ogni caso, potrà partecipare all'assemblea dietro delega del cedente).

Detto della rilevanza della questione del nuovo primo comma dell'art. 2470 c.c. nella materia che ci occupa — proprio perché è essenziale accertare chi, in quanto socio, sia legittimato a partecipare all'assemblea — è bene fare il punto della situazione sulla scorta di tre orientamenti dottrinali.

Un'impostazione, come al solito lucidamente motivata, è quella di autorevole autore che, in breve, sostiene che la novella abbia di fatto sostituito il libro dei soci, tenuto come registro privato della società e aggiornato sotto la responsabilità degli amministratori, con un libro dei soci *on-line*, pubblico e aggiornato e tenuto a cura di un soggetto pubblico. È stato, in proposito, scritto che « il libro dei soci è stato soltanto modificato,

⁽⁵⁰⁾ G.A. RESCIO, *La legittimazione dell'acquirente di quota di s.r.l. affidata al libro dei soci autonomo statutaria e ruolo del registro delle imprese*, in *Le Società*, 2009, 1503.

diventando, in tutte le s.r.l., e senza alcuna possibilità di "controriforma" ⁽⁵¹⁾ da parte dell'autonomia privata, registro pubblico *on-line* tenuto da un soggetto pubblico imparziale » ⁽⁵²⁾. Si veda il mutamento morfologico del codice: prima della novella la legittimazione verso la società dipendeva dall'esaurimento di un procedimento la cui ultima fase era l'annotazione del trasferimento della partecipazione nel libro soci ad opera degli amministratori; ora il procedimento disegnato dal legislatore presuppone una filiera corta: l'effetto discende da un mero deposito dell'atto di cessione di quota nel registro delle imprese. Altro non si chiede: sembra, così, che sostituendo libro (privato) a libro (pubblico), la legittimazione verso la società sia successivo al perfezionamento del contratto, ma dipenda da un procedimento più rapido e semplificato. È evidente che la superfluità di attendere l'iscrizione nel registro delle imprese e, quindi, la collaborazione degli amministratori per l'annotazione nel libro dei soci, consente al cessionario della partecipazione di legittimarsi quasi in tempo reale verso la società, per esempio, partecipando, quasi subito, ad un'assemblea. L'effetto di semplificazione che ne segue pare, sotto il profilo del tutto peculiare della posizione dell'acquirente, assolutamente di forte impatto ed evidenza. Parimenti, non può tacersi l'obiezione che il mero deposito comporta unicamente l'apertura di un protocollo senza che possa risultare nota ai terzi, *in primis* alla società, il contenuto della vicenda. Si giungerebbe al paradosso che, per furia semplificatoria, il soggetto acquisti una legittimazione — per via del deposito — ma, per la mancata conoscibilità dello stesso, non possa efficacemente spendere tale qualità. Il problema può essere superato distinguendo (i) il caso del socio che intenda, per sua necessità/volontà utilizzare immediatamente la propria veste di socio verso la società; (ii) il caso della società — *rectius* degli amministratori — che abbiano necessità di conoscere in tempo reale chi siano i soci, per esempio, per convocare l'assemblea o per certificare la valida costituzione di un'assemblea in presenza (potenziale) di tutti gli aventi titolo. Circa il primo punto, la risposta sembra agevole: il socio potrà esibire il proprio atto di acquisto e la ricevuta del deposito e con essa dimostrare esaurita la vicenda acquisitiva e pretendere l'accertamento della propria posizione di socio.

⁽⁵¹⁾ Si allude, evidentemente, al tentativo di parte della dottrina di correggere le evidenti — per tali autori — incongruenze della novella con la proposta di istituire su base statutaria un libro dei soci, ciononostante su quello abrogato e le cui risultanze fareb-

bero stato circa la qualità di socio di un soggetto nei confronti della società.

⁽⁵²⁾ F. TASSINARI, *Nuovo libro dei soci*, cit. 138S.

Diversa la risposta al secondo quesito, in quanto: (a) gli amministratori, nel procedere ad atti e formalità di interesse dei soci, dovrebbero continuamente monitorare il registro delle imprese — con tutti gli oneri e costi che conseguono a tale reiterata attività di ispezione — e bloccare ogni atto qualora venga riscontrata la presenza di un protocollo aperto che segnali, appunto, una vicenda traslativa di una partecipazione — col che pare evidente che non possa parlarsi di semplificazione. Si pensi, per citare un esempio paradossale, al « presidente dell'assemblea "Precisetti" che nega la legittimazione al voto a chi non sia in grado di fornire ... la prova — forse impossibile — del fatto negativo della mancata alienazione della quota, dipendente da un ipotetico atto depositato ma non ancora iscritto nel registro delle imprese, e cioè la conseguenza paradossale del diniego del voto ... a tutti i soci che si presentino in assemblea sui quali gravi comunque il dubbio di essere "ex-soci" »⁽⁵³⁾. La tesi della necessità che, con la novella, gli amministratori debbano compiere in occasione di ogni atto rilevante per i soci la verifica circa di controllo dell'attuale compagine sociale viene respinta con l'argomento che l'unico significato che può discendere dalla chiara dizione normativa che fa discendere l'efficacia del trasferimento dal deposito del contratto nel registro delle imprese è quella di attribuire alla pubblicità un ruolo costitutivo dell'assunzione della veste di socio, ruolo, questo, che presuppone espletata, a monte del deposito, ogni indagine circa la legittimità del trasferimento anche relativamente alle peculiari regole organizzative della società. Con ciò non si vuole negare che resti indifferente per la società l'eventuale violazione di regole statutarie alla circolazione della quota, ma solo affermare che « il titolo che ha superato il filtro sostanziale del notaio ed è stato depositato per l'iscrizione presso il registro delle imprese è anche, per ciò stesso, efficace nei confronti della società »⁽⁵⁴⁾, indipendentemente dalla circostanza che il trasferimento sia avvenuto violando un patto sociale di gradimento o di prelazione. Lapidaria, in questo contesto, è l'affermazione che « la facoltà in questione — ossia quella di esercitare le prerogative connesse alla qualità di socio — è la

⁽⁵³⁾ V. DE STASIO, *Sulla "eliminazione" del libro dei soci nella s.r.l. (prime osservazioni ai sommi da 12-quater a 12-undecies dell'art. 16 del d.l. "anti-crisi" 29 novembre 2008, n. 185, nel testo risultante dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2, pubblicata in G.U. n. 22 del 28 gennaio 2009, Suppl. Ord. n. 14), in Giur. Comm., 2010, I, 116, che, chiosa « la logica, ma paradossale ulteriore conseguenza sarebbe l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea e lo*

scioglimento della società ex art. 2484, 1° comma, n. 3, c.c. (e cioè ... potenzialmente di tutte le s.r.l. italiane: ironica misura "anti-crisi" di doppio significato economico, in termini di "riduzione dei costi amministrativi a carico delle imprese") ». Si precisa che i "puntini di sospensione" nel testo citato sono dello stesso Autore.

⁽⁵⁴⁾ F. TASSINARI, *Nuovo libro dei soci*, cit., 1378.

conseguenza dell'avvenuto acquisto dello *status socii* e sussiste indipendentemente dall'idoneità a produrre effetti del titolo, ovvero dell'atto traslativo o costitutivo di diritti sulla partecipazione sociale che è stato oggetto di deposito »⁽⁵⁵⁾. In tal modo, le esigenze pubbliche della trasparenza dei fatti documentati nei pubblici registri prevarrebbero sulle regole private e sugli interessi privati fatti propri nei documenti statuari. Deriverebbe, dall'accoglimento di tale tesi, un'effettiva semplificazione in linea con i desiderata del legislatore in quanto potremmo ricostruire un sistema fondato: 1) sull'efficacia costitutiva del registro delle imprese, tenuto da un soggetto imparziale; 2) sulla possibilità dell'acquirente della partecipazione di legittimarsi velocemente verso la società col mero deposito (e con l'onere di fornire la prova dell'atto effettivamente depositato); 3) sulla chiara certezza dei soggetti proprietari quali risultano dal registro delle imprese in dipendenza di atti poi effettivamente iscritti e quindi liberamente consultabili⁽⁵⁶⁾; 4) sulla facilità di riscontare l'identità dei legittimati a partecipare all'assemblea in quanto collegata alle risultanze di un registro pubblico e non privato (quale era quello ex art. 2470 prev. c.c.); 5) sulla ininfluenza, rispetto alla decisione, di eventuali successive vicende collegate a contestazioni di quella legittimazione in linea con uno dei punti nodali della riforma del 2003 di limitare il più possibile il ricorso a rimedi invalidativi, compensando, come noto, la riduzione della c.d. tutela reale con la c.d. tutela obbligatoria.

Eppure, alcune considerazioni ulteriori devono essere proposte al fine di completare il quadro delle opinioni.

La seconda opinione rilevante, dopo quella finora citata, è di chi lamenta l'opacità del sistema che non tiene conto delle regole organizzative della società e dell'eventualità che, indipendentemente da queste, l'atto di cessione di quota sia per volontà dei contraenti subordinato ad un termine o ad una condizione che, in qualche misura, differiscano o rendano precario quell'effettiva assunzione della veste di socio che, se si voglia leggere letteralmente il disposto del primo comma dell'art. 2470 c.c., dipenderebbe unicamente dal deposito presso il registro delle imprese. Per esempio, il concetto della c.d. realtà della prelazione verrebbe ad essere degra-

⁽⁵⁵⁾ F. TASSINARI, *Nuovo libro dei soci*, cit., 1378.

⁽⁵⁶⁾ Infatti, leggiamo ancora che « tale efficacia coincide con la facoltà di esercitare i diritti sociali e, una volta che al deposito ha fatto seguito l'iscrizione,

con la facoltà di essere destinatari delle comunicazioni provenienti, per legge o per statuto, dalla società o dagli altri soci », F. TASSINARI, *Nuovo libro dei soci*, cit., 1378.

dato a forme obbligatorie quando la sua violazione consenta al cessionario di esercitare indebitamente i diritti acquistati in virtù del mero atto depositato. Ed è evidente la situazione di crisi del sistema che può verificarsi quando in assemblea « il cessionario pretenda di esercitare il diritto di intervento e di voto senza che sia possibile dimostrare seduta stante all'amministratore unico, cui in qualità di presidente dell'assemblea compete il controllo della legittimazione degli intervenuti e del peso del loro voto, che la clausola di prelazione sia stata osservata o violata »⁽⁵⁷⁾. Poiché l'efficacia della cessione verso la società — diversamente dall'efficacia tra le parti governata dal principio del consenso traslativo — dipende dal rispetto delle regole organizzative della stessa società — pena, altrimenti, l'eventuale svalutazione di queste — occorre segmentare la vicenda acquisitiva con una procedura che consenta di dare evidenza e certezza al rispetto di tali ultimi principi. A tal fine, sarebbe l'organo amministrativo il titolare di tali controlli in virtù della propria posizione nella struttura societaria, senza che tale funzione possa confondersi, duplicandola, su quella spettante al notaio o, in generale, al soggetto abilitato a ricevere e depositare l'atto di cessione di quota: si pensi, per esempio, che la clausola statutaria di prelazione potrebbe affidare agli stessi amministratori, sotto loro responsabilità, il compito di presidiare il rispetto delle regole di accesso alla società e che tale compito, proprio in relazione alla responsabilità verso la società che la sua violazione determinerebbe, non potrebbe essere surrogato dal controllo del notaio. L'iscrizione nel libro dei soci istituito statutariamente consentirebbe agli amministratori di continuare a svolgere il ruolo di filtro che viene loro assegnato, senza costringerli a compiere indagini costose e difficoltose presso il registro delle imprese col preciso rischio che il non verificato rispetto di una clausola statutaria possa condurre ad una sorta di quiescenza dei diritti sociali esprimibili nella partecipazione: « se così fosse si arriverebbe all'assurdo risultato che per la quota in oggetto nessuno può al momento esercitare i diritti sociali: non il cessionario, perché non è ancora possibile verificare la conformità del suo acquisto alle regole organizzative statutarie; non il cedente, perché con l'efficacia prodotta dal deposito dell'atto nel registro delle imprese egli è fuori dalla società ed ha perduto la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali »⁽⁵⁸⁾. Ne segue l'opportunità di istituire un libro dei soci su base statutaria, che replichi, nella conformazione, nella tenuta e nella funzione, quello soppresso con la

⁽⁵⁷⁾ G. A. RESCIO, *Soppressione del libro soci: ulteriori riflessioni*, in *Le Società*, 2009, 1503.

⁽⁵⁸⁾ G. A. RESCIO, *Soppressione*, cit., 1504.

legge n. 2/2009 e la cui legittimità — contestata da chi ritiene che nel sistema attuale non sia scindibile l'effetto verso la società rispetto ad altri effetti⁽⁵⁹⁾ — discende dal suo presentarsi quale clausola *ex art.* 2469 c.c. in quanto clausola limitativa della circolazione della quota⁽⁶⁰⁾.

Resterebbe, ovviamente, fermo che, in assenza di un libro dei soci di matrice statutaria, agli amministratori competerebbe sempre l'accertamento, ulteriore rispetto al deposito nel registro delle imprese, della reale legittimazione verso la società dell'acquirente in rapporto al rispetto delle regole proprie dell'organizzazione societaria. Naturalmente, l'adempimento di tale obbligo causerebbe incertezze, rallentamenti e costi eccessivi a carico della società e, più in generale, del sistema.

La terza opinione riflette sulla scansione degli adempimenti che prima della novella dovevano essere perfezionati affinché l'acquirente della partecipazione potesse legittimarsi verso la società. Come noto, oltre all'atto nella forma prevista dalla c.d. legge Mancino (legge n. 310/93), era necessario il deposito e l'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese e, quindi, l'annotazione del trasferimento nel libro dei soci a cura degli amministratori e ad istanza di parte. L'idea della posizione che si esamina⁽⁶¹⁾ prende partito proprio dalla "micro" fase costituita dalla « richiesta di iscrizione nel libro dei soci previa esibizione della ricevuta del deposito (fase che si chiamerà di "Anmeldung" per analogia con il sistema tedesco ...) »⁽⁶²⁾ per concludere che la stabilità del sistema richiede, anzi presuppone, anche oggi un meccanismo analogo anche se non espressamente previsto. Il sistema novellato prevede che l'efficacia del trasferimento verso la società dipenda da un adempimento — il deposito presso il registro delle imprese — che non è conoscibile dalla società nei cui confronti quell'acquirente intende legittimarsi. Per tale ragione il sistema conosce, su tale punto, una lacuna « ragionevolmente colmata mediante la costruzione, in via interpretativa, di un onere di comunicazione alla società, a carico degli interessati alla vicenda circolatoria »⁽⁶³⁾. Se ben si intende il pensiero dell'autore, l'efficacia dell'atto, benché dipendente dal mero deposito e, quindi, del tutto svincolata da ogni forma di necessaria collaborazione degli organi sociali — non occorre, infatti, l'attività di annotazione sul libro dei

⁽⁵⁹⁾ F. TASSINARI, *Nuovo libro dei soci*, cit., 1384.

⁽⁶⁰⁾ G. A. RESCIO, *Soppressione*, cit., 1506.

⁽⁶¹⁾ Ci riferiamo a V. DE STASIO, *Sulla "eliminazione" del libro dei soci*, cit., 110.

⁽⁶²⁾ V. DE STASIO, *Sulla "eliminazione" del libro dei soci*, cit., 112.

⁽⁶³⁾ V. DE STASIO, *Sulla "eliminazione" del libro dei soci*, cit., 118.

soci — presuppone che chi voglia utilizzare l'acquisita posizione sociale debba comunicare la vicenda alla società. La costruzione della comunicazione come vero e proprio onere rende chiara la relativa funzione, ma lascia scoperta una questione, invece, importante, vale a dire la forma di tale *Anmeldung*. Postulata l'importanza che su tale questione prenda posizione lo statuto, deve, in effetti, porsi il problema di come valutare: (i) comunicazioni inviate, per esempio, con forme diverse dalla lettera raccomandata; (ii) come valutare quelle situazioni nelle quali il cessionario non abbia assolto all'onere di comunicazione. Prendendo in esame tale ultima questione, è evidente che potrebbe proporsi di regolare con l'*Anmeldung* la fase interinale che trascorre dal deposito all'iscrizione. Vista in questi termini, il delta che separa questa tesi dalla prima impostazione — quella che ricostruisce il registro delle imprese come libro soci *on-line* — appare limitato: in entrambe le situazioni pareva richiedersi al socio l'esibizione del titolo dell'acquisto unitamente alla ricevuta del deposito nel registro delle imprese, ad esempio, per poter partecipare ad un'assemblea. Successivamente all'iscrizione nel registro delle imprese, la tesi che stiamo brevemente riportando non ritiene che l'onere di comunicazione venga meno « per le ragioni di riduzione dei costi amministrativi a carico delle imprese che la nuova legge pone a proprio fondamento e che sarebbero viceversa annullate dalla costosa e professionale consultazione "continua" del registro delle imprese da parte di ogni s.r.l. le cui partecipazioni siano soggette alla regola di libera trasferibilità »⁽⁶⁴⁾. In assenza della comunicazione, allora, potrebbe essere invitato a partecipare all'assemblea chi abbia ceduto da gran tempo la partecipazione e lo stesso essere destinatario delle attribuzioni, attive e passive, che discendono da tale veste. Parrebbe, in questi termini, che possa legittimarsi una sorta di circolazione della partecipazione in assenza di effettiva partecipazione alla società, quasi sul modello della circolazione delle azioni nelle s.p.a.. Questo risultato, tuttavia, non sembra, a nostro avviso, coerente col disegno tipologico della s.r.l. che, al contrario, presuppone l'unitarietà di un titolo in sé inesistente — a differenza dell'azione quale valore in sé — con la compartecipazione nella società. La tesi in esame, invece, sembra consentire lo scioglimento di tale legame, introducendo una sorta di materializzazione implicita del titolo: infatti, solo in tal modo appare concepibile una sua circolazione scissa dalla legittimazione verso la società, ma tale impostazione non pare assolutamente legiti-

⁽⁶⁴⁾ V. DESTASIO, Sulla "eliminazione" del libro dei soci, cit., 119.

tima in quanto contravviene al principio cardine presentato dal primo comma dell'art. 2468 c.c. (« le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari »).

9 LA RAPPRESENTANZA ASSEMBLEARE

Interessante, per concludere il quadro dei soggetti che possono partecipare, intervenendovi, all'assemblea, è il secondo comma dell'art. 2479-bis c.c. per il quale — laconicamente — il socio « può farsi rappresentare in assemblea ». La norma, anche in questo caso, lascia ampio spazio alla costruzione di regole statutarie che, preso atto della complessiva libertà lasciata all'autonomia privata, possono consentire di ampliare enormemente la possibilità di partecipare indirettamente all'assemblea senza i vincoli che nel sistema precedente erano imposti ai soci, come pure possono del tutto vietare la rappresentanza. L'unico limite ricostruibile nella disciplina di *default*, che vale anche quale criterio per la costruzione di peculiari regole statutarie, concerne l'esistenza di una documentazione del conferimento della rappresentanza che possa, poi, essere conservata agli atti della società. Occorrerà, quindi, che la delega sia riprodotta in un documento scritto, benché taluno abbia anche ammesso che sia ammissibile il conferimento con modalità diverse a condizione che risulti una documentazione suscettibile di conservazione. Si fa il caso, per esempio, della procura conferita oralmente quando tale conferimento sia documentabile come si verifica quando « nel corso di un'assemblea riunita in prima convocazione senza raggiungimento del *quorum* costitutivo, un socio presente potrebbe dichiarare oralmente di conferire procura ad altro soggetto per la convocazione successiva alla quale sia impossibilitato a partecipare: la verbalizzazione di tale dichiarazione sarebbe senz'altro sufficiente a soddisfare il requisito di conservazione di cui all'art. 2479-bis comma 2 »⁽⁶⁵⁾. Fatta salva questa indicazione operativa, il socio di s.r.l. potrà farsi rappresentare da chiunque voglia, anche amministratore o dipendente della società; ancora, parrebbe di ammettere la legittimità di procure conferite genericamente per la partecipazione in assemblea, indipendentemente, cioè, dagli argomenti che vi potranno essere trattati o, anche, procure c.d. in bianco, ossia senza l'indicazione del nome del procuratore⁽⁶⁶⁾. Infatti, il

⁽⁶⁵⁾ G. SANDRELLI, *Assemblea*, cit., 991.

⁽⁶⁶⁾ Contrario, su tale questione, per esempio F.

MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, In *La riforma delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 289.

totale affrancamento della disciplina della s.r.l. da quella della s.p.a. permette di superare tutte le limitazioni che per quest'ultima sono previste dall'art. 2372 c.c., benché da taluno sia stata avanzata la proposta di un'applicazione analogica delle regole dettate da quest'ultima norma qualora il generale modello statutario concretamente posto in essere per la s.r.l. l'avvicini decisamente al tipo azionario. Sul punto ci permettiamo di dissentire dall'autorevolissima opinione ora accennata in quanto la costruzione della regola statutaria — più o meno marcatamente prossima ad un tipo capitalistico o ad uno personalistico — non consente l'importazione lasca di regole dell'uno o dell'altro tipo di riferimento. Come abbiamo molte volte sottolineato, la nostra preferenza va a quelle interpretazioni che pretendono di leggere la regolamentazione suppletiva della s.r.l. come sostanzialmente autosufficiente e, come tale, impermeabile alla ricerca di modelli altri di riferimento. Naturalmente, con ciò non si intende — non lo si potrebbe, ovviamente — interdire la fondamentale attività di interpretazione analogica; al contrario, si intende riportare tale interpretazione nel suo corretto alveo, evitando gli abusi che conseguono ad una lettura delle regole legali della s.r.l. in quanto sufficienti a fornire una disciplina esauritiva del fenomeno. Nel caso di specie, l'aver costruito regole pattizie prossime a modelli marcatamente capitalistici, in assenza di una peculiare opzione statutaria in tema di rappresentanza, non implica che si sia formata quella lacuna normativa che è il presupposto di ogni attività di interpretazione analogica. Al contrario, benché i soci abbiano deciso di strutturare in maniera rigidamente organica la società e di non accogliere le modalità decisionali semplificate proprie del consenso scritto, non significa che il tipo di base non tolleri una disciplina della rappresentanza significativamente ampliata oltre i più rigorosi limiti di quella stabilita nell'art. 2372 c.c.. L'aver qualificato la s.r.l. come società di capitali anche in costanza dell'adozione di modelli più simili a quello della s.n.c. implica che nessuna distonia potrebbe essere ravvisata tra uno statuto prossimo a quello di una

secondo cui il divieto della c.d. delega in bianco « è probabilmente già desumibile dai principi generali: in forza di tali principi sarebbe assai dubbia la validità di una procura senza l'indicazione del procuratore, mancando la determinatezza o la determinabilità del contenuto negoziale della procura stessa (cfr. art. 1346 c.c.) »; preferibile, anche se minoritaria, la tesi permissiva in quanto « le modalità pratiche con cui avverrà presumibilmente il rilascio della delega in bianco (consegna della procura ad altro soggetto, con sottin-

teso incarico di designare il rappresentante) sono di per sé idonee a scongiurare il rischio che la procura debba essere considerata nulla per mancanza di un elemento essenziale, posto che l'individuazione del procuratore costituisce a sua volta oggetto di un mandato *ad scribendum* (conferito anche in via di fatto, ovvero corredato da apposite istruzioni di riempimento) rilasciato dal socio al consegnatario che rende di per sé determinabile l'oggetto della procura in bianco », G. SANDRELLI *Assemblea*, cit., 993.

azionaria con l'applicazione delle regole suppletive di partecipazione indiretta all'assemblea proprie della s.r.l..

10 L'AVVISO DI CONVOCAZIONE

Precisato il destinatario della comunicazione dell'avviso di convocazione occorre dedicare alcune considerazioni:

- (a) ai tempi di spedizione;
- (b) al contenuto dell'ordine del giorno.

Circa il punto *sub* (a) occorre segnalare che la norma indica quale criterio da seguire la tempestività dell'informazione dei soci sugli argomenti da trattare. In forma suppletiva, invece, la stessa norma indica un termine di otto giorni prima dell'adunanza come termine minimo concesso ai soci per avere contezza della convocazione dell'assemblea. Si deve, allora, ritenere che presuntivamente l'avviso spedito almeno otto giorni prima della riunione dia luogo a quel requisito di tempestiva informazione richiesto in via generale dalla norma. La giurisprudenza ha, comunque, tenuto a precisare che non è solo rilevante la circostanza che l'avviso sia spedito nei suddetti termini, ma anche che giunga all'indirizzo del destinatario con un anticipo congruo, tale, cioè, da consentire al socio di preparare adeguatamente la propria partecipazione al dibattito ⁽⁶⁷⁾. Alla luce di tale interpretazione giurisprudenziale, sicuramente valida anche nel sistema attuale, l'elemento della spedizione « almeno otto giorni prima dell'adunanza » se vale a velocizzare le formalità procedurali della convocazione, in ossequio ai più volte richiamati principi generali in tema di s.r.l., pone situazioni di difficile gestione. Si pensi che, nella s.p.a., l'avviso di convocazione deve giungere al domicilio del socio almeno otto giorni prima dell'assemblea, valorizzandosi così un termine dilatorio presuntivamente sufficiente ad assicurare al socio una diligente attività di partecipazione alla riunione. La spedizione effettuata otto giorni prima non assicura che il destinatario riceva l'avviso in termini utili per garantire il rispetto della tempestiva informazione imposta in termini generali dall'art. 2479-bis c.c.. Peraltro, occorre rilevare che « la disciplina tracciata al riguardo dal legislatore manifesta evidente l'esigenza di contemperare, da un lato, l'interesse del socio alla corretta e tempestiva informazione preassembleare, affinché egli sia posto in grado di partecipare consapevolmente all'adunanza avendo

⁽⁶⁷⁾ Trib. Torino, 9 luglio 1999, in *Glur. It.*, 1999, 2099.

avuto a propria disposizione un congruo termine di preparazione e, dall'altro lato, quello della società a che l'assemblea possa essere radunata all'occorrenza in termini rapidi, facendo ragionevolmente affidamento sulla validità della convocazione e, quindi, della successiva deliberazione, alla stregua di dati agevolmente reperibili e verificabili »⁶⁶⁸. Si presenta, quindi, la questione di interpretare la situazione che si genera quando sia rispettato il termine di spedizione dell'avviso di convocazione, ma questo sia giunto al socio con un ritardo, non imputabile alla società, tale da impedirgli una partecipazione informata all'assemblea o, addirittura, tale da impedirgli *tout court* lo stesso intervento. A dirimere la questione oggi può probabilmente essere richiamato il **principio generale della tempestiva** informazione che trova nel termine di spedizione negli otto giorni precedenti una sua applicazione meramente presuntiva. In altri termini, è essenziale riconoscere che la tempestività rappresenta il canone fondamentale della partecipazione del socio; presuntivamente, il codice individua un termine che appare nella generalità delle ipotesi sufficiente a rispondere al requisito cardine della convocazione. Tuttavia, in considerazione delle peculiarità del caso di specie — si pensi al socio residente all'estero — anche il rispetto del termine in esame potrebbe non esonerare gli amministratori da responsabilità quando la sua pedissequa applicazione impedisca a quel socio di partecipare in modo informato all'assemblea, anche tenuto conto delle modalità di spedizione dell'invio. Non c'è dubbio che la spedizione dell'avviso a mezzo mail o per raccomandata possono garantire al socio destinatario uno *spatium temporis* di riflessione e preparazione assolutamente diversi fra loro e condurre a conclusioni diverse circa la tempestiva informazione. Ciò che è certo è che l'indice offerto dalla norma quale parametro sussidiario di "spedizione nei termini" non è accettabile quale presunzione *juris et de jure* di tempestiva informazione, ma solo quale presunzione *juris tantum* e, come tale, suscettibile di cadere quando si dimostri che particolari circostanze — che possono andare dal disservizio postale al domicilio del socio — non hanno consentito il rispetto del fondamentale canone della tempestiva informazione.

Anche circa il **contenuto dell'avviso di convocazione** si trova nel codice la stessa indicazione di principio essenziale. Infatti, il requisito dell'informazione si pone come centrale nei meccanismi di formazione della volontà sociale, tanto da richiedersi, nei tempi, che essa sia tempestiva

⁶⁶⁸ Cass., 13 luglio 2007, n. 15672, in *Riv. Dir. Comm.*, 2008, II, 69.

e, nei modi, che essa sia chiara (l'art. 2479 c.c. richiede, al terzo comma, che sia indicato con chiarezza l'argomento da trattare) ed adeguata — così, per lo meno, pare di poter interpretare a contrario il precetto dell'assoluta mancanza di informazione quale causa di impugnazione della delibera. È evidente che l'avviso di convocazione debba, allora, contenere un ordine del giorno; che questo debba riportare gli argomenti oggetto di trattazione in forma specifica e chiara.

Qualche breve cenno al luogo dove deve (o può) tenersi l'assemblea. Infatti, anche qui l'ampia disponibilità della norma all'autonomia privata consente di derogare statutariamente all'indicazione fornita per *default* dal terzo comma dell'art. 2479-bis c.c. che stabilisce che l'assemblea venga svolta presso la sede della società. Occorre in primo luogo osservare una differente formulazione rispetto all'art. 2363 c.c. che — fatto salvo il diritto di diversa previsione statutaria — indica che il luogo dove deve essere convocata l'assemblea si identifica con il comune dove la società ha sede, lasciando, così, ai soggetti legittimati alla convocazione ampia libertà circa l'individuazione del *locus loci*; al contrario, appare estremamente più restrittiva la previsione dell'art. 2379-bis, terzo comma, che impone la convocazione presso la sede sociale, ossia al preciso indirizzo ove viene posta tale sede nel comune e comunicato al registro delle imprese a norma dell'art. 111-ter disp. att. c.c..

Esaurita, a questo punto, l'analisi delle fasi in cui si articola la vicenda che precede l'assemblea vera e propria, occorre dedicare attenzione a quest'ultimo momento, soffermando l'attenzione sui seguenti elementi:

- il presidente dell'assemblea;
- la verbalizzazione;
- i *quorum*;
- l'efficacia della decisione.

1 IL PRESIDENTE

Rinviano all'ultima parte di questo lavoro per approfondire i temi della verbalizzazione — sotto il profilo della sua mancanza o della sua incompletezza — e dell'efficacia della decisione — soprattutto per capire come la sua eventuale inefficacia si rifrangano sulle questioni dell'invalidità — occorre analizzare la figura del presidente dell'assemblea. La funzione della presidenza dell'assemblea è delineata nel quarto comma dell'art. 2479-bis c.c. con disposizione che, in primo luogo, si concentra nell'individuazione del soggetto chiamato a presiedere la riunione facendo rinvio alle regole

previste dallo statuto e solo in mancanza alla persona designata dagli intervenuti. A tal proposito, occorre ricordare che le regole statutarie in materia di scelta del presidente dell'assemblea possono incidere sulla stessa validità di quanto deliberato come ci ricorda la giurisprudenza, secondo cui è stata ritenuta illegittima la delibera di un'assemblea che è stata presieduta da un soggetto non legittimato, per norma statutaria ⁽⁶⁹⁾.

Di regola negli statuti la designazione del presidente è incardinata in capo ad un determinato ruolo amministrativo: a presiedere l'assemblea verrà chiamato, di volta in volta, l'amministratore unico, il presidente del consiglio di amministrazione, il vice presidente, l'amministratore delegato o un consigliere (anche qui, il più anziano per età, per durata in carica, ecc.); la designazione degli intervenuti non presuppone una delibera — anche perché in assenza del presidente l'assemblea non può dirsi formalmente costituita ⁽⁷⁰⁾ — ma richiede unicamente che su una certa persona converga l'assenso di un gruppo di soci che rappresenti la maggioranza dei presenti ⁽⁷¹⁾; appare dubbia, poi, la legittimità di quelle clausole statutarie che individuano nominativamente il presidente o il soggetto cui spetta il potere di designazione dello stesso ⁽⁷²⁾. Detto questo, la norma attribuisce al presidente i c.d. poteri ordinatori, ossia quelli necessari a disciplinare lo svolgimento della riunione: da un lato, « verifica la regolarità della costituzione, accerta l'identità e la legittimazione dei presenti » e dall'altro regola lo svolgimento della riunione ed accerta i risultati della votazione; inoltre,

⁽⁶⁹⁾ Ci si riferisce a Cass. 8 giugno 2001, n. 7770, in *Notariato*, 2003, 48, relativa ad una vicenda che traeva origine da una clausola statutaria di una s.p.a. che indicava quale soggetto incaricato di presiedere l'assemblea un azionista nominato dalla maggioranza degli intervenuti. Nel caso di specie era stato nominato quale presidente dell'assemblea un soggetto che non era azionista e, per tale ragione, la Corte, preso atto che « le funzioni del presidente sono estremamente delicate e importanti al fine di un regolare svolgimento dell'assemblea e al fine, in definitiva, di una corretta formazione della volontà sociale », conferma la decisione di appello che ha basato l'annullamento della delibera proprio sulla illegittimità di questa derivante dalla mancanza di legittimità del presidente.

⁽⁷⁰⁾ Si veda l'opinione di P. BENAZZO, *Art. 2479-bis*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2008, 430 laddove precisa che « corretto è il riferimento agli intervenuti e non ai presenti, a sottolineare come l'individuazione del presidente sia l'atto

iniziale, in assoluto, che il consesso assembleare deve svolgere prima di dare inizio ai propri lavori e quindi prima ancora di procedere alla verifica delle legittimazioni e dunque delle presenze, compito che la legge (4° co.) attribuisce infatti al presidente medesimo, una volta incardinato nell'ufficio.

⁽⁷¹⁾ Anche in questo caso appare utile ricordare la posizione della dottrina che sostiene che « nell'utilizzare il termine "designazione", il legislatore abbia inteso "de formalizzare" il procedimento e consentire, in questo modo, l'individuazione del presidente anche con metodi diversi dalla votazione a maggioranza, salvo poi doversi risolvere il problema di come, nel silenzio dell'atto costitutivo, gli intervenuti debbano accordarsi, di volta in volta, sulla "modalità" con cui operare la designazione », P. BENAZZO, *Art. 2479-bis*, cit., 430.

⁽⁷²⁾ Contrario alla legittimità di tale clausola è la Massima n. 83 della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano.

benché non enunciati espressamente, al presidente competono anche i c.d. poteri decisorii e, in particolare, quelli inerenti al diritto di intervento: nel potere di accertare la legittimazione dei presenti rientra anche quello di decidere l'esclusione di chi risulti, per esempio, in mora con i versamenti e come tale veda i propri diritti amministrativi sospesi. In linea generale, il ruolo del presidente è di garantire il corretto svolgimento del procedimento assembleare, sia valutando la regolarità della fase precedente il dibattito sia disciplinando l'andamento di quest'ultimo fino alla proclamazione del risultato al termine della votazione. È stato scritto che « alla figura del presidente oggi come ieri è strettamente collegato il rispetto delle regole essenziali per la costituzione e per lo svolgimento delle riunioni dei soci e, perciò, sia pure in via indiretta, per l'ordinato funzionamento della società e per la tutela dei diversi interessi al suo interno: in vista delle riaffermazione del fondamentale principio di democraticità dell'assemblea e dei metodi per deliberare » ⁽⁷³⁾. Proprio per questa essenziale funzione di « anello essenziale dell'intero procedimento assembleare » ⁽⁷⁴⁾ occorre dedicare qualche considerazione a tale istituto. La serie di poteri che, in modo particolarmente sintetico, l'art. 2479-bis c.c. enuncia mostrando, anche in questo caso, di voler emancipare la s.r.l. dal tipo azionario nel quale la figura in esame beneficia di una trattazione più analitica, permette di ricostruirne in termini unitari la funzione e di spiegarne l'originarietà dei poteri rispetto alla stessa assemblea. In effetti, se ancora oggi taluno ritiene che il presidente derivi i propri poteri direttamente dall'assemblea ⁽⁷⁵⁾, il carattere essenziale, all'interno del procedimento deliberativo, dell'ufficio di presidenza, deve indurre ad un'opinione più decisamente favorevole a giudicare come autonomi ed originari i suddetti poteri, come posti direttamente dall'ordinamento. Infatti, la tesi che considera subordinata la posizione presidenziale come derivata rispetto a quella dell'assemblea impli-

spetto all'assemblea, dal quale ufficio egli derivi poteri "propri" oppure se il presidente eserciti poteri "derivati" dall'assemblea che rimarrebbe comunque "sovrana" (nell'imporsi in senso diverso rispetto a quanto deciso dal presidente) e che dovrebbe considerarsi tacitamente consenziente tutte le volte che il presidente adotti una decisione la quale non sia appunto contrastata da una diversa volontà assembleare », per poi aggiungere che in caso di divergenza di soluzioni tra assemblea e presidente, la prevalenza andrebbe assicurata alla volontà espressa dall'organo collegiale.

⁽⁷³⁾ S. ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 2005, 14.

⁽⁷⁴⁾ Così si è espresso con efficacia S. ALAGNA, *Il presidente*, cit., 16.

⁽⁷⁵⁾ Estremamente dubbioso è A. BUSANI, *Art. 2371*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 486 quando nota che « da questa elencazione di funzioni e di poteri recata dal nuovo articolo 2371 non paiono trarsi argomenti decisivi per risolvere la nota disputa interpretativa se il presidente dell'assemblea sia titolare di un ufficio autonomo, ri-

citamente consente all'assemblea di prevalere sulle scelte che pure il presidente compie anche negli ambiti di propria spettanza, il che non appare coerente col disegno organizzativo proposto dal legislatore. Si pensi, per esempio, alla scelta del metodo di votazione: come ci ricorda anche una recente giurisprudenza, sebbene il metodo di votazione tradizionale per alzata di mano sia normalmente previsto negli statuti, il presidente può ritenere più opportuna rispetto ad una esatta valutazione dei votanti e delle diverse opzioni di voto astrattamente esprimibili, indicare altra modalità⁽⁷⁶⁾. Tale decisione presidenziale si impone *ex se* al collegio che non potrà deliberare un diverso metodo di votazione, neppure se questo sia quello di *default* previsto dallo statuto. Non c'è dubbio che la modalità di votazione — ritenendosi compresa in questa la facoltà del presidente di mettere in votazione tutte le proposte formulate ovvero, in caso di proposte tra loro in insanabile contrasto, solo una delle due con la conseguenza che il voto negativo o positivo su questa si rifletterà implicitamente in un voto di segno contrario sull'altra — potrà incidere profondamente sullo stesso sviluppo del principio di parità di trattamento, essendo chiaro che « l'adozione di alcuni sistemi di votazione, per esempio per appello nominale, rispetto ad altri, ad esempio per alzata di mano, consente una maggiore sicurezza nell'accertamento dei risultati della votazione ottenuta però con un dispendio di tempo a volte notevole. In tal caso, l'impiego dei primi privilegia l'esigenza di verificare con esattezza il raggiungimento del *quorum* deliberativo e l'entità della maggioranza con cui la deliberazione è stata approvata, esigenza riconducibile all'istanza partecipativa; l'impiego dei secondi privilegia l'esigenza di celerità nella verifica dei risultati della votazione, esigenza a sua volta riconducibile all'istanza efficientistica »⁽⁷⁷⁾. La rilevanza, in certune situazioni, della scelta del metodo di votazione potrebbe indurre il presidente a proporre una votazione preliminare avente ad oggetto proprio la scelta di tale metodo; tuttavia, ci pare indiscutibile che nell'ambito dei poteri ordinatori e regolamentari del presidente deve intendersi compreso anche quello di scegliere il sistema di voto⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Il riferimento è a Cass. 23 marzo 2007, n. 9909, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 1231 secondo cui « si può abbastanza agevolmente intuire che il metodo di votazione per alzata di mano, peraltro previsto come normale nello statuto della cooperativa, mal si attagli al voto per delega perché non consente agevolmente di distinguere i soci abilitati ad esprimere soltanto il

loro personale voto da quelli che votano anche in nome e per conto di uno o più altri aventi diritto ».

⁽⁷⁷⁾ R. SACCHI, *L'intervento ed il voto nell'assemblea di s.p.a. — Profili procedurali*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1994, 296.

⁽⁷⁸⁾ Per tutti si veda S. ALAGNA, *Il Presidente*, cit., 137 secondo cui « la regola generale è che il

La funzione del presidente termina — e, diremmo, culmina — nei due momenti della proclamazione e della verbalizzazione. Quanto al primo momento, la giurisprudenza — si veda la citata Cass. n. 9909/2007 — sostiene che la proclamazione sia l'evento che pone termine al procedimento deliberativo⁽⁷⁹⁾. Non c'è dubbio che la proclamazione sia una fase del procedimento assembleare: essa segna il momento in cui viene accertata ufficialmente la volontà dell'ente; non solo, con la proclamazione la decisione acquista efficacia⁽⁸⁰⁾, nel senso che la stessa risulta revocabile solo — come vedremo — attraverso un *contrarius actus*⁽⁸¹⁾. In effetti, sia l'art. 2375 che l'art. 2479-bis, c.c. raccontano di una funzione di accertamento dei risultati che dà rilievo e peso alla proclamazione come evento tipicamente procedimentale, con una dignità ed un ruolo propri; di più, l'esame di altri materiali normativi — si pensi all'art. 2377, comma quarto, n. 2⁽⁸²⁾ e all'art. 2377, comma sesto⁽⁸³⁾ — paiono accreditare che « la proclamazione (*rectius* l'accertamento dei risultati risultante dal verbale) va intesa come elemento costitutivo ed essenziale della deliberazione che conclude e rende perfetto il procedimento e viene attribuita all'ufficio (unitamente, per il suo necessario profilo documentale, al segretario o al notaio) che, investito della direzione dei lavori assembleari, ne è il naturale esecutore e responsabile »⁽⁸⁴⁾.

presidente sceglie metodo e modalità di votazione »; conf. F. LAURINI, *Presidenza dell'assemblea*, in *Assemblea* a cura di A. Picclau, Milano, 2008, 175 che scrive che « Il riconoscimento legale di ampie attribuzioni di regolazione dello svolgimento dei lavori assembleari mi sembra consenta di far rientrare tra queste anche tale decisione che certamente attiene alle modalità procedurali dirette a condurre alla deliberazione assembleare ».

⁽⁷⁹⁾ Si afferma, infatti, come principio di diritto che « la proclamazione del risultato della votazione segna il momento conclusivo del procedimento assembleare di una società di capitali o cooperativa, in rapporto ad ogni singola proposta sulla quale i soci sono chiamati ad esprimersi, onde non è consentito nella medesima assemblea procedere ad una seconda votazione sulla stessa proposta, salvo che in presenza di specifici ed accertati vizi della precedente votazione, che ne legittimano la rinnovazione, ma sempre che nel verbale ne sia dato puntuale atto », cfr. Cass., 23 marzo 2007, n. 9909, cit., 1234.

⁽⁸⁰⁾ Leggiamo, per esempio, che « la proclamazione produce l'effetto di rendere indisponibile la volontà espressa dai soci e della deliberazione in cui essa si

è cristallizzata, materializzando per così dire la volontà della società, e segnando il momento iniziale dell'efficacia anche nei confronti dei terzi », S. ALAGNA, *Il presidente*, cit., 161.

⁽⁸¹⁾ La tesi della rilevanza costitutiva della proclamazione. In uno col suo essere fase procedimentale, se appare confermata dalla citata pronuncia della Cassazione, non trova conferma nella maggioranza della dottrina che, invece, ritiene che la « proclamazione, lungi dal rappresentare accertamento costitutivo del contenuto della deliberazione, vada piuttosto considerato come semplice constatazione », S. ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 2005, 158.

⁽⁸²⁾ « Dal quale risulta a contrario l'annullabilità della deliberazione in cui sia stato decisivo l'errato conteggio dei voti », F. LAURINI, *Presidenza dell'assemblea*, in *Assemblea* a cura di A. Picclau, Milano, 2008, 179.

⁽⁸³⁾ Norma che « conferma la possibilità di evitare l'annullamento sostituendo la deliberazione viziata con un'altra presa in conformità della legge o dello statuto », F. LAURINI, *Presidenza*, cit., 179.

⁽⁸⁴⁾ F. LAURINI, *Presidenza*, cit., 179.